

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

Número 0 • enero-junio 2021

AC 
ASUNTOS CONSTITUCIONALES

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

Número monográfico

Retos Actuales del Derecho Constitucional




Sur de Europa

RETOS ACTUALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL



Número monográfico

DIRECTOR

Antonio J. Porrás Nadales

SECRETARIO

Juan José Ruiz Ruiz

CONSEJO ASESOR

Miguel A. Agudo Zamora, Roberto Blanco Valdés, Ana M^a Carmona Contreras, Josep M^a Castellá Andreu, Francisco Javier Díaz Revorio, Silvio Gambino, José Luis García Guerrero, Francisco Javier García Roca, Juan Fernando López Aguilar, Marcos Massó Garrote, Luca Mezzetti, José María Morales Arroyo, Pablo Lucas Murillo De La Cueva, Joan Oliver Araujo, Nicolás Pérez Sola, Miguel Revenga Sánchez, Fernando Rey Martínez, M^a Josefa Ridaura Martínez, Ángel Rodríguez Vergara, Agustín Ruiz Robledo, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Alejandro Saiz Arnáiz, Óscar Salazar Benítez, Ángel Sánchez Navarro, Roberto Scarciglia, Rosario Serra Cristóbal, Antonio Torres Del Moral, Carlos Vidal Prado.

ISSN: 2660-9444

EDITA: CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y JURÍDICOS "SUR DE EUROPA", Jaén.

Impreso en Jaén, BlancoWhite Ediciones (www.blancowhite.net), 2021.

RETOS ACTUALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Número monográfico

SUMARIO

ESTUDIOS

- Giuseppe Franco Ferrari. "Los retos del constitucionalismo contemporáneo". [5](#)
- Antonio J. Porrás Nadales. "Retos del Derecho constitucional: la esfera institucional". [19](#)

NOTAS

- Nicolás Pérez Sola. "El Mediterráneo ¿un lugar sin derechos?". [31](#)
- Hanae Chaieri. "Los indicadores de derechos humanos como impulsores de reformas constitucionales y legislativas, y como mecanismo de control de los derechos: Breves apuntes sobre Marruecos". [53](#)
- María Ballester. "La funcionalidad de la mesa de las asambleas legislativas ante el multipartidismo. Entre la representación colegiada de la cámara y el apoyo político a la mayoría parlamentaria". [79](#)
- Luis A. Gálvez Muñoz. "El nuevo artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General: justificación y problemática". [95](#)
- María Holgado González. "Derecho a los cuidados de las personas en situación de dependencia". [105](#)
- Juan Luis de Diego Arias. "La fragilidad de los derechos fundamentales de las personas reclusas". [117](#)
- Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano. "La extraterritorialidad en las comunicaciones digitales y las empresas tecnológicas ante el derecho a su secreto: reflexión en torno al caso Microsoft corp. vs. United States". [131](#)
- Carolina López Medina. "Aproximación a los nuevos derechos y garantías digitales reconocidos en la LOPDGDD 3/2018". [141](#)
- M^a Mercedes Serrano Pérez. "Algunos elementos de los códigos de conducta: la autorregulación regulada". [151](#)
- Francisco Javier Díaz Majano. "La Jefatura del Estado ante la fragmentación parlamentaria: una mirada a la Segunda República". [169](#)
- Leandro Abel Martínez y Emilio Rosatti. "Ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino". [181](#)

3

ESTUDIOS



LOS RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Giuseppe Franco Ferrari
Università Bocconi (Milano)

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. POPULISMO Y PARTIDOS ANTISISTEMA. III. EL PROBLEMA DE LA INMIGRACIÓN. IV. EL PAPEL ACTUAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. V. EL FUTURO DE LOS ORDENAMIENTOS COMPUESTOS. VI. BIODERECHOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

5

RESUMEN

El ensayo aborda, con la ayuda de varias disciplinas, algunos de los principales desafíos que el constitucionalismo contemporáneo debe enfrentar. El primer punto examinado es el relativo a la respuesta de los sistemas legales al populismo y los partidos antisistema, también analizado desde el punto de vista de la ciencia política. Posteriormente, se presenta el tema relacionado con la inmigración, ilustrando los enfoques teóricos que han estudiado el problema, incluyendo el filosófico y sociológico, y una visión general de las medidas tomadas por algunos Estados europeos. El tercer reto tiene que ver con el tema de la creatividad judicial y el uso del derecho extranjero por parte de jueces constitucionales, con especial atención a la experiencia de los Estados Unidos y a la doctrina italiana. El penúltimo desafío investigado es el del futuro de las tensiones entre la unidad y la diferenciación, tanto dentro de los Estados como en el contexto de organizaciones como la Unión Europea. Finalmente, el artículo presenta una visión general de los problemas relacionados con el bioderecho y la inteligencia artificial.

Palabras clave:

Constitucionalismo; partido antisistema; inmigración; creatividad judicial; Estados compuestos; bioderecho; inteligencia artificial.

ABSTRACT

THE CHALLENGES OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

The essay addresses, with the help of various disciplines, some of the major challenges that contemporary constitutionalism is called to face. The first point concerns the response of the legal systems to populism and anti-system parties, also in the perspective of political science. Subsequently, the Author focuses on the immigration issue, illustrating the theoretical approaches to the problem, and offers an overview of the measures taken by some European States. The next challenge concerns the topic of judicial creativity and the use of foreign law by constitutional judges, with particular attention to US experience and Italian doctrine. Another point regards the present and future tensions between unity and diversity, both within the States and in the context of supranational organizations such as the European Union. Finally, the article contains an overview of issues related to biolaw and artificial intelligence.

Key Words:

Constitutionalism; anti-system party; immigration; judicial creativity; composite States; bio-law; artificial intelligence.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día se da por sentado, por lo menos en Europa, que el derecho constitucional consista en una “composición abierta” de principios fundamentales, cuyo contenido se determina dinámicamente a través de un incesante equilibrio de valores, por lo menos en el campo de los derechos. En otras palabras, el núcleo esencial de valores se define mediante una adaptación recíproca y una constante determinación de los límites respectivos. Los tribunales constitucionales representan el corazón de ese proceso dialéctico, que involucra la sociedad entera en algo como un esfuerzo colectivo a nivel discursivo. Igualmente está adquirido, de nuevo por lo menos en Europa, que la interpretación constitucional no resulta de parámetros formalistas fundados en un enfoque rígidamente positivista o en procedimientos lógicos dogmáticamente cerrados, vacíos de contenidos evaluativos. Todo eso desde hace algunos años se acostumbra llamar nuevo constitucionalismo¹.

Esta concepción del constitucionalismo ha añadido complejidad a la teoría del estado, que ya había vivido, a lo largo del siglo XX, varios momentos de crisis, cada vez que las tareas asignadas al estado mismo en los diferentes ciclos sociales y económicos quedaban sobrepasadas o absorbidas por otras nuevas. Según Carl Schmitt¹ las dictaduras del segundo cuarto del siglo XX habían causado el tránsito del Estado a lo político; más tarde, el advenimiento del estado social de derecho se había temperado con el tránsito a lo económico; después de 1989 se ha afirmado una era de los derechos. Las teorías sociológicas y jurídicas del estado, desde Gumplowicz³ a Weber⁴, desde Kelsen⁵ a Burdeau⁶, siempre han tratado, siguiendo esta vía, de conciliar las ideas de estado y de constitución, mientras que ambo eran golpeados por olas de crisis⁷.

A comienzos del siglo XXI varios desafíos contrarrestan los fundamentos de la democracia en su presente conformación. Algunos de esos retos son heredados de anteriores modelos de estado, a veces agravados en el contexto contemporáneo; otros son relativamente nuevos y se manifiestan en formas desconocidas o poco conocidas. Algunos son verdaderas patologías estructurales; otros parecen enfermedades temporáneas, eliminables con moderados esfuerzos. Algunos, al final, pueden ser iatrógenos, surgiendo de la terapia de problemas anteriores, que se han resuelto en todo o en parte, pero han concurrido en generar otros diferentes, inesperados y tal vez mas graves.

7

1 En la amplísima doctrina sobre este tema, vid. por ejemplo J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort del Meno, 1996 and *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Fráncfort del Meno, 1992; R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, 1986; R. DAHL, *On Democracy*, Yale, University Press, 1998; S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; G. ZAGREBELSKY, "Diritto per valori, principi o regole (a proposito della dottrina dei principi di R. Dworkin)", *Quaderni fiorentini di storia del pensiero giuridico*, vol. 31, n°2, 2002, pp. 888 y ss.; T. MAZZARRESE (Ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turín, 2002; A.A. CERVATI, "A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale", *Diritto pubblico*, 2005, pp. 707 y ss., así como vid. P. HÄBERLE, "Stato costituzionale", *Enciclopedia giuridica*, vol. XXX, 2000; P. COMANDUCCI, *Constitución y teoría del derecho*, México, 2007; A. HURRELL, *On Global Order. Power, Values, and the Constitution of International Society*, Oxford, 2007; G. PINO, "Principi, ponderazione, e la separazione di diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, pp. 965 y ss., G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo, Enciclopedia del Diritto, Annali*, III, 2017.

En la doctrina estadounidense, muchos autores han enfatizado la importancia de la protección de los derechos en el nacimiento y el desarrollo del constitucionalismo global: vid. por ejemplo S. CHOUDRY, "Globalisation in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, n° 74, 1999, p. 819; C. MCCRUDDEN, "A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n° 4, 2000, p. 499; D.S. LAW, M. VERSTEEG, "The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism", *California Law Review*, n° 99, 2011, p. 1163.

2 Vid. C. SCHMITT, *Der Begriff der Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlin, 1963.

3 Sobre todo L. GUMLOWICZ, *Die soziologische Staatsidee*, Innsbruck, 1902.

4 Vid. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922.

5 Vid. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925.

6 Vid. G. BURDEAU, *La sobreviviente de l'idée de constitution*, Paris, 1956 y *Sur l'État*, Paris, 1970.

7 Vid. por ejemplos los agudos comentarios de E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milán, 2006; G. FOLKE SCHUPPERT, *Staat als Prozess. Eine staatsrechtliche Skizze in sieben Aufzügen*, Frankfurt a.M., 2010; Ch. MÖLLERS, *Staat als Argument*, Tübingen, 2013; J. Ph. THURN, *Welcher Sozialstaat? Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtlehre 1949-1990*, Tübingen, 2013.

II. POPULISMO Y PARTIDOS ANTISISTEMA.

Una reseña de los retos del constitucionalismo actual solo puede empezar por el populismo y los partidos antisistema, problema que desde el comienzo del nuevo milenio está afectando muchos ordenamientos en Europa, en América y hasta en Asia.

El enfoque más orgánico es el de Sartori⁸, que identifica como antisistema el partido cuya acción de oposición tiene la intención de modificar no al gobierno, sino al sistema de gobierno, cuyo conjunto de valores es diferente del orden político en el que opera, que se aleja ideológicamente de la cultura política predominante hasta el punto de representar una contra-ideología más o menos orgánica. Sin presentarse necesariamente como revolucionario, el partido antisistema tiende a debilitar la legitimidad del régimen al que se opone, caracterizando su propia acción y su propia propaganda por un potencial de deslegitimación⁹. El impacto en este sentido puede ser ideológico o territorial (espacial), en el primer caso con el objetivo de derrocar a las instituciones políticas, en el segundo caso con el objetivo de la secesión¹⁰.

La matriz del partido antisistema tiene sus raíces en el terreno de la antipolítica o del populismo, cuyas manifestaciones periódicas, al menos en algunos sistemas políticos, están extremadamente diversificadas, hasta el punto de ser no susceptibles de ser incluidos en una clasificación sistemática. De hecho, estas manifestaciones van desde meros estilos retóricos o intentos de dirigir la opinión pública hacia enfoques críticos con la democracia representativa o con las técnicas de selección de las élites políticas o con institutos específicos hasta estrategias de colonización de la política o de eliminación total de los modelos existentes¹¹.

La ciencia política ha distinguido entre versiones relativas y absolutas, activas o pasivas de la antipolítica, en función de si las primeras tienen como objetivo eliminar o corregir algunas deformaciones institucionales o si manifiestan y dan voz, las segundas, a una hostilidad perjudicial hacia la democracia, tratando de deslegitimarla totalmente y negándose a competir en las formas tradicionales de participación. En realidad, formulaciones de este tipo se colocan en una especie de plan común, donde las diferencias son a menudo esquivas y la hibridación de los modelos es continua, mientras que las sistematizaciones sobre una base cualitativa son todavía imposibles y las categorías utilizadas son siempre las desarrolladas a lo largo de los años '80¹². El esquema común se describe generalmente como sigue: la identificación de uno o más temas socialmente relevantes, percibidos como una fuente de injusticia intolerable y de factores relacionados con la responsabilidad política y/o personal, e inmediatamente después la traslación del diagnóstico y pronóstico a un marco interpretativo que conecta con creencias generalizadas, aunque no expresadas previamente a nivel político, y los intereses colectivos, permitiendo así una movilización organizativa, a menudo enriquecida por datos históricos o mitologías grupales o territoriales¹³.

8 Vid. G. SARTORI, *Teoria dei partiti e caso italiano*, Milán, 1982, pp. 83 ss.

9 Ver de nuevo G. SARTORI, *Parties and Party Systems*, op. cit., pp. 132 ss.

10 Ver la elaboración de G. CAPOCCIA, "Anti-System Parties: A Conceptual Reassessment", *Theoretical Politics*, Vol. 14, No. 1, January 2002, pp. 9-35.

11 Las epifanías del fenómeno populista se han estudiado al menos desde principios de los años setenta (ver por ejemplo G. IONESCU, E. GELLNER (Eds.), *Populism*, Nueva York - Londres, 1970 y antes S.M. LIPSET, M. RAAB, *The Politics of Unreason*, Chicago, Ill., 1968, reelaborados en la siguiente década (por ejemplo N. MOUZELIS, "On the concept of populism: populist and clientelist modes of incorporation in semiperipheral politics", *Politics and Society*, n° 14, 1985, y refinado desde principios de los noventa (ver A. SCHEDLER, *Introduction. Antipolitics: Closing and Colonizing the Public Sphere*, Nueva York, N.Y., 1997; P.A. TAGUIEFF, *L'illusione populista. Dall'arcaico al mediatico*, Milán, 2002; Y. MENY, Y. SUREL (Eds.), *Democracy and the Populist Challenge*, Nueva York, N.Y., y *Populismo e democrazia*, Bolonia, 2004; D. ALBERTAZZI, D. Mc DONNELL (Eds.), *Twenty-First Century Populism*, Nueva York, 2008; G.F. FERRARI, "Partiti antipartito e partiti antisistema: nozione e tipologie alla prova del diritto comparato", *Diritto Pubblico Comparato ed Eutopico*, n° 2, 2015, pp. 921 y ss.; M. MANETTI, "Costituzione, partecipazione democratica, populismo", en *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Anuario 2017, Nápoles, 2018, p. 3; L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, ibidem, p. 57; J.W. MÜLLER, *What Is Populism?*, Philadelphia, 2016; F. FINCHELSTEIN, *From Fascism to Populism in History*, Berkeley, 2017). Vid. más recientemente el número 2 de 2019 del *German Law Journal*, editado por ROSALIND DIXON. Sin embargo, no se puede olvidar que el fenómeno populista se ha manifestado en Estados Unidos al menos desde finales del siglo XIX, al expresar al menos un candidato para la elección presidencial, William Jennings Bryan, en las elecciones que más tarde ganó McKinsey.

12 Ver especialmente A.O. HIRSCHMANN, *Exit, Voice and Loyalty*, Cambridge, Mass., 1970.

13 El esquema reconstructivo más llamativo sigue siendo el de D.A. SNOW, R.D. BENSON, "Ideology, Frame Resonance and Participant Mobilization", *Research International Social Movement Research*, n° 1, 1988, pp. 197-217 sobre el cual ver después por

En otras palabras, la protesta contra el *establishment* y el ataque a los valores de las *élites* (no necesariamente políticas, sino también burocráticas, económicas, étnicas) se coloran por un lado de matices reaccionarios, mientras que por el otro reclaman conexiones fuertes y genuinas con el pueblo. De este último afirman ser los intérpretes, como portadores de resentimientos generalizados y partidarios de *issues* comunes. El antagonismo con respecto a los grupos dominantes se combina así con el llamamiento a la participación popular, combinado con planteamiento de fórmulas exitosas (el llamado *overpromising*)¹⁴. La perspectiva presentada de esta manera está caracterizada tanto por el fideísmo como por el pragmatismo, con miras a la participación en competiciones electorales, a las que estos partidos tienden a presentarse como los únicos verdaderamente representativos. No es la democracia lo que se cuestiona, sino el *establishment* y las deformaciones de la misma que se le imputan, con el efecto de cuestionar el uso actual de la soberanía en nombre de su significado diferente y más avanzado. La movilización de consenso en una función antisistema puede conllevar riesgos para la democracia tal como está configurada en las reglas del constitucionalismo codificado, pero al mismo tiempo trata de satisfacer la opinión del ciudadano, o más bien del hombre de la calle, también y quizás especialmente cuando se trata de adaptar las herramientas organizativas y procedimentales del constitucionalismo.

La ciencia política, en realidad, no es del todo compacta en la identificación de los partidos antisistema y el populismo. No pocos autores¹⁵ reservan la primera noción para los sujetos políticos que no aceptan las reglas del juego y que, si tuvieran la oportunidad, reemplazarían completamente al sistema democrático, sin excluir el uso de métodos violentos o terroristas, como las organizaciones neonazis o comunistas extremas. Por otro lado, los populistas estarían al margen del sistema, cuestionando los partidos democráticos tradicionales y su poder, refiriéndose, sin embargo, a los ideales de la democracia, y de hecho reclamando la voluntad de implementarlos de una manera innovadora pero más escrupulosa. En este sentido, el carácter antisistema se atenuaría por el esfuerzo de observar los principios de la democracia, insistiendo al mismo tiempo en modificar las reglas, planteando y cuestionando las disfunciones y la degeneración de los sistemas políticos¹⁶.

El juicio de los científicos del derecho constitucional y de la ciencia política sobre los populismos y sus relaciones con el constitucionalismo varían mucho, según la evaluación de compatibilidad de la ideología populista con la democracia o al contrario, de probabilidad de transformación del anti-institucionalismo con propensión hacia la dictadura¹⁷. Por lo tanto, hay quienes piensan que el populismo puede ser un instrumento de redención para contextos caracterizados por una extrema brecha social¹⁸ y, al otro extremo, quienes creen que implica caída de calidad de la vida política, etnocentrismo y neotribalismo¹⁹. Hay autores que se dedican al elemento retórico del estilo de comunicación, con el que los populistas se refieren al malestar y a la ansiedad de una parte de la sociedad, lamentando la sordera de las élites a las verdaderas instancias del pueblo, presentándose como alternativa al grupo de poder dominante, y utilizando insistentemente bulos en la prensa y en los medios²⁰. Otros enfatizan la dimensión menos formal de la crítica anti-establishment, dirigida contra las instituciones por falta de carácter popular, como autoridades independientes, tribunales constitucionales, juzgados, burocracia, tanto doméstica como europea, y a la postre también contra la democracia de los partidos, acusada de no garantizar una adecuada participación, cuando no de corrupción. No faltan los que, por lo menos en Europa, buscan las raíces del populismo en la crítica radical del estado social en nombre de los principios neo-liberales, que ha desempoderado los programas políticos, reduciendo la alternancia de los partidos a un juego meramente procedimental,

ejemplo M.A. CONFALONIERI, "Identità, interessi e carisma nei movimenti populistici: la lega Nord e il poujadismo", *Quaderni di Scienza Politica*, vol. 4, n° 1, 1997, pp. 53 y ss.

14 Vid. sobre todo Y. MENY, Y. SUREL, *Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties*, París, 2000. Ver también las contribuciones de M. TARCHI, *L'ascesa del neopopulismo in Europa*, en *Trasgressioni*, vol. XV, n° 1, pp. 3-21, 2000 y Y. PAPAPOPOULOS, *Il nazionalpopulismo nell'Europa occidentale: un fenomeno ambivalente*, ibid., n° 3, pp. 109 y ss.

15 Como Y. MENY, Y. SUREL, *op. ult. cit.*, pp. 240 y ss.

16 Vid. M. Tarchi, *op. ult. cit.*, pp. 16 y ss.

17 Vid. por ejemplo F. FINCHELSTEIN, *From Fascism to Populism in History*, cit., cap. III.

18 Así E. LACLAU, *On Populist Reason*, Londres-Nueva York, 2005.

19 Por ejemplo N. MERKER, *Filosofie del populismo*, Roma-Bari, 2009.

20 Vid. C. SALMON, *La cérémonie cannibale. De la performance politique*, Paris, 2013.

vaciado de contenidos. Los más optimistas confían que el populismo pueda funcionar de estímulo para la corrección de sistemas políticos imperfectos o degenerados²¹.

III. EL PROBLEMA DE LA INMIGRACIÓN.

Otro reto crucial del constitucionalismo contemporáneo es la solución del problema de la inmigración. A este problema se han dedicado tradicionalmente los historiadores, los historiadores económicos, los demógrafos, mientras que los publicistas lo han descubierto solamente a comienzos de los años '80 del siglo pasado, al principio desde una perspectiva casi exclusivamente doméstica, mínimamente integrada por modestas repercusiones de derecho internacional público. La conclusión de la guerra fría, la explosión demográfica y la diferente distribución de los nacimientos entre Occidente y países en vías de desarrollo, la abolición de la prohibición de emigración desde los estados miembros de la constelación soviética han causado la globalización y la aceleración de los flujos migratorios y su concentración hacia áreas geográficas determinadas.

La respuesta del pensamiento filosófico, politológico y jurídico a la entrada y a la permanencia en el territorio de Estados de antigua democracia de masas de no ciudadanos no ha sido del todo satisfactoria, a pesar de un animado debate en torno a la relación entre asimilación y preservación de las identidades culturales, entre universalismo de los derechos individuales y convivencia de los grupos, entre protección de los derechos humanos y reclamación de soberanía, o de lo que de ella queda después de la globalización, entre derecho a la emigración, limitaciones a la inmigración y derechos de los inmigrados. Este conglomerado de problemas se ha convertido en uno de los asuntos centrales del constitucionalismo, y amenaza con seguirlo siendo por mucho más tiempo.

El pensamiento liberal del siglo XX, hasta en los autores más abiertos a la solidaridad social, nunca ha reconocido un derecho a la inmigración. El primer Rawls, por ejemplo, que construye su modelo de sociedad política en la perspectiva del *encumbered self* o de la *disengaged identity* de la posición originaria, según normas de procedimiento basadas en principios generalísimos de máxima igual libertad y máxima utilidad de las desigualdades, se refiere a mundos social y culturalmente homogéneos, a comunidades cerradas por fronteras²². Bruce Ackerman²³, oponiendo libertad de emigración a limitaciones a la inmigración, aborda el problema de la protección de las instituciones liberal-democráticas, tanto en los países de procedencia, en donde los procesos de convergencia y desarrollo pudieran verse truncados, como en los de destino, por la posibilidad de debilitamiento del conjunto democrático. El segundo Rawls²⁴, que admite una justicia más sustancial, con miras a un acuerdo sobre los elementos constitucionales esenciales de una sociedad bien ordenada, gracias al consenso “por intersección” (*overlapping consensus*), utiliza como parámetro de inclusión el recurso a valores de civilización y de razón, y por lo tanto se refiere a una tendencial homogeneidad de los grupos considerados. El último Rawls, el de *The Law of Peoples*²⁵, abordando a la cuestión de la ciudadanía en sociedades sujetas al empuje de las etnias, traslada a nivel internacional su modelo liberal-democrático de teoría del estado. Por lo tanto imagina, entre realismo y utopía, algo similar a un contrato social entre pueblos razonables, estados decentes, organizados jerárquicamente pero con elementos de participación, excluyendo los proscritos (*outlaw*) y los canallas. Solo gradualmente le parece posible una ampliación del modelo de justicia hacia el cosmopolitismo, siguiendo los valores-guías de una constitución internacional *in fieri*.

Por otro lado, el pensamiento que en los últimos cuarenta años ha contrarrestado polémicamente la recuperación de la tradición iusnaturalista desde la perspectiva del individualismo ético y metodológico, el

21 Vid. M. CANOVAN, *Trust the People, Populism and the Two Faces of Democracy*, 1999 *Political Studies*, vol 47, n° 1.

22 Vid. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., 1971 y *Lectures on the History of political Philosophy*, Harvard, Mass., 2007.

23 Cfr. *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Conn., 1980.

24 Vid. J. RAWLS, *Political Liberalism*, Nueva York, 1994.

25 Cambridge, Mass. – Londres, 1999.

de los *communitarians*²⁶, representado por una constelación de teorías bastante diferenciadas, tiene en común la primacía lógica y axiológica de las identidades colectivas frente a las individuales. Su enfoque holístico se convierte en particularismo, en defensa del relativismo cultural, y reclama las tradiciones y los derechos culturales del grupo para salvaguardar los valores de la identidad con preferencia sobre los derechos de libertad basados en la autonomía individual²⁷. Estos autores parten de la idea que la sociedad no consista sencillamente en una suma de individualidades y que el contexto histórico-cultural condiciona la formación de las personalidades de una manera muy acusada. Se llega así a la delegitimación del atomismo social que funda el estado constitucional liberal-democrático buscando lo justo procedimental a expensas del bien ético. Los modelos de comunidad en los que piensan estos autores son varios: el adscriptivo, como en la aproximación inicial de Tönnies²⁸, reformulado por Weber en términos de pertenencia afectiva o tradicional²⁹; el normativo, que apunta a la valorización de la pureza ética, como en Alasdair McIntyre y Charles Taylor³⁰; el constitutivo de relaciones *face-to-face* para limitar los efectos disgregadores del mercado global, como en el planteamiento de Michael J. Sandel³¹, o en función de la valoración de los vínculos típicos de los cuerpos intermedios para la construcción de un orden político como comunidad de comunidades, como en los autores de la segunda generación de *communitarians*, Robert Bellah³², Amitai Etzioni³³, Paul Selznick³⁴; quien pretende realizar una integración ética, como Michael Walzer³⁵. Todos los comunitaristas se preocupan del conflicto social en la modernidad y en consecuencia buscan valores culturales compartidos, el reconocimiento de la autoconciencia de las comunidades parciales³⁶. Se exalta el dato de la identidad, acentuando el sentido de pertenencia a comunidades étnicas o culturales dispersas o a grupos nacionales a escala territorial y enfatizando derechos ejercitables en forma colectiva. Walzer, por ejemplo, considera la comunidad política como un club, al que hay cooptación, mas que a un *neighborhood* sin posibilidad de selección de los nuevos miembros y pide la preservación de los caracteres culturales dentro de las fronteras. Por lo tanto, no se podrá impedir la emigración, pero ella no es simétrica a la inmigración, a menos que los solicitantes de asilo pertenezcan al mismo grupo étnico o cultural.

Los comunitarios optan por la prevalencia del punto de vista de las instituciones estatales sobre el individual, a costa de considerar la homogeneidad del grupo una condición históricamente presupuesta más que un punto de llegada de los procesos democráticos.

Independientemente de las mediaciones e hibridaciones que se han sucedido en las décadas de dialéctica entre las dos escuelas de pensamiento, el resultado por lo que se refiere a la inmigración es bastante parecido. Los liberaldemocráticos se preocupan de tutelar las instituciones y la circularidad virtuosa entre convivencia social pacífica y proficuo ejercicio de los derechos políticos; los comunitaristas de proteger la armonía organicista que deriva de la identidad cultural. Ambo están de acuerdo cerca de la protección de

26 Una armada, en las palabras de A. Sen, "Indian Tradition and Western Imagination", *Daedalus*, n°1, 1997, p. 126. Es suficiente aquí limitarse a citar a los autores anglo-sajones involucrados en la polémica anti-liberal, dejando de lado la recepción alemana del comunitarismo (A. HONNETH, *Kommunitarismus: Eine Debatte über die moralischen Grundlage moderner Gesellschaft*, Fráncfort del Meno, 1993), la francesa, en clave de revisión crítica del marxismo (A. GORZ, *Misères du présent, richesse du possible*, Paris, 1997), y las líneas de pensamiento secundarias, como la ecologista (M. BOOKCHIN, *The Ecology of Freedom*, Palo Alto, California, 1982) o la de los estudiosos de los *critical legal studies* convertidos al comunitarismo (como R. MANGABEIRA UNGER, *Knowledge and Politics*, Nueva York, N.Y., Free Press, 1975).

27 Esas conceptualizaciones en V. PAZÉ, *Il concetto di comunità nella filosofia politica contemporanea*, Roma-Bari, 2002 e ID., *Il comunitarismo*, Roma-Bari, 2004.

28 Cfr. F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Leipzig, 1887.

29 Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinge, 1922, I, p. 38 de la traducción italiana, Milán, 1995.

30 Cfr. A. MCINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame, Ind., 1981 y *Is Patriotism a Virtue?* Lawrence, Kan., 1984; C. Taylor, *Sources of the Self*, Cambridge, Mass., 1989 y *The Ethics of Authenticity*, Cambridge, Mass., 1992.

31 Cfr. *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1982.

32 Cfr. *Habits of the Heart. Individualism and Commitment in American Life*, Berkeley, Cal., 1985.

33 Cfr. *Rights and the Common Good: The Communitarian Perspective*, Nueva York, N.Y., 1995.

34 Cfr. *The Moral Commonwealth. Social Theory and the Promise of community*, Los Angeles, Cal., 1992.

35 Cfr. *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, N.Y., 1987.

36 Fórmula utilizada por C. TAYLOR, *Multiculturalism and the Politics of Recognition*, Princeton, N.J., 1991.

las fronteras, por lo menos para los pueblos que hayan alcanzado un nivel de civilización adecuado a meter a fruto su modelo social.

El más afortunado de los enfoques intermedios es el de Will Kymlicka³⁷. El filósofo político canadiense busca un liberalismo “*difference-friendly*” calificando la *cultural membership* como bien primario objeto de elección personal, enriquecida y diferenciada por la existencia de contextos de aplicación. La ciudadanía multicultural, según el ejemplo canadiense, le parece el modelo resolutorio: algunas tutelas exteriores de los grupos débiles y autóctonos son admitidas, para prevenir los efectos antidemocráticos del *majoritarian principle*, mientras que las restricciones interiores, para proteger el grupo de comportamientos individuales desviados, pueden ser toleradas solamente cuando la supervivencia de la comunidad se encuentre en riesgo. El estado poli-étnico, resultante de la convivencia de naciones culturales, sin embargo, parece solución válida más respecto a realidades históricas consolidadas que respecto a los problemas de la recepción de flujos de inmigrantes y de la condición de los inmigrados.

La politóloga de Yale, Seyla Benhabib³⁸, tomando distancias tanto de las teorías redistributivas de la justicia como de la pertenencia identitaria, parte de la fragmentación de la ciudadanía entre desarticulación de la soberanía estatal, ordenamientos supranacionales de área regional y tratados internacionales para la protección de los derechos humanos, que conducen al resultado de múltiples adhesiones según el método de la red. La doble progresiva desintegración de la ciudadanía, hacia el exterior y el interior, evidencia las tensiones internas al constitucionalismo liberal-democrático entre potencial cosmopolita de los derechos y colectividades estatales legitimadas por su *demos*. Ella propone por lo tanto de conformar la ciudadanía del futuro al través de una sucesión de iteraciones democráticas, en el sentido, formulado por Jacques Derrida³⁹, de una progresiva elaboración de significados y contenidos normativos, actuados por procesos interiores a la comunidad estatal, que se define continuamente deliberando políticas de admisión y naturalización, garantizando la fluidez del *demos*, con ajustes recíprocos continuos entre *demos* y *ethnos*.

Frente a la dificultad de identificar un marco ideológico e institucional bastante claro y estable para la cuestión migratoria, no es sorprendente que todos los ordenamientos occidentales hayan encontrado serios problemas en deducir de las respectivas constituciones soluciones normativas adecuadas y duraderas. Las leyes italianas entre 1986 y 2009 son un ejemplo; otros son las leyes orgánicas españolas 4 y 8 de 2000, los decretos franceses de 2007, el *Staatsangehörigkeitsgesetz* alemán de 1999, modificado varias veces hasta 2007, y muchos más. Algunas tendencias significativas son la introducción de formas de asimilación cultural obligatoria⁴⁰, para la construcción de un mínimo patriotismo constitucional⁴¹ en reemplazo de la identidad étnica; la sujeción de la inmigración clandestina a sanción penal; el rechazo a la frontera de los inmigrantes sin papeles o no incluidos en cuotas predeterminadas. Pero por ejemplo la admisión a los derechos sociales varía en los ordenamientos, hasta los europeos, como el acceso al electorado activo en las elecciones municipales. Ni siquiera la jurisprudencia constitucional ha conseguido la sistematización de las regulaciones reconducibles a la entrada y a la condición del extranjero. El tema queda abierto y parece ser uno de los desafíos más importantes de los próximos años⁴².

IV. EL PAPEL ACTUAL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

Otro asunto muy debatido en la última década es la medida de la creatividad judicial, con especial referencia a los tribunales constitucionales. Cualquier interpretación del constitucionalismo después de Weimar y aún

37 Cfr. *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, 1991 y *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995.

38 Vid. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, N.J., 2002 y *The Rights of Others. Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, 2004.

39 Vid. *Signature, événement, contexte*, en Id., *Marges de la philosophie*, Paris, 1972.

40 En cuanto a los asuntos tratados en este párrafo vid. G. F. FERRARI, "Relazione conclusiva", en AIC, *Annuario 2009*, Nápoles, 2010, pp. 463 ss.

41 En el sentido de J. HABERMAS, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität, Überlegung zur europäischen Zukunft*, San Gelo, 1991.

42 Vid. recientemente Z. BAUMAN, *Strangers at Our Door*, Cambridge, 2016.

más después de la segunda guerra mundial implica un papel central para los tribunales constitucionales: la que se funda en la razón histórica, empezando por la Magna Charta y pasando por la gloriosa revolución inglesa, las revoluciones americana y francesa y las cartas liberales; la republicana, que se refiere a la vida activa y a la participación del ciudadano; la que configura la constitución como organismo viviente, cuya dimensión material está formada por ideales, valores, intereses, que deben traducirse en la interpretación evolutiva del dato formal⁴³; la neo-constitucionalista, que deja el equilibrio de los principios a sabios, expertos, jueces⁴⁴; hasta las teorías del realismo jurídico americano formuladas antes del ciclo de la posguerra⁴⁵.

La inevitable propagación de la conciencia de este estado de cosas ha causado varios tipos de reacciones en la doctrina constitucional de diferentes contextos. En los Estados Unidos la primera resistencia a la primacía de la Corte Suprema fue, a mitad del ciclo de la Corte Warren, después de las decisiones en tema de segregación racial, la teoría de la *"reasoned elaboration"*⁴⁶, que tuvo a Alexander Bickel como fundador y fue el punto de partida de una rica evolución doctrinal. También el *"originalism"* en sus variaciones, normalmente identificado con Robert H. Bork y el Justice Antonin G. Scalia⁴⁷, no es nada más que un intento de reducir la discrecionalidad del juez constitucional a través de la búsqueda del sentido originario de la ley objeto de aplicación judicial.

En Alemania la voz más fuerte de reacción, después del conflicto doctrinal de los años finales de la década de los '30 en tema de interpretación reaccionaria del principio de igualdad formal⁴⁸, ha sido la de Bernd Rüthers⁴⁹, que, siguiendo in parte a Radbruch⁵⁰, lamenta que el juez, gracias a la ausencia de un verdadero método interpretativo, se haya casi clandestinamente transformado en legislador o constituyente, introduciendo el sentido en la ley (*"Einlegung"*) en lugar de revelarlo o extrapolarlo de ella (*"Auslegung"*) y operando una contorsión o un vuelco de valores (*"Umwertung"*) a precio de manipulaciones y trucos metódicos. Este autor se atreve a afirmar que no habría solución de continuidad entre la interpretación de los años del nazismo, los de la DDR y los de la jurisprudencia de Karlsruhe, como todas tienen en común el relativismo lógico y metodológico de los que interpretan la ley.

De nuevo en los Estados Unidos se ha manifestado en los últimos veinte años un pensamiento crítico hacia la preeminencia judicial en el derecho constitucional, empezada por Mark Tushnet, anterior exponente del movimiento *critical legal studies*⁵¹. Esta tendencia se ha fortalecido cruzándose con los argumentos desarrollados en el debate entre partidarios y adversarios del recurso a la jurisprudencia extranjera y al derecho internacional en las decisiones de los tribunales federales. Esta polémica, como se sabe, tuvo como causa próxima algunas decisiones de la Corte Suprema estadounidense, como *Lawrence v. Texas*⁵² y *Roper v. Simmons*⁵³, que provocaron un debate entre facciones doctrinales opuestas y jueces de la Corte Suprema favorables, como Breyer, Stevens, Kennedy y Bader Ginsburg, y contrarios, como Scalia, Rehnquist, Thomas y Alito⁵⁴. La causa remota fue sin duda la globalización, que ha contribuido a la diseminación de ideas, principios, institutos, a la circulación y al trasplante de modelos, al fenómeno que la literatura comparatista llama *cross-*

43 La referencia es a C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Pisa, 1940, nueva ed., Milán, 1998.

44 Vid. *supra*, nota 1.

45 Vid. sobre este asunto G.E. WHITE, "From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early 19th Century America" *Virginia Law Review*, vol. 58, n° 6, 1972, p. 999.

46 Vid. A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Conn., 1962.

47 Vid. G.F. FERRARI, "Analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore", *Giurisprudenza Costituzionale*, n° 3, 2016, pp. 1191-1216.

48 Vid. el libro de G. VOLPE, *Il costituzionalismo del novecento*, Roma-Bari, 2000, pp. 78 y ss.

49 *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methode. Ein Essay*, Tübinge, pp. 2014-2016.

50 Vid. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1910 ya escribía que el método de la interpretación se va a elegir solamente después de haber fijado el resultado.

51 *Cf. Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, N.J., 1999 y *Weak Courts, Strong Courts. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, N.J., - Oxford, 2008.

52 539 U.S. 558 (2003).

53 543 U.S. 551 (2005). Pero antes ya *Printz v. United States*, 521 U.S. 858 (1997) y *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

54 Un comentario a jurisprudencia y doctrina estadounidenses en ese asunto en G. F. FERRARI, *Legal Comparison within the Case Law of the Supreme Court of the United States of America*, en G. F. FERRARI (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden, 2019.

fertilization y en general al enfoque comparatista y a su “potencial subversivo”⁵⁵ sobre todo en derecho público. La doctrina que se ocupa de este tema ya es tan enorme que se puede dominar con dificultad⁵⁶.

En América, tras el final de la guerra fría, la cultura jurídica se ha dado cuenta de la existencia en otras partes del mundo de formas de constitucionalismo o de imágenes del derecho occidental parecidas pero diferentes de la propia, que han circulado en dirección no solo horizontal sino también vertical, como en Europa, debido a la evolución de la Unión Europea. Esta sensibilización ha hecho comprender que el orgulloso y algo mesiánico aislacionismo cultural, o, como se ha escrito, el excepcionalismo americano⁵⁷ ya no tiene sentido o por lo menos debe ser objeto de una revisión completa. En el resto del mundo occidental la percepción de ese fenómeno ha sido mucho menos problemática, debido a la tradicional atención a ordenamientos como los de Israel, Canadá, Sudáfrica y hasta Yugoslavia y a la costumbre del constitucionalismo multinivel. Sin embargo el resultado es que se ha verificado una osmosis interpretativa que conecta tribunales constitucionales y tribunales supremos de muchos ordenamientos, favorecida por la creación de redes mundiales y continentales organizadas mediante convenios, seminarios, asociaciones, revistas, que han contribuido a crear vínculos y enlaces desconocidos hasta el reciente pasado o mucho menos fuertes⁵⁸. Los comparatistas han elaborado varias clasificaciones del recurso a precedentes de otros sistemas por los jueces constitucionales y supremos: por ejemplo según la presencia o ausencia de cláusulas constitucionales expresas, la génesis del fenómeno (marcado pluralismo y asimetría de los grupos como en Canadá, multilingüismo histórico como en Suiza, transición desde el totalitarismo a la democracia o proceso de descolonización como en Sudáfrica, período de internacionalización forzada como en los Estados Unidos), la clase de derecho citado o mejor el formante utilizado, el número de ordenamientos evocados, el impacto y la función de las citas, y otras diversas taxonomías.

55 Vid. en particular H. MUI-WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, Rev. int. dr. comp., 2000, 503 ss.

56 Vid. por ejemplo, con referencia solo a los libros, B. MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis*, Oxford, 1997; Id., *Always on the Same Path: Essays on Foreign Law and Comparative Methodology*, Oxford, 2001; U. DROBNIG, S. VAN ERP (eds.), *The Use of Comparative Law by the Courts*, La Haya, Londres, Boston, 1999; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milán, 2001; B. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford, 2003; P. LEGRAND, R. MUNDAY (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass., 2004; G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (Eds.), *Comparative Law before the Courts*, Oxford, 2004; S. FATIMA, *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford, 2005; G.F. FERRARI, A. GAMBARO (Eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Nápoles, 2006; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law, A New Source of Inspiration?*, Londres, 2006; S. CHOUDRY (Ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007; B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Engaging in Foreign Law*, Oxford, 2009; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; V. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, 2010; S. MULLER, S. RICHARDS (Eds.), *Highest Courts and Globalisation*, La Haya, 2010; C. ESPLUGES MOTA, J.L. IGLESIAS BOUYGUES, G. PALAO MORENO (Eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, 2011; R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A. YOUNG (Eds.), *Sovereignty and the Law: Domestic, European and International Perspectives*, Oxford, 2013; T. GROPPI, M.C. PONTTHOREAU (Eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford-Portland, Ore., 2014; R. HIRSCHL, *Comparative Matters, The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014; M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015; G.F. FERRARI (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, op. cit.

Muchos otros volúmenes se ocupan del mismo fenómeno a nivel continental: U. NEERGARD, R. NIELSEN, *European Legal Method – in a Multi-Level EU Legal Order*, Copenhagen, 2011; M. KIIKERI, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Ámsterdam, 2001; M. de S.-O.-I' E. LASSER, *Judicial Transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, 2009; G. MARTINICO, O. POLLICINO (eds.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws: A Comparative Constitutional Perspective*, Gröningen, 2010; M. AVBELJ, J. KOMAREK (Eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2011; M. CLAES et al. (Eds.), *Constitutional Conversation in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012; M. BOBEK, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013; J.H. GERARDS, J.W.A. FLEUREN (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgements of the ECtHR in National Case Law: A Comparative Analysis*, Amberes, 2014.

57 Vid. H. HONGU KOH, "On American Exceptionalism", *Stanford Law Review*, n° 55, p. 1479, 2003; J.D. VAN DER VYVER, "American Exceptionalism: Human Rights, International Criminal Justice, and National Self-Righteousness", *Emory Law Journal*, n° 50, p. 775, 2001; S.G. CALABRESI, "A Shining City on a Hill: American Exceptionalism and the Supreme Court's Practice of Relying on Foreign Law", *Boston University Law Review*, n° 86, p. 1335, 2006; I. TYRRELL, "American Exceptionalism and Uneven Global Integration: Resistance to the Global Society", en B. MAZLISH, N. CHANDA, K. WEISBRODE (Eds.), *The Paradox of a Global U.S.A.*, Stanford, Cal., 2007.

58 Vid. por ejemplo S. MULLER, S. RICHARDS (Eds.), *Highest Courts and Globalisation*, The Hague, 2010; K. I. KERSCH, "The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary, and the Rule of Law", *Washington University Global Studies Law Review*, n° 4, p. 345, 2005; A.M. SLAUGHTER, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, n° 44, p. 191, 2003.

Este recurso al derecho extranjero en la jurisprudencia constitucional depende en parte de la necesidad de disponer de un punto de apoyo para limitar la discrecionalidad amplísima del juez, sobre todo del constitucional y en el ámbito de los derechos, en donde la técnica de la ponderación deja mayores márgenes de opción. En el derecho estadounidense, en particular, no es fácil distinguir entre doctrinas originalistas, tendencias particularistas o anti-internacionalistas, contraste al recurso al derecho extranjero, que a veces se superponen, a veces se destacan, en un contexto denso de variables culturales muy articuladas. En la literatura anglo-sajona en general, de todas formas, una reacción contra la creatividad de los juzgados constitucionales ha empezado a afirmarse con claridad⁵⁹.

Hasta un pequeño segmento de la doctrina constitucionalista italiana, normalmente fiel al papel de la Corte y respetuosa de sus prerrogativas, ha criticado duramente la creatividad judicial y el método interpretativo de la jurisprudencia constitucional: los más explícitos contra la presumida auto-referencialidad de la jurisprudencia constitucional, invocando una obra de “limpieza conceptual” contra técnicas, como la del control de racionalidad, que privilegian la discrecionalidad evaluativa, han sido Aljs Vignudelli⁶⁰ y Agostino Carrino⁶¹. A esos autores se ha añadido, desde diferentes premisas ideológicas, Luigi Ferrajoli⁶². Aunque favorezca la máxima expansión y protección de los derechos constitucionales, utilizando la categoría de la fundamentalidad en la manera más amplia⁶³, Ferrajoli opta por una interpretación cognitiva, y no creativa, del papel de la jurisdicción⁶⁴, critica la ponderación de principios como contraria al principio de legalidad y al de separación de poderes y sugiere que el equilibrio (“ponderación equitativa sencilla” o “comparada”) se refiera a las circunstancias concretas. Esa solución permitiría garantizar la actualidad del positivismo jurídico y sobre todo el reforzamiento del constitucionalismo rígido, puesto en riesgo por el principalismo de inclinación jusnaturalista.

No hay duda de que este animado debate representa una edición revistada de la controversia en torno al activismo judicial, que tanto ha apasionado la doctrina estadounidense⁶⁵ y también la canadiense⁶⁶. Por otro lado, su nueva formulación depende de los problemas del crecimiento del modelo del constitucionalismo y de su difusión.

V. EL FUTURO DE LOS ORDENAMIENTOS COMPUESTOS.

Otro tema que va a empeñar las mejores energías de constitucionalistas y politólogos en los próximos años, con enormes consecuencias prácticas, es el del futuro de los ordenamientos compuestos, que desde algún tiempo están viviendo una temporada muy complicada, cuya evolución parece imprevisible. Unidad y

59 Vid. por ejemplo R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origin and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass., 2004; J. WALDRON, "The Core of the Case against Judicial Review", *Yale Law Journal*, n° 115, p. 1346, 2006 y "How Judges Should Judge", *The New York Review of Books*, n° 10, p. 10, 2006; N. HULS, M. ADAMS, J. BOMHOFF (Eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, La Haya, 2009; D. ROBERTSON, *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*, Princeton, N.J., 2010.

60 Vid. *Interpretazione e costituzione, Miti, mode e luoghi del pensiero giuridico*, Turín, 2011 e *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, Módena, 2018.

61 Sobre los dos autores, vid. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi, Ragion pratica*, 2007, pp. 219 y ss.; Id., *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, Riv. Fil. Dir., 2013, 77-102; Id., *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a 'Interpretazione e Costituzione' di Aljs Vignudelli*, *Diritto e Società*, 2013, pp. 353-373.

62 Vid., por ejemplo *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista, garantista*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, p. 2771; *Contro il creazionismo giudiziario*, Módena, 2018.

63 Vid. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Bari-Roma, 2001; *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, 2013.

64 Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, cit., y recientemente, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018. Con J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo, Una conversación*, Madrid, 2012.

65 Baste recordar aquí algunos títulos recientes en este tema: K. ROOSEVELT, *The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions*, New Haven, Conn., 2006; B. DICKSON, *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford-Nueva York, N.Y., 2007.

66 Vid. por ejemplo K. ROACH, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, 2001.

diferenciación son dos caras de la misma medalla, si los dos conceptos, potencialmente antitéticos, se aplican por un lado a los Estados federales o regionales y por el otro a las formaciones supranacionales en curso de *federalizing process*. En la primera dimensión muchos Estados de Europa han llevado la diferenciación a los niveles máximos compatibles con la preservación de la unidad, a menudo precisamente con el intento de preservar la unidad. No hace falta mencionar los casos de Bélgica, Reino Unido y España. En la segunda dimensión, la transformación progresiva de la Unión Europea se ha cumplido, hasta ahora, bajo el signo de la uniformidad al menos formal, mientras que muchas políticas han diferenciado el tratamiento de los territorios siguiendo razones de desarrollo económico. El caso Brexit es emblemáticamente el elemento de conjunción entre las dos dimensiones, la constitucional doméstica del nivel estatal y la federativa del nivel europeo. La secesión británica de las instituciones europeas puede implicar la ruptura de la unidad del ordenamiento del Reino Unido, con la secesión tanto de Escocia como de Irlanda del norte. Algunas de las más importantes categorías tradicionales del derecho público europeo están expuestas a una posible refundación.

En los años finales del siglo pasado y a comienzos del nuevo estaba en curso en varios países europeos un proceso de creciente descentralización. En Italia, por ejemplo, las leyes Bassanini antes y luego las dos reformas constitucionales de 1999 y 2001 habían fortalecido regiones y entes territoriales dando vida a una estructura mucho más complicada que antes; además el nuevo artículo 116 había introducido la posibilidad de diferenciación de poderes entre Regiones ordinarias, norma que mucha parte de la clase política por algunos años devaluó, hasta el punto de considerarla susceptible de derogación, como en la reforma constitucional Renzi-Boschi. En España también el enriquecimiento de funciones de las Comunidades autónomas⁶⁷, junto con la segunda descentralización, ha seguido hasta la sentencia 31/2010, que ha puesto fin a esta tendencia. Se puede decir que la Unión Europea ha contribuido al crecimiento de la tasa de asimetría, haciendo no solo más visibles las diferencias territoriales, sino más económicamente oportunas las alianzas e incluso las agregaciones de instituciones territoriales del mismo Estado o hasta de diferentes Estados⁶⁸. Al final de este ciclo parecía que las asimetrías identitarias hubiesen dejado espacio a asimetrías generalizadas, fundadas sobre razones económicas o de capacidad administrativa: Francesco Palermo habla de asimetría como formante de los sistemas compuestos⁶⁹, o sea como factor positivo de desarrollo del regionalismo y del federalismo.

16

La crisis económico-financiera ha funcionado como causa o al menos concausa de una inversión de tendencia. Desde entonces la asimetría, llevada a su máxima extensión para garantizar la unidad, se ha transformado en un riesgo de secesión, por lo menos en España, Gran Bretaña y Bélgica, mientras que en Italia ha recuperado espacio la posibilidad de introducción de diversidad legislativa y administrativa, o de asimetría, acogiendo la sugerencia de Roberto Blanco Valdés a llamar las cosas por su nombre⁷⁰, entre Regiones ordinarias. El proceso descentralizador ha tomado un curso quizás imprevisible. En el contexto español, la inicial simetría, con la excepción del perfil financiero, que había variado en una homogenización competencial con los acuerdos políticos de 1992, se ha convertido luego a la reclamación catalana de secesión⁷¹. En el contexto británico, primero el Scotland Act 2012 ha incrementado la autonomía fiscal de Escocia, luego la derrota independentista en el referéndum de 2014 ha bloqueado las aspiraciones secesionistas, permitiendo el congelamiento de la "*rolling devolution*", con lo que por el momento parece conseguido el límite extremo de la asimetría, o sea la preclusión al Parlamento de Westminster de la derogación de las instituciones escocesas. La autonomía de Gales se ha beneficiado de la evolución de Escocia, con el Wales Act 2006, mientras que la situación de Irlanda del Norte permanece inestable, debido al problema de Brexit. En Bélgica el equilibrio

67 Cfr. AA.VV. *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Madrid, 2005.

68 Entre otros muchos vid. G. D'IGNAZIO, *Asimmetrie e "Costituzioni territoriali" nel quadro giuridico europeo: un'analisi comparata, Istituzioni del Federalismo*, 2018, p. 246.

69 Cfr. F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, ibidem, 255 y antes G. D'IGNAZIO (ed.), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milán, 2007.

70 Vid. *Sobre la asimetría en los Estados federales y la utilidad práctica de una buena teoría*, ibidem, p. 301.

71 Una síntesis en R. BLANCO VALDÉS, *El laberinto territorial español. Del Cantón de Cartagena al secesionismo catalán*, Madrid, 2014.

asimétrico, al borde de la desintegración del ordenamiento, se ha consolidado laboriosamente alrededor de la estructuración del poder judicial⁷².

A nivel de Unión Europea también la tendencia hacia la asimetría se ha manifestado de varias formas. En primer lugar, el recurso a la cooperación reforzada en las formas contempladas por los artículos 20 TUE y 326-334 TFUE⁷³. Por otro lado, las medidas anti-crisis y entre ellas el *Fiscal Compact* han introducido diferencias relevantes entre los Estados, aunque tradicionalmente se haya pensado que su empleo favorezca a medio plazo la integración, antes de que las competencias relativas fuesen incluidas en el nivel supranacional. En el complejo contexto típico de la *governance* de la UE, algunos autores⁷⁴ han llegado a la conclusión que la asimetría pueda ser un instrumento de integración, con tal que no sobrepase el límite de la sostenibilidad, procedimental y sustantiva. Desafortunadamente el problema es que, como la experiencia estatal ha demostrado, el punto de inversión de tendencia, más allá del cual se entra en la perspectiva de la desintegración, no es distinguible con antelación.

Las tensiones que sacuden los sistemas compuestos, entre unidad y diferenciación, entre homogeneización y asimetría, al final representan el método, muchas veces involuntario, para la definición de las identidades⁷⁵. El punto de equilibrio, sin embargo, no es definible con criterios objetivos y previsibles, ni en la dimensión estatal ni en la continental.

A nivel de ordenamientos nacionales, a pesar de una literatura inmensa y que se remonta muy atrás en el tiempo⁷⁶, todavía no es posible, y es dudable de que lo sea en futuro, formular un criterio estándar para concretar el momento en el que un ordenamiento asimétrico llega a la ruptura secesionista: demasiados factores no jurídicos, sino étnicos, económicos, religiosos, de solidarismo y lealtad cívica pueden generar una “pertinencia separada” de la anterior, incluso factores totalmente imaginarios, con capacidad “mitopoiética”.

A nivel continental, los problemas de la relación entre homogeneidad y derechos⁷⁷, sobre la que se construye la ciudadanía, se encuentran con las dinámicas del *federalizing process* por agregación, implicando una articulación en fases que solo pueden ser clasificadas *a posteriori* y posiblemente son irrepetibles.

VI. BIODERECHOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

Último, pero no asunto menor con el que el derecho constitucional tendrá que enfrentarse en los próximos años va a ser el de los bioderechos y de la inteligencia artificial, temas aparentemente lejanos pero de hecho casi coincidentes desde el punto de vista constitucional. Ambos se refieren a la complejidad científica, al progreso tecnológico y a su relevancia (y conflictividad) ética. Ambos plantean al derecho constitucional como disciplina científica el desafío de cumplir su vocación histórica o mejor genética, la de limitar el poder para garantizar los derechos.

72 Vid. por todos A. Mastromarino, *Percorsi di asimmetria e relazioni di fiducia nei processi di integrazione politica. La prospettiva belga*, Ist. Fed., 2018, 411 ss.

73 Vid. por ejemplo F. FABBRINI, *The Enhanced Cooperation Procedure: A Study in Multispeed Integration*, CFR Research Papers, 2012.

74 Vid., por ejemplo G. MARTINICO, *Quando è sostenibile l'integrazione (asimmetrica) sovranazionale. Note di diritto comparato, Istituzioni del Federalismo*, 2018, pp. 287 y 299.

75 Esa parece la conclusión de la obra de G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Nápoles, 2017.

76 Solamente por citar algunas obras fundamentales, vid. A. MELUCCI, M. DIANI, *Nazioni senza Stato. I movimenti etnico-nazionali in Occidente*, Milán, 1983; A.D. SMITH, *The Ethnic Origins of Nations*, Oxford, 1986; E.J. HOBBSBAM, *Nations and Nationalism since 1780, Programme, Myth, Reality*, Cambridge, 1990; L. Levi, *Lecture su Stato nazionale e nazionalismo*, Turín, 1995; B. ANDERSON, *Imagined Communities*, Londres-Nueva York, N.Y., 1996; E. GELLERN, *Nations and Nationalism*, Londres, 1997; S. ROKKAN, *State Formation, Nation-Building, and Mass Politics in Europe*, Oxford, 1999; S.WOOLF, *Il nazionalismo in Europa*, Milan, 1999. Sobre el caso italiano, vid. G. E. RUSCONI, *Se cessiamo di essere una nazione*, Bolonia, 1993; S. LANARO, *Patria. Circumnavigazione di un'idea controversa*, Padua, 1994; E. GALLI DELLA LOGGIA, *La morte della patria*, Roma-Bari, 1996.

77 Una elaboración de estos conceptos, por ejemplo, en F. SCHORKOPF, *Homogenität in der Europäischen Union. Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs 1 und Art. 7 EUV*, Berlín, 2000; R. MICCÙ (ed.), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione Europea. Dopo il “caso Austria” e la Carta dei diritti fondamentali*, Padua, 2003.

El sector de la biotecnología desde hace años ha puesto el problema de la superación de la antigua distinción entre ciencia y tecnología, que separaba la ideación de la intervención en la naturaleza, permitiendo modificaciones operativas directas en la estructura de la materia⁷⁸.

El sector de inteligencia artificial se plantea también como problema el crecimiento exponencial de la cantidad de informaciones producidas, conservadas y controladas por un número de sujetos muy limitado. Nace así una nueva forma de poder, concentrado como el poder económico o incluso más, que como el poder económico no conoce fronteras y tiende a escaparse a las reglas nacionales⁷⁹. El interés de la humanidad entera es que el desarrollo de la inteligencia artificial sea lo más amplio posible, pero al mismo tiempo que los posibles abusos y los efectos en conflicto con los derechos humanos sean prevenidos. En otras palabras, hace falta que el componente humano no pierda el control de las decisiones esenciales para la vida. Los ejemplos son infinitos. La asistencia electrónica en la conducción de los coches puede sustituir al aparcamiento o al adelantamiento, pero no puede sustituirse a la conducción humana. La selección de los enfermos para los tratamientos de urgencia o para la interrupción de las terapias intensivas puede estar asistida por instrumentos informáticos, pero la decisión debe corresponder a un acto médico. Lo mismo tiene que pasar con las decisiones judiciales o las medidas de policía basadas en el almacenamiento de datos relativos a los precedentes. Una autora americana⁸⁰ en un libro reciente cita otros dos casos de inteligencia artificial que hay que limitar: la aspiradora que con sensores y videocámara mapea la casa y transmite los datos, rechazando las funciones más *smart* al usuario que no le permite esta relevación; la muñeca que habla memoriza y transmite las palabras de los niños, accediendo también a la cámara y a la memoria del móvil.

El equilibrio entre factores humanos (no solamente racionales, sino también éticos y emotivos) e inteligencia artificial, integrando los dos elementos, debe ser colocado en un punto que salvaguarde la discrecionalidad y la responsabilidad del ser humano. Compete a la persona humana la protección de la vida en el planeta desde el perfil bioético y el respeto de los derechos individuales en el campo del bioderecho. La reciente directiva UE 2016/679 parece moverse en esta dirección cuando en el considerando 71 y en el art. 22 reconoce un verdadero derecho a no ser sometido a decisiones que tengan efectos personales y se funden exclusivamente en tratamientos automatizados de datos o procesos decisionales totalmente automatizados. Puede ser que derechos como éste concurren a conformar una nueva concepción de ciudadanía. Por cierto, estamos en presencia de una renovada aplicación del principio responsabilidad⁸¹.

78 Vid. G. F. FERRARI, *Biotecnologie e Diritto Costituzionale, Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4/2002, pp. 1563 ss.

79 Vid. C. CASONATO, *Potenzialità e sfide dell'intelligenza artificiale*, *BioLaw Journal*, 2019, 177 y "21st Century BioLaw: a proposal", *ibidem*, 2017, pp. 81 y ss.

80 Vid. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, Londres, 2019.

81 No es necesario mencionar la obra fundamental de Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Fráncfort del Meno, 1979.

RETOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: LA ESFERA INSTITUCIONAL

Antonio J. Porras Nadales

Universidad de Sevilla/Centro de Estudios "Sur de Europa"

Sumario:

I. CONSTITUCIONALISMO GLOBALIZADO Y GOBERNANZA. II. NUEVAS PERSPECTIVAS. 2.1. El principio de división de poderes. 2.2 Las formas de gobierno. III. DINÁMICA Y TENDENCIAS. 3.1. Partidos políticos evanescentes. 3.2. Hacia un Estado regulativo. 3.3. El gobierno: respuesta instantánea y administración en red. 3.4. La Sociedad globalizada y la clickdemocracia. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

19

RESUMEN

Las perspectivas evolutivas del constitucionalismo en el contexto contemporáneo afectan a la esfera institucional implicando una nueva visión dinámica del principio de división de poderes que reactualiza el debate sobre las formas de gobierno. La emergente sociedad globalizada produce cambios en la representación, la estrategia regulativa y la posición de las esferas públicas, imponiendo exigencias de adaptación evolutiva del sistema

Palabras clave:

Globalización, gobernanza, regulación, sistema constitucional, red.

ABSTRACT

CONSTITUTIONAL LAW CHALLENGES: THE INSTITUTIONAL SPHERE

The evolutionary perspectives of constitutionalism in the contemporary context affect the organic sphere, implying a new dynamic vision of the principle of division of powers that updates the debate on the forms of government. The emerging globalized society produces changes in the representation, the regulatory strategy and the position of the public spheres, imposing demands for the evolutionary adaptation of the system.

Key Words:

Globalization, governance, regulation, constitutional system, network.

I. CONSTITUCIONALISMO GLOBALIZADO Y GOBERNANZA.

Aceptando que las pautas de transformación del constitucionalismo contemporáneo se sitúan en general en torno al fenómeno de la globalización y sus efectos transformadores difusos, la primera y más conocida manifestación en la esfera constitucional se sitúa hasta ahora en el ámbito dogmático-declarativo de los derechos humanos y sus instrumentos de garantía. Ciertamente la expansión declarativa de derechos humanos no constituye un fenómeno reciente ni novedoso, aunque permite diagnosticar con precisión ciertos cambios constitucionales susceptibles incluso de ser cuantificados: como el incremento de la “densidad” de las constituciones a consecuencia de un proceso de carácter acumulativo, así como la paralela emergencia de ciertos parámetros de homogeneización. Todo lo cual permite en efecto hablar de un constitucionalismo globalizado¹.

El segundo paso de esta deriva evolutiva, afectando a la esfera institucional, sería el que, de forma más o menos genérica o difusa, podríamos situar en torno a la noción de *gobernanza*, entendida en su sentido mínimo como el resultado de una multiplicación de *links* interactivos que pueden operar más allá de las fronteras del Estado-nación, hasta el punto de hacer derivar el sistema hacia una dinámica propia de sistemas de red. Teóricamente se trataría de un nuevo punto de avance en la dimensión general de progreso humano o civilizatorio que históricamente representa el constitucionalismo².

Sin embargo se trata de una hipótesis que, en primera instancia, nos situaría metodológicamente ante un escenario más propio del derecho internacional. Y resulta evidente que, en este plano internacional (a) por una parte se han suscitado notables logros de innovación jurídica general, no sólo en la esfera de protección de derechos, sino igualmente en ámbitos sustantivos tan estratégicos como el medioambiental³, derecho de los consumidores, y acaso también en la esfera de libre comercio; pero al mismo tiempo (b) se trata de un plano que no suele ofrecer un marco comprensivo suficiente de las realidades estrictamente constitucionales, tanto en su dimensión institucional interna como en su dinámica evolutiva endógena a medio o largo plazo.

O sea, el hallazgo del derecho internacional como plataforma explicativa de una globalización constitucional, en términos de dimensión transnacional, apenas permite progresar más allá de ciertas pautas mínimas y comunes que, al final, no abren un marco suficiente para profundizar en los problemas sustantivos propios del derecho constitucional.

Un tercer paso evolutivo consistiría en la proyección de retorno desde la esfera internacional hacia el ámbito endógeno propio del constitucionalismo, implicando un avance en ámbitos sustantivos que ahora pueden comenzar a visualizarse más allá de su tradicional autorreferencialidad, para operar en una perspectiva comparada más abierta.

Lo cual nos situaría ciertamente ante una nueva y original noción de gobernanza constitucional: es decir, un escenario donde, como resultado de la dinámica de redes, tiende a suscitarse una circulación de modelos/casos y experiencias que dan lugar a procesos de convergencia y/o de aprendizaje capaces de desbordar las fronteras estatales⁴. Sería al mismo tiempo un resultado indirecto de la convicción de que una

1 Cfr. C. S. LAW, M. VERSTEEG, “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, *California Law Review*, Vol. 99, 2011, quienes establecen una pauta clasificatoria inspirada en los derechos declarados, que se movería entre los polos libertarismo/estatismo.

2 Cfr. O. SIHVO, “Global constitutionalism and the idea of progress”, *Helsinki Law Review*, 1/2018, pp. 10–34. Al mismo tiempo que proyecta la vigencia internacional del rule of law, cfr. I. HURD, “The international rule of law and the domestic analogy”, *Global Constitutionalism*, vol. 4, n° 3, 2015.

3 Cfr. E. DALY et al. (eds.), *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, UN Environment, 2017.

4 O sea, donde en cierta manera “the networks can gradually replace state action”, vid. A. HAMANN, H. RUIZ FABRI, “Transnational networks and constitutionalism”, *ICON*, Vol. 6, Num. 3 & 4, 2008. “... addressing these challenges implies a paradigm shift — from the state-centered approach to constitutionalism toward a broader vision of a constitutionalism beyond the state. At the same time this shift articulates the reflections around notions such as pluralism and polycentricity. This state of affairs requires further examination of the legitimacy of the two faces of these networks — the new model of expert governance, with efficiency maximization, as well as the new paths of solidarity and cooperation that they imply”.

lectura en clave constitucional del derecho internacional “*uncovers legitimacy deficits of international law and suggests remedies*”⁵.

En este complejo y multidimensional proceso de aprendizaje, que ahora podemos ubicar en parámetros propios del derecho constitucional, se han introducido ya categorías doctrinales específicas: desde el *GlobCon*⁶ hasta el *IusCoCo* (o *ius costituzionale comune, de Heidelberg*). Categorías mínimas o básicas que, en todo caso, nos ayudan a detectar y encuadrar determinados hallazgos o innovaciones (especialmente intensos en el contexto europeo) desde las cuales pueden sugerirse ciertas modificaciones en nuestras visiones inerciales del constitucionalismo; al mismo tiempo, nos permiten detectar una cierta dinámica transformadora y democratizadora⁷ de carácter más o menos global. Un entorno, en definitiva, desde donde podemos avanzar en la identificación de posibles tendencias evolutivas de medio o largo plazo.

II. NUEVAS PERSPECTIVAS.

2.1. El principio de división de poderes.

Desde la perspectiva de una visión general de la *teoría de la Constitución*, seguramente el primer y elemental paso consistiría en un sutil cambio de perspectiva: se trata de entender que el objetivo de toda Constitución no consiste en limitar al Estado, como históricamente hemos venido entendiendo desde el origen de los tiempos, sino más bien la tarea de *responder a las aspiraciones generales de la Sociedad*.

Lo que debe suponer una cierta superación de la tradicional tensión originaria de separación entre Sociedad y Estado, para ser abordada ahora desde una dinámica de simbiosis entre ambos planos. Y tal proyecto de simbiosis integradora tendrá, como es lógico, una peculiar dimensión histórica. Lo que probablemente implica que, a estas alturas, deberíamos renunciar a seguir percibiendo a la Sociedad como un espacio natural o prepolítico, que se proyecta negativamente (como un límite) sobre una esfera institucional artificial dotada de poder político (más o menos “arbitrario”), la cual es percibida a su vez como una especie de amenaza latente contra el orden natural o espontáneo de la sociedad. Del mismo modo que también renunciamos hace tiempo a la hipótesis corporativista, de proyección inversa, según la cual debería ser el “Estado total” el encargado de “absorber” a la propia sociedad⁸ resolviendo así las tensiones subyacentes entre ambos planos.

Desde esta perspectiva el objetivo general de la Sociedad no consistirá entonces en la tarea de limitar pura y simplemente al poder (como se soñaba en el universo liberal), sino en hacer vigentes todo un sistema de principios y valores que forman parte del paquete programático con el que se estrenaron, tras la segunda

5 Vid. ANNE PETERS, “The Merits of global constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, 2 (2009): “Critics of global constitutionalism doubt the empirical reality of constitutionalization, call into question the analytic value of constitutionalism as an academic approach, and fear that the discourse is normatively dangerous because it is anti-pluralist, artificially creates a false legitimacy, and promises an unrealistic end of politics. This article addresses these objections. I argue that global constitutionalization is likely to compensate for globalization-induced constitutionalist deficits on the national level, that a constitutionalist reading of international law can serve as a hermeneutic device, and that the constitutionalist vocabulary uncovers legitimacy deficits of international law and suggests remedies. Global constitutionalism, therefore, has a responsabilizing and much-needed critical potential”.

6 Vid. A. WIENER et al., “Global Constitutionalism: Human rights, democracy and the rule of law”, *Global Constitutionalism*, 1, 1, 2012.

7 Vid. B. GUY PETERS, “Globalización, gobernanza y Estado: algunas proposiciones acerca del proceso de gobernar”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia* 39/2007. “Uno de los argumentos más comunes a favor de la utilización de mecanismos de gobernanza tales como el de las redes ha sido el que éstas, en la medida que constituyen estructuras más deliberativas, son más democráticas que los métodos representativos utilizados normalmente por el Estado. Por ejemplo, se supone que las redes son capaces de involucrar un rango mucho mayor de intereses comprometidos en un campo específico de políticas y, por ello, son capaces de movilizar el proceso de elaboración de políticas en la dirección de modelos deliberativos de democracia. Incluso aunque no sea completamente democrático e inclusivo, el hecho de involucrar a los diferentes intereses directamente en el proceso de toma de decisiones a través de la constitución de redes, es considerado un mecanismo para lograr una mayor participación del gran público en el proceso de gobernar y en la ampliación de la democracia.”

8 Cfr. L. ORNAGHI, *Stato e Corporazione*, Giuffrè, 1984.

posguerra, las constituciones contemporáneas y que viene experimentando diversos procesos evolutivos y expansivos. Unos valores destinados a progresar no ya en el terreno de lo público (o sea, la esfera estatal) sino igualmente en los ámbitos privados o sociales.

Ese entramado valorativo y programático no debe entenderse pues como un elemento propio o exclusivo de la parte dogmática de las Constituciones (es decir, del sistema de derechos) sino como una *expresión general de las demandas y aspiraciones de la sociedad*, que debe tener igualmente una proyección significativa sobre la esfera institucional. Lo que implica que probablemente el recurrente debate entre normas estrictamente programáticas, principios, valores, y derechos formalmente reconocidos como tal (o sea, los “derechos subjetivos” en la vieja noción de Jellinek), seguramente debería reenfocarse o reelaborarse sobre nuevos parámetros más sistemático-unitarios.

El cambio de perspectiva supondría (a) renunciar en parte al sueño “maxweberiano” de un sistema institucional neutral o puramente técnico, separado de la sociedad y entendido a modo de instrumental aséptico y perenne, tan válido para el entorno histórico liberal como para los siglos venideros; para (b) pasar a concebir a las esferas institucionales como instrumentos generales de respuesta a las demandas o aspiraciones cambiantes de la sociedad; implicando así determinadas visiones tanto (i) del pluralismo social y político que debe hacerse presente sobre la esfera institucional (afectando al circuito de *input*, o instancia participativo-representativa), como (ii) del intervencionismo público o proceso de acción (*output*), mediante el cual la esfera institucional debe dar respuesta a las demandas y aspiraciones sociales.

Por supuesto el modo como el sistema de valores y el conjunto de normas programático-finalistas se adecúa a esta nueva visión de las Constituciones parece tener distintas expresiones desde un punto de vista comparado. En algunos casos parece predominar el apogeo de una dinámica neofundacional donde se incorporan visiones del estilo “*we the people*” tratando de remarcar la sensación de ruptura histórica que enfatiza la noción del poder constituyente (como sucede en algunos países latinoamericanos), mientras en otros ámbitos regionales o comparados predomina más bien una dinámica de tipo más pragmático o incremental siguiendo una pauta reformista (como en algunos países asiáticos).

2.2. Las formas de Gobierno.

Si la idea de una gobernanza constitucional va a tener un impacto sustantivo sobre el propio *sistema institucional*, deberá implicar el despliegue de toda una diversidad de fenómenos transformadores. De forma resumida: (1) desde el redimensionamiento del principio de división de poderes; (2) hasta el reiterado punto de reencuentro del debate sobre las *formas de gobierno* en torno a la vía semipresidencial.

En el primer ámbito referido al principio de *división* de poderes parece imponerse una dinámica donde la continuidad del esquema de Montesquieu no excluye la incorporación de circuitos institucionales de democratización o de garantía del sistema, que acaban por incrementar el grado de complejidad o entropía resultante.

En algunos casos se trata de la generalización de elementos no democráticos, como las cortes constitucionales o la presencia del conocimiento experto, implicando en su caso la presencia de agencias regulativas independientes⁹. Es decir, esferas institucionales dotadas de unos soportes de legitimación diferentes al tradicional eje democrático-representativo que, aunque no lleguen a alterar formalmente el esquema originario, sí generan como consecuencia un marco de creciente complejidad, “poli-centrismo”, o entropía del sistema.

Pero igualmente, y en paralelo, los procesos de decisión institucional tienden a incorporar de forma más o menos normalizada mecanismos de participación en red, ajustados a la lógica de las políticas públicas, intensificando así el pluralismo del sistema y su dinámica democratizadora. En parte la noción de

9 Que parecen incorporarse generalizadamente al contexto europeo. Cfr. M. THATCHER, “The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 18, No. 3, 2005. Cfr. M. EVERSON, G. MAJONE, Les METCALFE, A. SCHOUT, *The Role of Specialised Agencies in Decentralising EU Governance*, Informe a la Comisión Europea, 2000. Cfr. A. PORRAS NADALES “El papel de la esfera pública ante la economía. Nuevas reflexiones acerca del derecho regulativo”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 168, 2015.

neoinstitucionalismo, heredera lejana tanto de las viejas tradiciones del organicismo de Gierke como de la tradición institucionalista italiana, respondería a esta tendencia¹⁰.

Todo ello va a implicar una creciente dificultad para aceptar la vigencia de categorías transversales, capaces de unificar dinámicamente el sistema (como la del *indirizzo politico*), ante el incremento paralelo de la complejidad institucional: suscitando así la creciente vigencia de la noción de *gobernanza* como categoría explicativa de la dinámica del sistema.

Por otro lado, tiende a operarse una superación de las tradicionales pautas o sistemas de control propias de los primitivos Estados de Derecho (el control político del Parlamento, y el control judicial de la administración) para entrar en la multiforme vía de los llamados circuitos de *accountability*, donde se implican mecanismos de control/evaluación de distinta naturaleza: contable, de gestión, de resultados, o instrumentos de control operados en su caso por esferas externas independientes como los *ombudsmen*, etc. Con el horizonte de referencia de un constante y reiterado incremento de la visualización y la transparencia del sistema, como consecuencia del impacto generalizador de los medios audiovisuales, implicando una presencia activa y directa de la propia opinión pública.

La serie de interrogantes problemáticas que se suscitan en este entorno complejo son ciertamente muy amplias. La “multiplicación” de poderes (intensificada en su caso en contextos regionales o federales) puede suponer en efecto una mejor presencia participativa y un entorno teóricamente más adecuado para la dinámica deliberativa exigida por el sistema, implicando un desarrollo de las pautas propias de la gobernanza. Pero tal escenario suscita igualmente numerosos riesgos sobrevenidos, entre otros, el de provocar un relativo “debilitamiento” del sistema institucional¹¹ ante el incremento de los potenciales puntos de veto que condicionan todo programa de acción. La sustitución de formas o tradiciones jerárquico-verticales por modelos horizontales en coordinación, siguiendo la lógica de la gobernanza, puede acabar acaso implicando una pérdida de eficacia o de capacidad de respuesta de las instancias públicas; lo que explicaría en la práctica una posible reorientación negativa del sistema hacia la pura y simple dinámica de ir tirando (“*muddling through*”), o incluso hacia la lógica de la no-acción¹². Y tras esta serie de riesgos puede emerger, por último, su consecuencia final en forma de discurso apocalíptico: el fin o la muerte de la democracia, en un tipo de visión que recuerda bastante algunas de las perspectivas críticas que abundaron a comienzos del siglo XX.

24

La nube problemática puede llegar a afectar incluso al núcleo duro de nuestra visión del derecho constitucional propia del siglo XX: o más en especial, a su gran circuito de garantía, los tribunales constitucionales, considerados como el gran instrumento de racionalización en última instancia del sistema. Y no ya por el conocido fenómeno de desplazamiento de la capacidad final de decidir hacia tribunales internacionales, sino por las propias tensiones endógenas que el nuevo contexto transformado de evolución del Estado social intervencionista suscita en las relaciones del tribunal constitucional con el legislador: ¿Verdaderamente debe bajar la Corte constitucional al terreno del debate político cotidiano para responder a una intensificación de demandas en un nuevo entorno complejo y conflictivo? ¿O debería ser más conforme con un principio de subsidiariedad, actuando siempre sólo como última instancia, implicando determinados mecanismos selectivos de acceso? ¿Es, o debe ser, toda corte constitucional una especie de gurú encargado de guiar cotidianamente a la colectividad, o más bien una suerte de consejo de ancianos que sólo debe aconsejar e intervenir en ocasiones puntuales?

En el segundo ámbito, referido a las formas de gobierno, la tradicional dualidad entre modelos parlamentarios y presidenciales parece que sigue atenuándose, conforme a una pauta histórica que en rigor ya se había desplegado ampliamente durante el siglo XX siguiendo la pista del semipresidencialismo.

Se trataría de la conformación de un espacio de síntesis entre (i) el ejecutivo concebido como punto de encuentro o de compromiso con el pluralismo social expresado en la cámara y (ii) el ejecutivo concebido como centro de expresión unitaria del interés general y como instrumento motor de respuestas activas a las

10 Cfr. J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *Rediscovering institutions. The Organizational basis of politics*, Free P., 1989.

11 Entrando así en la provocadora hipótesis de un “fin del poder” de Moisés NAIM, *El fin del poder*, Debate, Madrid, 2013.

12 Cfr. A. PORRAS NADALES “La agenda del gobierno”, en VVAA, *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

demandas generales de la sociedad. Lo que se proyecta en dualidades superpuestas y a veces contradictorias, (a) tanto en el circuito de *input* o de entrada (es decir, el electoral-representativo, con la apertura de procesos reiterados de reforma electoral, o del interminable debate sobre la reforma electoral) (b) como en el de *output* o salida, donde se reflejarían distintos escenarios o arenas de respuesta del ejecutivo a las exigencias del sistema: lo que implicaría como mínimo tanto el desarrollo de políticas públicas intervencionistas que deben operar en clave de *gobernanza*, como, al mismo tiempo, una exigencia creciente de respuestas instantáneas y visualizadas operando por la vía mediática, actuando pues en clave de *gobermedia*¹³. Dualidad de tareas a las que teóricamente el ejecutivo dual propio del sistema semipresidencial, en sus diversas variantes, sería capaz de responder de una forma más o menos normalizada.

Tal compromiso sintético tendría una especial proyección en el ámbito nuclear del control político del ejecutivo; lo que se percibe particularmente al constatar las líneas de conexión que se vienen implícitamente estableciendo al nivel comparado entre el tradicional *impeachment* penal, propio del modelo presidencial, y la moción de censura política, propia del parlamentario. Probablemente sea en la experiencia latinoamericana, tan afectada por casos de corrupción, donde la ambigua categoría del “juicio político” mejor refleja esta tensión simbiótica, con algunos recientes casos espectaculares como el de la presidenta de Brasil, Dilma Rousseff.

En términos de respuesta a estos diversos núcleos problemáticos, probablemente la principal incógnita de este amplio proceso evolutivo se situaría en torno al reiterativo debate sobre la *limitación* de los mandatos presidenciales, entendido como el principal instrumento de respuesta constitucional; un debate que ahora estaría afectando en rigor a todas las formas de gobierno.

III. DINÁMICA Y TENDENCIAS.

Aceptando pues la presencia de una dinámica difusa de convergencia y circulación de modelos, el horizonte metodológico inmediato sería el de la conversión de unos modelos institucionales tradicionalmente estatales o autoreferenciales, entendidos como auténticos sistemas de acción, en emergentes sistemas de red que tienden a asumir una doble proyección territorial, tanto en la escala subnacional como supranacional, asumiendo así una dimensión multinivel donde la acción se fragmenta y se coordina siguiendo la noción de gobernanza.

Paradójicamente, ha sido el circuito *judicial* el que de forma más inmediata y efectiva parece haber respondido al impacto de esta dinámica de horizontalización en red, al incorporar de forma acelerada la lógica de la convencionalidad: un proceso que implica en la práctica la sustitución de los criterios (verticales) de validez por los de la mera aplicabilidad (de carácter más horizontal). Lo que se suscita a partir de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2006 (Almonacid Arellano y otros c. Chile)¹⁴. Aunque tal innovación ni está perfectamente generalizada ni excluye la presencia de fenómenos de resistencia en defensa de la auto-referencialidad de los ordenamientos estatales (o de las “identidades nacionales”), que responderían a la más pura de las tradiciones constitucionales; especialmente cuando se trata de seguir defendiendo la centralidad jerárquico-vertical de los tribunales constitucionales.

Por lo que se refiere al impacto cultural difuso de esta tendencia globalizadora de dimensión transnacional, las tensiones en la esfera constitucional se van a proyectar inicialmente en términos binarios de aceptación o rechazo ante estas dinámicas de cambio que nacen del proceso de globalización; o sea, de enfrentamiento cultural entre cosmopolitismo y localismo. Entendiendo ahora por localismo un fenómeno de resistencia a las tendencias generales, apoyado generalmente en factores culturales singulares (o identitarios) que se suelen proyectar en un ámbito geográfico regional. Parece constatarse en efecto que las resistencias culturales al cosmopolitismo, debido a la presencia de singularidades histórico-culturales,

13 Se trata de un despliegue funcional cuyo reflejo semántico tendría acaso su mejor expresión en la triada gobernabilidad, gobernanza y gobermedia, aplicada al ámbito propio de la función de gobierno, cfr. A. PORRAS NADALES, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Trotta, Madrid, 2014.

14 Para su recepción en España, cfr. STC 140/2018, Fto. Jco. 6.

suelen depender de variantes y dinámicas regionales: las cuales, al mismo tiempo que suscitan procesos más intensos de aprendizaje e innovación (por pura proximidad, como sucede con las revoluciones de los colores en la periferia soviética, o con la primavera árabe), en la práctica también sirven para frenar ciertas tendencias cosmopolitas, generando así una dinámica histórica dual, donde acaso pueden explicarse la emergencia o el resurgimiento de los populismos o los nacionalismos entendidos, en el contexto actual, como planteamientos “negacionistas” del impacto globalizador. De este modo, el fenómeno de la globalización constitucional se proyectaría en forma binaria para acabar perfilándose de un modo diferenciado en ciertos ámbitos regionales específicos: como el latinoamericano, el europeo, el árabe, el de la antigua periferia soviética; o incluso acaso el propio entorno mediterráneo¹⁵, etc. Detectar dentro de esta dinámica compleja posibles tendencias evolutivas de medio plazo constituye un ámbito de aproximación tendencial o tentativa, con distintas pautas de encuadramiento.

3.1. Partidos políticos evanescentes.

El primer núcleo evolutivo problemático afectaría a los actores en posición de protagonismo activo, es decir, a los *partidos políticos* encargados de operar desde el circuito de la representación para ocupar en la práctica a los restantes poderes del Estado.

La experiencia histórica se desenvuelve en un contexto en transformación, donde los sistemas de partidos estables constituidos de forma previa, tan habituales en la historia de occidente, parecen ya una especie en peligro de extinción, lo que suscita un alto grado de precariedad en el nuevo ambiente político. En la práctica, la tendencia evolutiva parece conducir hacia un tipo de partidos configurados como estructuras precarias o coyunturales, a modo de partidos-movimiento, que eventualmente sólo pueden llegar a adquirir una presencia significativa si se articulan alrededor del liderazgo de una personalidad relevante (con sus riesgos inherentes de deriva presidencialista o populista). Incluso en algunos países latinoamericanos dotados en el pasado de sistemas de partidos tendencialmente fuertes o estables, se ha producido una predominancia del nuevo tipo de partidos-movimiento, por lo general más inestables y difusos.

26

Tal realidad histórica nos obliga ciertamente a relativizar la presunción (evidentemente propia de una visión occidental) de que sólo un sistema de partidos estables y organizados puede asegurar la vigencia de un orden constitucional normativo, al constituirse en los elementos dinámicos de una posible “constitución material” en el sentido de Mortati. Lo que, inversamente, se confirmaría en el caso europeo con la aparición de nuevas fuerzas populistas que no se ajustan al paradigma tradicional de partidos. Y el riesgo de que el orden constitucional entre en un estado de precariedad significaría que la propia democracia estaría entrando también en un momento de emergente crisis histórica.

Acaso podría sugerirse pues que, en el contexto histórico mundial del presente, los sistemas de partidos organizados y estables están empezando a constituir más bien supuestos minoritarios o excepcionales, frente a la dominancia de partidos plataforma de organizaciones o de movimientos sociales, dotados por naturaleza de un mayor grado de precariedad y coyunturalidad. La única dimensión alternativa consistente residiría en la presunción de que este nuevo tipo de partidos evanescentes puedan llegar a tener una mejor capacidad de adaptación tanto a orientaciones ideológicas novedosas como a los nuevos mecanismos de formación de la opinión a través de redes.

La segunda dimensión del debate afectaría a la continuidad del paradigma *Estado de Partidos*, entendido, según la inercia del siglo XX, como un bloque de poder que desde la esfera política aspira legítimamente a colonizar las restantes esferas institucionales del Estado. Se trata de un modelo dotado, desde Leibholz, de una fuerte inercia histórica desde la cual se hacen difíciles los intentos de autorrestricción o autolimitación orientados a otorgar mayor grado de autonomía a las esferas institucionales independientes. Un concepto, el de independencia institucional, que en rigor parece incomprensible desde la perspectiva inercial del

15 Vid. A. J. PORRAS NADALES “Desarrollo constitucional y globalización”, *Revista de Fomento Social* Núm. 72/3-4, 2017. D. K. Xenakis, D. N. Chrysochoou “Between Good Governance and Democratisation: Assessing the Euro-Mediterranean Condition”, *Jean Monet WP* 2001, Núm. 38.

Estado de Partidos. Sin embargo, paradójicamente, el apogeo de la dinámica participacionista genera un inevitable efecto corrosivo sobre el tradicional monopolio partidista de nombramiento de altos cargos, imponiendo indirectamente un cierto resurgimiento de la idea de independencia institucional.

3.2. Hacia un Estado regulativo.

Un segundo núcleo evolutivo se podría situar en torno al horizonte, tan grato al contexto cultural de la Unión europea, de un *Estado regulativo*, donde teóricamente podría expresarse una fase avanzada en la evolución propia del Estado social intervencionista.

El paso del tradicional intervencionismo público a la noción de *regulation* implica en efecto una nueva estrategia o filosofía de la acción: es decir una concepción donde, a cambio de renunciar a la primitiva contundencia intervencionista o transformadora propia del Estado social en su fase álgida, se intenta acceder a la posibilidad de incidir sobre esferas privadas o sociales tradicionalmente alejadas de la arena convencional del derecho público, al mismo tiempo que se consigue una proyección territorial más amplia. Desde el punto de vista estratégico la dinámica regulativa aportaría pues una innovación decisiva, al operar como una sutura de unión entre las viejas trincheras enfrentadas del derecho público y derecho privado¹⁶. Con independencia de que el fenómeno de la regulación haya tenido su momento originario en una etapa anterior, durante las primeras privatizaciones del sector público de la economía, la experiencia acumulada desde entonces y su capacidad de adaptación a un contexto globalizado parece abrir un campo creciente de innovación jurídica e institucional, que se adapta al nuevo entorno de la gobernanza.

Recordemos en primer lugar que la instancia regulativa resulta ser una esfera particularmente conexas con algunas de las áreas jurídicas más innovadoras al nivel mundial (sectores como medio ambiente, derecho de los consumidores o control de procesos económicos), implicando no sólo una presencia generalizada del conocimiento experto¹⁷ sino igualmente un diseño institucional específico en forma de agencias reguladoras independientes, que tienden a medio plazo a desbordar las fronteras estatales¹⁸, proyectando un aparente derecho débil¹⁹ destinado acaso a tener una proyección más amplia en el tiempo y el espacio. Aunque también con evidentes riesgos de captura.

Ahora bien, una instancia regulativa consolidada, como la que especialmente mantenemos en Europa, implica una sustancial reorientación de las esferas normativas estatales, es decir, de los tradicionales legisladores parlamentarios. De entrada, la agenda legislativa estatal parece experimentar una clara desustanciación en la medida en que nuestros parlamentos, o bien se dedican a trasponer directivas europeas, o bien a respetar y en su caso formalizar regulaciones procedentes de agencias independientes.

Si en este contexto nos preguntamos por el papel del tradicional “motor” del legislativo, el gobierno, parece que la práctica de los sistemas parlamentarios europeos conduce hacia una vía de salida, la de los Decretos- Leyes: donde en rigor no existe una auténtica previsión de agenda sino simplemente una estrategia de respuesta inmediata a demandas sociales emergentes, o incluso a puras necesidades políticas coyunturales. Una estrategia que tiende a sobrecargarse de forma creciente, generando los correspondientes desajustes sobre el ordenamiento.

16 Vid. A. PORRAS NADALES, “Derecho Constitucional y evolucionismo jurídico”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 87, 1995; “El derecho regulativo”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 117, 2002; y “El papel de la esfera pública ante la economía. Nuevas reflexiones acerca del derecho regulativo”, *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 168, 2015.

17 En este contexto, como señalan Hamann y Ruiz Fabri, aparecerían nuevos valores acaso no suficientemente apreciados en los anteriores hitos históricos, como el conocimiento experto o como nuevas pautas de solidaridad y cooperación. Vid. A. HAMANN, H. RUIZ FABRI, “Transnational networks and constitutionalism”, *JCON*, Vol. 6, Num. 3 & 4, 2008. E. O. ERIKSEN, “Democratic or technocratic governance?” *Jean Monnet WP*, 6/2001.

18 Lo que en cierta manera supone un reenfoque de pautas ya preexistentes desde hace décadas, especialmente en USA, implicando una presencia de actores no públicos. Ch. HOOD, C. SCOTT, “Regulating government in a ‘managerial age’: towards a cross-national perspective” CARR, 2000, B. M. HUTTER, “The role of non-state actors in regulation”, CARR, 37/2006.

19 Lo que nos sitúa en torno a fenómenos como el *soft law* o ante categorías paralelas. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turin, 1993, (en castellano *El derecho dúctil*, Trotta, 1995).

En este contexto en transformación la tradicional función legislativa de los Parlamentos parecería pues experimentar una clara decadencia, más allá de su función autorizativa de la legislación de urgencia o Decretos-Leyes emanados del ejecutivo. En todo caso desde una clave evolutiva podría sugerirse la aparición de figuras originales como las leyes proclamáticas. Una categoría que en rigor cabría clasificar en una variada tipología: desde las leyes *proclamáticas* formales, o destinadas a subsistir sólo precaria o transitoriamente en el ordenamiento debido a su ubicación inestable en el sistema de fuentes; pasando por las leyes “memorial” que persiguen una reescritura de la historia sin contenidos normativos precisos; hasta las auténticas leyes proclamáticas sustantivas o materiales, que persiguen proclamar en tiempo presente una nueva realidad mediante su pura formulación discursiva, implicando así una cierta concepción virtual de la ley: o sea, una concepción donde la norma legislativa no se considera ya como un soporte para la posterior acción pública, sino como una auténtica formulación virtual y en tiempo presente de la nueva realidad que se pretende establecer²⁰.

3.3. El gobierno: respuesta instantánea y administración en red.

En cuanto a la instancia gubernamental, parece encaminada a operar ahora en el entorno ultracompetitivo de la agenda mediática, mediante la formulación respuestas instantáneas o visualizadas que acaban adecuándose inexorablemente el contexto propio del sistema comunicativo de los mass media y de las propias redes sociales. Es decir, más allá de la gobernanza, los ejecutivos estarían comenzando a actuar en clave de gobermedia,

El nuevo modelo de *Gobierno-Twitter* se expresaría pues en una sucesión plural de posicionamientos que se proyectan desde una perspectiva de instantaneidad, con el riesgo evidente de asumir al final una dimensión puramente virtual. Dimensión virtual que en principio se nos aparece dotada de un alto grado de legitimación visualizada, aunque quedando al mismo tiempo sustancialmente desconectada del plano de la posterior acción intervencionista; la cual debería discurrir normalmente a través de un sistema de políticas públicas relativamente estabilizadas en el tiempo y dotadas de una posición supramayoritaria, en el sentido de Majone²¹.

En resumen, la nueva noción de acción de gobierno se situaría entonces en una dimensión de no-acción camuflada como pura acción virtual²², y como máximo se concretaría en la práctica a través de puras decisiones binarias, en clave autorizativa/prohibitiva. Mientras que el grueso de las políticas públicas intervencionistas -operando en pautas de gobernanza- mantendrían su vigencia relativamente al margen de la agenda política, en base a su permanente vinculación con las redes sociales o de usuarios y sus mecanismos de evaluación y constante retroalimentación.

Todo ello operaría por otra parte dentro de un entorno institucional dotado de altas dosis de resiliencia y caracterizado en consecuencia por una dinámica inercial, donde la centralidad gubernamental se mantiene como una categoría relativamente inmune al paso del tiempo. Sin embargo, tal centralidad gubernamental no parece reposar ya sobre el soporte estable de acuerdos de gobierno consistentes, dentro de un ambiente inmaterial de tipo “consociacional”, sino más bien sobre un precario entorno de competitividad cargado de perfiles populistas y radicales.

En cuanto a la esfera de la administración, parece obligada a progresar más allá del horizonte de la denominada *administración* adecuada a consensos para avanzar hacia el modelo de *administración-red* que debería asumir las capacidades adecuadas para operar en la escala multinivel: lo que significaría que la tradicional relación vertical entre gobierno y administración resultaría parcialmente disociada, al proyectarse ahora en una dimensión horizontal y cooperativa, donde las políticas públicas resultantes

20 Vid. A. PORRAS NADALES “Las leyes proclamáticas” (<http://www.cesjeuropa.org/pdf/Lasleyesproclamaticas.pdf>).

21 Vid. G. MAJONE, “Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Num. 157, 2001.

22 Vid. A. PORRAS NADALES, “La agenda del gobierno”, en VVAA, *La Ciencia del Derecho Constitucional Comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

serían finalmente la consecuencia global de la interacción entre distintas esferas institucionales ubicadas en distinta escala territorial y, al mismo tiempo, gobernadas desde instancias políticas diversas. La disociación creciente entre la tradicional lógica de racionalidad vertical que opera en el eje gobierno/administración, frente a la emergente interacción entre esferas que operan en una clave horizontal de administración-red, introduce nuevos factores de incertidumbre en la comprensión de la nueva realidad.

3.4. La Sociedad globalizada y la clickdemocracia.

La idea de que el nuevo orden constitucional del siglo XXI trata de reflejar un modo específico de entender las relaciones entre Sociedad y Estado expresaría al mismo tiempo la emergencia de una nueva realidad social de dimensión globalizada y tecnológicamente intercomunicada, desde donde pueden aparecer estrategias novedosas en sus relaciones con la esfera pública. Naturalmente contando de entrada con un ambiente histórico donde predomina la sensación de crisis de la representación como consecuencia de los grandes casos de corrupción que vienen asolando las democracias constitucionales durante las últimas décadas: dando lugar así a una nueva oleada de prestigio de la participación, que pretende operar ahora a través del nuevo sistema de redes.

Una realidad social globalizada supone de entrada un impacto sobre las tradicionales fronteras territoriales estatales, donde hasta ahora opera el postulado de la autorreferencialidad de los ordenamientos. Se supone que este desbordamiento activo de la sociedad, animado también por grandes procesos migratorios, se apoya en la revolución general de las comunicaciones que trae consigo la nueva dinámica de internet, imponiendo un escenario donde cada sujeto individual asume una posición de protagonismo activo, o de participación directa, ante el nuevo orden global/local.

Este activismo del ciudadano cibernético que opera en un entorno de clickdemocracia, suscita variadas consecuencias: por una parte un reforzamiento del ideal de la democracia participativa, en la medida en que la incorporación directa del ciudadano individual a la esfera pública no requiere de procesos de agrupación u organización previa, sino de una simple app; por otra, la generación de nuevos espacios de opinión que se canalizan “desde fuera” del sistema de comunicación preestablecido (dominado desde finales del siglo XX por grandes cadenas de comunicación) para operar ahora simultáneamente en la doble escala local/global a través de plataformas instantáneas y sin fronteras. En principio parece lógico entender que este nuevo entorno tecnológico permite toda una nueva oleada de visiones utópicas de la realidad, donde tanto los tradicionales equilibrios entre representación y participación como la propia proyección territorial de las fronteras estatales preestablecidas resultan sustancialmente alterados.

Democracia participativa y opinión pública global -autoconformada de forma directa y atomizada-, serían entonces nuevos escenarios emergentes desde donde teóricamente debería conformarse un proyecto de gobernanza constitucional actualizado. Sin embargo, paradójicamente, los primeros pasos de este escenario transformado de comienzos del siglo XXI no parecen conducir a una visión armoniosa, transparente y positiva del orden social, sino más bien a un entorno social tensionado y perturbado, donde el nuevo ciudadano cibernético o “clickdemocrático” se enfrenta a unos circuitos comunicativos saturados de información, pero también de presencias fantasmales de *trolls*, *hackers*, y de oscuras organizaciones que operan en la penumbra, en un entorno cuajado de *fake news*.

La dinámica de red, entendida como nuevo soporte para concebir las relaciones entre Sociedad y Estado no parece conducir por ahora hacia un universo de plena transparencia ni hacia el ideal de un nuevo “consensualismo” superador de las tensiones sociopolíticas que venían operando dentro de las fronteras estatales; más bien lo que emerge es una nueva dinámica conflictual y difusa, donde florecen discursos populistas y se manifiestan tendencias regresivas que amenazan la propia estabilidad democrática.

La pregunta de si las Constituciones actuales están en condiciones de dar respuesta a las aspiraciones generales de esta nueva sociedad intercomunicada, debe abordarse a partir de un marco de resiliencia, donde las estructuras institucionales establecidas mantendrían su dinámica inercial para tratar de ajustarse a continuación a las nuevas exigencias relacionadas con la gobernanza, la regulación, o la instantaneidad. Con independencia de que la nueva dinámica pueda imponer una intensificación de las tendencias competitivas, parece evidente que la principal exigencia constitucional se situaría por ahora en torno al reforzamiento de las instancias de control: es decir, de la esfera desde donde pueden renovarse o actualizarse los sistemas

de valores vigentes, pero también desde donde tiene que evaluarse cotidianamente el grado de rendimiento institucional de los sistemas existentes y su capacidad de respuesta. El resto, seguramente sería una tarea que en primera instancia corresponde a la doctrina, implicando la necesidad de una perspectiva adecuada para ordenar y comprender la secuencia histórica por la que discurren las coordenadas del presente.

IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Las posibilidades de abordar la evolución del constitucionalismo a comienzos del siglo XXI desde la perspectiva de la globalización y la revolución tecnológica de las comunicaciones, implica un riesgo recurrente de caer en visiones apocalípticas desde las cuales las democracias constitucionales se percibirían en un contexto de precariedad que parece preludiar el fin de los tiempos.

Sin embargo, las variables fundamentales que se manejan desde los enfoques más reconocidos, como *GlobCon* o *IusCoCo*, apenas se diferencian de las coordenadas maestras de partida que ya se establecieron en la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: derechos, democracia, *rule of law*. Serían más bien las transformaciones que se operan dentro de cada una de estas coordenadas las que marcarían las nuevas perspectivas de cambio histórico. Pero si atendemos a las variables básicas de este esquema maestro, las pautas de evolución podrían señalar en efecto un cierto apogeo del constitucionalismo, entendido o bien como una plataforma abierta a nuevas perspectivas de progreso democrático o bien, en todo caso, como una fachada de legitimación general de cualquier sistema estatal.

Lógicamente ello implica la reactualización de la tradicional dicotomía entre constituciones auténticas o normativas frente a constituciones nominales, o de perfil autoritario o post-autoritario. Lo que nos situaría ante un plano de tensión recurrente que en la práctica solemos solventar mediante la introducción de elementos de “calidad democrática”. Instituciones como la Comisión de Venecia o como diversos tipos de observatorios académicos, incluso en cierta manera el propio Tribunal de Estrasburgo, parecen operar desde esta perspectiva que, sin embargo, en la práctica se reduce al manejo de variables concretas, ignorando en parte las peculiaridades endógenas de cada país o de cada contexto histórico concreto, y prescindiendo en consecuencia de perspectivas sistemáticas o de generalidad. En teoría, el manejo de criterios de calidad democrática se concretaría finalmente en un ranking de valor puramente documental- comparado, sin permitir profundizar en los soportes causales que pudieran explicar las claves evolutivas de cada país en uno u otro sentido.

La segunda perspectiva de avance sería la que se conecta con el discurso de la regeneración democrática, especialmente urgente en contextos condicionados por grandes oleadas de corrupción: una línea desde la cual no se pretende tanto introducir grandes reformas en el sistema, sino más bien eliminar disfunciones del mismo, operando normalmente desde la idea de un incremento general de la transparencia y la *accountability* del sistema. En este caso, el auténtico reto de toda Constitución consistiría más bien en asegurar su aplicación efectiva, evitando su degradación.

Ambas perspectivas (calidad y regeneración democráticas) redundarían en última instancia en una mejor ponderación del grado de eficiencia del Derecho Constitucional contemporáneo, implicando en consecuencia la posibilidad de abordar su capacidad de respuesta a las aspiraciones generales de la Sociedad.

NOTAS



EL MEDITERRÁNEO ¿UN LUGAR SIN DERECHOS?

Nicolás Pérez Sola
Universidad de Jaén

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y ASILO Y EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS. III. EL DETERIORO DE LAS GARANTÍAS: 1. Los internamientos. 2. Los menores. 3. La viabilidad del acceso al procedimiento de asilo. 4. La expulsión de extranjeros. 5. Las devoluciones en caliente.

31

RESUMEN

En la actualidad se observa un deterioro en las garantías de los derechos de los inmigrantes y potenciales solicitantes de asilo en el mar mediterráneo que ponen en evidencia una crisis humanitaria, pero también la crisis del sistema de protección de derechos humanos.

Palabras clave:

Inmigración y asilo, protección de derechos, deterioro de las garantías.

ABSTRACT

THE MEDITERRANEAN: A PLACE WITHOUT RIGHTS?

During the last few years there has been an erosion of immigrants' and potential asylum seekers' rights safeguards in the Mediterranean Sea, which has evinced not only a humanitarian crisis, but also the crisis of human rights protection system.

Key Words:

Immigration and asylum, Rights protection, Erosion of rights safeguards.

I. INTRODUCCIÓN.

Desde hace años se puede apreciar como con ocasión de conflictos políticos, guerras, crisis ambientales, los desplazamientos crecientes de quienes huyen en busca de una vida mejor encuentran en el Mediterráneo una dramática manifestación. Sin embargo, lejos de intentar remediar la suerte de quienes necesitarían algún tipo de protección, o al menos, soluciones en origen que garanticen los derechos elementales, asistimos a un reforzamiento de los “muros” ante la imposibilidad de la Unión Europea de esbozar una respuesta homogénea y solidaria, que evidencia la cada vez mayor contradicción entre la Europa de las libertades y la Europa fortaleza. Ocurre además que el espacio de las libertades se ve progresivamente restringido por la regulación comunitaria en la materia de inmigración y asilo y con una jurisprudencia de los tribunales carente de coherencia en la que se hace palpable la dificultad de operar un verdadero diálogo entre el marco comunitario y el ámbito convencional de protección de derechos de inmigrantes y potenciales solicitantes de protección internacional.

II. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y ASILO Y EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

En el contexto actual de crisis del proyecto europeo, la vigencia y cumplimiento de algunos instrumentos normativos comunitarios por los Estados miembros han sido puestos en cuestión. Ocurre así, entre otros, en el ámbito de la regulación de la inmigración y el derecho de asilo. El marco normativo de referencia ya planteaba contradicciones con otras obligaciones internacionales contraídas por los Estados en el ámbito del sistema europeo de protección de derechos humanos. La parálisis legislativa en esta materia vivida los últimos años, así como su falta de modificación y actualización, se ha puesto en evidencia en mayor medida a partir de 2014. Pues bien, sobre la compatibilidad entre este acervo normativo, las políticas comunitarias desarrolladas y el marco de garantías que supone el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) en la actualidad versan las reflexiones que siguen.

Además se debe recordar que convergen en esta materia diversos compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros de la Unión Europea que van desde el estricto cumplimiento del ordenamiento propio, hasta la observancia del CEDH o la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y sin embargo determinados acuerdos o políticas desarrolladas lo son con la participación de terceros Estados no concernidos por aquél marco jurídico, en un proceso creciente de externalización de responsabilidades en terceros Estados. Así los acuerdos con Turquía, Libia o incluso con Marruecos suscritos ya por la Unión Europea ya por Estados miembros como Italia o España, pueden entrar en contradicción con los compromisos derivados de la protección de derechos humanos. La situación de bloqueo en el mediterráneo central de buques de las ONGs con inmigrantes y potenciales solicitantes de protección internacional o prácticas como las “devoluciones en caliente”, son muestras de un claro debilitamiento de la protección de los seres humanos y de las garantías de los derechos humanos en este espacio del que somos un Estado ribereño.

En este análisis cobra especial interés el acuerdo suscrito entre la Unión Europea y Turquía el 18 de marzo de 2016, que nos lleva a plantear la compatibilidad del mismo y, en su conjunto, de la política común en materia de asilo y refugio con los compromisos internacionales adquiridos por los Estados miembros en derechos humanos. Estamos en presencia de un instrumento internacional que claramente conculca algunos de los preceptos del CEDH, además de resultar contrario a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y a la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. La primera objeción que se ha de formular al Acuerdo Unión Europea-Turquía lo es por el procedimiento seguido para la conclusión del mismo, ya que no se ha observado lo preceptuado en el artículo 216 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹. Cuestión esta que ha generado además una indefensión a solicitantes de asilo que ha cuestionado el alcance de dicha declaración y que ha quedado “impune” ante los órganos judiciales de la Unión Europea.

La solución de extraterritorialidad adoptada por la Unión Europea para hacer frente a la situación de flujo masivo de solicitantes de protección internacional se fundamenta en la propuesta de creación de áreas regionales de protección en regiones de origen que tendría por destinatarios a los solicitantes de asilo provenientes de determinados países, con el objeto de que sus demandas de asilo fuesen tramitadas en los Estados de origen o tránsito, completándose este sistema con programas destinados a la reinstalación. En última instancia se perseguiría con este sistema, según sus promotores, evitar el denominado “factor de atracción” que hoy día constituye la Unión Europea. El establecimiento de zonas protegidas en terceros países podría cumplir pues una finalidad disuasoria frente a las solicitudes infundadas de asilo.

Desde entonces mucho se ha discutido sobre si estos centros o áreas de protección regional resultarían compatibles con la legislación comunitaria, la legislación nacional de los Estados miembros y de los Estados en los que se ubicasen tales centros, así como respecto del CEDH. Finalmente, se plantean una serie de incógnitas en torno a si este nuevo sistema de centros de tramitación de tránsito responderían a la exigencia de protección efectiva² a los solicitantes de asilo. La entrada en vigor del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía permite recuperar nuevamente el debate al respecto en un doble sentido, sobre la condición de tercer Estado seguro de Turquía pero también sobre las condiciones reales en las que se gestionará, en su caso, las solicitudes de asilo de los solicitantes devueltos de Grecia a Turquía.

Para comprender las circunstancias que han rodeado este Acuerdo se debe recordar que con anterioridad, esto es el 14 de abril de 2014 ya se había suscrito un Acuerdo entre la Unión Europea y Turquía si bien estaba prevista su entrada en vigor en 2017³. La situación sobrevinida como consecuencia de las dimensiones del drama humano provocado por el conflicto bélico en Siria hizo aconsejable a la Unión Europea el adelanto de su entrada en vigor al 1 de junio de 2016. En efecto, la Decisión del Consejo de 23 de marzo de 2016 (UE) 2016/551 así lo constata⁴. La consecuencia fundamental de dicho acuerdo era que Turquía aceptaba “el retorno rápido de todos los inmigrantes que no precisen protección internacional y que hayan pasado de Turquía a Grecia”, así como aceptar por Turquía todos aquellos inmigrantes que hubiesen sido interceptados en aguas turcas. A tenor del contenido de la Declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016, para poner término a la migración irregular desde Turquía a Europa se acordaba el retorno de los migrantes irregulares, si bien por “cada sirio retornado a Turquía” desde Grecia “se reasentará a otro sirio procedente de Turquía” a la Unión Europea, así como impedir que se pudiesen abrir nuevas rutas de migración ilegal entre aquel país y la Unión Europea. Como contraprestaciones se formaliza el compromiso de “revigorizar el proceso de adhesión” así como “el desembolso de 3.000 millones de euros de la Unión Europea a Turquía”, que se verían complementados con otra cuantía idéntica a finales de 2018. La constatación de la vigencia de este acuerdo se obtiene a partir del 4 de abril de 2016, fecha en la que Turquía comenzó a aceptar a los inmigrantes devueltos desde Grecia⁵.

1 “aun suponiendo que se hubiera concluido informalmente un acuerdo internacional en la reunión de 18 de marzo de 2016, lo que, en el caso de autos, niegan el Consejo Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, dicho acuerdo habría sido alcanzado por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión y el Primer Ministro Turco. Pues bien, en el marco de un recurso interpuesto con arreglo al art. 236 TFUE, el Tribunal General no es competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acuerdo internacional celebrado por los Estados miembros”. Autos del Tribunal General en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM/Consejo Europeo. Tribunal General de la Unión Europea. Comunicado de Prensa n° 19/17. Luxemburgo, 28 de febrero de 2017.

2 En este sentido recuérdese que para que la protección sea efectiva se precisa que se cumplan las condiciones de seguridad física, garantía de no devolución, acceso a los procedimientos nacionales de asilo con garantías, acceso a atención sanitaria primaria, educativa obligatoria y al mercado laboral.

3 Decisión 2014/252/UE del Consejo relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales que entró en vigor el 1 de octubre de 2014, DO L 134 de 7 de mayo de 2014.

4 Decisión (UE) 2016/551 del Consejo de 23 de marzo de 2016 por la que se establece la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión en el Comité Mixto de Readmisión relativa a las normas de desarrollo a efectos de la aplicación, a partir de 1 de junio de 2016, de los artículos 4 y 6 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales DO L 95/9 de 23 de marzo de 2016.

5 “Todos los nuevos migrantes irregulares que pasen de Turquía a las islas griegas a partir del 20 de marzo de 2016 serán retornados a Turquía. Esta se aplicará en plena conformidad con el Derecho Internacional y de la Unión Europea, descartándose así todo tipo

Como es conocido, la garantía esencial que se deriva de la Convención de Ginebra respecto de los peticionarios de refugio y asilo es el principio de no devolución, por lo que constituye una obligación para los Estados llevar a cabo “un análisis adecuado e individualizado de las peticiones” con carácter previo al rechazo en frontera o a la expulsión del país del peticionario. Obligación que se hace extensible respecto de la devolución a un Estado en donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución, o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo. No parece pues que la devolución a Turquía cubra en su totalidad dichas exigencias.

Sin embargo el mayor escollo que presenta este Acuerdo lo es respecto de la propia normativa comunitaria en la materia. La consideración de Turquía como país seguro para los refugiados resulta extremadamente cuestionable⁶. Recordemos que la Directiva 2013/32/UE del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), presenta como principal novedad, a los efectos que aquí importan, la incorporación del concepto de país de origen seguro, al objeto de su correspondencia para llevar a cabo el examen individual de la solicitud y el concepto de tercer país seguro. Pues bien los Estados miembros “sólo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante de protección internacional” no corre riesgo alguno respecto de su vida o libertad, que no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social particular y opinión política. Igualmente se debe cumplir como condición indispensable el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra, la prohibición de expulsión y la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra (art. 38). Al objeto de llevar a cabo un examen de la solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante, un tercer país sólo podrá ser considerado tercer país seguro si ha ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones, cuenta con un procedimiento de asilo prescrito por la ley y ha ratificado el CEDH.

Pues bien, como consecuencia del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía surge la duda razonable de si este último país reúne las características para ser considerado como tercer país seguro. De un lado hay que significar que la pertenencia de Turquía al Consejo de Europa debe ser actualizada en la medida en que de conformidad con el artículo 15 del CEDH, desde el fallido intento de golpe de Estado se ha comunicado que la República de Turquía se acogía a la suspensión temporal de derechos prevista en aquel precepto. Una consideración complementaria se ha de realizar ya que aun cuando por Turquía se ha ratificado el Estatuto de los Refugiados se ha hecho respecto de peticionarios procedentes del continente europeo, pues al no haber ratificado el Protocolo de Nueva York excluye el ámbito de aplicación de procedencia del solicitante fuera de territorio europeo.

Una vez que se contextualizan todas estas consideraciones es obligado reparar en que la mayoría de los inmigrantes que han llegado a Grecia desde 2015 procedían de situaciones bélicas, esencialmente de Siria, y eran potenciales solicitantes de asilo en Europa. De tal manera que los migrantes que no soliciten asilo o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles a tenor de la Directiva de Retorno serán objeto de devolución a Turquía. Se trata así de obviar la prohibición de no devolución contenida en la Convención de Ginebra por ser considerada Turquía como país seguro.

de expulsión colectiva. Todos los migrantes estarán protegidos de acuerdo con las normas internacionales pertinentes y dentro del respeto del principio de no devolución. Se tratará de una medida temporal y extraordinaria que es necesaria para poner término al sufrimiento humano y restablecer el orden público. Los migrantes que lleguen a las islas griegas serán debidamente registrados y las autoridades griegas tramitarán toda solicitud de asilo individualmente, de acuerdo con la Directiva sobre procedimientos de asilo, en cooperación con el ACNUR. Los migrantes que no soliciten asilo o cuya solicitud se haya considerado infundada o inadmisibles de conformidad con la citada Directiva serán retornados a Turquía. Los gastos de las operaciones de retorno de migrantes irregulares correrán a cargo de la Unión Europea”.

6 “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías” (art. 1 bis Tratado de Lisboa).

Las anteriores consideraciones deben hacerse extensibles a los acuerdos alcanzados por la Unión Europea con Libia como consecuencia de la negativa del gobierno italiano a aceptar en sus puertos el desembarco de inmigrantes procedentes del norte de África. No obstante es preciso recordar que en el período 2013-2017 se ha estimado una cifra aproximada de 624.000 personas que arribaron a las costas italianas. Fue sin duda la falta de acuerdo en el seno de la Unión Europea respecto del reparto de responsabilidades en orden a su reubicación, el origen de la decisión del hasta hace poco Ministro del Interior Matteo Salvini de cerrar los puertos italianos a las embarcaciones que trasladaran inmigrantes rescatados en las aguas del Mediterráneo⁷, en ausencia de un acuerdo previo de reubicación en los Estados miembros de la Unión Europea. Es precisamente esta falta de acuerdo en materia de política migratoria la que ha dejado en situación muy precaria la presencia de la Unión Europea en la zona, en concreto la Operación Sophia que iniciada en 2015 con la intención de combatir el tráfico de personas en el Mediterráneo, se ha visto limitada a la presencia de medios aéreos sin mayor intervención por vía marítima. Se ha dado lugar así a generalizar la externalización del control de los flujos migratorios por parte de terceros Estados, de forma que tan solo las embarcaciones de las ONGs han continuado su presencia en la zona operando rescates, no sin verdaderas dificultades para lograr desembarcar en algún puerto del Mediterráneo a los inmigrantes rescatados.

La crudeza de esta situación y, por ello, la exigencia de responsabilidades por inacción política, se puede ilustrar con la formulación de una denuncia por parte de activistas en defensa de los derechos humanos contra la Comisión Europea por la colaboración con Libia, así como por la no actuación ante las sucesivas crisis de barcos de las ONGs en busca de puerto seguro, con grave riesgo de tragedias humanas entre los inmigrantes en ellas embarcados y salvados de una muerte segura en el Mar Mediterráneo. En este sentido nos hacemos eco también de la denuncia ante la Corte Penal Internacional de La Haya de un grupo de letrados por la comisión de crímenes contra la humanidad al entender que la Comisión Europea y sus agentes y funcionarios incurren en responsabilidad por consentir la entrega a Libia, sin garantías para la vida e integridad de los inmigrantes, como consecuencia del acuerdo alcanzado con este país⁸.

Ciertamente la Unión Europea ha aprobado una dotación económica cifrada en 87,2 millones de euros para la formación de personal de la Guardia costera libia, apoyo técnico y logístico al objeto de llevar a cabo los rescates en sus aguas jurisdiccionales así como el posterior traslado a tierra y acogida. No es necesario recordar el carácter de Estado fallido de Libia, la guerra civil que se libra en su territorio y la nula vigencia de la más mínima seguridad jurídica y garantía de derechos denunciada por las organizaciones internacionales presentes en la zona. Es en este contexto en el que resulta innecesario argumentar la no consideración de Libia como tercer Estado seguro. Como evidencian sucesivos informes de ACNUR, Amnistía Internacional y ONGs, la situación de precariedad, insalubridad e inseguridad jurídica de quienes permanecen en centros de internamiento en Libia, conculca todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. En estas condiciones la observancia de las más mínimas garantías para los derechos humanos en esta franja central del Mediterráneo es inexistente con la aquiescencia y financiación de la Unión Europea si bien dentro de un marco de cooperación y relaciones de buena vecindad a partir de la Declaración de Abiyán con ocasión de la 15ª cumbre Unión Europea-Unión Africana celebrada en noviembre de 2017⁹.

El escenario institucional que se dibuja tras el nombramiento de la nueva Comisión Europea al frente de Ursula Von der Leyen tampoco invita al optimismo en la medida en la que se pretende “colaborar más estrechamente en el ámbito de la seguridad, en particular en lo que respecta a las amenazas nuevas y emergentes que trascienden las fronteras”. Se culminaría así una mayor aproximación al tratamiento de la inmigración desde la perspectiva de seguridad al objeto de preservar un supuesto estilo de vida europeo.

7 “en relación con el ejercicio por parte de un Estado de su jurisdicción en alta mar, que la naturaleza especial del medio marino no justifica la existencia de una zona de no derecho, en la que los individuos se encuentran desprovistos de un sistema jurídico susceptible de proteger los derechos y garantías de los que disfrutaban en virtud del Convenio y que los Estados se han comprometido a garantizar a toda persona bajo su jurisdicción”. Caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia, STEDH de 23 de febrero de 2012, apartado 179.

8 Diario *El País*, 1 de julio de 2019.

9 Constituye el desarrollo de los acuerdos contenidos en la Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos externos de la migración; abordar la ruta del Mediterráneo central adoptados el 3 de febrero de 2017.

Ante esta realidad el contraste con el marco teórico de garantías y derechos reconocidos en los instrumentos internacionales es más que evidente y arroja un balance muy negativo. Así cabe advertir que algunas de las normas comunitarias que han sido aprobadas y entrado en vigor a la luz del espacio de libertad, seguridad y justicia en materia de asilo y refugio suscitan dudas respecto de su compatibilidad con el ordenamiento internacional, especialmente por la situación en que se encuentran solicitantes de protección internacional a partir del éxodo masivo desde 2014 a la Unión Europea. La situación jurídica de aquéllos en los centros de internamiento en Grecia e Italia como la suerte de quienes en aplicación del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía son devueltos a este país, obligan a realizar algunas consideraciones.

III. EL DETERIORO DE LAS GARANTÍAS.

La orientación adoptada en la legislación comunitaria sobre extranjería, inmigración y asilo puede presentar zonas de conflicto con derechos asentados en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros como con el propio CEDH y la jurisprudencia del TEDH. En concreto previsiones como las de los internamientos, las garantías a los menores no acompañados, los riesgos derivados de los retornos, las expulsiones colectivas o la devolución de los solicitantes de protección internacional a los terceros países seguros merecen una breve referencia a través de la jurisprudencia recaída sobre estas cuestiones.

Es desde esta perspectiva que debemos destacar la situación de precariedad jurídica en la que se encuentra el solicitante de protección internacional en los centros de acogida en Grecia e Italia, en tanto se resuelve la admisión o examen de su petición. De igual modo, las condiciones reales de acceso a los procedimientos que permitan otorgar dicha protección, no resultan favorables. Además, antes de la entrada en vigor del acuerdo con Turquía se trataba de centros abiertos que, tras el 20 de marzo de 2016, se han convertido en centros de internamiento en los que se debe dudar no ya de las condiciones de vida, sino también del ejercicio de derechos y garantías de los solicitantes de protección contempladas en las Directivas antes reseñadas. En estas circunstancias cabe cuestionar el grado de cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros para establecer los procedimientos justos y eficientes, que habrán de ser seguidos por sus responsables, oficina pública u organismo competente en la materia para llevar a cabo la correcta evaluación e identificación de los solicitantes de asilo, y determinar la condición de refugiados a quienes satisfagan los requisitos para obtener la protección internacional. Incluso resulta cuestionable hasta el efectivo acceso al procedimiento a través de la presentación de la solicitud de asilo y su consideración por la administración competente, desde que la Directiva de procedimientos permite que los Estados miembros lleven a cabo en la frontera un procedimiento de examen para tomar decisiones sobre el fondo de la solicitud por considerarla manifiestamente infundada o falsa en sus datos con la consecuencia inmediata de la devolución del solicitante (arts. 31.8 y 43). En todo caso y, sin ánimo de exhaustividad, varios son los aspectos en los que nos hemos de detener brevemente en orden a determinar la posible incompatibilidad de acuerdos y políticas en materia de control de fronteras y flujos migratorios con los compromisos adquiridos por los Estados con el sistema europeo de protección de derechos.

3.1. Los internamientos.

En este contexto nos hemos de acercar a la situación de internamiento en la que se encuentran los solicitantes de protección internacional en los denominados centros de registro (hotspots)¹⁰, así como en la prolongación de la situación temporal de privación de libertad deambulatoria, quizá sin suficiente base legal en el ordenamiento comunitario. Cabe recordar que el internamiento viene formulado en la Directiva de Retorno¹¹ como última respuesta, “salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo”, teniendo como destinatarios a “nacionales

¹⁰ En Italia se encuentran en Lampedusa, Pozzalo, Porte Empedocle, Augusta, Taranto y Trapani. En Grecia en Lesbos, Chios, Samos, Leros y Kos.

de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno a la ejecución del proceso de expulsión cuando haya riesgo de fuga o el destinatario evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión”. La situación de las personas que se encuentran en los centros de registro no ha sido previamente objeto de ningún procedimiento administrativo en el que se haya acordado su expulsión, por lo que quizá no resulte apropiado aplicar a los afectados el tratamiento que recoge la Directiva de Retorno. No parece ser ésta la razón de los hotpost, si bien la supresión de la libertad deambulatoria es similar, su función es la de llevar a cabo el registro de los datos personales de quienes han llegado a las costas del sur de Europa, pero dista de ser el entorno más propicio para el acceso al procedimiento para solicitar protección internacional y gozar de un relativo control judicial de las condiciones de limitación de la libertad. Aun cuando acudamos a la analogía no debemos olvidar que según el texto de la Directiva “El internamiento será lo más corto posible y sólo se mantendrá mientras se llevan a cabo las gestiones para la expulsión, las cuales se ejecutarán con la debida diligencia”, cuestión esta que parece poco acorde con la prolongación de la situación de internamiento de quienes se encuentran en dichos centros, por lo que quizá se debiera ser especialmente exigente en la observancia de determinadas garantías jurídicas¹².

Resulta preocupante en especial la situación de los menores no acompañados, así como en las condiciones en las que se llevará a cabo el retorno de quienes llegaron a Grecia con posterioridad al acuerdo de la Unión Europea con Turquía. Nuevamente la extensión de esta previsión normativa a los miles de solicitantes en los centros de internamiento de Grecia e Italia constituye una generalización excesiva de una previsión excepcional en su aplicación.

En el mismo sentido y con cobertura y amparo de la Agencia Europea FRONTEX la interceptación de embarcaciones en el mediterráneo por guardacostas libios y el internamiento posterior de dichos inmigrantes en centros para tal fin sin garantías, deja en evidencia la finalidad de control fronterizo y externalización del mismo por la Unión Europea, sin mayor interés en garantizar unas condiciones mínimas para los inmigrantes allí retenidos, cuestión esta sobre la que se volverá más adelante.

Pero este escenario también se repite en otros lugares y cuenta con la participación de las autoridades españolas. Así conviene no olvidar que desde la denominada crisis de los Cayucos en 2006 se adoptó una serie de acciones específicas con soporte económico y presencia constante de miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en Mauritania y Senegal hasta el día de hoy, en virtud de los acuerdos adoptados respecto a la repatriación a estos países de los inmigrantes llegados a España. Sin embargo no existe información sobre el tratamiento posterior de dichos inmigrantes una vez entregados en Naudibú (Mauritania). En este sentido se pronunció CEAR a través del Informe del Centro de detención de inmigrantes en Naudibú así como en el Informe Anual de 2009. Sobre la suerte de los inmigrantes que han pasado por dicho Centro no se ha podido obtener más información.

3.2. Los menores.

Esta situación se ve agravada ante el internamiento relativo a menores no acompañados y familias con menores que estaba ya previsto en la Directiva de Retorno como “último recurso y por ello por el menor tiempo posible”¹³. Respecto de la definición de menor o los menores no acompañados se trata de extranjeros menores no acompañados nacionales de terceros países o apátridas menores de 18 años que llegan al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea

11 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

12 En el Caso O.S.A. y otros c. Grecia, STEDH, de 21 de enero de 2019, se considera que la permanencia en un centro durante un mes sin acceso a información sobre la privación de libertad por este período de tiempo, sin asesoramiento jurídico y posibilidades de un recurso efectivo contra la detención en espera de la expulsión “equivale a una privación de libertad” contraria al art. 5.4 del CEDH.

13 Una primera respuesta interpretativa del contenido de la Directiva de Retorno se contiene en la resolución del asunto C-61/11 PPU, como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por la Corte de Apelación de Trento (Italia). El Tribunal

legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros¹⁴.

Pues bien, no deja de sorprender que el retorno o la devolución puedan tener por destinatarios a menores no acompañados. Nuevamente hemos de tener presente la insuficiencia de garantías que pueden existir en el país al que se retorne al menor en atención al nivel de protección de los derechos humanos en Estados a los que puedan ser retornados en virtud de acuerdos de cooperación, el nivel de desarrollo del sistema de servicios sociales o la obligatoriedad de la escolarización infantil en aquéllos.

El ordenamiento internacional ha rodeado al menor de una serie de garantías para dotarlo de protección dada su mayor vulnerabilidad que en el ámbito migratorio experimenta un notable incremento. Recuérdese que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados parte a respetar los derechos incorporados a la misma, asegurando su aplicación sin distinción alguna de raza u origen nacional, e impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para “garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo” (art. 2). En este sentido el Comité de los Derechos del Niño señaló que en caso de no cumplir la totalidad de requisitos para la consideración de refugiado a tenor de la Convención de Ginebra, “los menores separados o no acompañados disfrutarán de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de protección, (incluyendo) la obligación (estatal) de atender las necesidades específicas de protección del menor no acompañado y separado de su familia”. Es por ello que corresponde a los Estados garantizar “en la máxima medida posible, el disfrute de todos los derechos humanos que se reconocen a los niños en el territorio perteneciente o sujeto a la jurisdicción del Estado, con inclusión de los derechos que presuponen la estancia legal en dicho territorio”¹⁵.

Por tanto las previsiones contenidas en la Directiva de Retorno y aplicadas por extensión a los menores no acompañados que se encuentran en los centros de internamiento de Grecia e Italia no se compadecen con el “interés superior del niño” que se recoge en la citada Convención (art. 3), en la medida en que solo se contempla la asistencia de los servicios adecuados (sociales de menores) y la obtención por parte de los Estados miembros de garantías de que dicha persona “será entregada a un miembro de su familia, a un tutor previamente designado o a unos servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno”. En el mismo sentido, la contradicción de la Directiva se hace evidente con lo protegido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. En efecto la Carta de Niza establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial” (art. 24) que queda considerablemente debilitada en los centros de internamiento de Grecia e Italia. En último caso, el hecho de que el retorno sea posible para los menores si “existen instalaciones de recepción y si dichas instalaciones son adecuadas”, sin especificar el contenido de dichas instalaciones ni la necesidad de la existencia de un responsable del menor en el país de retorno ya personal o institucional, agrava la situación de vulnerabilidad del menor. En este sentido el Caso Rahimi contra Grecia¹⁶ resulta especialmente relevante por cuanto el TEDH afirma la necesidad de tomar medidas de protección efectivas respecto de los menores no acompañados para no incurrir en vulneración del art. 3 del CEDH. En concreto se trata de la primera ocasión en la que el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que no sólo se vulnera el art. 3 del CEDH cuando se retiene a menores no acompañados como ya había señalado con

de Justicia de la Unión Europea responde en la resolución de este asunto a la duda suscitada respecto del ámbito de aplicación de la citada Directiva y su compatibilidad con el ordenamiento penal interno de los Estados miembros. El Tribunal resolvió que “se opone a la normativa de un Estado miembro (...) que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado”.

14 Art. 2, f, de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

15 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 6: trato de los menores no acompañados de su familia fuera de su país de origen, párrafo 77.

16 Caso Rahimi c. Grecia, STEDH 5 de abril de 2011.

antelación¹⁷ sino que además constituye un trato inhumano y degradante dejar en libertad tras la retención, al menor no acompañado sin ninguna medida de protección o tutela sobre el mismo, quedando absolutamente desprotegido y en una situación de vulnerabilidad extrema. Con posterioridad ha tenido ocasión el Tribunal de Estrasburgo de pronunciarse sobre la necesidad de adoptar medidas de intervención social respecto de menores que hubieran quedado desprotegidos con ocasión del desmantelamiento de campamentos provisionales de inmigrantes con la consiguiente condena al Estado¹⁸. Por esta razón hemos de reiterar que los menores extranjeros no acompañados deben ser tratados como menores y no como extranjeros¹⁹.

3.3. La viabilidad de acceso al procedimiento de asilo.

En las circunstancias relatadas con antelación parece clara la dificultad de acceder a los procedimientos para interesar protección internacional. No obstante con las insuficiencias del sistema Schengen y el cierre temporal de algunas fronteras interiores, por los Estados miembros se han incrementado los obstáculos para acceder a los procedimientos de protección internacional. Además, como ha indicado el TJUE a través de varias resoluciones ante cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, es necesario clarificar el alcance de la normativa comunitaria, su compatibilidad con la normativa interna, el Estado en cada caso responsable del examen de la solicitud de protección internacional o las condiciones en las que puede ser privado de libertad quien está incurso en un procedimiento de retorno. Es sorprendente además que en aplicación de la legislación antiterrorista se produzcan devoluciones de inmigrantes en situación irregular entre los Estados miembros. Ocurre así en la frontera entre España y Francia y provoca una situación de desvalimiento de quienes sufren la adopción de medidas destinadas a la toma de decisiones por el Estado por el que se llevó a cabo la entrada ilegal en la Unión Europea con procedimientos expeditivos y sin garantías²⁰.

El TJUE se ha debido pronunciar respecto de la privación de libertad previa a la finalización del procedimiento de retorno. En efecto, en el asunto C-47/115²¹ la situación de irregularidad en tránsito por un Estado diferente a aquél por el que se produjo la llegada se ha resuelto por este Tribunal que la entrada no es condición suficiente para la privación de libertad del mismo. Puesto que la Directiva 2008/115 “se opone” a disposiciones internas del Estado miembro que “permita el encarcelamiento de un nacional de un tercer país por el mero hecho de la entrada ilegal por una frontera interior desencadenante de una situación irregular cuando el procedimiento de retorno” aún no se ha concluido.

También resulta controvertida la determinación del Estado responsable de la tramitación del procedimiento cuando se ha producido una entrada colectiva en el espacio Schengen, como ha señalado el TJUE en la resolución del asunto C-646/16 cuando una entrada ha sido tolerada por las autoridades de un primer Estado miembro ante la llegada de un “número excepcionalmente alto” de inmigrantes, se considerara que ha cruzado de forma irregular” dicha frontera para presentar la solicitud de protección internacional en otro Estado miembro sin cumplir las condiciones de entrada en principio exigidas en el primer Estado miembro²².

17 Caso Assenov y otros c. Bulgaria, STEDH de 28 de octubre de 1998, Caso Okkadi c. Turquía, STEDH de 17 de octubre de 2006 y Caso A. c. Reino Unido, STEDH de 19 de febrero de 2009.

18 El recurrente menor de edad por inacción de las autoridades quedó en una situación de desprotección “constitutiva de un trato degradante” contrario al art. 3 del CEDH. Caso Khan c. Francia, STEDH de 28 de febrero de 2019.

19 Vid. J. M. LÓPEZ ULLA, “Alcance del art. 3 del CEDH en relación con la detención de un menor extranjero no acompañado. La obligación positiva de no dejarle en desamparo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013 pág. 496.

20 “El mero restablecimiento de controles en las fronteras interiores de un Estado miembro no tiene como consecuencia que un nacional de un tercer país, en situación irregular y aprehendido con ocasión del cruce de esa frontera o en las inmediaciones de esta, pueda ser expulsado más rápidamente o más fácilmente del territorio del espacio Schengen, siendo inmediatamente reconducido a una frontera exterior”. Asunto C-444/17 Prefecto de los Pirineos occidentales y Abdelaziz Arib. STJUE de 19 de marzo de 2019.

21 Se trata de la resolución de una cuestión prejudicial resuelta en el Asunto C-47/15 Sélina Affum/Prefecto de Pas de Calais y Fiscal General del Tribunal de Apelación de Douai. STJUE de 6 de junio de 2016.

22 Asunto C-646/16 Jafari, STJUE de 26 de julio de 2017.

Con referencia a la garantía y eficiencia de los sistemas nacionales de asilo enorme interés presenta la resolución del Caso M.S.S. c. Bélgica y Grecia²³, que supuso la condena a ambos Estados. Aun cuando el contexto en el que se desarrolla la actuación previa de los Estados implicados es el de la solicitud y tramitación de la petición de asilo, las consecuencias que alcanza el TEDH son plenamente aplicables a la necesidad de respeto y observancia por el ordenamiento comunitario de la CEDH. Brevemente expuesto el caso se trataba de una entrada del demandante en la Unión Europea por Grecia y con posterioridad presentación de la solicitud de asilo en Bélgica, en cuyo Estado no fue analizada la misma y trasladado nuevamente a Grecia para su análisis de conformidad con lo preceptuado en el Reglamento de Dublín. Pues bien, concluyó el TEDH que por parte de ambos Estados no se había garantizado suficientemente el derecho de acceso al proceso de determinación de la procedencia del asilo, se había llevado a cabo la retención en condiciones inhumanas del demandante y no se había ponderado suficientemente el riesgo de la devolución hipotética al Estado de origen (Afganistán). Nos encontramos ante un claro ejemplo de vulneración del CEDH por dos Estados de la Unión Europea en aplicación del Reglamento de Dublín aunque hay que hacer la salvedad de la incapacidad del sistema de asilo griego para hacer frente a las responsabilidades derivadas del mismo.

Sin embargo, una posterior sentencia del TJUE nos sitúa ante la discutible apreciación por el mismo de la situación de inseguridad y la ausencia de vías legales para poder huir de las condiciones extremas en Siria. Este Tribunal se ha pronunciado ante una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 25,1, a) del Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados²⁴, en el asunto C-638/16 PPU²⁵. Una pareja con tres hijos de corta edad residentes en Alepo presentaron solicitudes de visado de validez territorial limitada en la embajada de Bélgica en Beirut, argumentando que al ser de confesión cristiana ortodoxa corrían el riesgo de sufrir persecución por sus creencias religiosas. El Estado belga consideró que “no estaba obligado, ni sobre la base del artículo 3 del CEDH, ni en virtud del artículo 33 de la Convención de Ginebra, a admitir en su territorio a un nacional de un tercer país, siendo su única obligación la de no devolver a ese nacional”. El Tribunal resolverá que los procedimientos aplicables a las solicitudes de protección internacional no previenen tal obligación y excluyen de su ámbito de aplicación las solicitudes presentadas en las representaciones de los Estados miembros, por lo que responde a la cuestión prejudicial planteada que la petición de visado con fundamento en el art. 25 del citado Reglamento, según el que no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del mismo y “sólo está sujeta al derecho nacional”. Contrasta este fallo del Tribunal con las conclusiones del Abogado General Mengozzi para quien “cuando un Estado miembro adopta una decisión con respecto a una solicitud de visado de validez territorial limitada, está aplicando el Derecho de la Unión, lo cual, en consecuencia, le obliga a garantizar el respeto de los derechos reconocidos en la Carta”²⁶.

En todo caso queda acreditada en modo suficiente la ausencia de una vía legal de acceso a la Unión Europea y, por ello, el incremento de los “flujos” irregulares.

3.4. La expulsión colectiva de extranjeros.

En tanto esto sucede con quienes llegaron a estos Estados miembros con anterioridad a la fecha citada, la devolución automática a Turquía de los que intentan llegar con posterioridad nos hace cuestionarnos incluso la compatibilidad de dicho proceder con el art. 4 del Protocolo 4º del CEDH. Se debe recordar que

²³ Caso M.S.S. c. Bélgica y Grecia, STEDH de 21 de enero de 2011.

²⁴ “Expedición de un visado de validez territorial limitada (...) se expedirá un visado de validez territorial limitada excepcionalmente (...) cuando el Estado miembro de que se trate considere necesario, por razones humanitarias o de interés nacional o debido a obligaciones internacionales”.

²⁵ Asunto C-638/16 X y X contra Bélgica, STJUE de 7 de marzo de 2017.

²⁶ En este sentido es que el Abogado General considera que “el respeto de dichos derechos” y en especial el reconocido en el artículo 4 de la Carta, “implica la existencia de una obligación positiva de los Estados miembros de expedir un visado de validez territorial limitado cuando existan motivos serios y acreditados para pensar que, como consecuencia directa de su negativa a expedir dicho documento, las personas que buscan protección internacional se verán expuestas a la tortura o a tratos inhumanos o degradantes, prohibidos por dicho artículo”.

dicho precepto señala expresamente “la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”²⁷. En los mismos términos se recoge también en la Carta Europea de Derechos Humanos, que especifica además que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes” (art. 19.2). Por tanto, ya en su formulación teórica la previsión de los retornos presentaba algunas contradicciones con los derechos contemplados en el CEDH así como en la Carta de Niza.

La responsabilidad de los Estados firmantes de la Convención de Ginebra alcanza a la imposibilidad de llevar a cabo el rechazo en frontera, sin una evaluación precisa de las peticiones de protección a través del procedimiento correspondiente que, en la medida en que se sustancia con la devolución automática a Turquía resulta a todas luces un incumplimiento de la Convención. En el mismo sentido recuérdese que el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza “garantiza el derecho de asilo”. Por su parte el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge el desarrollo de una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal “destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país” necesitado de protección internacional (art. 78.1).

En suma a las dificultades para garantizar la repatriación en condiciones de respeto a la dignidad de las personas se une la complejidad para determinar la recepción adecuada en el Estado de retorno o de tránsito como tercer Estado seguro. Además como consecuencia del acuerdo con Turquía se ha procedido a una clara discriminación en favor de los solicitantes de protección de determinadas nacionalidades, especialmente procedentes de Siria o Afganistán, con indudable discriminación de otras nacionalidades con claro incumplimiento del art. 3 de la Convención de Ginebra que prohíbe la discriminación por el país de procedencia del solicitante de protección.

Quedan así en “cuarentena”, para todos los que hayan llegado a las costas de Grecia con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo de la Unión Europea con Turquía, el examen de las solicitudes y la adopción de las decisiones sobre la petición de asilo, el derecho a ser informados del procedimiento a seguir durante el mismo, disponer de servicios de un intérprete y la comunicación al ACNUR, cuando ésta se interese por el solicitante. La obtención en un tiempo razonable y en debida forma de la resolución de la autoridad decisora sobre su solicitud de asilo parece una exigencia razonable, en una lengua que pueda suponerse que comprende, así como una audiencia personal y la asistencia jurídica y representación legal, pero en la actualidad quedan más lejos que nunca de ser efectivas en los centros de internamiento, especialmente en Grecia pero sin duda también en Italia.

En relación con los riesgos para los potenciales devueltos a Turquía hemos de hacer hincapié en que son múltiples, dada la posibilidad de incurrir el Estado griego que acuerda y ejecuta el retorno en responsabilidad internacional por tortura o tratos inhumanos²⁸, expresamente prohibidos en el art. 3 del CEDH si, como consecuencia del retorno pudiese sufrir vulneración de sus derechos el retornado en el territorio de un tercer Estado (Turquía) por carecer de medios y capacidad para garantizar la dignidad o la libertad y seguridad de las personas devueltas²⁹. En el caso de extradición, pero entendemos que plenamente aplicable a una devolución, el TEDH ha señalado respecto de la prohibición de los malos tratos que “no pueden liberar a los Estados Partes de responsabilidad en virtud del art. 3 CEDH, por todas y cada una de las

27 “toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a salir de un país, salvo en el caso de que la medida se haya tomado como consecuencia y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo” (Caso Conka c. Bélgica, STEDH de 5 de junio de 2002). Con posterioridad se ha pronunciado el TEDH en el Caso Hirsi Jamma y otros c. Italia, STEDH de 23 de febrero de 2012, Caso Georgia c. Rusia, STEDH de 3 de julio de 2014; Caso Sharifi y otros c. Italia y Grecia, STEDH de 21 de octubre de 2014; Caso Shiozhvili y otros c. Rusia, STEDH de 20 de diciembre de 2016; Caso Berdzenishvili y otros c. Rusia, STEDH de 20 de diciembre de 2016.

28 “la gravedad de las medidas, duración, objeto perseguido y los efectos a la persona concernida” han de ser ponderados para determinar si los hechos serían subsumibles en el art. 3 CEDH. Caso Van der Ven c. Países Bajos, STEDH de 4 de febrero de 2003.

29 Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, STEDH de 12 octubre 2006. Entiende el Tribunal que constituye entre otras una vulneración del art. 3 CEDH la permanencia de una menor de cinco años en un centro de expulsión durante dos meses y su posterior devolución al país de origen sin garantías respecto de su recepción por familiares o la administración competente.

consecuencias previsibles de la extradición sufridas fuera de su jurisdicción³⁰. Por tanto, tiene cabida en el ámbito de aplicación del art. 3 CEDH en los supuestos de la puesta a disposición de una persona a un tercer Estado no parte del CEDH, aun cuando plantea un claro supuesto de aplicación extraterritorial del CEDH³¹. La prohibición general de no devolución además juega en estos casos pese a que no hay un reconocimiento expreso en el CEDH del derecho de asilo. El TEDH ha señalado que la protección del art. 3 “es más amplia que la del art. 33” de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 1951³².

En efecto, el alcance de la prohibición del art. 3 del CEDH llega hasta la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como se constata en la resolución de los Asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10 relativos a la obligación de un Estado miembro de asumir la responsabilidad de examen de una solicitud de asilo sobre la base del Reglamento núm. 343/2003 en caso de riesgo de violación de los derechos fundamentales del solicitante y/o de no aplicación de las normas mínimas impuestas por las Directivas 2003/9, 2004/83 y 2005/85 por parte del Estado miembro responsable de la solicitud en virtud de los criterios fijados por dicho Reglamento. Concluye pues el Tribunal que “El artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que incumbe a los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable en el sentido del Reglamento núm. 343/2003 cuando no puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del reconocimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro constituyen motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en el sentido de aquella disposición³³”.

Diversos han sido con posterioridad los pronunciamientos del TEDH sobre los riesgos de llevar a cabo expulsiones colectivas de extranjeros en situación irregular en el territorio de un Estado parte del CEDH o que son interceptados durante el intento de su entrada en el mismo. En el Caso *Sellem contra Italia*³⁴, el recurrente alegó que la ejecución de la decisión de expulsarlo a Túnez constituía una violación de los arts. 3 y 8 del CEDH. El TEDH considera que están suficientemente documentados casos de torturas y maltratos infligidos en Túnez a personas sospechosas o reconocidas culpables de terrorismo.

En el Caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*³⁵, los hechos que desencadenaron el procedimiento tienen su inicio el 6 de marzo de 2009 a trescientas millas marinas al sur de la isla de Lampedusa, tres embarcaciones provenientes de Libia que transportaban doscientos migrantes fueron detenidas por la Guardia de Finanza y la Guardia Costera italiana. A continuación, fueron conducidos en las naves italianas a Trípoli, sin ser informados del destino del viaje, ni llevado a cabo procedimiento alguno de identificación, donde fueron entregados a las autoridades de Libia, negándose a quedar en manos de las autoridades libias y abandonando la nave por la fuerza. En el caso de los inmigrantes procedentes de Eritrea y Somalia el TEDH recuerda que “El Estado que procede a la devolución debe, pues, asegurarse que el país en el que efectúa la expulsión, diverso del país de origen, ofrezca garantías suficientes para evitar que el inmigrante pueda ser expulsado al país de origen, sin una valoración de los riesgos que puede correr de llevarse ésta a cabo”. Por tanto se habría producido una violación del art. 3 CEDH³⁶.

30 Caso *Soering c. Reino Unido*, STEDH de 7 de julio de 1989. En este sentido Caso *Cruz Vara y otros c. Suecia*, STEDH de 20 de marzo de 1991; Caso *Vilvarajh c. Reino Unido*, STEDH de 30 de septiembre de 1991; Caso *Cahal c. Reino Unido*, STEDH de 15 de noviembre de 1996 y Caso *Ahmed c. Austria*, STEDH de 17 de diciembre de 1996.

31 Quizá el precedente más conocido es el relativo a la cuestión resuelta por el TEDH en el Caso *Saadi contra Italia* de 28 de febrero de 2008, en esta ocasión se trataba de la expulsión llevada a cabo por el gobierno italiano del recurrente a Túnez, donde afirmaba haber sido condenado por contumacia en 2005 a 20 años de prisión por pertenecer a una organización terrorista. La conclusión alcanzada por el TEDH no fue otra que la existencia en Túnez de un riesgo grave de denegación de justicia, razón por la que la expulsión a Túnez había constituido una violación del art. 3 del CEDH.

32 Caso *Chahal contra Reino Unido*, STEDH de 15 de noviembre de 1996.

33 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 21 de diciembre de 2011.

34 STEDH de 5 de mayo de 2009.

35 STEDH 23 de febrero de 2012.

36 Se trata de la primera ocasión en la que el TEDH ha examinado la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo 4º a un caso de alejamiento de extranjeros hacia un tercer Estado efectuado fuera del territorio nacional. Ciertamente la noción de expulsión

También el Tribunal Europeo estima la violación del artículo 4 del Protocolo 4º del CEDH, que prohíbe la expulsión colectiva. Además, se ha reiterado que la Convención es un instrumento vivo que ha de ser interpretado a la luz de las condiciones actuales, en consecuencia la actualidad del fenómeno migratorio necesita de reglas bien precisas porque el contexto no deviene en una zona “off-shore” del derecho. En efecto, recordemos que en la interpretación evolutiva llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo respecto del ámbito de sujeción a la jurisdicción del mismo por los Estados Parte a tenor del art. 1 CEDH se ha avanzado hacia una limitada extraterritorialidad en la competencia del TEDH y en la obligación de observancia por los Estados de los derechos contenidos en el CEDH³⁷, si bien más tarde esta consideración será matizada.

En concreto, por lo que respecta al control efectivo sobre las personas en el caso *Hirsi Jamaa* y otros contra Italia quedó fijado que “Cuando un Estado, mediante agentes que operan fuera de su territorio, ejerce control y autoridad, y, por lo tanto, su jurisdicción, sobre un individuo, tal Estado tiene obligación, en virtud del art.1 de garantizar a este individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título 1 del Convenio que sean pertinentes en la situación de ese individuo”³⁸.

Por tanto los Estados miembros de la Unión Europea no quedan exentos del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del CEDH. Bien es cierto que el origen del conocimiento de estos asuntos por el Tribunal Europeo en diversas ocasiones está relacionado con la adopción de medidas cautelares en virtud de la regla 39 del Reglamento del Tribunal para personas en necesidad de protección internacional³⁹. Cabe decir que en la mayoría de las ocasiones se invocan los citados arts. 2 y 3 del CEDH, presentados por aquellos sobre los que, encontrándose fuera de su país dentro de un signatario del Convenio, pesa una orden de expulsión contra la que se presenta la petición de medidas provisionales o sobre aquellas que han visto denegada su solicitud de refugio ante el riesgo de sufrir pena de muerte o tortura. Ante este riesgo, el TEDH puede interesar del Estado la suspensión de la expulsión o extradición⁴⁰, aunque en algún caso los Estados no atienden dicha petición y proceden a ejecutar la expulsión o extradición⁴¹. Recuérdese la condena a España por vulnerar el art. 13 del CEDH, ya que no atendió a la medida cautelar acordada por aquél de paralizar la expulsión de los demandantes de asilo del territorio nacional durante el examen de sus causas, y en tanto la decisión interna definitiva a sus solicitudes de protección internacional hubiese sido pronunciada⁴².

como la noción de jurisdicción estaba vinculada al territorio nacional pero aquí el TEDH reconoce que el Estado había ejercido a título excepcional su jurisdicción fuera de su territorio nacional y dicho ejercicio de la jurisdicción extraterritorial había tomado la forma de una expulsión colectiva. Concluye el TEDH que se ha vulnerado también el art. 3 en la medida que los recurrentes habían sido expuestos al riesgo de sufrir malos tratos en Libia. El Tribunal de Estrasburgo ha indicado que con el traslado de los recurrentes a Libia, las autoridades italianas los habían expuesto, con pleno conocimiento de causa, a tratamientos contrarios al CEDH. Esto es, el riesgo evidente de ser repatriados a Somalia y Eritrea ya que en el momento del traslado a Libia, las autoridades italianas eran conocedoras de que no existían garantías suficientes para proteger a los recurrentes del riesgo de ser reenviados a continuación arbitrariamente a su país de origen.

37 El TEDH ha admitido solo en circunstancias excepcionales que los actos de los Estados contratantes producidos fuera de su territorio puedan ser analizados en el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal. Caso *Medvedev* y otros c. Francia, STEDH de 29 de marzo de 2010.

38 En este sentido también Caso *Jaloud* c. Países Bajos, STEDH de 20 de noviembre de 2014 y Caso *Hassan* c. Reino Unido, STEDH de 16 septiembre de 2014.

39 “La Sala o, en su caso, su Presidente podrán, a petición de una parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida provisional que estimen deba adoptarse en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento”.

40 Caso *Sultani* c. Francia, STEDH de 20 de septiembre de 2007, no se llevó a cabo la expulsión a Afganistán del recurrente. Caso *Saadi* c. Italia, STEDH de la Gran Sala de 28 de febrero de 2008, no se produjo la expulsión a Túnez en atención a la indicación del TEDH.

41 Entre otros Caso *Mamatkoulov* y *Abdurasulovic* c. Turquía, STEDH de 6 de febrero de 2003, Caso *Chamaiev* y otros c. Georgia y Rusia, STEDH de 12 de abril de 2005. Caso *Ben Khemais* c. Italia, STEDH de 24 de febrero de 2009.

42 El TEDH “es consciente de la necesidad de los Estados enfrentados a un gran número de solicitantes de asilo de disponer de los medios necesarios para afrontar un tal contencioso, así como de los riesgos de saturación del sistema. Sin embargo, el art. 6 del Convenio, así como el artículo 13, obligan a los Estados contratantes a organizar sus jurisdicciones de manera que les permitan responder a las exigencias de esta disposición”. Caso *A.C.* y otros c. España, STEDH 24 de abril de 2014.

Respecto a las garantías de los derechos de los extranjeros que permanecen retenidos el TEDH en el caso Khlaifia⁴³ ha señalado que es de aplicación a los supuestos de retención de inmigrantes y solicitantes de asilo en dependencias, ya sean estas propiamente centros de internamiento o embarcaciones, de las previsiones contenidas en el art. 5.1 del CEDH, toda vez que constituyen una clara limitación de su libertad. En este contexto carecer de información suficiente sobre la causa de la detención en dichos centros y embarcaciones también es constitutiva de una violación del art. 5.2 CEDH. En el mismo sentido en esta situación de internamiento se exige la existencia de un control judicial al objeto de constatar la legalidad de dicha medida así como la adopción de la resolución correspondiente al objeto de que dicha privación de libertad no se extienda por más tiempo del imprescindible.

3.5. El caso N. D y N.T. contra España.

En este ámbito varias han sido las ocasiones en las que se ha suscitado la polémica en torno al nivel de cumplimiento por el Estado español de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos en la aplicación de los controles de seguridad en frontera. Sin duda las devoluciones en caliente en la frontera de Ceuta y Melilla son quizá las situaciones más conocidas, pero están documentadas otras más como las que sitúan dichas “entregas” en la isla de tierra del archipiélago de las Islas Chafarinas. Es cierto que para analizar estas devoluciones es necesario primero tener en cuenta la edificación del vallado fronterizo y la controversia sobre los efectos jurídicos que se derivan del mismo. Interesa conocer como ha sido la aplicación del acuerdo con Marruecos y la devolución a este país de los inmigrantes y demandantes potenciales de protección internacional. El Acuerdo entre el Reino de Marruecos y el Reino de España de 13 de febrero de 1992 por el que se posibilita la readmisión a Marruecos de las personas extranjeras que hubieran entrado irregularmente en territorio nacional desde Marruecos ha estado presente y se ha aplicado de forma intermitente durante estos últimos años.

Pues bien es en este contexto en el que debemos reparar en el salto de la valla el 13 de agosto de 2014 con la entrada en Melilla y ulterior devolución a Marruecos de varios inmigrantes que dará lugar más tarde a la STEDH en el caso N.D. y N.T. de 3 de octubre de 2017 con una condena clara al Estado español por el Tribunal de Estrasburgo. En efecto el Tribunal es consciente de las obligaciones contraídas por los Estados en el control de flujos migratorios, sin embargo no puede admitir el recurso a “prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos”.

Por otra parte, se recordará que con ocasión del debate sobre la reforma de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana se incorporó una disposición adicional 10ª a la Ley Orgánica 4/2000 sobre los Derechos y Libertades de los extranjeros y su inserción social al objeto de dotar de pretendida cobertura legal dicha práctica habitual en la frontera con Marruecos⁴⁴. Más allá del criticable procedimiento empleado para su incorporación a la legislación de extranjería y el contenido sustantivo de la misma, lo cierto es que no existe una cuantificación precisa de las devoluciones en “caliente” llevadas a cabo desde dicha reforma. La información accesible respecto de las “devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla no son fáciles de obtener, pero con ocasión de la información de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior de 17 de diciembre de 2018, en respuesta a una pregunta parlamentaria, se han ofrecido cifras relativas a los afectados en Melilla 125 tanto en 2017 como en 2018 y, sin embargo una cifras superiores en Ceuta 482 y 533 respectivamente.

Los recurrentes, inicialmente expulsados con la mayor celeridad tras la entrada formaban parte de un grupo que saltaron la valla el 13 de agosto de 2014, con posterioridad volvieron a entrar de igual modo pero fueron en el primer caso objeto de devolución una vez denegada la solicitud de asilo y, en el segundo, fue objeto de una orden de expulsión tras la denegación del recurso de alzada. No obstante las circunstancias

43 Caso Khlaifia y otros c Italia, STEDH de 15 de diciembre de 2016.

44 1. “Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte”.

que se enjuician en este caso lo son respecto de la primera entrada irregular en territorio nacional por la frontera de Melilla. En las demandas formuladas ante el Tribunal de Estrasburgo se alegan la vulneración del art. 3 en relación con el art. 13 del CEDH⁴⁵, así como del art. 4 del Protocolo 4^o del mismo y de este en relación con el citado art. 13 CEDH. La normativa en vigor al tiempo de la resolución merece un breve comentario ya que alcanza tanto al ordenamiento interno como al comunitario. La regulación general se contiene en la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros y su inserción social⁴⁶, así como en la Ley 12/2009, reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. Por lo que se refiere a la regulación de la entrada por puestos habilitados era de aplicación en primer lugar el Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la citada Ley Orgánica 4/2000⁴⁷, así como el Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil, de 26 de febrero de 2014 en el que se introduce la expresión “frontera operacional”⁴⁸. En el ordenamiento comunitario nos hacemos eco de las garantías del derecho de asilo⁴⁹ y de protección en caso de devolución, expulsión y extradición⁵⁰ respectivamente, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tratado de la Unión así como la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 (Directiva de retorno)⁵¹ y la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional⁵² analizados con antelación.

La primera cuestión suscitada por el Gobierno ante el Tribunal de Estrasburgo fue la relativa a la falta de jurisdicción de conformidad con el art. 1 CEDH, por entender que los hechos habrían tenido lugar “fuera de la jurisdicción de España”, ya que los recurrentes no habían rebasado “el dispositivo de protección del puesto fronterizo de Melilla”. Sin embargo para los demandantes no existía duda al respecto de la jurisdicción de España en el lugar en el que se produjo la expulsión.

En cuanto a las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno español se argumentó la ausencia de condición de víctima de los recurrentes así como el no agotamiento de la vía judicial previa, ambas excepciones no fueron admitidas. Puesto que la devolución de los recurrentes se produjo sin previo procedimiento de identificación se considera que aquéllos “pueden pretender ser víctimas de las violaciones alegadas del Convenio”. Además, y en ausencia de resolución previa a la expulsión sumaria la imposibilidad de su recurso era evidente. También se argumentó por el Gobierno que la actuación aquí cuestionada era resultado de la obligación contraída por el Estado español en el marco de la Unión Europea de proteger, vigilar y salvaguardar sus fronteras. Además se mantenía desde la representación del Gobierno que los recurrentes podrían haber

46

45 Cabe recordar que no admitió el Tribunal esta alegación por descartar el riesgo de que los demandantes corriesen riesgo de ser sometidos a malos tratos en Marruecos como consecuencia de su entrega a ese país.

46 “No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros (...) que pretendan entrar ilegalmente en el país” (art. 58.3, b).

47 “el extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto”, art. 1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

48 “Es necesario definir la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional: esta línea se materializa por la valla en cuestión. De esta forma cuando los intentos de los inmigrantes en superar ilegalmente esta línea son contenidos y rechazados por las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia de la frontera, se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva. No se considera que la entrada ha tenido lugar hasta que el inmigrante ha superado la citada valla interior, de modo que ha entrado en territorio nacional y por tanto se le aplica el régimen relativo a los extranjeros”.

49 “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas” de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 18 Carta de Niza).

50 “1. Se prohíben las expulsiones colectivas. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corre un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

51 En esta Directiva se hace una expresa mención a la conformidad con el derecho internacional “incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos” (art. 1) a la vez que se establece que las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone” (art. 12).

52 “1. Cuando se presuma que nacionales de terceros países o apátridas mantenidos en centros de internamiento o que se encuentran en puestos fronterizos, incluidas las zonas de tránsito, en las fronteras exteriores, pueden desear presentar una solicitud de protección internacional, los Estados miembros les facilitarán información sobre la posibilidad de hacerlo” (art. 8.1).

formulado la pertinente solicitud de asilo en las embajadas de los países de origen o tránsito así como en el puesto fronterizo de Beni-Enzar y no haber procedido a la entrada de forma irregular saltando la valla fronteriza.

Por la defensa de los recurrentes se señala, de un lado, la imposibilidad de presentar solicitudes de asilo en Marruecos o Mauritania por carecer estos países de sistema de asilo. En cuanto a la apertura en el puesto fronterizo de Beni-Enzar de la oficina de protección internacional se señala que fue con posterioridad a dicha fecha, por lo que no hubiera podido realizarse la misma en ese momento en dicha instalación.

Respecto a las argumentaciones de fondo relativas a los preceptos vulnerados, consideran los recurrentes que la individualización en el procedimiento de expulsión constituye la cuestión esencial a precisar al objeto de determinar si dicha expulsión vulneró el art. 4 del Protocolo 4°. Contribuyen a concretar los términos de la controversia las intervenciones de las entidades participantes en el mismo en defensa de los derechos humanos. En este sentido por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa se presenta comunicación escrita en la que se reitera la obligación estatal de garantizar “el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo y a la protección contra el rechazo, así como a prohibir las expulsiones colectivas”. La representación del ACNUR recuerda la propia jurisprudencia del TEDH según la que “el hecho de que los interesados omitan solicitar expresamente el asilo, no exime al Estado de cumplir sus obligaciones con respecto al art. 3 del Convenio”. Así por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) se recuerda que para la determinación del carácter de expulsión colectiva no resulta tan relevante el aspecto cuantitativo de los expulsados, cuanto por “la ausencia de un examen objetivo y razonable de cada caso individual”. También intervino CEAR así como de forma conjunta el Centro Asociado sobre Derechos de las personas en Europa (Centro AIRE) Amnistía Internacional, el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE) y la Comisión Internacional de juristas.

Para el Tribunal de Estrasburgo como se ha recogido en su jurisprudencia la finalidad del art. 4 del Protocolo 4° no es otra que la de “evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales, y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente”.

Aunque una cuestión relevante fuese no tanto determinar si las personas devueltas estaban en el territorio español sino si se encontraban bajo el control y jurisdicción del Estado español, no consideró el TEDH necesario pronunciarse sobre si la expulsión se había producido una vez en territorio español o si el rechazo tuvo lugar con antelación como argumentaba el Gobierno, dado que los expulsados se encontraban “bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas” cuando fueron devueltas a Marruecos, por lo que a los efectos del art. 4 del Protocolo 4° tuvo lugar una “expulsión”.

Resta por determinar el carácter de expulsión “colectiva” para el Tribunal de Estrasburgo puesto que, como ha señalado en su doctrina al respecto, la ausencia de procedimiento de identificación de los recurrentes por parte de las autoridades españolas le permite concluir que no cabe dudar del “carácter colectivo de las expulsiones “y, por consiguiente, violación de dicho precepto.

Por lo que se refiere a la violación alegada del art. 13 CEDH⁵³ en relación con el art. 4 del Protocolo 4°, el Gobierno reitera que la presentación de la solicitud de protección internacional hubiera permitido el acceso al procedimiento administrativo y posterior recurso ante el órgano jurisdiccional competente. Los recurrentes contradicen la argumentación anterior en la medida que la expulsión hizo imposible el acceso al procedimiento y a las garantías reconocidas en el ordenamiento jurídico a los solicitantes de protección internacional.

Para el Tribunal de Estrasburgo aun cuando el alcance de la obligación que se contiene en el art. 13 CEDH “varía en función de la naturaleza de la queja del demandante”, el recurso que este precepto exige debe ser efectivo, por lo que se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del art. 4 del Protocolo 4° y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución”, por lo que aprecia la vulneración del art. 13 CEDH en relación con aquel precepto del reiterado Protocolo. Es relevante que el fallo contiene la unanimidad de los miembros de la Sala⁵⁴.

53 “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional”.

54 Como señala el propio Tribunal “concede un valor particular a la versión de los demandantes, ya que está corroborada por numerosos testimonios recogidos, entre otros, por el ACNUR o por el Comisario de Derechos Humanos” (119).

La consecuencia provisional que se extrae de esta resolución es que la aplicación a los inmigrantes de la denominada "devolución en caliente" ha sido que no se ha procedido, tras el salto de la valla, a la identificación de perfiles vulnerables de entre ellos, por tanto no ha podido realizarse el acceso a asistencia letrada, intérprete y garantías judiciales frente a la expulsión. Estas actuaciones pudieran constituir un incumplimiento por el Estado español de los compromisos adquiridos de no devolución, así como de protección frente a la tortura, tratos inhumanos o degradantes aun cuando éstos se pudieran sufrir en el tercer Estado de devolución que no es un tercer Estado seguro, en los términos en que se recoge en la legislación comunitaria y no existen garantías de que no pueda suceder así. Ahora bien, el riesgo evidente de ser repatriados a terceros países no parece constituir preocupación de las autoridades españolas que son conocedoras de que no existen garantías suficientes para proteger a los recurrentes del riesgo de ser reenviados a continuación desde Marruecos arbitrariamente a su país de origen.

Pero la citada sentencia fue recurrida por el Gobierno de España ante la Gran Sala siendo admitida por entender que se trataba de "una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general". Sin duda la relevancia de la cuestión controvertida justifica que por parte de los Gobiernos de Francia, Bélgica e Italia se formalizaran observaciones frente a dicha sentencia en calidad de terceras partes en la medida en que este fallo generaba aspectos controvertidos con la aplicación por los Estados miembros del control de fronteras en la Unión Europea.

Cabe recordar que desde la publicación de la STEDH en el caso N.D. y N.T. contra España⁵⁵ y hasta el día de hoy, los sucesivos gobiernos presididos por Mariano Rajoy y Pedro Sánchez han continuado con esta práctica, algo que entra en contradicción con el recurso de inconstitucionalidad planteado por el grupo parlamentario del PSOE entre otras contra la citada disposición adicional incorporada in extremis en la tramitación de la reforma de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.

En concreto durante la vista oral celebrada ante la Gran Sala el 26 de septiembre de 2018 se reiteró por la representación del Estado español la argumentación sostenida por el Gobierno de Mariano Rajoy pese a que ya había tenido lugar el triunfo de la moción de censura y la investidura de Pedro Sánchez como nuevo Presidente del Gobierno.

La sentencia de la Gran Sala de 14 de febrero de 2020 contiene un fallo radicalmente contrario, pues considera que no se ha producido vulneración alguna del art. 4 del Protocolo 4º y del art. 13 del CEDH. Aunque las partes en el procedimiento reiteran las argumentaciones ya puestas de manifiesto ante la Sección Tercera, interesa una primera consideración respecto al cuestionamiento que por los representantes del Gobierno se hace de la extensión de la aplicación del art. 4 del Protocolo 4º al caso concreto. En efecto, al hilo del debate en torno a la apreciación de la situación controvertida y su consideración como expulsión o rechazo de admisión toda vez que no habrían sido admitidos en territorio nacional, según el Gobierno, se arguye por la representación de éste que en la voluntad de los redactores del art. 4 del Protocolo 4º no se contenía la intención de "extender el campo de aplicación a la situaciones extraterritoriales", recordando, además, que la apreciación del Tribunal de Estrasburgo en el casos Hirsi Jamma y otros⁵⁶ se debía a la situación de los afectados que habían emprendido la vía marítima con peligro para su vida y, por tanto, no habían tomado la vía terrestre. Por otra parte, el TEDH repara en la importancia de la gestión y de la protección de las fronteras por los Estados en aplicación del Convenio de Schengen, y la competencia de aquellos para establecer un marco normativo destinado a reservar el acceso al territorio nacional solo a las personas que reúnan las condiciones legales establecidas.

55 "Desde el momento en que los demandantes bajaron de las vallas, estaban bajo el control continuo y exclusivo de las autoridades españolas" frente a la tesis mantenida por el Gobierno de España según la que no habría una expulsión cuanto una "prevención de entrada", puesto que los inmigrantes no habrían superado la "totalidad del dispositivo antiintrusión".

56 Se analiza en esta sentencia el Informe Explicativo del Protocolo 4º, redactado en 1963, según el que el Comité de Expertos precisa que el objetivo del art. 4 del mismo es el de la prohibición de "las expulsiones colectivas de extranjeros". Así se estima que la referencia que se contiene al territorio lo es en el art. 3 relativo a la expulsión. Igual ocurre en el art. 1 del Protocolo 7º que para referirse a las garantías procesales relativas a la expulsión de extranjeros legalmente residentes en el territorio de un Estado. En concreto señala la Gran Sala que <<según los que redactaron el Protocolo 4º la palabra "expulsión" debe ser interpretada "en sentido genérico" empleado en el lenguaje corriente (ahuyentar de un lugar)>> por lo que deduce el propio Tribunal que "cabe concluir que los trabajos preparatorios no excluyen la posibilidad de una aplicación extra-territorial del citado art. 4 del Protocolo 4º".

Esta resolución gira en torno a dos argumentaciones igualmente controvertidas, la conducta de los recurrentes y la efectividad de mecanismos para formular peticiones de asilo ante las autoridades españolas en el extranjero o en frontera. De un lado, la Gran Sala otorga a la conducta de los recurrentes una relevancia determinante para apreciar la oportunidad de gozar de protección del art. 4 del Protocolo 4^o. En efecto, se considera que la violencia que ha acompañado a la entrada ilegal en territorio nacional no es compatible con el reconocimiento y garantía de derechos fundamentales por quienes llevan a cabo esta conducta⁵⁷. En efecto, por el TEDH ya se había señalado con anterioridad en otras resoluciones que “no se produce violación alguna del art. 4 del Protocolo 4^o si la ausencia de una decisión de expulsión individualizada es una consecuencia de la conducta culpable de los propios demandantes⁵⁸. Cabría deducir pues que el sistema general de garantías y derechos contenidos en el Convenio y sus Protocolos solo será invocable y, en su caso, protegible siempre que se hagan valer éstos a través de los cauces legales establecidos por los Estados, por lo que el ejercicio real y efectivo de los mismos siempre quedaría condicionado por los procedimientos pertinentes para hacerlos valer.

Por otra parte, se afirma desde la Gran Sala que existían mecanismos para que los potenciales solicitantes de protección internacional hubieran llevado a cabo dicha petición en consulados o frontera y que por el Estado español se habría posibilitado “un acceso real y efectivo” de entrada regular⁵⁹. Ciertamente la Gran Sala entiende que de conformidad con el Código de fronteras Schengen⁶⁰ y atendiendo a lo preceptuado en el mismo y “sin perjuicio” de las obligaciones adquiridas por los Estados miembros en materia de protección internacional, podrán establecer sanciones “en caso de cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas”. Así, el Estado español en cumplimiento del citado Código podía adoptar sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 5.3). Ahora bien, este Código admite que por motivos humanitarios, interés nacional u obligación internacional puede quedar excepcionada dicha denegación de entrada. Además, respecto de la denegación esta debe realizarse “mediante resolución motivada” con derecho a recurrir la misma aunque la incoación del recurso no tenga efecto suspensivo sobre la denegación de entrada (art. 14.4).

Algo que es difícil de sostener ante la imposibilidad casi total de hacerlo en el momento en el que se produjo el salto de la valla y la entrada posterior (13 de agosto de 2014). Para los recurrentes ocurre que nuestra legislación no contempla tras la reforma de 2011 el asilo diplomático y además, no existía aún en el momento de producirse los hechos la oficina en el paso fronterizo de Beni-Enzar. Hemos de destacar además

57 Puesto que los recurrentes no han utilizado los procedimientos de entrada existentes, la consecuencia de su propio comportamiento es que quedan excluidos de las garantías de las que hubieran gozado de haber seguido dichos procedimientos, por lo que no ha habido violación del art. 4 del Protocolo 4^o. Además no se puede exigir responsabilidad al Gobierno de la ausencia en Melilla de un recurso contra la devolución en la medida en que es consecuencia de su propio comportamiento, esto es el intento de entrada de forma ilegal la causa de la exclusión de dicho recurso, por lo que tampoco hubo violación del art. 13 CEDH.

58 Caso Berisha y Haljiti c. Ex República Yugoslava de Macedonia, Dec del 16 de junio de 2005, Caso Dritsas c. Italia, Dec. 1 de febrero de 2011, así como Caso Hirsi Jaama y otros c. Italia, STEDH de 23 de febrero de 2012.

59 En la sentencia de la Gran Sala se hace hincapié en el incumplimiento de la carga de la prueba por los recurrentes. Así no han demostrado la existencia de un riesgo al que hubieran sido expuestos por el hecho de la devolución a Marruecos o a sus países de origen. En el mismo sentido, la alegación con carácter general según la que al tiempo de los hechos no era posible pedir asilo en el puesto fronterizo de Beni-Enzar no se considera suficiente para invalidar la conclusión de que el Estado español ofrecía un acceso real y efectivo para solicitar protección internacional en dicho puesto fronterizo. Repara la Gran Sala que ambos recurrentes habían permanecido dos años y un año y nueve meses respectivamente en el monte Gurugú y no había justificado razones por las que no hubieran podido formular la solicitud de protección en el consulado de Nador. Además la argumentación de los recurrentes respecto de la inaplicación del art. 38 de la Ley 12/2009 por la carencia de su desarrollo reglamentario es considerada errónea por el Tribunal en la medida en que el Real Decreto 203/1995 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros y su inserción social contenía entre los lugares de presentación de demanda de asilo las misiones diplomáticas o los consulados españoles en el extranjero (art. 4.1.d). En este sentido durante la audiencia ante la Gran Sala la representación del Gobierno informó de un número de solicitudes de asilo que se habían formulado en consulados como en el puesto fronterizo en dicho período y con posterioridad a producirse los hechos aquí enjuiciados.

60 Reglamento 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (código de fronteras Schengen).

como en la resolución de 2017 se le otorgó “un valor particular” al relato de los demandantes en la medida en la que quedaba acreditada por los testimonios aportados, entre otros, por el ACNUR o por el Comisario de DDHH, mientras que a dichas observaciones no se otorga mayor relevancia por la Gran Sala. Esta cuestión ya abordada en la sentencia de la Sección Tercera nos sitúa ante una previsión legal y un hipotético desarrollo futuro que a día de hoy aún no se ha materializado⁶¹. Sin embargo, ante la aportación de datos estadísticos sobre presentación de solicitudes de asilo con anterioridad a 1 de septiembre de 2014 en Beni-Enzar por el Gobierno, considera la Gran Sala que dichos datos no son rebatidos ni por los recurrentes ni por los terceros intervinientes aunque no se tiene en cuenta por la misma que el mayor número de solicitudes había tenido lugar por parte de demandantes sirios. En todo caso, admite el Tribunal que no puede recaer la responsabilidad sobre el Estado español por el hecho de que no se hubiese solicitado asilo en el Consulado de Nador o en el puesto fronterizo o que por la policía marroquí se llevara a cabo un cierto control por perfiles raciales para acceder a la frontera.

El fallo de la Gran Sala plantea diversas incógnitas sobre el alcance de la protección del sistema europeo de derechos humanos a los inmigrantes y potenciales solicitantes de protección internacional, tanto en el ámbito nacional como respecto de otros Estados de la Unión Europea, así como las consecuencias para la política comunitaria en la materia. Puede quebrar de este modo la reiterada jurisprudencia del TEDH respecto de la efectividad de los derechos y no meras declaraciones ilusorias o utópicas de los mismos, por cuanto que con esta resolución se avala el incumplimiento por parte del Estado español de los compromisos internacionales suscritos, especialmente la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1950 y una de sus principales garantías, la no devolución. En efecto, la devolución de los dos recurrentes que generó este recurso implica, en los términos avalados por la sentencia de la Gran Sala, que se incumpla la necesaria identificación de las personas que entran en territorio nacional, garantía imprescindible contenida en los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español que, sin embargo, cede ante el comportamiento personal violento o agresivo de sus hipotéticos beneficiarios por entrar de forma irregular en dicho territorio.

En este sentido cabe reiterar como la no instrucción de un expediente individual impide detectar posibles presencias de personas vulnerables (menores no acompañados, potenciales peticionarios de protección internacional, víctimas de trata, etc.), sin olvidar que dicha devolución puede poner en riesgo la vida o libertad de estas personas en la medida en que puedan ser devueltos a países en los que no existen garantías efectivas de protección de los derechos humanos.

Por otra parte, en un Estado de derecho, las actuaciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad requieren una adecuación al control administrativo y jurisdiccional del que quedarían completamente exentos en este caso, al prescindir de un procedimiento con audiencia al afectado, asistencia letrada, intérprete y control judicial de la resolución administrativa correspondiente.

En cuanto a las consecuencias que pueden extraerse del contenido del fallo conviene reseñar que se trata de una resolución que afecta a un caso concreto y que aún quedan pendientes de resolución por el TEDH al menos cuatro demandas sobre vulneración del art. 4 del Protocolo 4º del CEDH, una de ellas también contra el Estado español⁶². Por tanto solo nos encontramos ante una resolución concreta que podrá, en su caso, dar lugar a una futura línea jurisprudencial del Tribunal si se confirmara en las sucesivas

61 “Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley” (art. 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria). Para añadir a continuación que “El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos”, que hasta la fecha no ha sido aprobado a la espera de una reforma del sistema de asilo comunitario pendiente desde hace más de una década.

62 Aún queda pendiente de resolver el caso *Doumbé Nnabuchi c. España y Balde y Abel c. España*. Aunque en ambos casos se renuncia la vulneración de los art. 3 y 13 CEDH y el art. 4 del Protocolo 4º, concurren diferentes circunstancias fácticas en cada uno de ellos.

resoluciones la argumentación principal contenida en la sentencia de 14 de febrero, que permitiría extraer conclusiones respecto del alcance de la protección de derechos en el ámbito de la inmigración irregular, control de fronteras y protección internacional y, en su caso, la compatibilidad de la normativa comunitaria con el CEDH.

Por lo que respecta a sus consecuencias en el ámbito nacional, en este momento se debate en el Tribunal Constitucional la resolución del recurso de inconstitucionalidad sobre determinados preceptos de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana entre los que se encuentra la antes citada disposición. Hemos de recordar que nuestro alto Tribunal ha fijado una jurisprudencia reiterada sobre el alcance y contenido de la tutela judicial efectiva como del derecho de habeas corpus, con reconocimiento de su titularidad a los extranjeros más allá de su situación irregular. En este sentido, no necesariamente el fallo del Tribunal Constitucional sobre la disposición adicional 10^o debe verse concernido por la sentencia aquí comentada.

De igual modo, hemos de recordar la intencionalidad manifestada de la mayoría que conforma el actual gobierno de iniciar una nueva regulación de la legislación de seguridad ciudadana. Sin embargo, en la comparecencia del Ministro del Interior en la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados de 16 de febrero pasado, se ha afirmado por el titular de este departamento que disponemos en nuestro ordenamiento jurídico de mecanismos para la petición de asilo en consulados y frontera⁶³ algo que contrasta, de un lado con los retrasos en la tramitación de expedientes de protección como, de otro lado, en el porcentaje tan nimio de concesión de protección a los solicitantes de la misma, sin olvidar que desde 2011 no se ha llevado a cabo el desarrollo reglamentario de la Ley de asilo.

La externalización del control de las fronteras en el Mediterráneo, aunque sea bajo el paraguas comunitario, claramente pone en cuestión la garantía de los derechos humanos de los inmigrantes y potenciales precisados de protección internacional que son devueltos a Turquía, Libia y Marruecos. No se olvide que FRONTEX, la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de la Unión Europea específicamente y, con carácter general la propia Unión, tienen una responsabilidad evidente por la legislación aprobada en la materia, las políticas desarrolladas en control de flujos migratorios y en la construcción de la Europa fortaleza frente a la dignidad humana y los compromisos adquiridos por los Estados miembros en materia de derechos humanos. Es por ello que la reciente declaración del gobierno de Grecia de suspensión del derecho de asilo al menos por un mes en respuesta a la apertura de fronteras decretada por Turquía para permitir la salida hacia la Unión Europea de refugiados procedentes mayoritariamente de la guerra de Siria, constituye un nuevo hecho de relevancia en el incremento de la respuesta de la Unión Europea como fortaleza. Así la visita de los titulares de las instituciones de la Unión, Presidenta de la Comisión, Presidente del Consejo Europeo y del Parlamento Europeo a Grecia y el mensaje de apoyo al ejecutivo heleno no debe hacernos dudar del futuro de la política comunitaria en inmigración, asilo y refugio⁶⁴.

63 “El Gobierno apuesta por continuar una política de control de fronteras que se base en tres pilares; eficacia, como constata la reducción durante el año pasado del 50% de las entradas irregulares en nuestro país; prevención y cooperación con los terceros países de origen y tránsito para prevenir las entradas irregulares, para lo que hemos desarrollado un modelo basado en el trabajo con nuestros socios africanos, y finalmente modernización, desarrollando las mejoras en el sistema de vigilancia integral de fronteras para lograr un perímetro más moderno, un perímetro más seguro y evidentemente un perímetro menos cruento”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 32, de 17 de febrero de 2020, pág. 5.

64 Los medios de comunicación se han hecho eco de las palabras de la Presidenta de la Comisión Europea Von der Leyen pronunciadas el día 3 de marzo agradeciendo a Grecia “que sea el escudo de Europa”, afirmando que “nuestra prioridad es asegurarnos de que se mantenga el orden en la frontera exterior griega que también es una frontera europea”.

LOS INDICADORES DE DERECHOS HUMANOS COMO IMPULSORES DE REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGISLATIVAS, Y COMO MECANISMO DE CONTROL DE LOS DERECHOS: BREVES APUNTES SOBRE MARRUECOS

Hanae Chaieri

Investigadora en Derecho Constitucional Universidad de Jaén

Sumario:

53

I. INTRODUCCIÓN: EL STATUS QUESTIONIS DOCTRINAL EN TORNO A LOS INDICADORES SOBRE DERECHOS. II. INDICADORES JURÍDICOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS. 2.1. Indicadores del Rule of Law Index de Naciones Unidas. 2.2. Indicadores del World Justice Project. 2.3. Indicadores del Vera Institute of Justice. 2.4. Indicadores sobre desarrollo humano del PNUD. 2.5. Indicadores de derechos sociales en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2.6. Indicadores de derechos sociales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2.7. Indicadores de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2.8. Indicadores del Consejo de Europa. 2.9. Indicadores de la Organización Internacional del Trabajo. 2.10. Indicadores del Índice Ibrahim sobre Gobernanza en África. III. UN BREVE APUNTE SOBRE MARRUECOS. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

A pesar de la proliferación y consolidación de indicadores como medidores del respeto a los derechos fundamentales, su uso no se ha visto exento de críticas y objeciones por parte de la doctrina. Entre otros, se puede mencionar como aspecto criticable una cierta complacencia de algunos Estados a la hora de proporcionar el grado de cumplimiento de los derechos por parte de ellos mismos. Y, a la inversa, numerosos Estados frecuentemente desconfían de los expertos evaluadores. En lo que se refiere a Marruecos, al igual que el resto de países árabes, nos encontramos ante una situación bien conocida y asentada en todos estos países, como es la de normas redactadas de una manera calculadamente ambigua, la existencia de aplicaciones contradictorias y las múltiples interpretaciones con que los poderes públicos las aplican.

Palabras clave:

Indicadores jurídicos, Indicadores sobre derechos, Ordenamientos jurídicos transnacionales, Derecho y cambio político en el Maghreb.

ABSTRACT

INDICATORS OF HUMAN RIGHTS AS ENCOURAGEMENT FOR CONSTITUTIONAL AND LEGISLATIVE REFORMS, AND AS A RIGHTS CONTROL MECHANISM: BRIEF NOTES ON MOROCCO

Despite the proliferation and consolidation of indicators as testers of respect for fundamental rights, their use has not been exempt from criticism and objections by the doctrine. Among others, a certain complacency of some States in providing the degree of fulfillment of rights by themselves can be mentioned as a point of criticism. Conversely, many states frequently distrust expert evaluators. With regard to Morocco, like the rest of the Arab countries, we are faced with a well-known and firmly established situation in all these countries, such as that of rules drafted in a calculated ambiguous way, the existence of contradictory enforcements and multiple interpretations with which the authorities apply them.

Key Words:

Legal indicators, Transnational Legal Orders, Law and political change in Maghreb.

I. INTRODUCCIÓN: EL STATUS QUESTIONIS DOCTRINAL EN TORNO A LOS INDICADORES SOBRE DERECHOS.

Los indicadores constituyen a día de hoy una parte fundamental en la investigación académica y en la práctica de los organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil y de los gobiernos, y han ido ganando protagonismo en ámbitos diversos como el condicionamiento de la ayuda al desarrollo, la prohibición de los tratados comerciales o ayudas a países donde se violan los Derechos Humanos, o la identificación de las situaciones sociales que favorecen una mayor o menor efectividad de los Derechos Humanos, por ejemplo. Para poder hablar de indicadores de Derechos Humanos, éstos deben tener su raíz en el contenido normativo de los tratados de los Derechos Humanos o en lo que se ha dado en llamar Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹.

La principal finalidad de los indicadores de Derechos Humanos es el control del cumplimiento de los compromisos nacionales de las normas internacionales en dicha materia, actuando como instrumentos de evaluación de cumplimiento, evolución e impacto mediante la construcción de estándares construidos tanto a nivel nacional como internacional. De hecho, hay que recordar que la creación de indicadores de Derechos Humanos respondió en sus inicios a la necesidad de mejorar los mecanismos de rendición de cuentas de los Estados para verificar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones, especialmente, respecto a los derechos económicos, sociales y culturales que son los más fácilmente verificables y medibles. En este sentido, los órganos de vigilancia de los Tratados sobre Derechos Humanos ejercen funciones *quasi* judiciales, colocando bajo su vigilancia la propia aplicación de indicadores por parte de los Estados². Los Tratados de Derechos Humanos que exigen a los Estados la presentación de informes ante los distintos comités que revisan y verifican la información presentada respecto al cumplimiento de sus obligaciones son en total 9.

No obstante, el lenguaje de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos no fue concebido para la construcción de indicadores, lo cual supone una dificultad añadida en su elaboración. De hecho, la Guía publicada por la *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* (OHCHR) en 2012 reconoce que “las normas y los principios de derechos humanos como narración descriptiva y basada en valores, básicamente anclada en el lenguaje legalista de los tratados, no siempre se prestan directamente a la formulación y la aplicación de políticas”³. Existen, sin embargo, tres pilares sobre los que descansan la elaboración de indicadores que se deducen de la metodología creada por la OHCHR de 2012. Estos pilares son: i) El compromiso de los Estados para dar cumplimiento a las normas sobre Derechos Humanos; ii) Los esfuerzos adoptados por cada Estado para cumplir con sus obligaciones; iii) Los resultados de las distintas medidas adoptadas por los Estados a lo largo del tiempo.

Los indicadores vendrían por tanto a paliar las deficiencias de datos aportados sobre el cumplimiento y respeto de los Derechos Humanos que se contienen en los informes enviados periódicamente a estos comités y que venían representando la herramienta primaria en el aseguramiento de que los Estados cumplen con sus obligaciones en materia de Derechos Humanos. Este sistema de informes periódicos se ha revelado a la vez ineficaz, lento y plagado de inexactitudes⁴. Aun así, sería engañoso interpretar la exigencia y uso de indicadores en el ámbito de los derechos como una necesidad existente exclusivamente en el ámbito de los tratados internacionales puesto que, como subraya la Guía de la OHCHR de 2012, “a nivel nacional, las instituciones nacionales de derechos humanos [...] e incluso los tribunales [...] reclaman desde hace tiempo que se utilicen indicadores en el diagnóstico de los derechos”⁵.

1 Cfr. PAULA MARÍA GARCÍA CARRANZA, “Los indicadores de derechos humanos: una oportunidad de avanzar”, *Derechos y Libertades*, n° 38, enero 2018, pág. 365.

2 En este sentido los Comités de vigilancia no valoran directamente el respeto de los derechos, sino que más bien “valoran la valoración” que cada Estado proporciona. Cfr. G. DE BECO, *Non-Judicial Mechanisms for the Implementation of Human Rights in European States*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pág. 52.

3 Cfr. ACNUDH, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, HR/PUB/12/5, Naciones Unidas, s.l., 2012, pág. 2.

4 Sobre estas críticas, cfr. P. ALSTON and J. CRAWFORD, *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000.

5 Cfr. ACNUDH, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, *op. cit.*, pág. 2.

A la inversa, no se oculta tampoco que otras críticas subrayan la dificultad de traducir en datos el cumplimiento de los Derechos Humanos, si bien se hace hincapié en el valor de socialización de las normas que incorporan los indicadores, puesto que de su cumplimiento puede depender la interiorización de los Derechos Humanos en la legislación de un país⁶. Esta socialización alcanza su punto más alto por un lado cuando las normas de derecho interno interiorizan los indicadores y, por otra parte, también cuando el cumplimiento de dichas normas se convierte en práctica habitual⁷.

Asimismo, la interiorización de los indicadores sobre Derechos Humanos genera un diálogo en el plano internacional que puede traer consigo una mayor exigencia social hacia los gobiernos y demandas de un mayor control en el cumplimiento de los Derechos Humanos⁸. Paralelamente, los promotores y defensores de Derechos Humanos nacionales disponen, gracias a los indicadores, de una información de gran relevancia que se traduce en la generación de expectativas en cuanto a los niveles de exigencia en el cumplimiento de los Derechos Humanos. Por otra parte, los indicadores facilitan la identificación de aquellas situaciones en las que los Estados no han cumplido con sus obligaciones y, al mismo tiempo, obliga a los Estados a incorporar el lenguaje de los indicadores en el argumentario de sus explicaciones sobre los incumplimientos de los mismos⁹.

Debe de tenerse presente que los indicadores de cumplimiento de derechos fundamentales son solo un instrumento más a la hora de medir y evaluar la efectividad de los mismos. Cabe de este modo destacar algunas de sus ventajas y utilidades que aconsejan su adopción así como su grado de fiabilidad: i) por una parte, los indicadores permiten “visualizar” el grado de ejecución o de cumplimiento de los derechos por parte de los poderes públicos (destacadamente Poder legislativo y Administración); ii) asimismo, los indicadores de algún modo hacen “legible” el nivel de respeto y tutela que recibe un derecho fundamental; iii) también los indicadores pueden servir a la hora de examinar la idoneidad o inidoneidad de las políticas públicas a través de las cuales se esté implementando un derecho; iv) los indicadores permiten, de igual modo, aprehender las dimensiones cuantitativas o cualitativas de algunos derechos; v) los indicadores hacen las veces de una foto fija sobre la efectividad de los derechos en un momento dado; vi) los datos aportados por los indicadores tienen un valor informativo para todos los agentes e instituciones públicas sobre el grado de cumplimiento de los textos constitucionales, pero también sobre el nivel de aplicación de los tratados internacionales; vii) el acopio de información aportados por los indicadores puede, a su vez, servir como trampolín o estímulo para preparación o estudio de reformas de textos legales, así como para el replanteamiento de políticas públicas; viii) en algunos casos, los indicadores actúan como instrumento de evaluación de gran eficacia ya que permite poner en relación los resultados alcanzados respecto a los fines u objetivos perseguidos.

Así pues, los indicadores más que arrojar datos definitivos o fijos sobre el grado de cumplimiento de los derechos, lo que nos muestran es su grado de efectividad evolutiva. El modo de proceder para la elaboración de indicadores puede variar según el tipo de derecho así como podría adaptarse de país a país. Lo que no cabe cuestionar es que un buen número de indicadores sirven para evaluar el grado de cumplimiento de los derechos no solo respecto al derecho interno sino también respecto al Derecho internacional. Aun así, ciertos indicadores son más propios del Derecho internacional que el derecho interno. En cualquier caso, y siguiendo

6 Cfr. A.J. ROSGA and M. SATTERTHWAITTE, “Measuring Human Rights. UN indicators in critical Perspective”, en KEVIN E. DAVIS, ANGELINA FISHER, BENEDICT KINGSBURY, SALLY ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators: Global Power Through Classification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford (UK), 2012, pág. 307.

7 Los mecanismos de socialización han sido resumidos por Risse y Sikkink en la adaptación de la norma interna, el obligado recurso a una lógica argumentativa para explicar el nivel de respeto de los derechos y la institucionalización de los derechos mediante mecanismos que pretenden dar continuidad al respeto a los mismos. Cfr. RISSE and SIKKINK, “The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices”, en T. RISSE, S. C. ROPP and K. SIKKINK, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge University Press, Ithaca and London, 2001, págs. 11-17.

8 Cfr. P. M. GARCÍA CARRANZA, “Los indicadores de derechos humanos: una oportunidad de avanzar”, op. cit., pág. 378. Asimismo, cfr. R. GOODMAN and D. JINKS, *Socializing States: Promoting Human Rights through International Law*, Oxford University Press, 2013.

9 Sobre este aspecto, cfr. B. SIMMONS, *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge University Press, 2009.

a Prieur¹⁰, ciertos indicadores deben ser invariables para cualquier tiempo y latitud. Entre estos indicadores de validez universal caben citar: i) ¿existe la norma sobre un derecho en particular?; ii) ¿la norma es válida y por tanto aplicable?; iii) ¿la aplicabilidad de la norma depende de algún procedimiento previo?; iv) ¿la norma es respetada y aplicada? Si es así, ¿cómo?, ¿cuándo? y ¿dónde?; v) ¿el cumplimiento de la norma se encuentra controlado por alguna institución?, ¿su incumplimiento es sancionable?, ¿cómo se sanciona?, ¿por quién?.

Debemos además poner de manifiesto que los indicadores jurídicos de los que hablamos no deben confundirse con trabajos de campo que suelen llevarse a cabo en el ámbito de la sociología jurídica dado que éstos últimos se suelen basar en encuestas de comportamiento y otros datos similares basados en modelos de apreciación subjetiva¹¹. De la misma manera, no pertenecen al ámbito de los indicadores jurídicos la creación de órganos encargados de la evaluación en la aplicación de las leyes ni tampoco aquellos órganos encargados de la evaluación de las políticas públicas. Lo mismo cabe decir de los respectivos servicios de inspección ministeriales basados en la actividad de sus delegaciones territoriales. Todo este tipo de evaluaciones no nos permite disponer de una visión completa de todas las etapas jurídicas que se encuentran implicadas en la aplicación de las distintas normativas. Todos estos instrumentos de evaluación se centran, más bien, en la capacidad transformadora de los derechos pero no tanto en la eficacia jurídica de los mismos que se encuentra más ligada tanto a las condiciones jurídicas de su aplicación como a su grado de cumplimiento por parte de sus destinatarios.

Como ya se ha apuntado más arriba, no hay que desdeñar la existencia de una cierta controversia doctrinal en torno a la posibilidad de medir mediante parámetros numéricos la eficacia y respecto de los derechos. Al respecto cabe afirmar que toda cifra aportada por los indicadores suministra una serie de datos en bruto que deben ser debidamente contextualizados, interpretados y jerarquizados. Su función se agota en constituir una fuente de información que sirva como instrumento a los poderes públicos, sin que en ningún caso pueda derivarse de ellos eficacia jurídica ninguna sobre los poderes públicos o sobre el Poder Judicial. No se trata, por lo tanto, de implantar un sistema de gobierno numérico o de evolucionar hacia modelos decisionales guiados por algoritmos. Tampoco se trata de aplicar modelos derivados de la gestión económica o financiera al ámbito jurídico, de modo que los informes y evaluaciones inspirados en el *benchmarking* no tienen un valor absoluto *per se*. Ahora bien, como apuntaba en su momento Lévy-Bruhl el conocimiento de los hechos jurídicos no puede, al igual que ocurre con los datos económicos, pasar por alto evaluaciones numéricas establecidas de manera metodológica y precisa¹². Resulta asimismo de interés recordar que para Condorcet el progreso de la cuantificación era inseparable al proyecto de un derecho uniforme y universal, ya que entendía que era posible calcular las reglas aplicables a toda la humanidad¹³. Como ponen de manifiesto estos ejemplos, el uso de indicadores medibles ha formado parte de las reflexiones jurídicas en torno a la eficacia y tutela de los derechos ya desde primera hora.

La elaboración de indicadores jurídicos aparece, por otra parte, vinculada a una categoría jurídica novedosa y de carácter emergente como es el derecho viviente, expresión con la cual se quiere dar a entender no solo el derecho que se encuentra vigente sino también aquellos derechos dotados de mecanismos jurídicos que permiten no solo su aplicación sino también su control y eventuales sanciones a su violación. Por así decir, se trata de valorar un derecho no porque esté proclamado o porque esté en vigor, sino sobre todo está siendo aplicado. Por tanto, el diseño de un indicador jurídico presupone no solo una norma existente que es jurídicamente aplicable sino también que dicha norma está siendo respetada, aplicada, controlada, y en su caso, que su infracción está siendo sancionada bien sea por la Administración o por los tribunales.

10 Cfr. MICHEL PRIEUR, *Les indicateurs juridiques. Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*, Institut de la Francophonie pour le Développement Durable, Québec, 2018, pág. 9.

11 Sobre este aspecto, cfr. ARMIN VON BOGDANDY and MATTHIAS GOLDMANN, *The Exercise of Public Authority Through National Policy Assessment*, IILG Working Paper, 2009/2, Global Administrative Law Series, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, New York, 2009.

12 Cfr. HENRY LEVY-BRUHL, "Notes sur la statistique et le droit", en *La statistique, ses applications, les problèmes qu'elle soulève*, Paris, Presses Universitaires de France, 1935, págs. 141-147.

13 En efecto, para Condorcet, "Comme la vérité, la raison, la justice, les droits des hommes l'intérêt de la propriété, de la liberté de la sûreté sont les mêmes partout, on ne voit pas pourquoi toutes les provinces d'un état, ou même tous les états, n'auraient pas

Particularmente relevante resulta la aplicación de indicadores jurídicos al respeto de los derechos contenidos en tratados internacionales. En particular, por lo que se refiere a este tipo de derechos cabe, *a priori*, descomponer dichos indicadores en cuatro tipos de evaluaciones: i) la evaluación de la aplicación del tratado internacional en el marco del derecho internacional; ii) la evaluación del tratado internacional por lo que se refiere a su trasposición en el derecho interno; iii) la evaluación de la implementación del derecho nacional respecto al marco internacional; iv) la evaluación de la aplicación del derecho nacional respecto al marco jurídico-constitucional interno.

Se ha de hacer notar que uno de los ingredientes de la eficacia de un derecho fundamental es la validez de la norma. Ahora bien, mientras que la cuestión de la validez de una disposición se resuelve binariamente en positivo o en negativo, la eficacia del derecho fundamental es una mucha amplia al extenderse a más variables. En este sentido, la eficacia no será la misma si se protege un derecho mediante reglas generales en lugar de reglas individuales o si se protege un derecho mediante principios generales en lugar de reglas técnicas. Lo mismo cabe decir respecto de la protección de un derecho mediante normas jurídicas sin más frente a su protección mediante decisiones judiciales.

Por otra parte, conviene subrayar que los indicadores tienden a medir la efectividad de un derecho más que su eficacia. En efecto, la eficacia parece más bien referirse a la utilidad social o a los resultados socialmente perseguidos, mientras que la efectividad de un derecho es una noción que no trascienda más allá del ordenamiento jurídico puesto que mediante ella se calibra el grado de aplicación de una norma. Del mismo modo, la medición de la efectividad de un derecho comporta medir, al mismo tiempo, su ineffectividad. Si, por ejemplo, nos encontramos con un derecho inaplicado o mal aplicado, dicho grado de ineffectividad no debe ser interpretado como un derecho inexistente o carente de fuerza normativa. Ello plantea el problema de cuándo considerar que las violaciones a un derecho o la inaplicación de un mandato jurídico son suficientemente reiteradas para concluir que una norma es ineffectiva. De otra parte, la falta de efectividad de un derecho no significa ni su inexistencia, ni implica su inutilidad, ni tampoco que se trate de un derecho carente de fuerza jurídica. Al respecto, cabe señalar que ya la propia existencia de normas jurídicas constituyen el umbral mínimo de todo Estado de Derecho, si bien un alto grado de ineficacia normativa arrumbará un determinado derecho a desempeñar un papel meramente simbólico pero, incluso en estos casos, un derecho ineficaz puede incluso cumplir ciertas funciones sociales. Cabría incluso hablar, en este sentido, de la existencia de derechos “durmientes” que pueden activarse normativamente cuando la conciencia jurídica social precise de soluciones jurídicas a determinados problemas sociales.

Otro aspecto que cabe diferenciar de la elaboración de indicadores jurídicos es el de los indicadores para su evaluación, o dicho en otros términos, los criterios de efectividad de dichos indicadores. Entre estos criterios figuran los siguientes: i) la existencia de una norma; ii) la validez de dicha norma; iii) la entrada en vigor de la norma; iv) su invocabilidad ante los tribunales; v) la conciencia social de la regla; vi) su carácter sustantivo; vii) la progresión o regresión en la aplicación de la norma; viii) su grado de precisión; ix) el control administrativo en la aplicación de la norma; x) el control jurisdiccional de la aplicación de la norma; xi) la previsión de sanciones a las infracciones de dicha norma; xii) la aplicación efectiva de dichas sanciones.

Ciertos sectores doctrinales, sin negar valor a los indicadores jurídicos de los derechos, ponen de manifiesto que deben ser integrados o completados con los que podríamos denominar indicadores sociales que consistirían en todos aquellos comportamientos y usos sociales que o bien facilitan o bien obstaculizan la aplicación de un derecho. Por tanto, para este sector doctrinal, la evaluación solo a base de indicadores jurídicos no puede dar cuenta por sí sola de toda la eficacia de un derecho fundamental.

Valiosa también ha resultado la aportación de la doctrina anglosajona, a través de trabajos que han reflexionado en torno a la posibilidad de si es posible medir un derecho fundamental. En su análisis, estos autores se interrogan de manera escéptica sobre si se puede medir algo que parece pertenecer a la categoría de

les mêmes lois criminelles, les mêmes lois châles les mêmes lois de commerce, etc. Une bonne loi doit être bonne pour tous les hommes comme une proposition vraie est vraie pour tous”. *Cfr.* MARQUIS DE CONDORCET, *Observations de Condorcet sur le Vingt-Neuvième Livre de L’Esprit Des Lois*, en DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur L’Esprit des Lois de Montesquieu suivi d’observations inédites de Condorcet sur le Vingt-Neuvième livre du même ouvrage*, Chez Théodore Desoer Libraire, Paris, Juillet 1819, pág. 420.

lo inmensurable. En sustancia lo que vienen a proponer es una superación de los indicadores centrados en la aplicación de los derechos (el *benchmarking*). A este respecto, proponen combinar tres tipos de indicadores: por un lado, los indicadores jurídicos se deberían integrar también con indicadores “funcionales” que se encargarían de medir la respuesta del derecho comparado en relación con un determinado problema jurídico. En segundo lugar, los indicadores jurídicos se deberían igualmente integrar con los indicadores que miden la calidad de las instituciones así como la calidad del Poder Judicial. Por último, una tercera categoría de indicadores que completaría a los anteriores es la relativa a la percepción de las condiciones de aplicación de un determinado derecho. Como resulta fácil percibir, este último tipo de indicador se encuadra más bien en el campo de la sociología jurídica, puesto que este tipo de indicadores recabaría datos de la percepción en la aplicación de los derechos por parte de particulares, empresas y administraciones. Así pues, el nivel de aplicación de un derecho no quedaría limitado al cálculo de datos numéricos sino también a la valoración de percepciones. De todos estos indicadores complementarios, ha adquirido una entidad propia el conocido como *numerical comparative law* (derecho comparado numérico)¹⁴.

Más dudas plantea si entre los indicadores jurídicos de un derecho debe incluirse el coste económico de los mismos. Este tipo de indicadores gozan de una amplia difusión en el campo del derecho mercantil desde que lo pusiera en marcha la Sociedad Financiera Internacional dependiente del grupo del Banco Mundial, con los que se pretende medir el coste de los derechos desde un punto de vista económico. Ahora bien, este tipo de indicadores parten de la premisa de la existencia de un universo competitivo entre derechos al que se aplicarían criterios del neoliberalismo económico¹⁵.

II. INDICADORES JURÍDICOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS.

En la actualidad existe un gran número de indicadores jurídicos elaborados por parte de instituciones internacionales, nacionales e incluso por parte de actores privados como ONGs, universidades, etc. Por su estrecha relación con los derechos, centraremos en primer lugar nuestra atención en los indicadores relativos al Estado de Derecho.

59

2.1. Indicadores del Rule of Law Index de Naciones Unidas.

En primer lugar cabe referirse al *Rule of Law Index* elaborado en el ámbito de Naciones Unidas, puesto en marcha por primera vez en 2011 a través de la publicación de una guía de aplicación titulada “Indicadores del Estado de Derecho de las Naciones Unidas”¹⁶. A pesar de su ambicioso título, el alcance de estos indicadores se centraba, por un lado, en el seguimiento de los cambios y en el funcionamiento de la justicia penal en situaciones de conflicto o posteriores a un conflicto¹⁷. Al mismo tiempo, una buena parte de los indicadores propuestos por Naciones Unidas no tienen estrictamente carácter jurídico, ya que pretenden medir la eficacia de instituciones como la policía, el Poder Judicial y las prisiones¹⁸. Además de ello, estos indicadores se entremezclan entre indicadores éticos y de gobernanza como la integridad o la transparencia de estas instituciones¹⁹, así como su dotación de medios humanos y materiales.

14 La denominación *numerical comparative law* apareció, por primera vez, en un artículo publicado en 2005. Cfr. MATHIAS SIEMS, “Numerical comparative law: Do we need statistical evidence in order to reduce complexity?”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 13, 2005, pág. 521.

15 Cfr. TOR KREVER, “Quantifying law: Legal indicator projects and the reproduction of neoliberal common sense”, *Third World Quarterly*, vol. 34 n° 1, 2013, págs. 131-150.

16 OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Rule of Law Indicators. Implementation Guide and Project Tools*, United Nations, s.l., 2011.

17 *Ibid.*, pág. v.

18 *Ibid.*, pág. vi.

19 *Ibid.*, pág. vi.

En cuanto a la estructura de estos indicadores, aparecen agrupados en 25 apartados, cada uno de ellos con un número variable de indicadores que va de 2 a 9 indicadores. El número total de indicadores se sitúa en 135²⁰.

Por lo que se refiere a la evaluación de estos indicadores, se lleva a cabo a través de una puntuación de un mínimo de 1 punto y un máximo de 4 puntos. La evaluación está dirigida tanto al público como a expertos. A cada pregunta los encuestados deben responder según los casos escogiendo las siguientes respuestas: i) muy eficaz (4 puntos); ii) eficaz (3 puntos); iii) ineficaz (2 puntos); iv) muy ineficaz (1 punto); o bien en otros casos pueden responder mediante la siguiente escala: i) aprueba totalmente; ii) aprueba en parte; iii) no aprueba; iv) no aprueba en absoluto. Otros resultados no se exigen mediante puntuación sino a través de porcentajes que expresan una proporción, como por ejemplo: el porcentaje de reclusos en los establecimientos penitenciarios o el porcentaje de médicos en esos mismos establecimientos.

Se debe hacer hincapié en que si bien la mayoría de estos indicadores indirectamente se relacionan con el contenido de una norma jurídica, no expresan directamente el proceso de aplicación de la misma, ni tampoco ofrecen datos sobre la realidad social o institucional de las tres instituciones evaluadas.

2.2. Indicadores del World Justice Project.

En segundo lugar, hemos de referirnos a los indicadores mundiales sobre Estado de Derecho elaborados en el ámbito del *World Justice Project*. Este tipo de indicadores existe desde 2006 gracias a una iniciativa de la *American Bar Association* que posteriormente ha sido asumido y gestionado por una ONG independiente con sede en Washington y que lleva el mismo nombre. Estos indicadores aparecen organizados en torno a nueve factores que, a su vez, se desdoblán en indicadores²¹. Por su importancia, estos nueve factores resultan decisivos en la evaluación de la aplicación y eficacia de los derechos fundamentales en el país que hemos escogido como campo de estudio, es decir Marruecos. Dichos factores son los siguientes:

Factor 1) relativo a los límites a los poderes gubernamentales. Este factor contiene como indicadores jurídicos los siguientes: i) los poderes del Gobierno se encuentran limitados por el Parlamento de manera efectiva; ii) los poderes del Gobierno se encuentran limitados por el Poder Judicial de manera efectiva; iii) los poderes del Gobierno se encuentran limitados por auditores independientes de manera efectiva; iv) los cargos gubernamentales son sancionados por comportamientos faltos de ética; v) los poderes del Gobierno se encuentran sometidos a controles no gubernamentales; vi) los cambios de Gobierno se encuentran sometidos a la ley y regulados por la misma.

Factor 2) relativo a la ausencia de corrupción se incluyen los siguientes indicadores: i) los cargos del Poder Ejecutivo no se aprovechan del cargo para obtener favores o beneficios privados; ii) los cargos del Poder Judicial no se aprovechan del cargo para obtener favores o beneficios privados; iii) los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, así como los miliares no se aprovechan del cargo para obtener favores o beneficios privados; iv) los parlamentarios no se aprovechan del cargo para obtener favores o beneficios privados.

En el factor 3) se recogen los indicadores relativos al *Open Government* que contienen estos cuatro indicadores: i) publicidad de las leyes y mecanismos *the government data*; ii) existencia y nivel de aplicación del derecho a la información; iii) existencia y nivel de participación ciudadana; iv) existencia y aplicación de mecanismos para expresar quejas y reclamaciones.

El factor 4) gira en torno a los derechos fundamentales propiamente dichos y se desdobra en ocho indicadores: i) igualdad de trato y ausencia de discriminación; ii) garantía efectiva del

20 Esos 135 indicadores se agrupan en torno a las tres instituciones mencionadas: la policía (41 indicadores), el Poder Judicial (51 indicadores) y las prisiones (43 indicadores).

21 Sobre este aspecto, cfr. JUAN BOTERO and ALEJANDRO PONCE, *Measuring the Law*, World Justice Project Working Paper Series, n° 1, November, 2011.

derecho a la vida y a la seguridad de las personas; iii) garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, a un justo proceso y a los derechos del acusado; iv) garantía efectiva de las libertades de opinión y de expresión; v) garantía efectiva de la libertad de creencias y de la libertad religiosa; vi) garantía efectiva del derecho a la privacidad y a la intimidad frente a injerencias arbitrarias; vii) garantía efectiva de los derechos de reunión y asociación; viii) garantía efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores.

El factor 5) se refiere al orden público y a la seguridad y se desglosa en estos tres indicadores: i) la criminalidad se encuentra controlado eficazmente; ii) los conflictos civiles se encuentran limitados de forma efectiva; iii) las personas no recurren a la violencia para resolver perjuicios personales.

El factor 6) se ocupa de la aplicación y puesta en práctica de las normas reglamentarias y engloba estos cinco indicadores: i) los reglamentos gubernamentales se aplican de forma efectiva; ii) los reglamentos gubernamentales se aplican y se ejecutan sin influencias indebidas; iii) los procedimientos administrativos se desarrollan sin retrasos indebidos; iv) el derecho a un procedimiento imparcial se respeta en los procedimientos administrativos; v) el Gobierno no expropia sin procedimientos legalmente previstos y sin una adecuada compensación.

El factor 7) se ocupa de la jurisdicción civil y se descompone en estos siete indicadores: i) los particulares gozan de un acceso a la jurisdicción civil y pueden litigar sin excesivas tasas judiciales; ii) la jurisdicción civil es accesible sin discriminación alguna; iii) la jurisdicción civil está libre de corrupción; iv) la jurisdicción civil está libre de influencias gubernamentales; v) la jurisdicción civil no incurre en retrasos indebidos; vi) la jurisdicción civil se ejecuta de manera efectiva; vii) existen mecanismos alternativos de resolución de disputas accesibles, imparciales y eficaces.

El factor 8) tiene por finalidad evaluar la jurisdicción penal a través de estos siete indicadores: i) los procedimientos de investigación penal son eficaces; ii) la procesos penales son rápidos y ejecutados; iii) el sistema penitenciario es eficaz en la reducción de las conductas delictivas; iv) la jurisdicción penal es imparcial; v) la jurisdicción penal está libre de corrupción; vi) la jurisdicción penal está libre injerencias gubernamentales; vii) se respeta el derecho a un proceso justo y se respetan los derechos de los acusados.

El factor 9) comprende indicadores que pretenden medir sistema de justicia informal que en algunos países desempeña un papel importante cuando las instituciones legalmente establecidas se perciben como débiles, distantes o como ineficaces. No obstante, tal y como reconoce el propio *WJP Rule of Law Index* la obtención de este tipo de datos entraña una gran complejidad, en especial en lo que se refiere a su justicia y a su eficacia, que presentan grandes variaciones según las partes de cada país. Aun así, se han elaborado estos tres indicadores: i) la justicia informal es pronta y eficaz; ii) la justicia informal es imparcial y libre de influencias indebidas; iii) la justicia informal respeta y protege los derechos fundamentales. Si bien, en el *WJP Rule of Law Index* de 2020, no se ofrece ni puntuación ni por tanto una evaluación de estos indicadores²².

La evaluación de la primacía del Derecho que implican estos indicadores se proyecta no solo sobre los profesionales del derecho sino también sobre la percepción que tiene el público. Junto con estos dos colectivos se suma un grupo de expertos en derecho que alcanza el número de al menos 24 por país. De este modo, la evaluación complementa tanto la percepción como la experiencia en la aplicación de las normas. En la edición del *WJP Rule of Law Index 2020*, se incluye un ranking general de países que engloba todos los factores anteriormente citados a través de una puntuación de un mínimo de 0 y de un máximo de 1, representando el 1 la máxima vigencia del Estado de Derecho. En este ranking, Marruecos obtiene una puntuación de 0,50 lo que supone que respecto a la evaluación del año anterior permanece con la misma puntuación, si bien al ser

22 Cfr. AA.VV., “Conceptual Framework of the WJP Rule of Law Index”, en *idem.*, *Rule of Law Index 2020*, World Justice Project, Washington DC., 2020, pág. 11.

superado por otros países, desciende tres puestos en el ranking, situándose en el puesto número 79²³. Por área geográfica, Marruecos ocupa el cuarto puesto de los países de la región de Oriente Medio y Norte de África que se someten a esta evaluación, siendo solamente superado por Emiratos Árabes Unidos que ocupa el primer puesto (0,65 puntos), Jordania en segundo lugar (0,57 puntos) y Túnez en el tercer puesto (0,54 puntos). Por su parte Marruecos está por delante de Argelia (0,49 puntos), Líbano (0,45 puntos), Irán (0,43 puntos) y cerrando la clasificación de esta región Egipto (0,36 puntos)²⁴.

En lo que respecta al factor 1) que pretende medir los límites y controles al poder gubernamental, se comprenden en él no solo los mecanismos constitucionales sino también institucionales mediante los cuales los poderes del Gobierno y de la Administración se encuentran sujetos a la ley y mediante los cuales se puede exigir responsabilidad a todos los miembros de la rama del Poder Ejecutivo. A estos mecanismos de carácter jurídico-formal, este factor añade también, como indicador, la existencia de prensa y medios de comunicación libres e independientes. Una vez efectuada la evaluación correspondiente a 2020, Marruecos obtiene una puntuación de 0,51 sobre 1, lo que sitúa el país prácticamente justo en el aprobado, ocupando en el ranking de 128 países sometidos a evaluación el puesto número 74²⁵.

En cuanto al factor 2), centrado en la ausencia de corrupción en el Gobierno y la Administración, los indicadores pretenden detectar la existencia de sobornos, prevaricaciones, cohechos, la pretensión de influenciar al Gobierno o a la Administración por parte de cargos públicos o por parte de intereses privados y el desvío de fondos públicos y otros recursos. Estos mismos indicadores no solo se aplican al Gobierno y a la Administración sino también al Poder Judicial, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y también a las Asambleas Parlamentarias. En la evaluación de este factor en la edición de 2020, Marruecos queda por debajo del aprobado obteniendo 0,44 puntos situándose en el puesto 73 dentro del ranking de 128 países²⁶.

En cuanto al factor 3), relativo a transparencia y *Open Government*, se pretende medir hasta qué punto el Gobierno y la Administración comparte la información con los ciudadanos y en qué grado dota a la población con herramientas para exigir rendición de cuentas en el sentido de *Accountability*, y en qué grado se permite a los ciudadanos participar y tomar parte en las deliberaciones de las políticas públicas. Asimismo, este factor tiene por finalidad evaluar si se publican de manera accesible las normas jurídicas y si se proporciona información suficiente sobre los derechos que puede ejercer la ciudadanía no solo a nivel constitucional sino también a nivel legal. Del mismo modo, se incluyen indicadores dentro de este factor que miden la calidad de la información publicada por el Gobierno. Los datos que arroja la evaluación de 2020 correspondientes a este factor 3 otorgan a Marruecos una puntuación de 0,44, de nuevo por debajo de un nivel suficiente, ocupando el puesto 86 dentro del ranking total de 128 países²⁷.

En cuanto al factor 4), mediante el cual se pretenden evaluar la vigencia, el respecto y tutela los derechos fundamentales, parte de la premisa de que un ordenamiento jurídico que no respete los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales, ni tan siquiera merece ser incluido en la categoría de Estado de Derecho. A la hora de elaborar los indicadores aplicables a la evaluación, el *WJP Rule of Law Index* reconoce que serían mucho más numerosos los indicadores a emplear si se quiere obtener una imagen fidedigna sobre el grado de respeto de una larga lista de derechos; de ahí que el *WJP Rule of Law Index* priorice la selección de ciertos derechos por encontrarse firmemente reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por tratarse también de derechos más estrechamente vinculados a las garantías del Estado de Derecho. Tras la evaluación de este factor en 2020, Marruecos ha obtenido una puntuación de 0,45, lo que le sitúa dentro del ranking en un puesto bastante bajo, en concreto en el puesto 103 dentro del ranking²⁸.

23 Cfr. AA.VV., "Rule of Law around the World", en *idem.*, *Rule of Law Index 2020*, op. cit., pág. 16.

24 Cfr. AA.VV., "Rule of Law around the World by Region", en *ibid.*, pág. 19.

25 Cfr. AA.VV., "Constraints on Government Powers", *Ibid.*, pág. 22.

26 Cfr. AA.VV., "Absence of Corruption", *Ibid.*, pág. 23.

27 Cfr. AA.VV., "Open Government", *Ibid.*, pág. 24.

28 Cfr. AA.VV., "Fundamental Rights", *Ibid.*, pág. 25.

Por su parte, el factor 5) trata de medir en qué medida el Estado asegura la propiedad y la seguridad de las personas. El *WJP Rule of Law Index* recalca que la seguridad es uno de los aspectos más decisivos a la hora de concluir si existe un Estado de Derecho. Representando además uno de las principales funciones que legitiman la propia existencia del Estado. Incluso el *WJP Rule of Law Index* considera la seguridad como una condición previa para poder ejercer el resto de derechos y libertades que todo Estado de Derecho trata de proteger. En la evaluación de este factor 5 de 2020, Marruecos obtenía una puntuación de 0,68, lo que le sitúa dentro del ranking de los 128 países en el puesto 83²⁹.

El factor 6) pretende medir hasta qué punto las normas reglamentarias se aplican de manera justa y eficaz y qué grado de ejecución tienen. Su importancia radica en que el corpus de normas reglamentarias tanto las que desarrollan disposiciones legislativas como las meramente organizativas son las que en última instancia determinan los comportamientos tanto dentro como fuera del Poder Ejecutivo. Según señala el propio *WJP Rule of Law Index*, este factor no pretende medir qué tipo de actividades prefiere cada Gobierno regular mediante reglamentos, ni tampoco tiene en cuenta cuál es el grado cuantitativo apropiado de reglamentación para un sector de actividad en particular, sino que más bien este factor lo que aspira a medir es cómo se cumplen y ejecutan los reglamentos. En la medición efectuada en la edición de 2020, Marruecos obtiene una puntuación de 0,56, ocupando dentro del ranking el puesto 46³⁰.

En lo que se refiere al factor 7) que pretende medir si la mayor parte de la ciudadanía puede resolver sus disputas pacíficamente y de manera efectiva a través de la jurisdicción civil, los indicadores pertenecientes a este factor abordan cuestiones como la accesibilidad a la tutela de la jurisdicción civil, incluyendo la existencia o no de trabas económicas. Otro conjunto de indicadores evalúan si la jurisdicción civil no incurre en discriminaciones, si existe corrupción o si se producen injerencias por parte de los poderes públicos o de la política. Otro conjunto de indicadores tratan de comprobar si los procesos ante los tribunales se desarrollan sin retrasos indebidos y si las resoluciones judiciales se ejecutan de manera efectiva. Un último grupo de indicadores es el que se refiere a la existencia de mecanismos alternativos de resolución de controversias, lo que incluye su accesibilidad, imparcialidad y efectividad. En el *WJP Rule of Law Index* de 2020, Marruecos obtenía una puntuación de 0,54 sobre 1, adjudicándose el puesto número 60 en el ranking³¹.

Si el anterior factor evalúa la jurisdicción civil, el factor 8) se encarga de examinar la jurisdicción penal. El *WJP Rule of Law Index* destaca que la jurisdicción penal es otro de los aspectos clave de un Estado de Derecho, puesto que constituye el mecanismo ordinario para reparar los atentados más graves a bienes jurídicos y para ejercer acciones contra quienes han atentado contra la sociedad. Entre los indicadores que se incluyen en este factor destacan todas aquellas instituciones y profesionales que intervienen en la jurisdicción penal, como por ejemplo: Fuerzas y Cuerpos de seguridad, abogados, fiscales, jueces y funcionarios de prisiones. En la evaluación de 2020, Marruecos obtiene una puntuación de 0,38 (bastante deficiente), ocupando en el ranking el puesto número 83³².

2.3. Indicadores del Vera Institute of Justice

Un interés similar al *WJP Rule of Law Index* presentan los indicadores del *Vera Institute of Justice*, instituto con sede en Nueva York y que elaboraba una serie de indicadores en 2008 con el apoyo de la *American Bar Association* y con el apoyo del *WJP Rule of Law Index*. Esta institución lleva más de 50 años trabajando con gobiernos y actores de la sociedad civiles para mejorar la confianza de la población en la justicia y en la seguridad, y está reconocido como una de las instituciones pioneras en el ámbito de programas de evaluación y de elaboración de indicadores.

Para el *Vera Institute of Justice*, el valor de los indicadores por países reside en la utilidad que tienen para elaborar medidas estandarizadas y una evaluación comparada respecto a normas, standards y grados de

29 Cfr. AA.VV., "Order and Security", *Ibid.*, pág. 26.

30 Cfr. AA.VV., "Regulatory Enforcement", *Ibid.*, pág. 27.

31 Cfr. AA.VV., "Civil Justice", *Ibid.*, pág. 28.

32 Cfr. AA.VV., "Criminal Justice", *Ibid.*, pág. 29.

optimización. El *Vera Institute* hace bastante hincapié en que la evaluación del Estado de Derecho basada, bien sea en encuestas a expertos, en datos estadísticos junto al examen de cada ordenamiento jurídico presenta importantes deficiencias y debilidades, especialmente en lo que se refiere en cómo se da aplicación a las normas y en cómo se prestan los servicios. La principal virtud de unos buenos indicadores radica en que hacen comprensible todo un cúmulo de datos, percepciones y marcos normativos e institucionales³³. No obstante, el *Vera Institute* presta una especial atención a cómo es percibido el Estado de Derecho por parte de la ciudadanía, si realmente la finalidad última es la de proponer medidas de mejora. En cambio, este Instituto rechaza expresamente la utilidad de efectuar evaluaciones aislando encuestas de expertos, análisis normativos, decisiones jurídicas o datos estadísticos³⁴.

Por otra parte, el *Vera Institute* subraya la importancia de obtener datos de grupos de exclusión o marginalizados. Al respecto, considera engañoso e insuficiente evaluar la existencia de normas especialmente dirigidas a colectivos como pobres, mujeres o miembros de minorías, puesto que este tipo de indicadores no informan sobre la práctica o sobre la incidencia de dichas normas en estos grupos sociales. Incluso suele ocurrir que determinados colectivos ni siquiera se ven favorecidos para acceder a la justicia o a la Administración, como ocurre con los inmigrantes ilegales o indocumentados, quienes evitan todo contacto con la policía o cualquier Administración para recabar su ayuda.

Otro grupo de indicadores que a veces se encuentran marginados en la evaluación de los derechos son los mecanismos informales de justicia. Según el *Vera Institute*, en muchas partes del mundo la mayoría de las controversias civiles y penales se resuelven sin la intervención de la policía o incluso sin utilizar los tribunales de justicia³⁵. En efecto, los grupos más marginados o pobres de la sociedad, así como grupos de minorías étnicas o religiosas, mujeres, o bien poblaciones que habitan en zonas remotas de un país, acuden a mecanismos de justicia informal de tipo religioso o tradicional para resolver sus disputas. De ahí que el *Vera Institute* advierta que la ausencia de este tipo de indicadores puede distorsionar los resultados por cuanto quedarían ocultos problemas de falta de equidad o de abusos en la utilización de este tipo de mecanismos. Del mismo modo, de comprobarse un extendido uso de estos mecanismos, podría ser un claro indicio de que el acceso a la justicia dentro de un determinado país no es igual para todos³⁶.

Por otra parte, el *Vera Institute* considera que para que los indicadores sean útiles a nivel global, deben ser lo más amplios y flexibles posible, de modo que se puedan adaptar a la gran variedad de contextos jurídicos y culturales y a la multiplicidad de sistemas políticos existentes. De ahí que se priorice en la elaboración de indicadores la participación y la implicación de los principales actores de cada sistema judicial³⁷.

Probablemente la principal característica que define los indicadores del *Vera Institute* es la de rechazar elaborar un ranking único que resume los diferentes indicadores ya que ello comportaría una simplificación excesiva de la experiencia de la vida real y no serviría para proporcionar la información necesaria a la hora de reforzar el Estado de Derecho en un lugar o país determinados. Por ello, lo que mejor define los indicadores del *Vera Institute* es la elaboración de unas *balanced baskets of indicators* cada una de estas cestas de indicadores trata de medir un principio concreto del Estado de Derecho a partir de una amplia gama de perspectivas mediante la información recibida a través de distintas fuentes de datos que van desde la diferente actitud de la población hacia las instituciones combinada con datos de la Administración pero desagregando dichos datos en diferentes grupos sociales, con especial atención a los grupos más desfavorecidos y marginales, puesto que son especialmente los datos de estos grupos los que pueden marcar respuestas de mejora en la protección de los derechos.

Otra de las ambiciones de los indicadores del *Vera Institute* es la de apartarse del enfoque del *WJP Index* en sus primeras ediciones ya que se prestaba más atención a conjuntos de medidas y datos *de jure* en detrimento de una amplia variedad de indicadores *de facto* que según el Instituto priorizan un enfoque más

33 Cfr. AA.VV., *Developing Indicators to Measure the Rule of Law: A Global Approach*, Vera Institute of Justice, July, 2008, pág. 5.

34 *Ibid.*, pág. 5.

35 *Ibid.*, pág. 6.

36 *Ibid.*, pág. 6.

37 *Ibid.*, pág. 6.

empírico³⁸. De este modo, el proyecto de indicadores del *Vera Institute* descartó en sus inicios dos de los cuatro bloques de factores iniciales del *WJP Index* concentrándose en otros dos, circunscritos en su mayoría en los mecanismos para la elaboración, aprobación, desarrollo administrativo y ejecución de las leyes, en el acceso igualitario a la justicia, y en el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. Dentro de cada uno de estos dos bloques, el *Vera Institute* desdobló los factores y sus factores en trece principios fundamentales presentes en los Tratados de Naciones Unidas. En segundo lugar, para cada uno de estos principios, se elaboraron entre tres y siete indicadores, lo que dio como resultado la creación de un total de sesenta indicadores³⁹.

2.4. Indicadores sobre desarrollo humano del PNUD.

Desde 1990 y con carácter anual, el PNUD publica un informe tanto de carácter retrospectivo como prospectivo en el que se incluyen una serie de indicadores que pretenden clasificar los Estados utilizando el conocido como Índice de Desarrollo Humano (IDH). La pretensión inicial de dicho índice era la de medir y combinar tres dimensiones que afectan a derechos sociales como el derecho a la salud, el derecho a la educación y el derecho a unas condiciones de vida digna⁴⁰. A pesar de que inicialmente los indicadores del IDH pivotaban más bien sobre datos socio-económicos, con el transcurrir de los años y de manera paulatina, se han ido incorporando indicadores que evalúan derechos fundamentales. Ello ha tenido lugar especialmente a partir del informe de 2016, en el que se consagra por entero la tabla quince al grado de progreso en la aplicación de los tratados sobre derechos fundamentales. Asimismo, desde 2004, la tabla número 21 recoge indicadores relativos al derecho al medio ambiente⁴¹. No obstante, estos primeros indicadores han resultado ser muy elementales ya que simplemente ofrecen el año de ratificación de cada tratado internacional por parte de cada país⁴².

Recordemos que el IDH introdujo una revolución en el debate sobre la medición del desarrollo de los países al abandonar, en 1990, como único criterio de desarrollo nacional la renta por habitante. A lo largo de los años, se ha ido enriqueciendo con indicadores suplementarios comenzando por la sanidad y la educación, o los tres indicadores que se han añadido en 2010 para medir la pobreza, las desigualdades u otras dimensiones de desarrollo humano concretadas en estos tres indicadores: el indicador de pobreza multidimensional (IPM); el indicador de desarrollo humano adaptado a las desigualdades (IDHD); y el indicador de desigualdad de género (IIG). En 2014, se añadió el indicador de desarrollo de género (IDG)⁴³. Como el propio informe de revisión de criterios publicado en 2018 ponía de manifiesto a lo largo de estos 30 años, desde la publicación del primer HDR (*Human Development Report*), se han planteado nuevos desafíos en particular los que afectan a las desigualdades y a la viabilidad⁴⁴. Ante estos retos, se ha ampliado el número de datos disponibles gracias a ciertas innovaciones en las herramientas de medición y gracias también a los instrumentos de colaboración que contempla el programa de desarrollo durable del horizonte 2030. El papel de las nuevas tecnologías se muestra a este respecto decisivo.

Si se examina la evolución del IDH a lo largo ya de más de treinta años, se observa que tanto todas las regiones del mundo, como todos los indicadores de desarrollo humano han registrado progresos considerables. Por ejemplo el valor de IDH global en 2017 era de 0,728 lo que representaba un aumento de más del 21,7% respecto a ese mismo valor en el año 1990 que era 0,598⁴⁵. A pesar de este desarrollo progresivo, también es cierto que según las zonas del mundo, los ritmos de crecimiento son muy diferentes.

38 *Ibid.*, pág. 8.

39 *Ibid.*, pág. 8.

40 Cfr. MICHEL PRIEUR, *Les indicateurs juridiques. Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*, op. cit., pág. 22.

41 *Ibid.*, pág. 23.

42 *Ibid.*, pág. 23.

43 Cfr. "Mise à jour statistique 2018 des indices et indicateurs de développement humain", en SELIM JAHAN (dir.), *Indices et indicateurs de développement humain 2018. Mise à jour statistique*, Communications Development Incorporated, Washington DC., 2018, pág. 1.

44 *Ibid.*, pág. 1.

45 *Ibid.*, pág. 2.

Incluso se debe precisar a este respecto que todos los indicadores comenzaron a registrar una ralentización en todas las zonas del mundo en el transcurso de la última década debido al impacto de la gran crisis financiera, económica y alimentaria mundial que comenzó entre los años 2008 y 2009.

La mayor parte de las desigualdades son el producto de desigualdades de ingresos pero también de desigualdades en el acceso y disfrute de derechos como la educación, la sanidad, la representación, el acceso a la tecnología, y la desprotección social⁴⁶. Del mismo modo, las desigualdades de desarrollo son un claro reflejo también de las desigualdades de oportunidades en el acceso a derechos como la educación, la sanidad, el empleo, el acceso al crédito y a los recursos naturales, desigualdades de oportunidades todas ellas basadas en el sexo, en la identidad de grupo, en las desigualdades de ingresos y en la diversidad de origen geográfico. Todas estas profundas desigualdades acarrearán consecuencias nefastas tanto para la cohesión social como para la calidad de las instituciones y de las políticas públicas⁴⁷.

Desde 2010, el IDHD se publica informando sobre el reparto del desarrollo humano dentro de cada país. De existir una igualdad perfecta de reparto, el IDH y el IDHD serían iguales. En cambio, la presencia de desigualdades en el reparto de derechos como la sanidad, la educación o la riqueza, el IDH medio por persona será inferior al IDH global. A su vez, cuanto más débil sea el IDHD, -y en consecuencia sea mayor la diferencia entre IDH y IDHD-, las desigualdades serán mucho más pronunciadas.

En materia de derecho a la educación, por ejemplo, el indicador de escolaridad de adultos dentro del grupo de países de desarrollo humano muy elevado dura como media 7 años y medio más que la de los adultos de los países de la categoría de desarrollo humano débil. Y lo mismo cabe decir de la escolarización de niños, cuya duración en el grupo de países de desarrollo humano muy elevado supera en 7 años a los del grupo de países de desarrollo humano débil⁴⁸.

Otro de los indicadores de especial incidencia en Marruecos es el de las discriminaciones y desigualdades de los que son víctimas las mujeres y las menores de edad. Como el propio informe de revisión de indicadores de 2018 reconoce, este tipo de discriminaciones es una de las mayores fuentes de desigualdad y uno de los obstáculos más importantes al progreso del desarrollo humano⁴⁹. La evaluación de este tipo de desigualdades de género se ha construido a partir de dos indicadores, ya mencionados más arriba. El primero de ellos es el IDG, con el que se pretende medir los avances de hombres y mujeres respecto a determinados factores básicos de desarrollo humano. Baste decir que el IDG medio en 2018 a escala mundial manifestaba una brecha entre mujeres y hombres de un 5,9% a favor de éstos últimos, situándose la puntuación de la mujer en un 0,705 y el del hombre en 0,749⁵⁰. Esta diferencia se explica en gran parte según el informe de 2018 por la enorme desigualdad en materia de ingresos y el nivel de educación inferior de las mujeres. Como muestra la brecha entre hombres y mujeres, es la más grande en el grupo de países de desarrollo humano débil puesto que el IDH de las mujeres es inferior al de los hombres en un 13,8%⁵¹. En el grupo de países en vías de desarrollo, en el que queda incluido Marruecos, merece la pena destacar que por regiones las desigualdades entre hombres y mujeres es bastante más débil en América Latina y Caribe (2,3%) que en el Sudeste asiático (16,3%) y que en los Estados árabes, en los que se incluye Marruecos, donde la brecha de desigualdad entre hombres y mujeres alcanza un 14,5%. En cuanto al segundo indicador que pretende medir las desigualdades entre ambos sexos (IIG) agrupa indicadores que pretenden evaluar las desigualdades que padecen las mujeres en el ámbito de la salud reproductiva (indicador controvertido que pretende favorecer el aborto y la esterilización de las mujeres), en el ámbito de la educación, en el de la representación política y en el ámbito del mercado de trabajo. Por tanto, a mayor valor del IIG, mayores serán las desigualdades entre mujeres y hombres. Resulta significativo que ningún país del mundo obtiene un IIG sin desigualdades. Por ejemplo, en 2017 el valor del IIG mundial se

46 *Ibid.*, pág. 4.

47 *Ibid.*, pág. 4.

48 *Ibid.*, págs. 5 y 6.

49 *Cfr.* "Les inégalités homme-femme: resorber l'écart pour autonomiser la moitié de la population mondiale", en SELIM JAHAN (dir.), *Indices et indicateurs de développement humain 2018. Mise à jour statistique, op.cit.*, pág. 6.

50 *Ibid.*, pág. 6.

situaba en el 0,441. En la categoría de países en vías de desarrollo a la que pertenece Marruecos, el valor del IIG oscila entre 0,569 del África subsahariana a 0,531 de los Estados árabes, nivel de desigualdad por tanto mucho más elevado que el de Europa o incluso Asia central que se sitúan justo en el otro extremo con 0,270. El nivel más reducido de desigualdades lo obtienen los países de la OCDE con un valor de 0,186.

El informe de revisión de indicadores de 2018, hace un gran hincapié en que la falta de autonomía de las mujeres es uno de los aspectos fundamentales en la desigualdad de género⁵². Y, si bien los obstáculos a la autonomía de la mujer asumen numerosas y variadas formas, el informe alerta de que el indicador en el que se observa el máximo grado de vulnerabilidad de mujeres y chicas menores de edad es el relativo a los ataques a su integridad física⁵³. Es más, resulta llamativo por un lado que casi la mitad de países examinados no hayan querido suministrar datos a este respecto; y por otro que este indicador presente valores muy similares en zonas muy dispares del mundo en cuanto a desarrollo como el Sudeste asiático (31,7%), África subsahariana (31,5%) o Europa y Asia central (26,3%), porcentajes todos ellos relativos a mujeres que han sufrido malos tratos en el seno de la pareja. En cuanto a Marruecos y los países árabes, se vienen negando a proporcionar este tipo de datos, por lo que no aparecen en el informe.

Otro indicador que obstaculiza la autonomía de las mujeres es el de los matrimonios precoces y los matrimonios forzados. Como recalca el informe de 2018, los matrimonios con chicas menores de dieciocho años es determinante para su forma de vida y, en la mayoría de casos, disminuye y perjudica sus oportunidades de recibir formación escolar y, por tanto, sus oportunidades de ganarse la vida por sí mismas y de disponer de su propia independencia⁵⁴. De manera análoga, la tasa de natalidad entre adolescentes representa un gran obstáculo a la formación de estas jóvenes chicas especialmente cuando se deben a violaciones o a la prostitución.

2.5. Indicadores de derechos sociales en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC).

Los derechos sociales, a diferencia de los derechos civiles y políticos del Pacto homónimo, han padecido una prolongada marginalización debido a la muy tardía creación de un órgano para el control de su cumplimiento que finalmente se concretó en el Comité del PDESC⁵⁵. Fue a comienzo de los años noventa cuando los expertos comenzaron a reflexionar sobre los indicadores que podrían aplicarse a los derechos sociales para concretar y medir su aplicación. En aquellos años existió, no obstante, una controversia si los indicadores eran la mejor herramienta para evaluar este tipo de derechos⁵⁶. Finalmente, el *rappporteur* especial y el propio Comité del PDESC se decantaban por los indicadores como el mejor método para que las obligaciones impuestas a los Estados partes de una manera excesivamente vaga en el Pacto, se transformaran en realidades concretas. Ciertamente, los Estados no se encontraban obligados por el Tratado a adoptar ningún método en particular para documentar y efectuar un seguimiento en la implementación y desarrollo de los derechos sociales. Sin embargo, el Comité ya de manera muy temprana, sugirió a los Estados que les iba a exigir indicadores y criterios de evaluación a fin de constatar los progresos realizados⁵⁷. Es importante, no obstante, subrayar que el Comité dejó libertad a cada Estado para elaborar sus propios indicadores así como su aplicación, quedando al Comité un papel residual de supervisión

51 *Ibid.*, pág. 6.

52 Sobre este aspecto, cfr. SAVATRI GOONE SEKERE, "Introduction: Indicators for Monitoring Implementation of CEDAW", en AAVV., *CEDAW Indicators for South Asia: An Initiative*, UNIFEM South Asia Regional Office and Centre for Women's Research, New Delhi (India) - Colombo (Sri Lanka), 2004, págs. 7-13.

53 Cfr. "Les inégalités homme-femme: resorber l'écart pour autonomiser la moitié de la population mondiale", en SELIM JAHAN (dir.), *Indices et indicateurs de développement humain 2018. Mise à jour statistique*, op.cit., pág. 7.

54 *Ibid.*, pág. 8.

55 Sobre este problema, vid. CRAIG SCOTT, "Reaching beyond (without Abandoning) the Category of Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, n° 3, August, 1999, págs. 633 y ss. Asimismo, vid. MATTHEW CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995, págs. 7-16.

56 Sobre esta cuestión, vid. RUSSEL LAWRENCE BARSH, "Measuring Human Rights: Problems of Methodology and Purpose", *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, n° 1, February, 1993, págs. 87-121.

57 Vid. ECOSOC, CESR, *General Comment n° 1*, "Reporting by States Parties", 1989, Reprinted in *Compilation of General Comment and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, párrafo 6, pág. 14.

y control. Asimismo, el Comité dejaba claro que la escasez de recursos presupuestarios y económicos no podía justificar la incapacidad de los Estados para implementar cada uno de los derechos sociales a sus ciudadanos.

A los pocos años de dirigir estas recomendaciones, tuvo lugar un seminario organizado por Naciones Unidas para debatir sobre los indicadores apropiados para medir los logros y la progresiva realización de los derechos económicos, sociales y culturales, como preparación para la Conferencia mundial sobre Derechos humanos que se iba a desarrollar en Viena en 1993. Es interesante señalar que dicho seminario se planteó abordar tres cuestiones principales: i) el primer lugar, el problema de qué es lo que se pretendía indicar mediante los indicadores ya que existían divergencias en torno a si lo indicado era el desarrollo de los derechos sociales, su disfrute por los ciudadanos o bien si era el cumplimiento del Tratado; ii) una segunda cuestión que concentró la atención era la falta de claridad del contenido sustantivo de varios de los derechos sociales, lo cual podía suponer un serio problema para desarrollar y elaborar indicadores adecuados; iii) en tercer lugar, algunas críticas se centraron en que una medición estrictamente cuantitativa oscurecía la naturaleza cualitativa y subjetiva que también caracteriza a los derechos humanos⁵⁸. Finalmente, al término de la Conferencia mundial de 1993, no se llevó a cabo la aprobación ni la elaboración de indicadores para medir los derechos sociales, dado que la Conferencia llegó a la conclusión de que resultaba imposible, al menos en el embrionario estadio de desarrollo de los derechos sociales de aquel momento, especificar y alcanzar un acuerdo sobre cuáles debían ser dichos indicadores. El fracaso en alcanzar un acuerdo sobre los indicadores no fue un obstáculo para el Comité, que continuó exigiendo a los Estados a crear y aplicar indicadores por su propia cuenta para poder contar con un mecanismo de control del cumplimiento del Tratado, si bien dicha elaboración aparecía tan solo como una recomendación aprobada por la Conferencia de Viena el 25 de julio de 1993 en una declaración cuyo párrafo 98 recomendaba la creación de “un sistema de indicadores para evaluar los progresos alcanzados en la realización de derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁵⁹. Es más, en un comentario general del Comité del año 2000, se dejaba claro que la renuncia de un Estado a aplicar indicadores de medición podía por sí misma como una violación del PDESC⁶⁰. Este último paso dado por el Comité implicaba franquear la línea de la sugerencia a los Estados sobre la utilidad de evaluar los derechos sociales mediante indicadores de 1990, yendo más allá al interpretarla a partir de 1999, como una obligación del Tratado⁶¹. La insistencia del Comité en la necesidad de contar con indicadores específicos para los derechos sociales que pudieran tener un carácter universal en su aplicación fue asumida por la OHCHR, órgano al que el presidente del Comité del PDESC dirigió la petición de elaborar indicadores no solo ya para los derechos sociales sino para todos los derechos humanos de los Tratados de Naciones Unidas. A partir de entonces, el staff profesional de la OHCHR, junto a expertos de múltiples disciplinas, procedían a la tarea de elaborar los indicadores pertinentes para medir los logros y esfuerzo de los Estados en la aplicación de los derechos en todo el mundo. Finalmente, y a pesar de que la ambición inicial era la de elaborar un conjunto de indicadores para medir el cumplimiento de los Tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, la OHCHR tan solo pudo lograr crear un marco conceptual y una lista de indicadores ilustrativos. La puesta en marcha de estos últimos trató de ser impulsada por la OHCHR entre 2006 y 2008 a través de seminarios nacionales y regionales⁶². En particular, el informe de la OHCHR de 2008 pretendía incentivar la selección de algunos indicadores propuesto incentivando su aplicación, si bien no se especificaba en dicho informe con claridad el modo concreto de aplicarlos. De ahí que el informe de la OHCHR haya sido objeto de crítica por su falta de

68

58 Cfr. World Conference on Human Rights Report on the Seminar on Appropriate Indicators to Measure Achievements in the Progressive Realisation of Economic, Social and Cultural Rights, 20 April 1993, UN Doc. A/Conf. 157/PC/73, párrafo 108.

59 Vid. CONFÉRENCE MONDIALE SUR LES DROITS DE L'HOMME, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, A/CONF. 157/23.

60 Cfr. ECOSOC, CESR, General Comment n° 14, “The Right to the Highest Attainable Standard of Health”, 11 August 2000, UN Doc. E/C. 12/2000/4, párrafo 52.

61 Se debe recordar que un par de años antes, en 1997, se aprobaron las denominados *Directrices de Maastricht* en las que se definía el alcance de las obligaciones de cada Estado respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. Vid., *Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*, Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

62 Vid. OHCHR, Report on Indicators for Promoting and Monitoring the Implementation of Human Rights, 6 June 2008, UN Doc. HRI/MC2008/3, párrafos 27-33.

claridad respecto a diversas cuestiones, entre las cuales cabe citar que la OHCHR no especifica quién puede, además de los órganos de los Tratados, usar los indicadores propuestos, puesto que la OHCHR únicamente proporciona unas líneas generales, algo confusas, al señalar que pueden participar tanto como suministradores de información o como intérpretes independientes de la información disponible, o incluso como últimos aplicadores de dicha información bien sea, entre otros, las instituciones nacionales de derechos humanos, departamentos ministeriales concernidos u órganos administrativos, organizaciones no gubernamentales, grupos de consumidores, comisiones parlamentarias, titulares de derechos o incluso otros grupos sociales⁶³.

El citado informe de la OHCHR de 2008 fue completado con otro documento de carácter metodológico publicado en 2012 que llevaba por título *Guía para medir y aplicar los indicadores de los derechos humanos*. Con esta guía, se alcanza el objetivo de disponer de indicadores cuantitativos y cualitativos a aplicar por todos los países en la presentación de sus informes de evaluación nacionales⁶⁴. En esta guía se han seleccionado como primera prueba los siguientes derechos: i) el derecho a la libertad y seguridad de la persona⁶⁵; ii) derecho a una alimentación adecuada⁶⁶; iii) el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de la salud física y mental⁶⁷; iv) el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos o penas crueles o degradantes⁶⁸; v) el derecho a participar en los asuntos públicos⁶⁹; vi) el derecho a la educación⁷⁰; vii) el derecho a una vivienda adecuada⁷¹; viii) el derecho al trabajo⁷²; ix) el derecho a la seguridad social⁷³; x) el derecho a la libertad de opinión y de expresión⁷⁴; xi) el derecho a un juicio justo⁷⁵; xii) la violencia contra la mujer⁷⁶; xiii) el derecho a la no discriminación y a la igualdad⁷⁷; xiv) el derecho a la vida⁷⁸.

Hay un rasgo que diferencia claramente la metodología de esta nueva guía respecto a la seguida por los indicadores de desarrollo humano de Naciones Unidas, ya que en este último caso se procedía a un *benchmarking* que clasificaba los Estados, mientras que en la guía de 2012 la metodología ha seguido una línea más bien conceptual que se desglosa en dos fases. Por un lado, una primera fase trata de determinar las principales características del derecho evaluado y, en particular, se pretende analizar el contenido normativo del derecho en cuestión. De este modo, se confecciona un esquema por cada derecho evaluado que comprende de tres a cinco características. En un segundo momento, se procede a formular una serie de indicadores para cada una de las características enumeradas que se relacionan con los objetivos que se proponen alcanzar los Estados parte a fin de cumplir con los tratados.

63 Cfr. OHCHR, Report on Indicators for Promoting and Monitoring the Implementation of Human Rights, *op. cit.*, párrafo 37.

64 La guía incluye dentro de los indicadores cuantitativos todos aquellos que, en sentido estricto, equivalen a estadísticas, mientras que reserva el término de indicadores cualitativos a todas aquellas informaciones que se articulan de forma descriptiva o categórica. Por ejemplo, las tasas de matriculación de niñas en edad escolar o el número de ratificaciones de tratados o la proporción de escaños ocupados por mujeres en los parlamentos, son indicadores cuantitativos. En cambio, las denominadas “listas de comprobación” son indicadores cualitativos pues pretenden, a través de preguntas o datos descriptivos, complementar los datos numéricos. Por ejemplo, un indicador cualitativo sería la descripción de hechos o acontecimientos en los que se han producido actos de violencia física entre un agresor y su víctima o también la valoración descriptiva del grado de independencia e imparcialidad del Poder Judicial.

65 Cfr. ACNUDH, *Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación*, *op. cit.*, pág. 97.

66 *Ibid.*, pág. 98.

67 *Ibid.*, pág. 99.

68 *Ibid.*, pág. 100.

69 *Ibid.*, pág. 101.

70 *Ibid.*, pág. 102.

71 *Ibid.*, pág. 103.

72 *Ibid.*, pág. 104.

73 *Ibid.*, pág. 105.

74 *Ibid.*, pág. 106.

75 *Ibid.*, pág. 107.

76 *Ibid.*, pág. 108.

77 *Ibid.*, pág. 109.

78 *Ibid.*, pág. 110.

Otra de las contribuciones de la OHCHR de 2012 ha sido la de diferenciar tres categorías de indicadores para medir el nivel de compromiso y el nivel de esfuerzo en la implementación de los derechos. De este modo, una primera categoría de indicadores es la correspondiente a los indicadores estructurales o también conocida como indicadores sobre los *commitments* (compromisos) y que comprende los siguientes indicadores: i) ratificación del tratado correspondiente; ii) recepción del tratado en el Derecho interno; iii) naturaleza de los instrumentos normativos nacionales que desarrollan el tratado; iv) instrumentos institucionales básicos; v) programas y estrategias de política pública; vi) prácticas y usos. Esta primera categoría pertenece a lo que se denomina “indicadores estructurales” que pretenden reflejar la ratificación y adopción de instrumentos legales o la creación de mecanismos institucionales para la protección de derechos, prestando una atención particular a la naturaleza de la legislación interna en relación con un determinado derecho y a los mecanismos institucionales que protegen y promueven ese derecho en cuestión. De este modo, según la Guía, los indicadores estructurales “ayudan a captar la aceptación, la intención y el compromiso del Estado para aplicar medidas conformes con sus obligaciones” de protección de derechos⁷⁹.

Una segunda categoría de indicadores es la relativa al método o los procesos de implementación que comprende los siguientes indicadores: i) acompañamiento por parte de las políticas públicas; ii) esfuerzos adoptados por los sujetos obligados al cumplimiento de los deberes de los tratados y medidas adoptadas por los Estados; iii) dotación de medios y recursos presupuestarios; iv) vigilancias y controles de cumplimiento y respeto de los derechos; v) efectos individuales. Estos “indicadores de proceso” pretenden medir los esfuerzos que están llevando a cabo los garantes de los derechos para transformar sus obligaciones en materia de derechos en resultados. El aspecto procesal se refiere a la continuidad de las políticas y medidas específicas adoptadas para garantizar los derechos⁸⁰.

Por último, una tercera categoría de indicadores sería la denominada “indicadores de resultado” que básicamente se resumen en el indicador de realización efectiva de un derecho. Ejemplo de este tipo de indicadores serían los indicadores de esperanza de vida o de mortalidad que arrojarían el resultado sobre el derecho a la salud o el derecho a una nutrición adecuada. Otro ejemplo sería el indicador de casos de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, denunciados o informados que medirían el derecho a no ser sometido a este tipo de penas. Otro indicador de resultado, entre otros muchos, serían las tasas de alfabetización que sirven para medir el derecho a la educación⁸¹.

Según la Guía de 2012, las fuentes principales que se utilizan en la aplicación de indicadores son las estadísticas existentes, con una especial atención a las suministradas por los tribunales, los actos administrativos, los sondeos de opinión y de percepción y los estudios e informes de expertos.

Los principales criterios de selección de indicadores para esta guía son la pertinencia, la legitimidad, la fiabilidad⁸², la simplicidad, la preferencia por un reducido número y la posibilidad de desglosar los datos según el sexo, la edad o la pertenencia a un grupo vulnerable. De esta manera, la Guía de indicadores de 2012 lleva a cabo una propuesta ejemplificativa de indicadores que se descomponen en catorce tablas y dieciséis fichas de metadatos aplicadas a cada indicador. No obstante, algunos *rapporteurs* especiales del Consejo de Derechos del Hombre de la Asamblea General de Naciones Unidas vienen poniendo de manifiesto la necesidad de elaborar indicadores sectoriales adaptados a cada derecho humano. Este ha sido el caso del *rapporteur* especial para el derecho de toda persona a disfrutar del mejor estado de salud física y mental posible, tal y como hizo constar en su informe de 2012⁸³.

79 *Ibid.*, pág. 39.

80 *Ibid.*, pág. 40.

81 *Ibid.*, pág. 42 y 43.

82 Según la Guía, se producen faltas de fiabilidad cuando distintos grupos de expertos proporcionan valores distintos para los mismos indicadores. *Ibid.*, pág. 74.

83 Cfr. ANANAD GROVER, *Informe del rapporteur especial del derecho de toda persona a disfrutar del mejor estado de salud física y mental posible*, Asamblea General de Naciones Unidas, Consejo de Derechos del Hombre, 20ª sesión, 10 de abril de 2012, A/HRC/20/15, párrafos 34 y 35.

2.6. Indicadores de derechos sociales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Con la entrada en 1999 del Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales en América, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) decidía, con la intención de reforzar los informes periódicos exigidos a los Estados por el art. 19 del Protocolo, encargar a la CIDH la elaboración de indicadores de avance en estos derechos al objeto de reducir la brecha existente entre las normas y la realidad. A este respecto, la CIDH organizaba en octubre de 2005 una reunión de expertos bajo la dirección de Victor Abramovich que preparó un documento abierto a consulta pública, tras la cual fue aprobado en 2008 por la CIDH. Este documento llevaba por título: *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*⁸⁴. Esta Guía sigue la misma metodología del Alto Comisariado de Derechos del Hombre, en lo que se refiere a la distinción entre indicadores estructurales, indicadores procedimentales e indicadores de resultado, indicadores todos ellos que resultaron definitivamente aprobados por la Asamblea General de la OEA en 2013⁸⁵. Algunos de estos indicadores incluso han sido citados y utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en algunas de sus opiniones consultivas⁸⁶.

En el informe de 2008 merece la pena mencionar la creación de tres indicadores analíticos para agrupar los diferentes datos suministrados por los indicadores: la recepción del derecho humano en cuestión; la capacidad de las instituciones; y el contexto económico-financiero. Asimismo, este informe de 2008 innova también en lo que se refiere a la prohibición de regresión de los derechos sociales, al sugerir la necesidad de indicadores que midan esta cuestión. Por otra parte, este informe es uno de los que más hincapié hace en la utilización de indicadores de los derechos de tipo jurídico, como por ejemplo ocurre con el reconocimiento constitucional de un derecho, los mecanismos de participación, transparencia y rendición de cuentas, indicadores sobre instituciones, programas y servicios consagrados a la realización de los derechos y al funcionamiento de la justicia. El informe se muestra igualmente innovador al incluir indicadores capaces de medir la capacidad de los ciudadanos de exigir el respeto de los derechos de los que son titulares. En cuanto a su estructura, el informe aporta modelos de indicadores como los relativos al acceso a la justicia, acceso a la información y a la participación, indicadores de igualdad y no discriminación e indicadores sobre el derecho a la salud. En cada uno de estas categorías, el informe desglosa los indicadores en estos tres tipos de subindicadores: estructurales, procedimentales y de resultado. Por tanto, estos indicadores se vienen a sumar a los tres indicadores analíticos.

71

2.7. Indicadores de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA).⁸⁷

La FRA está encargada de hacer un seguimiento de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) y ha sido solo desde 2012 cuando se ha interesado por los indicadores jurídicos de derechos fundamentales. En efecto, la FRA entiende que este tipo de indicadores pueden ayudar a los Estados miembros y a las instituciones de la UE a identificar los ámbitos deficitarios o precisados de mejoras para alcanzar el pleno respeto de los derechos fundamentales en el seno de la UE. En particular, la FRA se ha inspirado en la metodología plasmada en la guía de 2012 del OHCHR. Asimismo, la FRA considera que un sólido marco de indicadores basado en la medición de los derechos representa una importante contribución también en lo que se refiere al refuerzo de la responsabilidad y la transparencia de los poderes públicos y, a la vez, pueden desempeñar un papel muy importante en el refuerzo de la legitimidad democrática.

84 Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, 19 de julio de 2008, OEA/SER.L/V/II.132.

85 Cfr. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, 2013, OEA/SER.L/XXV.2.1, GT/PSS Doc. IX/13.

86 Este es el caso por ejemplo del Derecho al medio ambiente. Cfr. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 (párrafo 60 y notas 93 a 97).

87 Esta Agencia se creó mediante el Reglamento CE n° 168/2007.

Los mayores avances que se han registrado en cuanto a indicadores de la FRA venían recogidos en el Informe anual *Los derechos fundamentales: desafíos y logros en 2014* publicado en 2015, puesto que en dicho Informe se dedicaba bastante espacio a los indicadores. Así ocurría, por ejemplo, dentro de la sección “integración de los derechos fundamentales: de la teoría a la práctica” y, sobre todo, en el apartado titulado “medir es saber: experiencia en materia de indicadores de los derechos fundamentales”. La FRA viene trabajando, además, sobre indicadores que son indicadores que podríamos denominar de última generación a nivel mundial, como son los relativos a los derechos de menores⁸⁸, la justicia familiar, la participación política de las personas discapacitadas⁸⁹ o la integración de las minorías (como los gitanos). Junto a los indicadores que expresan la situación real de los derechos, la FRA en sus informes incluye, además, un anexo sobre la gestión de riesgos con el fin de facilitar la identificación de riesgos potenciales y a la forma de hacerles frente para atenuarlos⁹⁰. Asimismo, en el Informe de 2018, se han incluido evaluaciones sobre el impacto, a largo plazo, de las respuestas a la crisis de inmigración y asilo de 2015⁹¹, también sobre la discriminación y delitos de odio hacia personas de confesión judía⁹², integración de los gitanos⁹³, sobre la recopilación y tratamiento de datos biométricos en las fronteras aplicados a la inmigración y asilo⁹⁴.

2.8. Indicadores del Consejo de Europa.

El Consejo de Europa ha comenzado a aplicar indicadores sobre el Estado de Derecho, especialmente a partir de 2016, a través de la Comisión Europea para la democracia por el Derecho, más conocida por Comisión Venecia, al establecer una lista de criterios que puedan servir de base teórica para la creación de indicadores jurídicos distinguiendo las normas jurídicas en sentido estricto (*hard law*) y las normas de *soft law*⁹⁵. Los indicadores sobre el Estado de Derecho de la Comisión Venecia aparecen organizados en torno a cuatro *benchmarks*: i) uno relativo a la legalidad (que comprende a su vez los indicadores sobre supremacía del Derecho, cumplimiento del Derecho, relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno, poderes legislativos del Gobierno, procedimientos de elaboración de las leyes, excepciones en situación de emergencia, obligaciones de implementar las leyes y actores privados encargados de funciones públicas)⁹⁶; ii) el de seguridad jurídica (que comprende los siguientes indicadores de accesibilidad a la legislación, accesibilidad de las resoluciones judiciales, previsibilidad de las leyes, estabilidad y consistencia del Derecho, legítimas expectativas, irretroactividad, vigencia y respeto de los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, y respecto al principio de cosa juzgada⁹⁷; iii) prevención del abuso de poderes y del cohecho⁹⁸; iv) igualdad ante la ley y no discriminación (que comprende los indicadores de reconocimiento constitucional de dicho principio, garantías efectivas del principio de no discriminación, igualdad “en” la ley, igualdad “ante” la ley)⁹⁹; v) acceso a la justicia que a su vez se subdivide en tres *benchmarks*: 1)

72

88 Vid. FRA, *Developing Indicators for the Protection, Respect and Promotion of the Rights of the Child in the European Union*, Fundamental Rights Agency, Vienna, 2010.

89 Vid. FRA, *The Right to Political Participation for Persons with Disabilities: Human Rights Indicators*, Fundamental Rights Agency, Vienna, 2014.

90 Cfr. FRA, *Rapport d'activité annuel consolidé de l'Agence des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne*, Office des Publications de l'Union Européenne, Luxembourg, 2019, pág. 33.

91 *Ibid.*, pág. 89.

92 *Ibid.*, pág. 90.

93 *Ibid.*, pág. 91.

94 *Ibid.*, pág. 95.

95 Cfr. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Rule of Law Checklist Adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session*, CDL-AD(2016)007, Venice, 11-12 March 2016, Council of Europe (Documents and Publications Production Department), Strasbourg, May, 2016.

96 *Ibid.*, pág. 17-24.

97 *Ibid.*, pág. 25-28.

98 *Ibid.*, pág. 29.

99 *Ibid.*, pág. 30-32.

independencia e imparcialidad de la justicia (independencia del Poder Judicial, independencia individual de los jueces, imparcialidad del Poder Judicial, autonomía y control del Ministerio Fiscal, independencia e imparcialidad de la abogacía); 2) derecho a un proceso justo (acceso a los tribunales, presunción de inocencia, garantías procesales y razonabilidad de las sentencias, y ejecución efectiva de las resoluciones judiciales); 3) tutela de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional¹⁰⁰; vi) ejemplos de particulares desafíos para el Estado de Derecho que, a su vez, se subdivide en dos *benchmarks*: 1) corrupción y conflicto de intereses (que agrupa los siguientes indicadores: medidas preventivas, represión penal, implementación y efectivo cumplimiento de las medidas preventivas y de las medias represivas); 2) protección de datos y vigilancia (que comprende los siguientes indicadores: almacenamiento y procesamiento de datos personales, vigilancia individualizada, vigilancia estratégica, videovigilancia)¹⁰¹.

Asimismo, sobre los derechos de la Convención Europea del Paisaje (CEP), se han creado indicadores para evaluar el respeto de estos derechos mediante la aprobación de la Recomendación del Comité de ministros del Consejo en la que se instaba a los Estados miembros a incluir el “paisaje” entre los indicadores de desarrollo sostenible dentro del marco de la Convención del Paisaje¹⁰².

2.9. Indicadores de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

A pesar de que la Comisión de aplicación de las normas de la OIT viene efectuando un seguimiento sobre la evaluación de la eficacia del derecho al trabajo, en alguno de sus informes anuales el término indicador es escasamente utilizado. Sin embargo, un gran número de trabajos e informes sectoriales expresamente hacen uso y mención de legal indicators, tal y como ocurre, por ejemplo, con el Informe *Decent Work Indicators in Africa* de 2012 o el Informe *Employment Protection Legislation: Summary Indicators* de 2015, el Informe *Legal Framework Indicators* de 2012 o el Informe *Table on Legal Indicators for “Combining Work, Family and Personal Life by Country and Region”* de 2010¹⁰³.

2.10. Indicadores del Índice Ibrahim sobre Gobernanza en África.

Desde 2017, la Fundación Mo Ibrahim viene llevando a cabo un informe anual basado en indicadores exclusivamente aplicados a África. La importancia de este Informe es que cuenta como instituciones participantes el Banco Africano de Desarrollo, la Comisión Económica de Naciones Unidas para África y el *African Peer Review Mechanism* (APRM) que es una agencia perteneciente a la Unión Africana. En su Informe de 2019 (último Informe disponible), la Fundación ha desarrollado indicadores para evaluar las denominadas Agenda 2063 y Agenda 2030 para el desarrollo sostenible dentro del marco para la implementación de ambas agendas firmado en enero de 2018 entre la Comisión de la Unión Africana y Naciones Unidas. En dicho documento se reiteraba el compromiso tanto de la Unión Africana como de Naciones Unidas de adoptar una arquitectura de evaluación común y realizar informes comunes con la ambición de desarrollar métodos estadísticos e indicadores comunes para evaluar el cumplimiento de estas dos Agendas.

La Agenda 2063 centra sus esfuerzos en avanzar en los valores democráticos de las instituciones africanas y promover iniciativas como la creación de la *African Continental Free Trade Area* (AfCFTA) o la *African Peace and Security Architecture* (APSA). En cambio, la Agenda 2030 subraya la necesidad de reducir las desigualdades dentro y entre los países, así como pretende desarrollar medidas para una acción urgente frente al cambio climático y sus consecuencias, preservando los ecosistemas terrestre y marino y deteniendo la degradación y reducción de la biodiversidad.

100 *Ibid.*, pág. 33-48.

101 *Ibid.*, pág. 49-56.

102 Recomendación CM/Rec(2017)7 de 27 de septiembre de 2017 (Párrafo H).

103 *Cfr.* MICHEL PRIEUR, *Les indicateurs juridiques. Outils d'évaluation de l'effectivité du droit de l'environnement*, *op. cit.*, pág. 32.

Así pues, al objeto de evaluar los avances en los objetivos propuestos por ambas Agendas, el Ibrahim Index of African Governance (IIAG) agrupa una serie de datos que proceden de diversas fuentes tanto oficiales como de expertos, así como de encuestas de percepción que son el resultado de aplicar tanto *Input* como *Outcome Indicators*. El IIAG cubre catorce bloques temáticos que se aplican a 54 países africanos y representa, a día de hoy, el mejor instrumento de evaluación realizado a través de indicadores. El progreso de cada país en la aplicación de estos indicadores se mide a través de 191 variables que miden distintos conceptos de gobernanza a través de datos procedentes de 35 fuentes distintas. Estas 191 variables se combinan con la aplicación de 102 indicadores agrupados en catorce subcategorías y cuatro categorías, lo que proporciona 273 resultados diferentes relativos a la gobernanza por cada país. En el cómputo global Marruecos ocupaba en el Informe de 2018 el puesto número 15 del ranking de los 54 países sometidos a evaluación, con una puntuación de 54,4 sobre 100, mejorando en 7,3 puntos la puntuación desde 2008¹⁰⁴.

Las cuatro grandes categorías de gobernanza son: i) Seguridad y Estado de Derecho (que comprende los indicadores de: Estado de Derecho, transparencia y rendición de cuentas, seguridad personal y seguridad nacional); ii) Participación y Derechos humanos (que agrupa los indicadores de: participación, derechos y género); iii) Oportunidades de economía sostenible (que engloba los indicadores de: gestión pública, entorno favorables a los negocios, infraestructuras, sector rural); iv) Desarrollo humano (que comprende los indicadores de: bienestar, educación y salud).

Por ejemplo, de los indicadores que afectan a derechos, la independencia del Poder Judicial es uno de los indicadores de la subcategoría Estado de Derecho que, a su vez, forma parte de la categoría superior Seguridad y Estado de Derecho. En particular, en el Informe de 2019, la puntuación media del continente africano de la categoría Seguridad y Estado de Derecho alcanzaba 52,6 puntos (de un máximo de 100), colocándose como la segunda mejor puntuación solo por debajo de la categoría Desarrollo Humano. Ahora bien, al mismo tiempo esta categoría ha sido la única que ha descendido entre 2008 y 2017 aunque, según apunta el Informe, desde este último año no ha progresado en su deterioro gracias a la puesta en práctica de la Agenda 2063 a partir de 2014. Un dato positivo es que más de la mitad de los 54 países africanos evaluados (29), han registrado mejoras dentro de la categoría Seguridad y Estado de Derecho desde la implementación de dicha Agenda, mientras que solo 24 han retrocedido. Dentro del IIAG de 2018, se recogieron dentro de esta categoría casi 150.000 datos. Los resultados de los indicadores, por su parte, se clasifican en tres tipos principales: resultado, ranking y tendencia.

En lo que a Marruecos se refiere, de acuerdo con los últimos datos disponibles, en la categoría de Seguridad y Estado de Derecho ocupa el puesto 17 de los 54 países del ranking, con una puntuación de 61,9 sobre 100, indicándose en el Informe una tendencia de aumento de las mejoras dentro de esta categoría¹⁰⁵. Si desagregamos esta categoría en subcategorías, Marruecos obtiene un 59,2 en la subcategoría Estado de Derecho, un 46,5 en transparencia y rendición de cuentas, un 58,9 en seguridad personal y un 83,2 en seguridad nacional¹⁰⁶.

Como segunda categoría más íntimamente ligada a los derechos, nos interesa la categoría de participación y derechos humanos que, se ha apuntado más arriba, se desglosa en indicadores de participación (que incluye los indicadores de participación política, participación de la sociedad civil, elecciones democráticas, capacidad de elección, órganos de control, poderes efectivos para gobernar), derechos (que reúne los indicadores de libertad de expresión, derecho de asociación y reunión, derechos y libertades civiles, ratificación y sometimiento al control de los tratados internacionales sobre derechos humanos, posibilidades de violación de los derechos humanos por parte del Gobierno, protección contra grupos étnicos y religiosos mayoritarios, discriminación) y género (que se desglosa en los indicadores de promoción de la igualdad de género, representación política de las mujeres, paridad de género en la educación primaria y secundaria, participación de la mujer en el mercado del trabajo, igualdad de género

104 Cfr. MO IBRAHIM FOUNDATION, *Ibrahim Index of African Governance 2018. Index Report*, Mo Ibrahim Foundation, s.l., October, 2018, pág. 16.

105 *Ibid.*, pág. 26.

106 *Ibid.*, pág. 105.

en centros de trabajo, representación de las mujeres en el Poder Judicial, leyes sobre violencia contra las mujeres, empoderamiento político de las mujeres)¹⁰⁷.

En esta categoría más específica de participación y derechos humanos (fundamentales por tanto), Marruecos se sitúa en el puesto 35 de 54 países, por debajo de la mitad, y con una puntuación lejos del aprobado al obtener 41,8 sobre 100¹⁰⁸. No obstante, como tendencia se señala en el IIAG una mejora de 0,65 puntos respecto a 2013 y de tan solo 0,53 respecto a 2008. En las subcategorías, Marruecos obtiene una puntuación muy baja en participación, con tal solo 37,3 puntos, una puntuación por debajo del aprobado en la categoría de derechos fundamentales con un 47,6 puntos y, asimismo, una puntuación todavía deficiente en materia de género con una puntuación de 40,6 puntos¹⁰⁹.

III. UN BREVE APUNTE SOBRE MARRUECOS.

En lo que se refiere a Marruecos, al igual que el resto de países árabes, nos encontramos ante una situación bien conocida y asentada en todos estos países, como es la de normas redactadas de una manera calculadamente ambigua, la existencia de aplicaciones contradictorias y las múltiples interpretaciones con que los poderes públicos las aplican, lo cual incluye comportamientos y decisiones que se desvían de lo prescrito en las normas legales y administrativas. Es debido a ello que la validez de los indicadores que se concentra exclusivamente en las normas jurídicas en lugar de las prácticas viene siendo cuestionada de manera general, pero de manera particular en el caso de estos países puesto que, como se ha apuntado por parte de algunos autores, estos indicadores ignoran la aplicación de normas legales y administrativas influenciadas por la corrupción. En esta misma línea, cierta literatura pone en cuestión que los indicadores sobre derechos desplieguen todo su potencial de influencia ante la dificultad de observar y apreciar una relación causal entre la aplicación de indicadores y sus efectos¹¹⁰.

Solo a partir de 2008, Marruecos elabora el Plan de Acción Nacional en materia de Democracia y Derechos Humanos (PANDDH), en aplicación de las recomendaciones de la ya mencionada Declaración y Programa de acción de la Conferencia de Viena sobre derechos humanos de 1993. A finales de 2017, Marruecos aprobaba el PANDDH para el periodo 2018-2021.

Se debe precisar, no obstante, en los años noventa (tras la adopción de la Constitución de 1992), Marruecos se dotaba de una cartera ministerial en materia de derechos humanos (Ministerio de Derechos Humanos, abandonado posteriormente en 2002 y recuperado de nuevo en 2017), así como de un Consejo Consultivo de derechos humanos que, con posterioridad, ha terminado por ser constitucionalizado en la Constitución de 2011 bajo la denominación de Consejo Nacional de Derechos del Hombre (CNDH)¹¹¹. Junto a él, se han constitucionalizado asimismo otros organismos, todos ellos de carácter consultivo de asesoramiento al Gobierno en materia de algunos derechos, tales como la Autoridad para la Paridad y la

75

107 Parcialmente crítico respecto a los indicadores sobre discriminación de género, se muestra Razavi quién, sin negar la gran utilidad de los indicadores, alerta sobre el carácter irremplazable de un robusto marco de rendición de cuentas y de mecanismos de aplicación. Cfr. SHAHRA RAZAVI, "Indicators as Substitute for Policy Contestation and Accountability? Some Reflections on the 2030 Agenda from the Perspective of Gender Equality and Women's Rights", en *Global Policy*, vol. 10, supplement 1, 2019, pág. 150.

108 *Ibid.*, pág. 36.

109 *Ibid.*, pág. 105.

110 Cfr. KEVIN E. DAVIS, "Legal Indicators: The Power of Quantitative Measures of Law", en *Annual Review of Law and Social Science*, n° 10, 2014, pág. 46.

111 De una treintena de modelos del Derecho Comparado el legislador se decantaba sin sorpresa alguna por el modelo francés, ordenamiento cuyas categorías están omnipresentes en la formación jurídica marroquí. No obstante, la opción por un modelo occidental en materia de vigilancia del respeto de los derechos, se hacía bajo la advertencia expresa de que con dicha importación no se prestaba una adhesión a las declaraciones de derechos occidentales sino a la Declaración de Derechos Humanos del Islam aprobada en París el 19 de septiembre de 1981. Cfr. MOHAMED MIKOU, "Le Conseil Consultatif des Droits de L'Homme, création et vocation", en DRISS BASRI, MICHEL ROUSSET et GEORGES VEDEL (dirs.), *Le Maroc et les Droits de l'Homme. Positions, réalisations et perspectives*, L'Harmattan, Paris, 1994, pág. 402.

Lucha contra todas las formas de discriminación (arts. 19 y art. 164 CM), el Consejo Económico-Social y medioambiental (con un título consagrado en la Constitución, el Título XI, arts. 151-153), el Consejo Consultivo de la familia y la infancia (arts. 32 y 169 CM) y el Consejo Consultivo de la juventud de la acción asociativa (arts. 33 y 169).

Con la adopción de la nueva Constitución se ponía en marcha, además, otro órgano de gran relevancia para asegurar la coordinación gubernamental en el cumplimiento de las obligaciones relativas a los derechos fundamentales denominado: Delegación Interministerial de Derechos Humanos (DIDH) que, hasta 2017 en que se retoma la cartera ministerial de derechos humanos, ha venido gozando de rango ministerial.

El PANDDH se estructura en cuatro ejes: el primero dedicado a democracia y gobernanza (donde se contienen indicadores siete indicadores relativos a: i) participación política; ii) paridad, equidad e igualdad de oportunidades; iii) gobernanza territorial; iv) gobernanza administrativa, integridad, transparencia y lucha contra la corrupción; v) gobernanza de seguridad; vi) derechos de reunión, protesta, manifestación pacífica y de asociación; vii) lucha contra la impunidad). El segundo eje es el relativo a derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales (que agrupa otros siete indicadores: i) calidad del sistema nacional de educación, formación e investigación científica; ii) derechos culturales; iii) acceso a los servicios de salud; iv) empleo e instauración de la igualdad; v) políticas de vivienda; vi) política medioambiental integrada; vii) empresa y derechos humanos). El tercer eje se ocupa de la protección y promoción de derechos de colectivos vulnerables (comprende a su vez seis indicadores: i) dimensiones institucionales y legislativas; ii) derechos de la infancia; iii) derechos de la juventud; iv) derechos de personas discapacitadas; v) derechos de personas mayores; vi) derechos de los inmigrantes y refugiados). Por último, el cuarto eje se refiere al marco jurídico-institucional de los derechos (que engloba seis indicadores: i) protección jurídica y judicial de los derechos; ii) protección jurídica e institucional de los derechos de la mujer; iii) libertad de expresión, de información, de prensa y derecho a la información; iv) protección del patrimonio cultural; v) conservación y salvaguardia de archivos; vi) derechos y libertades y mecanismos institucionales).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

A pesar de la proliferación y consolidación de indicadores como medidores del respeto a los derechos fundamentales, su uso no se ha visto exento de críticas y objeciones por parte de la doctrina. Entre otros, se puede mencionar como aspecto criticable una cierta complacencia de algunos Estados a la hora de proporcionar el grado de cumplimiento de los derechos por parte de ellos mismos. Y, a la inversa, numerosos Estados frecuentemente desconfían de los expertos evaluadores externos en la evaluación del cumplimiento de los derechos fundamentales en su territorio¹¹².

Otra de las objeciones que cabe dirigir, en este caso, a la elaboración de los indicadores es su adaptación nacional a las especificidades culturales y económicas de cada país, pues ello conlleva el riesgo de un cierto grado de arbitrariedad, lo que implica cuestionar, además, la validez universal de los derechos y su intercomparabilidad¹¹³. Asimismo, el envío de datos sobre indicadores por parte de los Estados se presta a manipulaciones políticas y, en otros casos, se constata la insuficiencia de indicadores aislados¹¹⁴.

112 Cfr. ANNJEANETTE ROSGA and MARGARET L. SATTERTHWAITTE, "Measuring Human Rights: U.N. Indicators in Critical Perspective", en DAVID et al. (eds.) *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford Scholarship Online, 2012.

113 Vid. En este sentido, HANS-OTTO SANO, "Human Rights Indicators: Purpose and Validity", Paper for Turku/Åbo Expert Meeting on Human Rights Indicators, 11-13 March 2005.

114 Por este motivo, y para evitar un ejercicio abusivo de los indicadores, se ha propugnado integrar los indicadores en bloques para aprehender, en toda su complejidad, la medición del respeto de los derechos. Asimismo, se viene exigiendo transparencia tanto en la elaboración como en el uso de los indicadores. Con este propósito, se ha planteado la regla de la triangulación de datos que consiste en comparar, como si de un juego de espejos se tratara, la evaluación de los expertos con la evaluación de otros

Frente a todas estas objeciones y dificultades se sitúan quienes ven en los indicadores un tipo de lenguaje adecuado puesto que se trata de un lenguaje matemático altamente estructurado y estrictamente reglado, lo cual lo convierte en idóneo para un uso científico riguroso y fácilmente comprensible para el público. Una vez consensuadas las reglas de cuantificación y procesamiento de los datos, los indicadores se convierten en una herramienta especialmente idónea para aplicarla a lugares y latitudes muy diferentes, sin necesidad de depender de conocimientos personales o de la confianza en instituciones particulares¹¹⁵.

Por otra parte, otro de los elementos que caracterizan todos los indicadores es que están enfocados hacia la mejora de los mismos, lo cual también ha sido objeto de críticas puesto que los Poderes Públicos tenderán a proporcionar indicadores que cumplen con las metas planteadas. Esta inclinación a reflejar un exitoso cumplimiento de los indicadores, en efecto, ha dado lugar al fenómeno conocido como *expectation gap* que se refiere precisamente a la distancia existente entre el nivel de cumplimiento del indicador proporcionada por instancias gubernamentales y el respecto real y efectivo a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se suele citar, a título de ejemplo, el indicador de la igualdad de género en la educación que pretende medir, para este derecho, la ratio de niños y niñas matriculados en la educación primaria obligatoria. Una buena parte de Estados, se esfuerzan en presentar ratios muy cercanas y ello constituye un incentivo real para escolarizar a las niñas. Sin embargo, estos datos no son suficientes para comprobar si este derecho fundamental se cumple de manera sustantiva en su totalidad ya que, junto a la matriculación de niñas en edad escolar, se debería obtener información también sobre el tratamiento de los currículums escolares de manera equitativa, o la discriminación sexual en las escuelas o los datos reales sobre la asistencia de niñas en comparación a los niños.

De todo ello resulta la importancia de que los indicadores se elaboren y se construyan sobre métodos científicamente válidos y cuantitativos evitando toda posible subjetividad o politización de los mismos. Aun así, hay quien también critica la excesiva tecnicidad de los indicadores aplicados a realidades culturales y sociales muy diferentes. Así, por ejemplo, Parizet considera que la presentación de lo que sería el resultado de una simple operación técnica puede contribuir, en ciertos casos, a camuflar una politización. Según este autor, la tecnificación que suponen los indicadores¹¹⁶ comporta la definición de cuáles son las buenas prácticas en materia de derecho pero dichas prácticas responden a un ideal preestablecido por especialistas en ejercicio de sus conocimientos. Sin embargo, se echa en falta muchas veces el que las técnicas de expertise diseñen los indicadores sin llevar a cabo un trabajo de construcción social, especialmente relevante en indicadores que tienen que ver con la identidad¹¹⁷.

77

grupos de población claramente delimitados y de gran importancia. Igualmente, se recomienda potenciar aquellos indicadores que se relacionan de una manera más estrecha con la experiencia real. En particular, un buen número de indicadores debería estar basado en hechos y/o percepciones de una amplia gama de grupos de población bien delimitados que reflejen, a su vez, la diversidad social de un país. Dentro de esta estrategia, se debe reconocer además un cierto peso a todos aquellos datos que proceden de grupos no mayoritarios. Entre los requisitos de transparencia, deben prevalecer estas 2 reglas: i) la *full disclosure* de los métodos y criterios de evaluación, de modo que los creadores de indicadores hagan accesible a los no especialistas la metodología utilizada para elaborar sus indicadores, incluyendo el significado que atribuyen a indicadores específicos; ii) la *full disclosure* de la puntuación de los países, mediante la cual los evaluadores deben de hacer pública no solo la puntuación obtenida por cada país en cada indicador global, sino también en cada uno de los sub-indicadores en los que se descompone un indicador sectorial. Cfr. CHRISTIANE ARNDT and CHARLES OMAN, *Uses and Abuses of Governance Indicators*, Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD, Paris, 2006, págs. 98 y 99.

115 Cfr. THEODORE M. PORTER, *Trust in Numbers: The Pursuit of Objectivity in Science and Public Life*, Princeton University Press, Princeton, 1995, pág. xi.

116 En cierto modo, como apunta Merry, los indicadores ocupan casi el mismo lugar que en otras épocas tuvo la brujería en el norte de Europa, en el sentido de que los indicadores proporcionan un conocimiento y una teoría de cómo suceden las cosas pero imponiendo un alto grado de hegemonía y padeciendo de una cierta falta de control, a pesar de su papel decisivo en la gobernanza internacional. No obstante, señala esta autora, el uso de estas técnicas estadísticas “con su aura de certeza, está produciendo un nuevo conocimiento del mundo social y nuevas oportunidades de gobernanza a través de la *self-governance*”. Cfr. SALLY ENGLE MERRY, “Measuring the World: Indicators, Human Rights and Global Governance”, *Current Anthropology*, Volume 52, Supplement 3, April, 2011, págs. 592 y 593.

117 Cfr. RAPHAËLLE PARIZET, “Le PNUD et la fabrique des indicateurs de développement”, en ASMARA KLEIN, CAMILLE LAPORTE et MARIE SAIGET (dirs.), *Les bonnes pratiques des Organisations internationales*, Presses des Sciences Po, Paris, 2015, pág. 90.

En cualquier caso, para mitigar el riesgo de “contaminación” en el uso de indicadores, al menos a lo que tratados internacionales de refiere, los órganos de evaluación de los tratados sobre derechos de la ONU encomiendan la elaboración de los indicadores a expertos internacionales, en lugar de a los Estados, lo cual presenta la ventaja de que los indicadores no son percibidos por éstos como una imposición autoritaria de los órganos evaluadores y, por otra parte, se elaboran con la participación de instancias estatales y otros agentes sociales, de modo que los Estados cooperan y se someten voluntariamente a estos indicadores. De esta manera, se salvan dos importantes escollos como son la traducción de textos normativos en indicadores mesurables y también el aspecto crítico de seleccionar qué indicadores se van a aplicar.

Tanto la entrada en escena como la progresiva expansión de los indicadores sobre derechos puede considerarse como un signo más del fenómeno de globalización jurídica¹¹⁸, caracterizado por una estandarización multipolar en un escenario sin una autoridad central¹¹⁹. Desde este punto de vista, los indicadores tienen también un componente de autorregulación, en línea con los códigos de *compliance* de los que se están dotando una gran parte de instituciones públicas. En este sentido, autores como Von Bogdandy y Goldmann consideran que ciertos indicadores deberían de encontrarse regidos por principios de derecho público, al menos en todos aquellos casos en que el indicador afecte al ejercicio de los poderes públicos en la toma de decisiones en nombre del interés general y su cumplimiento excluyendo, por tanto en estos casos, los indicadores elaborados por actores privados¹²⁰. Coinciden con esta postura, Cassese y Casini, al sostener que la regulación de los indicadores sobre derechos debería estar sometida a los principios del Derecho administrativo global¹²¹ puesto que, a juicio de estos autores, también ciertos actores no institucionales deberían estar sujetos a principios básicos de derecho público como la legalidad, la imparcialidad, la transparencia, la rendición de cuentas (que incluye mecanismos de recursos y de información y explicaciones) y la participación¹²². No obstante, hay que precisar que Cassese y Casini defienden esta sujeción al Derecho administrativo global solo si los indicadores son de obligado cumplimiento o vinculantes y no en aquellas situaciones en que su aplicación sea voluntaria.

118 Sobre este aspecto, *cf.* BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS and CÉSAR A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (eds.), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2005.

119 Sobre este aspecto, *cf.* BENGT JACONBSSON, “Estandarización and Expert Knowledge”, en NILS BRUNSSON et al. (eds.), *A World of Standards*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2000, pág. 40 y ss.

120 *Cf.* ARMIN VON BOGDANDY and MATTHIAS GOLDMANN, “Taming and Framing Indicators: A Legal Reconstruction of the OECD’s Programme for International Student Assessment (PISA)”, en KEVIN E. DAVIS, ANGELINA FISHER, BENEDICT KINGSBURY, SALLY ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators: Global Power Through Classification and Rankings*, Oxford University Press, Oxford (UK), 2012, págs. 53 y ss; asimismo, *cf.* ID., “The exercise of International Public Authority through National Policy Assessment: The OECD’s PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument”, *International Organizations Law Review*, n° 5, 2008, págs. 241-298.

121 Sobre esta cuestión, *cf.* BENEDICT KINGSBURY et al., “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, n° 68, Summer/Autumn, 2005, págs. 15-61.

122 *Cf.* SABINO CASSESE and LORENZO CASINI, “Public Regulation of Global Indicators”, en KEVIN E. DAVIS, ANGELINA FISHER, BENEDICT KINGSBURY, SALLY ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators: Global Power Through Classification and Rankings*, op. cit, págs. 465 y ss. Este mismo trabajo fue publicado en italiano en ID. “La disciplina degli indicatori globali”, *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2012, págs. 97-116.

LA FUNCIONALIDAD DE LA MESA DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS ANTE EL MULTIPARTIDISMO. ENTRE LA REPRESENTACIÓN COLEGIADA DE LA CÁMARA Y EL APOYO POLÍTICO A LA MAYORÍA PARLAMENTARIA

María Ballester Cardell

Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional UIB

Sumario:

79

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA INFLUENCIA DE LOS ÓRGANOS RECTORES DE LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS ANTE UN NUEVO ESCENARIO POLÍTICO, MÁS PLURAL Y FRAGMENTADO. II. EL PAPEL INSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO EN EL PARLAMENTO. III. LA COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS RECTORES DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS. ENTRE EL PLURALISMO POLÍTICO Y LA MAYORÍA PARLAMENTARIA. 1. El problema de la presencia de los grupos parlamentarios en la Mesa. 2. Criterios básicos sobre la composición de la Mesa en las cámaras legislativas (generales y autonómicas). IV. LAS FACULTADES DE LA MESA RELATIVAS A LA CALIFICACIÓN, ADMISIÓN Y TRAMITACIÓN DE LOS ESCRITOS Y DOCUMENTOS PARLAMENTARIOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. 1. Doctrina en relación con la calificación y la verificación de la admisibilidad de los escritos. 2. Jurisprudencia relacionada con la apreciación de la Mesa sobre la disconformidad del Gobierno a la tramitación de proposiciones en virtud de la facultad de veto presupuestario. 3. La jurisprudencia sobre los acuerdos “soberanistas” adoptados por la Mesa del Parlamento de Cataluña y la obligación de verificación por parte del órgano parlamentario, más allá de los requisitos formales. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La ordenación jurídica de los órganos de dirección y gobierno de las asambleas legislativas se presenta como técnica organizativa para mantener el equilibrio entre los poderes en la vida parlamentaria. La actuación de la Mesa es clave para establecer la agenda parlamentaria y política. Por eso, la primera y más importante decisión que se toma a nivel parlamentario tras la renovación de las cámaras afecta a la composición de esos órganos rectores. El paso del bipartidismo al multipartidismo, tanto en el ámbito estatal como autonómico, abre un nuevo escenario en las asambleas legislativas. Dentro de ellas, la funcionalidad de la Mesa, como estructura de apoyo parlamentario a la mayoría que se conforme, resulta, si cabe, aún más determinante.

Palabras clave:

Asambleas legislativas, órganos de dirección y de gobierno, control de la actividad parlamentaria, equilibrio entre mayorías y minorías.

ABSTRACT

THE GOVERNMENT OF THE LEGISLATIVE ASSEMBLIES BEFORE MULTIPARTYISM BETWEEN THE REPRESENTATION OF THE CHAMBER AND THE POLITICAL SUPPORT OF THE PARLIAMENTARY MAJORITY

The legal order of the leading and governing bodies of the legislative assemblies is presented as an organizational technique to maintain the balance between the powers in parliamentary life. The performance of the Bureau is key to establishing the parliamentary and political agenda. Therefore, the first and most important decision taken at the parliamentary level after the renewal of the chambers affects the composition of these governing bodies. The transition from bipartidism to multipartism, both at the state and regional level, opens a new stage in legislative assemblies. Within them, the functionality of the Bureau, as a parliamentary support structure is, if possible, even more decisive.

80

Key words:

Legislative assemblies, leading and governing bodies, control of parliamentary activity, constitutional jurisprudence.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA INFLUENCIA DE LOS ÓRGANOS RECTORES DE LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS ANTE UN NUEVO ESCENARIO POLÍTICO, MÁS PLURAL Y FRAGMENTADO

Tradicionalmente, la configuración de los órganos de dirección y de gobierno de las cámaras legislativas responde a una técnica organizativa para “mantener el equilibrio entre los poderes” en el ámbito parlamentario¹. Con ello, se pretende asegurar que las normas que rigen la toma de decisiones en las cámaras legislativas se apliquen de forma correcta y garantizar el derecho de participación política que ejercen los representantes políticos.

Los órganos rectores son elegidos por el Pleno de la cámara, incluso antes de que se hayan conformado los grupos parlamentarios y son el producto de la mayoría que se conforma en la asamblea legislativa. La Mesa se encarga de organizar y dirigir la actividad parlamentaria a partir de unos intereses objetivados por el propio ordenamiento jurídico. El volumen de atribuciones que asume, tanto en el plano jurídico —a través de la interpretación y la calificación de los escritos parlamentarios—, como administrativos —mediante la ordenación y gestión del presupuesto o la dirección de los recursos humanos—, hace de ella un elemento de apoyo fundamental para el ejercicio de la función parlamentaria y, a la postre, para el desarrollo de la acción política. Por la Mesa pasan todas las iniciativas de los diputados individualmente considerados o de los grupos parlamentarios y sobre ellas deben ejercer “el debido control legal (que no político)” (SSTC 118/1995 y 38/1999).

Pese a que desde un plano jurídico constitucional los órganos de gobierno no están llamados “a expresar la voluntad política de la Cámara” (STC 161/1988, de 20 de octubre), la realidad nos enseña que su importancia va más allá de su papel institucional y del control estrictamente formal de la actividad parlamentaria. No resulta extraño, pues, el interés que suscita entre las formaciones políticas la posibilidad de mantener el control sobre la Mesa para asegurar un desarrollo ordenado de la legislatura. Más aún, en los últimos años en los que el paso del bipartidismo al pluripartidismo, tanto en el ámbito estatal como autonómico, abre un nuevo escenario en el que las asambleas legislativas recuperan su centralidad y toda su significación institucional y política². Con unos parlamentos más plurales y fragmentados, se producen mayores dificultades para la acción de gobierno, que debe rendir cuentas ante una oposición más fuerte y diversa. En este contexto, la funcionalidad de la Mesa, como estructura de apoyo de la mayoría parlamentaria resulta, si cabe, aún más determinante.

Buena muestra de ello ha sido la insólita situación de la Mesa del Congreso de los Diputados durante la “segunda fase” de la XII Legislatura (2016-2019), tras la aprobación de la moción de censura. A partir de ese momento, el órgano parlamentario utiliza la mayoría, conformada tras las elecciones generales de 2016, para paralizar diversas iniciativas legislativas presentadas por otros grupos parlamentarios y también adopta

1 Vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “Prólogo”, *Los órganos de gobierno de las Cámaras Legislativas. Presidente, Mesa y Junta de Portavoces en el Derecho parlamentario español*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 13.

2 La convulsa situación derivada de la crisis económica y financiera iniciada en 2008 da paso a movilizaciones sociales que concitan un notable apoyo de la ciudadanía, que pide un cambio en la forma de hacer política, más centrada en las necesidades sociales. En la X legislatura, el desgaste político del partido que apoya al gobierno del Estado (a causa de la adopción de las medidas anticrisis y de supuestos casos de corrupción) hace crecer el fantasma de la abstención y alimenta el descontento con los partidos tradicionales. De los movimientos sociales (en defensa de la escuela y la sanidad públicas o de los afectados por las hipotecas, por poner sólo algunos ejemplos) surgen iniciativas para conformar plataformas políticas, cada vez más estructuradas y preparadas para competir en las elecciones con las formaciones tradicionales. El primer banco de pruebas para los partidos emergentes, tras las elecciones al Parlamento europeo de 2014, fueron las elecciones autonómicas (Andalucía y Cataluña, en primer lugar; las comunidades de acceso ordinario, después), en un momento en el que la tendencia política apunta a un multipartidismo incipiente, fruto de la reordenación del electorado. Tras las elecciones autonómicas de 2015 ningún partido consigue mayoría absoluta, lo cual dificulta la estabilidad política y apunta a la necesidad de un entendimiento por la vía de los pactos de gobierno o de legislatura. Los resultados en esos comicios confirman la pérdida de la hegemonía de los partidos estatales mayoritarios y la consolidación de los partidos emergentes. En el ámbito estatal, la crisis del bipartidismo deriva en una situación insólita en cuarenta años de democracia, como es la incapacidad, hasta en dos ocasiones (en la XI Legislatura, entre el 13 de enero al 19 de julio de 2016, y en la XIII Legislatura, tras las elecciones de 28 de abril de 2019) para formar gobierno, que ha situado al país entre una mayor polarización entre izquierda y derecha y el asfixiante bloqueo político.

sucesivos acuerdos de prórroga del plazo de enmiendas que, en la práctica, imposibilita la tramitación de algunas iniciativas admitidas a trámite por el Pleno. Sirva también de ejemplo el caso del Parlamento catalán conformado tras las elecciones de 2015 y 2017. En los últimos comicios, pese a ser Ciudadanos el partido más votado y a intentar obtener los votos necesarios para presidir la Mesa, finalmente los pactos entre partidos que apoyan el “procés” y Podemos facilita que se conforme una mayoría soberanista, cuya intervención resulta clave para ordenar y establecer los debates parlamentarios.

Estos ejemplos nos muestran que el control sobre la Mesa resulta fundamental para el ejercicio de la acción política. Hemos visto como las decisiones del órgano rector de la Cámara puede ser utilizada de una forma “preventiva” por la mayoría parlamentaria para impedir que ciertos sean discutidos en la asamblea. Y también se han dado casos en los que la intervención de la Mesa ha sido proactiva, para asegurar la tramitación de ciertos asuntos de dudosa constitucionalidad promovidos por la mayoría política. Ante supuestos como estos, cabe plantearse hasta qué punto los órganos rectores, en el ejercicio de sus funciones de calificación y admisión, se limitan a emitir un juicio estrictamente jurídico-técnico o, por el contrario, están asumiendo decisiones políticas que no les corresponden.

II. EL PAPEL INSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO EN EL PARLAMENTO.

Uno de los principios estructurales del sistema democrático es la autonomía del parlamento, a partir de la capacidad de autoregulación de las cámaras. En los reglamentos parlamentarios se deciden, entre otras cuestiones, la organización interna de la cámara —y, por consiguiente, el régimen de designación de sus órganos internos—, la configuración de sus atribuciones y las reglas básicas de funcionamiento. En el parlamentarismo moderno, la ordenación de los órganos de gobierno de las asambleas legislativas se convierte en un elemento fundamental, en tanto que “al coordinar y dirigir la actividad parlamentaria, constituyen el elemento de cohesión y soporte de los órganos más directamente encargados de la realización de las funciones propiamente parlamentarias”³. En particular, no puede desconocerse la influencia que tienen sus decisiones sobre las funciones de control sobre el Gobierno⁴.

82

La Constitución dice que las Cámaras establecen sus propios reglamentos y que eligen a los Presidentes respectivos y el resto de los miembros de la Mesa (artículo 72.1 y 2 respectivamente). Los reglamentos parlamentarios fijan la composición del órgano de representación colegiada de la Cámara (utilizando un sistema que contribuya a una distribución entre las diferentes formaciones políticas con presencia parlamentaria). En cuanto a sus funciones, el artículo 31 del Reglamento del Congreso (que tomamos como referencia general), en el apartado 1, le atribuye la facultad de “adoptar cuantas decisiones y medidas requieran la organización del trabajo parlamentario y el régimen y gobierno interiores de la Cámara”⁵, para después desglosar sus concretas atribuciones (para elaborar y controlar el presupuesto, calificar escritos y documentos, decidir sobre la admisibilidad de los mismos y, en su caso, tramitarlos, así como programar las líneas generales de actuación de la Cámara).

Como vemos, los órganos rectores elegidos por el Pleno de la Cámara “tienen atribuidas competencias en aquellos campos en los que se precisa una labor de impulso de la actividad de las Asambleas sin definir el sentido político de la misma”⁶. No cabe duda de que, sin embargo, la Mesa se pronuncia sobre cuestiones

3 Vid. J. SOLÉ TURA, Y M. A. APARICIO PÉREZ (1984), *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 120.

4 Vid. L. LÓPEZ GUERRA, “El titular del control parlamentario”, *Problemas actuales del control parlamentario. VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 155-178.

5 Previsión que se reitera de forma literal en el artículo 36.1.d del Reglamento del Senado.

6 Vid. I. TORRES MURO, *Los órganos de gobierno de las Cámaras Legislativas. Presidente, Mesa y Junta de Portavoces en el Derecho parlamentario español*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 25. El autor añade que “para el buen funcionamiento de ellas [las asambleas] es imprescindible que estas funciones se ejerzan atendiendo a los intereses del Parlamento

de gran impacto político⁷. La STC 124/1995, de 18 de julio, en relación a las facultades de calificación y admisión de documentos y escritos, señala que a la Mesa corresponde solamente “verificar que el escrito en cuestión reúna los requisitos reglamentariamente exigidos”, si bien en determinados casos (por ejemplo, ante la presentación de preguntas o interpelaciones) ese control “sólo puede llevarse a cabo analizando su contenido material, por ser este determinante”. No obstante, en cuando el trámite afecta a una proposición de ley de origen parlamentario “la Mesa debe limitarse, en su función de admisión y calificación, a constatar el cumplimiento de los requisitos formales reglamentariamente exigidos, absteniéndose de cualquier otra consideración acerca de sus contenidos” (FJ 2)⁸.

Más adelante nos centraremos con más detalle en la doctrina constitucional sobre las facultades de calificación, admisión y tramitación. Baste por ahora señalar que la jurisprudencia sobre las funciones de los órganos rectores —concretamente, las de calificación sobre los escritos parlamentarios y la decisión sobre su admisibilidad y procedimiento de tramitación— acota su actuación al ejercicio de control estrictamente técnico jurídico en relación a los documentos que recibe. Se puede afirmar, pues, que “las Mesas están llamadas a actuar con neutralidad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones institucionales”⁹. Pero, igualmente, como producto de las mayorías que se conforman al inicio de la legislatura, es indiscutible que sus decisiones juegan un papel fundamental para la canalización del debate político y la tramitación de las iniciativas parlamentarias o extraparlamentarias. La Mesa está en condiciones de “filtrar” el trabajo de las Cámaras “otorgando prioridades a determinadas propuestas o forzando postergaciones o rechazos según la voluntad política mayoritaria”¹⁰. Con lo cual, la Mesa se configura como un órgano de naturaleza peculiar entre su posición institucional y su composición política¹¹.

III. LA COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS RECTORES DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS. ENTRE EL PLURALISMO POLÍTICO Y LA MAYORÍA PARLAMENTARIA.

Tal y como se ha adelantado, la posición institucional y política de la Mesa dependerá de su relación entre grupos mayoritarios y grupos minoritarios, puesto que de *facto* se configuran como mesas de apoyo parlamentario a la mayoría política. En ello influyen, sin duda, los procedimientos que se establecen para

en general y no a otros cualquiera. De estos órganos se espera, sobre todo, la protección de los derechos de las minorías y la estricta aplicación de las normas parlamentarias que tienden a racionalizar y a someter a derecho el proceso de toma de decisiones dentro de las Cámaras”.

7 Vid. E. ARANDA ÁLVAREZ, “La polémica suscitada en la elección de la Mesa del Parlamento andaluz”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 9, 2015, pp. 139.

8 En el FJ 3 de esta misma Sentencia podemos leer que “la exigencia de que la Mesa, en tanto que órgano de administración y gobierno interior, limite sus facultades de calificación y admisión de las mismas al exclusivo examen del cumplimiento de los requisitos formales reglamentariamente exigidos, pues, de lo contrario, no sólo estaría asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que sólo al Pleno corresponde, sino que, además, y desde la óptica de la representación democrática, estaría obstaculizando la posibilidad de que se celebre un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, cuyo efecto representativo ante los electores se cumple con su mera existencia, al margen, claro está, de que la iniciativa, en su caso, prospere.” En esta misma línea, resulta de interés el caso resuelto por La STC 119/2011, de 5 de julio, que refleja el trasfondo político que puede significar la calificación por parte de la Mesa de las enmiendas, para controlar la homogeneidad y coherencia con la iniciativa legislativa. “La decisión sobre la existencia o no de una mínima conexión entre la iniciativa legislativa y la enmienda presentada, debe justificarse mediante una valoración motivada, aunque sea sucintamente, pues sólo cuando sea evidente y manifiesto que no existe tal conexión deberá rechazarse la enmienda, puesto que, en tal caso, se pervertiría la auténtica naturaleza del derecho de enmienda, ya que habría pasado a convertirse en una nueva iniciativa legislativa.” [FJ 7º].

9 Vid. S. IGLESIAS MACHADO, “Órganos de Gobierno: presidencia, mesa y junta de portavoces”, SALVADOR IGLESIAS MACHADO y RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ (coord.), *Manual de Derecho Parlamentario Autonómico*, Dykinson-Parlamento de Canarias, 2016, p. 152.

10 Vid. J. SOLÉ TURA Y M. A. APARICIO PÉREZ, *Las Cortes Generales...*, *op. cit.*, p. 132.

11 IGNACIO TORRES MURO (*Los órganos de gobierno...*, *op. cit.*, p.174) se refiere a este carácter híbrido de la Mesa, al considerar que “en los reglamentos españoles se trata de un órgano mixto —institucional que en determinados casos asume tareas políticas [...]—”.

conformar la elección de sus integrantes. Su composición no responde a un único modelo, sino que existen diversidad de soluciones sobre el número de miembros de la Mesa y la posición que ocupan¹².

3.1. El problema de la presencia de los grupos parlamentarios en la Mesa.

Conscientes de la centralidad de los órganos rectores en el ejercicio de la función parlamentaria, durante los trabajos preparatorios para aprobar el Reglamento del Congreso de los Diputados se plantea un interesante debate sobre la composición de la Mesa, con la idea de que pudiera configurarse amplia, de forma que en ella quedara reflejada “de la forma más aproximada posible, la auténtica composición de la Cámara”¹³. Se argumenta en favor de esta iniciativa que la Mesa tiene importantes funciones decisorias, frente a la Junta de Portavoces, en la que sí están integrados todos los grupos parlamentarios y que tiene una naturaleza estrictamente consultiva. Sin embargo, esta iniciativa no prospera, ante el temor de que el carácter institucional de la Mesa sucumbiera a intereses partidistas. Al menos en el Reglamento del Congreso (artículo 30.2) y el Senado (artículo 5), se opta por una composición bastante reducida (un presidente, cuatro vicepresidentes en el Congreso y dos en el Senado, y cuatro secretarios en ambas Cámaras). Los reglamentos parlamentarios autonómicos presentan previsiones similares, pero con alguna particularidad que se comentará *infra*.

Lo que parece claro es que, pese a los intereses de las formaciones políticas en la conformación de los órganos rectores y los beneficios que pudiera reportar la participación de todos los grupos parlamentarios en la Mesa, en los criterios que marcan la composición los órganos de dirección y gobierno de las cámaras prevalece el carácter institucional sobre el político¹⁴. En primer lugar, porque la elección del Presidente y de la Mesa se produce en el Pleno antes de que existan propiamente grupos parlamentarios; por tanto, en sentido estricto, se conforma como la representación colegiada de la Cámara, y no de los grupos, y se refuerza la posición institucional de los órganos rectores. Además, las diferentes fórmulas para la elección de los miembros de la Mesa no aseguran una representación estricta de las fuerzas presentes en la Cámara (como sí ocurre en la Junta de portavoces, cuyas decisiones se adoptan, además, mediante el criterio del voto ponderado). Por otro lado, las atribuciones de la Mesa se circunscriben a decisiones técnico-jurídicas, mediante la aplicación del reglamento y, al menos en teoría, no ponen el acento en la adscripción política de sus componentes, sino en un interés general y objetivado para el normal funcionamiento de las cámaras. Sin embargo, como veremos, el tratamiento que los reglamentos parlamentarios de las asambleas autonómicas confieren a la composición de los órganos de dirección proyectan, también, un componente político a la Mesa.

3.2. Criterios básicos sobre la composición de la Mesa en las cámaras legislativas (generales y autonómicas).

En general, los procedimientos para la elección de los miembros de la Mesa están a medio camino entre los criterios de eficacia técnica y representatividad política, para favorecer un adecuado reparto de fuerzas políticas entre sus miembros¹⁵. El propio Tribunal Constitucional señala, claramente, que se trata de órganos

12 Vid. I. TORRES MURO. *Los órganos de gobierno...*, *op. cit.*, pp. 151-223; J. SOLÉ TURA y M. A. APARICIO PÉREZ, *Las Cortes Generales...*, *op. cit.*, pp. 130-136; F. SANTOLAYA LÓPEZ. *Derecho parlamentario español*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 186-188; R. LAPUENTE ARAGO, “El sistema de designación de las Mesas en el Derecho Parlamentario español. Notas para una crítica”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 6, 1994, pp. 113-147.

13 Diario de Sesiones del Pleno del Congreso (1982), p. 12.478.

14 Cfr. IGNACIO TORRES MURO (*Los órganos de gobierno...*, *op. cit.*, pp. 168-173) se ocupa del “problema de la representación de los grupos parlamentarios” y sintetiza las diferentes posiciones doctrinales al respecto. Sobre la prevalencia del carácter institucional de estos órganos parlamentarios, vid., también, S. IGLESIAS MACHADO, “Órganos de Gobierno...”, *op. cit.*, p. 152.

15 Vid. I. TORRES MURO, *Los órganos de gobierno...*, *op. cit.* pp. 167-168. Para el autor, “La necesaria eficacia técnica, que se alcanza mejor, sin duda con un grupo reducido de componentes [...] la experiencia demuestra que los colegios demasiado numerosos tardan en tomar un acuerdo y su funcionamiento puede hacerse excesivamente complejo” justifica en el sistema parlamentario español que el número de miembros no sea excesivo.

que “no está[n] llamado[s] a expresar la voluntad política de la Cámara”¹⁶; y, además, admite una exigencia genérica de proporcionalidad en la composición de la Mesa, aunque no en toda su plenitud, para permitir la participación en la misma de las minorías¹⁷; por último, y en sentido estricto, la presencia de todos los grupos parlamentarios en la Mesa, no es un principio general del derecho parlamentario.

Para la elección de las Mesas del Congreso (artículos 36 a 38) y del Senado (artículos 5 a 9) se prevé la celebración de tres votaciones (una para el presidente y dos, simultáneas, para vicepresidentes y secretarios). Por lo que se refiere al eventual cese de los miembros de la Mesa, los Reglamentos del Congreso y del Senado permiten una nueva elección de las Mesas, pero sólo en el caso de se produzca una novación importante en la composición de las cámaras como consecuencia de la estimación de impugnaciones electorales¹⁸. No se distinguen, pues, causas distintas a las establecidas con carácter general para la pérdida de la condición de diputado o senador ni existen reglas especiales para la remoción de los miembros de la Mesa ni para que sus integrantes pierdan su condición por dejar de pertenecer a su grupo parlamentario. En la práctica, el reparto de puestos en la Mesa se produce a partir de un acuerdo entre las diferentes formaciones políticas, que condiciona también la cobertura las vacantes que se puedan producir durante la legislatura.

En el ámbito autonómico se siguen, básicamente, los mismos parámetros¹⁹, con algunas variantes para potenciar la presencia de todos los grupos parlamentarios en la Mesa²⁰. Así, por ejemplo, en el Reglamento del Parlamento de Cataluña se prevé que se constituya una “Mesa Ampliada”, en la que también estará integrado un diputado designado por cada grupo parlamentario que no esté representado en la Mesa; esta configuración está prevista cuando se deban ejercer funciones relativas al régimen y gobierno interno, presupuestarias, económicas y en materia de personal; y, en este caso, las decisiones se toman por voto ponderado²¹. Por su parte, en el Reglamento del Parlamento de Andalucía se prevé que todos los grupos parlamentarios tendrán derecho a estar presentes en la Mesa²², en lo que se debe entender como una declaración de intenciones²³, a tenor de los problemas prácticos que ya ha generado su aplicación²⁴.

16 STC 161/1988, de 20 de octubre (BOE núm. 247, de 14 de octubre) FJ 7°.

17 STC 141/1990, de 20 de septiembre (BOE núm. 254, de 23 de octubre), FJ 6°: “La elección del criterio de representación proporcional, para asegurar el pluralismo, ha de encontrar también reflejo en la estructuración de los órganos del Parlamento. La larga tradición de nuestro sistema parlamentario, según la cual la Mesa del Parlamento se integra por distintas fuerzas o Grupos Parlamentarios, para permitir la participación en la misma también de miembros de las minorías, aun no habiendo sido recogida expresamente por la Constitución, debe entenderse como una exigencia derivada de la misma, para asegurar el pluralismo democrático y la proporcionalidad representativa.”

18 En términos muy similares se pronuncian los artículos 36.2 Reglamento del Congreso y 5.2 Reglamento del Senado, si bien la nueva elección es facultativa en el Senado e imperativa en el Congreso. En cualquier caso, lo que se pretende es que los nuevos diputados o senadores puedan intervenir en la composición de la Mesa.

19 Vid. A. EMBID IRUJO, *Los parlamentos territoriales. Un estudio sobre el régimen jurídico de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 233-242; S. IGLESIAS MACHADO, “Órganos de Gobierno...”, *op. cit.*, pp. 155-157.

20 Vid. A. L. SANZ PÉREZ, “Las Mesas y sus presidentes en el derecho parlamentario español”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 14, 2017, pp. 109-110.

21 Artículo 37.4 del Reglamento del Parlamento de Cataluña: “Si la Mesa ha d’exercir les funcions establertes per l’apartat 3. f, g, h i i, s’ha de constituir en Mesa Ampliada i ha d’ésser integrada pels membres de la Mesa més un diputat designat per cada grup parlamentari que no tingui representació a la Mesa. La Mesa Ampliada adopta les seves decisions pel sistema de vot ponderat.” A esta misma idea parece responder el artículo 36.3 del Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, según el cual: “Al inicio de cada Legislatura, la Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, podrá habilitar a las formaciones políticas que, habiendo concurrido a las elecciones a la Junta General, no hayan obtenido representación en la Mesa, para designar un vocal adscrito, que tendrá derecho a asistir con voz pero sin voto a las reuniones en las que la Mesa no trate asuntos administrativos y de régimen interior.”

22 Artículo 36 del Reglamento del Parlamento de Andalucía: “Todos los partidos, federaciones y coaliciones que, habiendo concurrido a las anteriores elecciones, hubieran obtenido en las mismas representación suficiente para constituir Grupo parlamentario, tendrán derecho a estar presentes en la Mesa.” El Reglamento de Canarias también pretende conseguir que en la Mesa se encuentren representados todos los grupos parlamentarios con la previsión contenida en el artículo 33.1: “El Pleno elegirá a los miembros de la Mesa en la sesión constitutiva del Parlamento, asegurando la debida representación de las formaciones políticas con presencia mayoritaria en la Cámara.”

23 Vid. A. L. SANZ PÉREZ, “Las Mesas y sus presidentes...”, *op. cit.*, p. 109, con cita de Tosi.

24 En la sesión constitutiva de la X Legislatura del Parlamento andaluz se pone de manifiesto el difícil encaje de la previsión

Nos podemos referir, incluso a las disposiciones sobre la designación de substitutes en caso de producirse vacantes, que deberán ser elegidos entre los mismos grupos parlamentarios en que se produzca la vacancia²⁵ o a propuesta del grupo parlamentario²⁶. En cualquier caso, con independencia de estas particulares variables, en el ámbito autonómico el pluralismo de la Mesa también es el resultado de pactos políticos previos.

Las fórmulas que se utilizan en los diferentes reglamentos parlamentarios autonómicos para abordar el cese de los miembros de la Mesa tienen algunas similitudes; pero también cuentan con notables diferencias. Así, pueden distinguirse, básicamente, tres tipos de circunstancias que pueden determinar la renovación de algún cargo de la Mesa: la pérdida de la condición de diputado (por extinción del mandato, fallecimiento o incapacitación, incompatibilidad sobrevenida, o en virtud de resolución judicial firme que anule la elección o su proclamación como candidato); la renuncia voluntaria a seguir formando parte de la Mesa; o la concurrencia de una causa objetiva, como puede ser dejar de formar parte del grupo parlamentario o no llegar a integrarse en el grupo de la formación política que los propuso como candidatos²⁷. La aplicación de esta regla en relación al diputado que ocupa la Presidencia de la Asamblea puede resultar problemática dado que la continuidad en el cargo se condiciona a la permanencia en una formación política e incluso a la voluntad del grupo parlamentario²⁸. Algunos reglamentos parlamentarios contemplan, además, la posibilidad de remoción de los

según la cual todos los grupos parlamentarios tienen derecho a estar presentes en la Mesa. La elección del Presidente recae en un diputado del PSOE. En la elección de los Vicepresidentes, la vicepresidencia primera corresponde a un diputado también del PSOE (47 votos), la vicepresidencia segunda a una diputada del Partido Popular (33 votos) y la vicepresidencia tercera a un diputado de Podemos (15 votos) Tras la votación celebrada para proclamar a los secretarios, la candidata del PSOE (47 votos) fue designada Secretaria primera; el candidato de C's (9 votos), Secretario segundo; y el de IU (5 votos), Secretario tercero, siendo que la candidata del Partido Popular (33 votos), quedó excluida de la Mesa. El Presidente opta por aplicar lo dispuesto en el art. 36 del Reglamento, según el cual que todos los grupos parlamentarios todos los grupos parlamentarios tienen derecho a estar en la Mesa. La STC 199/2016, de 28 de noviembre, que resuelve el recurso de amparo formulado por una diputada contra la decisión del Presidente, señala que la interpretación del Reglamento realizada por el Presidente de la mesa de edad en la sesión constitutiva dejó "sin efectividad" el procedimiento de elección de los Secretarios establecido en los arts. 33 y 34. Y añade que, al margen de la interpretación que pueda hacerse del mencionado art. 36, el Reglamento del Parlamento andaluz es "taxativo cuando determina el modo en que el Pleno debe proceder, en la sesión constitutiva, a la elección de los miembros de la Mesa, esto es, 'de acuerdo con el procedimiento regulado en los artículos 33 y 34 de este Reglamento'". En conclusión, el Tribunal Constitucional afirma que la decisión del Presidente de la sesión constitutiva, basado en el art. 36 del Reglamento, "priva injustificadamente a la diputada recurrente de su derecho a formar parte como Secretaria de la Mesa del Parlamento de Andalucía (...) impidiéndole ejercer las funciones inherentes al cargo que le habría correspondido ocupar (...) por haber obtenido mayor número de votos que los candidatos propuestos por los grupos de C's y de IU". De esta forma se escenifica la complejidad de hacer encajar dos principios contrapuestos en la elección de los miembros de la Mesa. Más allá de las estrictas consecuencias de la ejecución de la Sentencia, podemos señalar en relación a la cuestión objeto de nuestro análisis, que por Acuerdo del Pleno del Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada el 2 de febrero de 2017, se añade al Reglamento la disposición adicional cuarta, por la que se introduce una previsión relativa a la composición de la Mesa durante la X Legislatura más cercana a la Mesa ampliada, de forma similar a la prevista en el Parlamento de Cataluña. Para un análisis más detallado de la resolución, vid. E. ARANDA ÁLVAREZ "La polémica suscitada en la elección...", *op.cit.*, pp. 135-141. Para un estudio detallado de la Sentencia, vid., también, E. GRECIET GARCÍA, "Pluralismo y representatividad en las Mesas de las Cámaras. El caso del Parlamento de Andalucía (STC 199/2016, de 28 de noviembre)", *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 13, 2017, pp. 107 a 123.

25 Vid. artículo 33 del Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha: "[...]siendo preceptivo, en todo caso, que el elegido pertenezca al mismo Grupo Parlamentario que aquél por el que se produce la vacante".

26 Vid. artículo 32.2 del Reglamento del Parlamento de Cantabria: "Cuando en el transcurso de la legislatura se produzca alguna vacante en la Mesa, la misma se cubrirá a propuesta del Grupo Parlamentario al que perteneciera en el momento del cese el Diputado o Diputada que originó la vacante".

27 Artículos 43 Reglamento del Parlamento de Aragón; 32 Reglamento Parlamento de Cantabria; 33 Reglamento del Parlamento de la Rioja; 27 del Reglamento del Parlamento de Cataluña; 38 Reglamento de las Cortes Valencianas; 39.7 del Reglamento de las Cortes de Castilla la Mancha; artículo 56 en relación al artículo 39 del Reglamento de Extremadura; 53 de la Asamblea de Madrid; 39 Reglamento del Parlamento de Navarra; 35 Reglamento del Parlamento del País Vasco; 39.c del Reglamento del Parlamento de las Illes Balears.

28 J. CORONA FERRERO, "Los órganos de dirección en el Reglamento parlamentario", *El Reglamento del Parlamento: propuestas de reforma*, Parlamento de Cantabria, Santander, 2000, pp. 159. En relación al supuesto concreto que dio lugar al cese de la Presidenta del Parlamento balear tras ser apartada del grupo parlamentario en el que estaba integrada, Vid. *Informe jurídic relatiu als acorda a adoptar amb relació a l'escriu RGE núm. 531/2017 i a l'acompliment de l'article 39.c del Reglament del Parlament*, Oficialia Major del Parlament de les Illes Balears, 25 de enero de 2017.

miembros de la Mesa²⁹. En otros, no se prevé el cese por dejar de formar parte del grupo parlamentario, pero sí se plantea la remoción de un miembro de la Mesa a petición de un grupo parlamentario³⁰. En cualquier caso, y al margen de las variables que pueden presentarse, lo cierto es que en el ámbito autonómico se ha dado un paso más en la regulación de las causas que pueden condicionar el ejercicio del cargo en la Mesa y, de forma indirecta, el mandato del Presidente de la Cámara³¹.

De la diversa normativa autonómica, llama la atención que se vincule al cese como miembro de la Mesa al hecho de dejar de formar parte del grupo parlamentario, dado que, como ya se ha apuntado, “en puridad, sus miembros no representan en la Mesa al Grupo parlamentario en el cual se integran ni al partido político del que aquél trae causa, en el sentido de que no son portavoces de aquellos en el órgano de gobierno”³². Sin embargo, la práctica habitual, aunque el reglamento no lo prevea expresamente, cuando se produce una vacante en la Mesa durante la Legislatura es que el grupo parlamentario al que pertenece quien cause baja el que propone a su substituto.

Parece bastante claro que la finalidad perseguida con este tipo de medidas —específicamente, en el caso de expulsión del grupo parlamentario— no está vinculada a la voluntad de establecer un régimen de responsabilidad política de los órganos de dirección de los parlamentos autonómicos; se trata, más bien, de una penalización para reaccionar frente al transfuguismo político³³. En el caso de que la salida del grupo parlamentario se produzca por la expulsión del diputado —teniendo en cuenta, en primer lugar, los efectos que produce sobre el miembro de la Mesa y, en segundo lugar, que no todos los reglamentos se refieren a que la decisión de expulsión venga avalada por la mayoría de miembros del grupo—, la doctrina apunta a la necesidad de incluir a nivel normativo aquella exigencia, por una mínima coherencia con la exigencia constitucional de democracia interna de los partidos políticos³⁴.

Resulta preocupante que la decisión de un partido de expulsar a uno de sus miembros pueda suponer automáticamente el cese del cargo en la Mesa, especialmente en aquellos casos en que el miembro expulsado pertenece a un grupo minoritario y, más aún, si el diputado en cuestión ocupa la presidencia de la Cámara³⁵. Aun admitiendo que la tesis de la doble legitimación podría explicar la medida normativa³⁶, lo cierto es que esta posibilidad, en el caso que hemos indicado, responde a una visión partidista de la institución y debilita la figura del presidente y su naturaleza orgánica³⁷. Sería más respetuoso con la función institucional que están

29 Artículos 35.e) del Reglamento del Parlamento del País Vasco; y 39 del Reglamento del Parlamento de Navarra.

30 Artículos 52.c) Reglamento del Principado de Asturias; y 49.c del Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia.

31 Ciertamente, y por lo que se refiere a cese en el cargo por dejar de formar parte del grupo parlamentario, las fórmulas que utilizan en los reglamentos parlamentarios presentan notables semejanzas, aunque también aparecen importantes singularidades (efecto directo o procedimiento de remoción; requisitos procedimentales formales; o inclusión de límites temporales para cubrir la vacante). En cualquier caso, en el parlamentarismo autonómico se vincula el cese o la remoción de los miembros de la mesa al hecho de dejar el grupo parlamentario y si esta circunstancia concurre en la persona que ocupa la presidencia de la Cámara, el efecto es, en coherencia, su cese.

32 Vid. S. IGLESIAS MACHADO, “Órganos de gobierno...”, *op. cit.*, p. 152.

33 Vid. A. ARCE JANÁRIZ, “La Junta General del Principado” [<https://www.unioviado.es//constitucional/miemb/arce/Junta-GeneralPrincipado.html>].

34 Vid. R. MARAÑÓN GÓMEZ, “El estatuto del diputado en los reglamentos parlamentarios autonómicos”, S. IGLESIAS MACHADO y R. MARAÑÓN GÓMEZ (coord.), *Manual de Derecho Parlamentario Autonómico*, Dykinson-Parlamento de Canarias, 2016, p. 112.

35 Así ha sucedido en Illes Balears. En aplicación del artículo 39.c), tras la toma de conocimiento por parte de la Mesa de la Cámara de la expulsión de la señora Huertas del Grupo Parlamentario Podem Illes Balears, se declara vacante el cargo de presidente del Parlamento y se prevé la inclusión de la elección correspondiente en el orden del día de una próxima sesión parlamentaria (*Bulletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 79, de 25 de enero de 2017). Algunos autores han evaluado de forma crítica la regulación de determinados Estatutos, que por la vía del cese en el cargo en la Mesa, por expulsión del grupo parlamentarios, llevan a una suerte de “remoción encubierta”. Vid. F. J. VISIEDO MAZÓN, “La realidad de los parlamentos desde la aprobación de la Constitución española de 1978”, *Revista de Derecho del Estado*, núm. 28, 2012, p. 152.

36 Vid. A. BLASCO ESTEVE, “Una polémica absurda”, artículo publicado en *Diario de Mallorca*, 12 de enero de 2017 [<http://www.diariodemallorca.es/opinion/2017/01/12/polemica-absurda/1180210.html>].

37 Vid. E. BELDA PÉREZ-PEDRERO, *La presidencia del Congreso de los Diputados: perfil de su actuación constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2004, pp. 186-187.

llamados a cumplir los órganos de dirección y gobierno, y con su papel moderador y arbitral, exigir que sea una mayoría de la Cámara la que decida sobre el cese de un miembro de la Mesa —y, por supuesto, si se trata del diputado que ocupa la presidencia de la Cámara—, aunque sea a petición de un grupo parlamentario. No plantea problemas, a nuestro entender, la posible remoción del presidente —o de cualquier miembro de la Mesa— a propuesta de un grupo parlamentario o de una parte de los diputados y decidida por una mayoría cualificada³⁸. Este es, de hecho, el planteamiento que ha asumido la STC 141/1990, de 20 de diciembre, que resuelve la impugnación de la disposición adicional primera del Reglamento del Parlamento de Navarra —sobre la remoción de los miembros de la Mesa por mayoría absoluta de los miembros de la Cámara—, que desestima la pretensión de los recurrentes³⁹ invocando la amplia disponibilidad de los reglamentos parlamentarios para regular el cese o la remoción de los Presidentes de las Asambleas o de los miembros de las Mesas.

IV. LAS FACULTADES DE LA MESA RELATIVAS A LA CALIFICACIÓN, ADMISIÓN Y TRAMITACIÓN DE LOS ESCRITOS Y DOCUMENTOS PARLAMENTARIOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

Tal como ya se ha avanzado, las atribuciones de la Mesa sobre la calificación de los escritos y documentos de índole parlamentaria y su eventual admisión y tramitación, tienen una relevancia fundamental en la ordenación de la vida parlamentaria y pueden llegar a condicionar de forma importante los tiempos y los debates en las asambleas legislativas. El alcance del control que ejerce la Mesa, en el ejercicio de estas acciones, sobre las actuaciones parlamentarias y los parámetros que condicionan esa intervención ha dado pie a la articulación de una interesante —y no siempre uniforme— jurisprudencia constitucional.

³⁸ Esta la previsión se ha incorporado en el Reglamento de las Illes Balears en la reforma aprobada por el Pleno el 19 de marzo de 2019 (publicado en el *BOIB* núm. 49, de 16 de abril de 2019). El artículo 39.d dispone como causa de cese la “remoción del cargo, por negligencia notoria y grave en el cumplimiento de las obligaciones y los deberes del cargo, acordada por el Pleno del Parlamento por mayoría de tres quintas partes de los diputados y las diputadas que forman parte del mismo. Tiene que ser propuesta, al menos, por dos grupos parlamentarios o por una quinta parte de los diputados y las diputadas. Si la propuesta se aprueba, se procederá en la siguiente sesión plenaria a cubrir las vacantes de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de este reglamento.”

³⁹ Vid. STC 141/1990, de 20 de diciembre. “Tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma que el que la L.O.R.A.F.N.A. regule sólo una materia constitucional clásica, la cuestión de confianza y la moción de censura del Presidente de la Diputación o que la Constitución prevea sólo la responsabilidad política de los Presidentes de las Comunidades, no puede entenderse como un propósito constitucional y estatutario de exclusión de la responsabilidad política de los Presidentes de las Asambleas o miembros de las Mesas, o de prohibición de remoción de los mismos. En efecto, se trata de cuestiones distintas. Una relativa al aspecto fundamental del juego de los poderes en un sistema parlamentario, y otra que atañe a la mera organización interna de la Cámara en la que la ausencia de una expresa regulación constitucional o estatutaria no puede ser entendida como un propósito normativo concreto.

En esta materia, la falta de una regulación constitucional o estatutaria ha de entenderse más bien en el sentido de que los Reglamentos parlamentarios tienen una amplia disponibilidad para regularla, como normación originaria no predeterminada en principio por normas constitucionales o estatutarias, quedando a su discreción el disponer la continuidad hasta el agotamiento de la legislatura de los miembros de la Mesa del Parlamento o la posibilidad de remoción de sus miembros, al no existir ninguna regla ni principio constitucional decisivo al respecto. La ausencia de disposiciones específicas en otros regímenes parlamentarios o en el Parlamento del Estado no puede servir de argumentación ni a favor ni en contra. La mayor tradición en otros regímenes parlamentarios ha permitido dejar el tema a costumbres o convenciones de distinto origen a través de las cuales se instrumenta la eventual responsabilidad política del Presidente u otros miembros de la Mesa parlamentaria, responsabilidad que constitucionalmente no resulta excluida. Ello no excluye la posibilidad de regulación expresa, e incluso la conveniencia de la misma cuando esa tradición parlamentaria no existe, correspondiendo al Reglamento parlamentario establecer la relación que existe entre el Presidente y los demás miembros de la Mesa con la Cámara y, en función de ello, optar libremente por una fórmula que trate de asegurar la mayor estabilidad de la Mesa, a costa de la menor vinculación con el Pleno de la Cámara o, al contrario, de asegurar una relación de confianza entre la Cámara y la Mesa cuya quiebra pueda suponer el cese o remoción de los miembros de la misma.” [fundamento jurídico 4°].

4.1. Doctrina en relación con la calificación y la verificación de la admisibilidad de los escritos.

A nivel jurisprudencial, hemos asistido a una evolución en relación al alcance y significado de la admisión, calificación y de los escritos y documentos que reciben las Mesas. En un primer momento, se hace una interpretación amplia de las facultades de los órganos rectores en determinados, hasta el punto de considerar constitucionalmente admisible que la Mesa rechace determinadas iniciativas a partir de un control material. La ya citada STC 95/1994, de 21 de marzo, que resuelve un recurso de amparo contra un acuerdo de la Mesa sobre la inadmisibilidad de una proposición de ley, es un buen ejemplo de esta tendencia. El Alto Tribunal enseña que “las funciones de la Mesa se reducen a la verificación del cumplimiento de los requisitos formales reglamentariamente establecidos e, incluso, a una verificación liminar de las conformidad a Derecho de la pretensión porque en aquellos supuestos en los que la función de control de la Mesa se extiende a la atribución de una calificación distinta de la conferida por sus promotores es porque las calificaciones posibles (y la correspondiente tramitación) se definen en atención a criterios de orden material [...]”. La resolución señala, además, que “[s]on también inevitables esas funciones de control material cuando se trata de proposiciones de Ley promovidas por sujetos cuya iniciativa legislativa está predeterminada”, para concluir que “la Mesa sólo podría acordar la inadmisión cuando la contradicción a Derecho o la inconstitucionalidad de la proposición sean palmarias y evidentes.” (FJ 4).

Posteriormente, la STC 124/1995, de 18 de julio, especifica que, en relación función de admisión y calificación de las proposiciones de ley de origen parlamentario, el examen de la Mesa “debe limitarse [...] a constatar el cumplimiento de los requisitos formales reglamentariamente exigidos, absteniéndose de cualquier otra consideración acerca de sus contenidos” (FJ 2). El Alto Tribunal especifica que “de lo contrario, no sólo se estaría asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que sólo al Parlamento corresponde, sino que, además, y desde la óptica de la representación democrática, estaría obstaculizando la posibilidad de que se celebre un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria” (FJ 3). A partir de este momento, se consolida una línea de interpretación según la cual la labor de las Mesas, cuando han de pronunciarse sobre la admisión a trámite, se debe ceñir a la verificación de “la regularidad jurídica y la viabilidad procedimental de la iniciativa, esto es, si cumple con los requisitos formales exigidos por la norma reglamentaria” (STC 208/2003, de 1 de diciembre, con cita de las SSTC 38/1999, de 22 de marzo, 107/2001 y de 23 de abril, 203/2001).

En relación a los parámetros que marcan las facultades de admisión de los escritos parlamentarios, la STC 78/2006, de 13 de marzo⁴⁰, recuerda que la Mesa de la cámara “debe limitar su actuación a controlar la regularidad legal de los escritos y documentos parlamentarios, en los términos reglamentariamente previstos, sin arrogarse decisiones políticas”. Y añade que “la ausencia de limitaciones materiales [...] impide que pueda reconocerse a la Mesa la facultad de rechazarlas liminarmente, siendo así que se trata de una facultad que, según se desprende de los propios preceptos reglamentarios, sólo puede ser desestimada, con examen de fondo, por la Cámara” (FJ 5). Con lo cual se entiende que, si no existen límites materiales en el ordenamiento jurídico, la facultad de verificación sobre la admisibilidad de la iniciativa deberá circunscribirse a aspectos estrictamente formales. Sobre el desempeño del control formal en el trámite de admisibilidad y trámite, la STC 10/2016, de 1 de febrero, señala que “Esta exigencia de rigor es aún más intensa, si cabe, cuando el examen de admisibilidad que le compete a la Mesa recae sobre iniciativas legislativas de origen parlamentario, pues la Mesa debe cuidarse de no perturbar con su decisión el derecho de los representantes a suscitar el debate parlamentario sobre una materia determinada mediante el recurso a la iniciativa legislativa [...]. Si no fuese así, la Mesa dejaría de obrar como un órgano de gobierno de la Cámara ejerciendo el debido control legal sobre la regularidad jurídica de la iniciativa, para mutarse en un órgano netamente político [...]” (FJ 4). Se

40 La Sentencia resuelve los recursos acumulados sobre la indamisión a trámite por parte de la Mesa del Parlamento de Andalucía de proposiciones no de ley relativas a la “Rectificación del Presidente de los socialistas catalanes” y a “Declaraciones del Secretario General del PSOE”.

mantiene, pues, que únicamente existe un margen para el control atendiendo al contenido material cuando exista una previsión expresa para ello en el ordenamiento jurídico.

4.2. Jurisprudencia relacionada con la apreciación de la Mesa sobre la disconformidad del Gobierno a la tramitación de proposiciones en virtud de la facultad de veto presupuestario.

La más reciente jurisprudencia constitucional sobre las facultades de calificación y admisión, retomando la primera línea interpretativa, vuelve a poner el foco sobre un posible control material por parte de la Mesa. Las SSTC 34 y 44/2018 se centran en la capacidad de valoración del órgano parlamentario de la disconformidad del Gobierno para la tramitación de la iniciativa legislativa, al oponer el veto presupuestario en virtud de lo previsto en el artículo 134.6 CE. Estas resoluciones resultan muy interesantes puesto que tratan de clarificar la capacidad de valoración de la Mesa y la propia configuración de la facultad gubernamental del veto presupuestario ante una situación muy singular, en la que un Gobierno en funciones utiliza la facultad de veto presupuestario para oponerse a la tramitación de iniciativas parlamentarias⁴¹. Pensemos, además, que en resoluciones anteriores no queda demasiado claro hasta donde llega la capacidad de valoración de la Mesa en este tipo de asuntos. Así, la STC 223/2006, de 6 de julio⁴², entiende que el gobierno autonómico queda facultado, “con toda libertad, para oponerse a las iniciativas que pretendan modificarlos [los compromisos del ejecutivo], y sin que puedan los órganos parlamentarios emitir un juicio sobre el carácter manifiestamente infundado o no de tal oposición”; mientras que la STC 242/2006, de 24 de julio⁴³, asegura que “es posible un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno”.

Nos fijamos, principalmente, en la STC 34/2018, de 12 de abril, que resuelve el conflicto entre órganos constitucionales promovido por el Gobierno contra el Congreso de los Diputados, en relación con el Acuerdo de la Mesa, sobre suspensión del calendario de la implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.⁴⁴ En la fundamentación jurídica, el Tribunal recuerda, con cita de la STC 242/2006, que “A partir de la autonomía parlamentaria garantizada constitucionalmente (art. 72 CE), así como de la propia naturaleza del art. 23.2 CE como derecho de configuración legal, los Parlamentos, y en particular sus órganos rectores, disponen de “un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria que este Tribunal no puede desconocer” (FJ 4). Sobre el rechazo del veto presupuestario del Gobierno, se admite que no existe un parámetro legal para conocer cuando se produce una alteración de las previsiones presupuestarias; “ello no impide, sin embargo, un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno, siempre y cuando resulte evidente, a la luz de la propia motivación aportada por éste, que no se ha justificado la afectación de la iniciativa a los ingresos y gastos contenidos en el propio presupuesto que, en cada ejercicio, cumple la función instrumental a la propia acción de Gobierno. En suma, con independencia del tipo de iniciativa o proceso parlamentario, corresponde a este órgano de la Cámara ejercer una limitada función de calificación del criterio del Gobierno, como parte de su función genérica de calificación en relación con los documentos de índole parlamentaria que le remita el Gobierno [...]. A partir de la citada función de control del trabajo parlamentario, la Mesa podrá rechazar la falta de conformidad del Ejecutivo en aquellos casos en los cuáles

90

41 I. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, “El veto presupuestario del Gobierno: ¿Mecanismo de bloqueo parlamentario”, *Agenda pública*, 2016, <http://agendapublica.elpais.com/el-veto-presupuestario-del-gobierno-mecanismo-de-bloqueo-parlamentario/>.

42 La Sentencia resuelve los recursos de inconstitucionalidad promovidos en relación a un precepto del Reglamento de la Asamblea de Extremadura que planteaba la disconformidad entre el criterio del Gobierno y la interpretación de la Mesa de la Asamblea sobre el uso del veto presupuestario.

43 En este caso, la Sentencia resuelve el recurso de amparo promovido en relación a los Acuerdos de la Mesa del Parlamento Vasco que inadmitieron a trámite la proposición de ley del Grupo Parlamentario Popular sobre modificación de disposiciones legales vigentes sobre el régimen presupuestario de la Comunidad Autónoma.

44 En el escrito de inicio del conflicto se argumenta que el mencionado acuerdo, que rechaza la disconformidad del Gobierno a la tramitación de la iniciativa legislativa, ignora las atribuciones constitucionales del Gobierno. Por su parte, la STC 44/2018, de 26 de abril, resuelve también un conflicto entre órganos constitucionales formulado por el Gobierno de la Nación; en este caso, recae sobre los acuerdos de la Mesa del Congreso que rechazan su veto presupuestario a la tramitación de la proposición de ley sobre la

el Gobierno no haya concretado la afectación al Presupuesto” (FJ 7). El Alto Tribunal concluye que “[...] la apreciación de la Mesa de la Cámara, en el sentido de considerar que la motivación del Gobierno resulta insuficiente para verificar la efectiva conexión de la medida con los ingresos y los gastos públicos, no ha supuesto el menoscabo de la competencia del Ejecutivo en este caso.” (FJ 8).

Esta misma argumentación es utilizada en las SSTC 94 y 139/2018 y 17/2019⁴⁵, que resuelven sendos recursos de amparo respecto a los acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados (adoptados durante la XII Legislatura) que impiden el trámite de la toma en consideración de tres iniciativas legislativas, al aceptar el veto presupuestario de un Gobierno en minoría⁴⁶. El Tribunal Constitucional, tomando como punto de partida la doctrina contenida en las SSTC 34 y 44/2018, aborda la cuestión sobre el control formal —de carácter técnico jurídico, que no plantea dudas— que corresponde a la Mesa en el ejercicio de su función calificadora; y analiza, además, la más compleja cuestión del control material. De hecho, en el caso examinado por la STC 94/2018 la parte recurrente expone, principalmente, la falta de control material en que incurre la Mesa al aceptar la disconformidad gubernamental con una simple remisión a los argumentos esgrimidos por el Ejecutivo. El Tribunal Constitucional insiste en ese doble control que la corresponde a la Mesa en relación a la función de calificación de la iniciativa parlamentaria. En relación al “margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria” que el propio Tribunal ha reconocido a la Mesa, se recuerda que esta puede realizar un pronunciamiento “sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno, siempre y cuando resulte evidente, a la luz de la propia motivación aportada por éste” (STC 94/2018, FJ 5). La Sentencia declara, en relación a este asunto, que la aceptación por la Mesa del veto presupuestario carece de motivación necesaria al no haber verificado adecuadamente si la iniciativa legislativa tenía un impacto real y efectivo sobre el presupuesto en vigor, requisito necesario para el ejercicio del veto. Y, por consiguiente, señala que se ha producido una incorrecta realización de la función de calificación por parte del órgano parlamentario.

4.3. La jurisprudencia sobre los acuerdos “soberanistas” adoptados por la Mesa del Parlamento de Cataluña y la obligación de verificación por parte del órgano parlamentario, más allá de los requisitos formales.

En el complejo problema catalán que se mantiene desde hace años entran en juego, desde el punto de vista jurídico, dos principios o valores fundamentales: de un lado la legalidad en desarrollo de los procesos para establecer las relaciones entre el Estado y las realidades que lo conforman; y, del otro, la legitimidad de quien

91

modificación del Estatuto de los trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de trabajadores subcontratados. En relación a estos asuntos, resulta interesante consultar los documentos e informes de los Servicios Jurídicos del Parlamento emitidos con carácter previo a la formulación de sendos conflictos de atribuciones, publicados por PALOMA MARTÍNEZ SANTA MARÍA bajo el título “Facultades de la Mesa respecto de la calificación y escritos de la disconformidad del gobierno a la tramitación de una proposición de ley”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 106, 2019, pp. 335-547.

45 La STC 94/2018, de 17 de septiembre, resuelve el recurso de amparo promovido por el portavoz del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados frente a la inadmisión por parte de la Mesa (por aceptar el criterio del Gobierno) de someter a la toma en consideración de una proposición de ley para el cierre de las centrales nucleares instaladas en España. La STC 139/2018, de diciembre, resuelve el recurso de amparo promovido por diputados del Grupo Parlamentario Socialista en relación a los acuerdos de la Mesa que impidieron el trámite de la toma en consideración de la proposición de ley sobre modificación de la regulación de la unidad de convivencia en determinadas situaciones, a efectos del acceso y mantenimiento en el percibo de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva. La STC 17/2019, de 11 de febrero, resuelve el recurso de amparo promovido por la portavoz del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso respecto de los acuerdos de la Mesa que rechazan, aceptando el criterio del Gobierno) la toma en consideración de una proposición de ley de reforma del Estatuto de los Trabajadores.

46 En esta etapa se hace un uso creciente del veto presupuestario de las iniciativas legislativas presentadas (tanto en relación a proposiciones presentadas por grupos parlamentarios del Congreso como por las asambleas autonómicas). “El Gobierno suma ya 34 vetos a iniciativas legislativas de la oposición y parlamentos autonómicos”, publicado en *Europapress/España*, 20 de junio de 2017 [<https://www.europapress.es/nacional/noticia-gobierno-suma-ya-34-vetos-iniciativas-legislativas-oposicion-parlamentos-autonomicos-20170620145352.html>]; “La Mesa del Congreso acepta cinco nuevos vetos del Gobierno a iniciativas de la oposición y parlamentos autonómicos”, *La información*, 27 de junio de 2017 [https://www.lainformacion.com/espana/Mesa-Congreso-Gobierno-iniciativas-parlamentos_0_1039397704/].

plantea unas aspiraciones democráticas para decidir su futuro político. La conjugación de ambos principios no resulta imposible⁴⁷. Pero, de momento, no se ha dado con la clave para alcanzar unos consensos mínimos en este asunto. Las diversas resoluciones dictadas por el Parlamento de Cataluña en relación con el derecho a decidir, a partir de 2013, la aprobación de la Ley de consultas de 2014, la celebración de un proceso participativo el 9 de noviembre de 2014, la articulación de procedimientos para preparar la ruptura con el marco jurídico español y la transición a la República, a finales de verano de 2017 y el “referéndum” de 1 de octubre de 2017 son actos políticos que han pasado por el filtro de la Mesa del Parlamento. Cada paso que dan las instituciones catalanas, en esta línea, se paraliza por el Tribunal Constitucional, que anula todas y cada una de las disposiciones y de los actos impugnados.

El conflicto político tiene, también, sus derivadas sobre la organización y funcionamiento de la Mesa del Parlamento de Cataluña. No en vano, para poder ejecutar la hoja de ruta política establecido por el gobierno de la Generalitat, resulta fundamental, como se ha visto, el papel de la Mesa para ordenar los tiempos y la vida parlamentaria⁴⁸. Veamos cuál ha sido la respuesta dada por el alto tribunal en estos asuntos.

Cuando el Tribunal analiza la actuación de la Mesa del Parlamento en relación a los procesos preparatorios del separatismo, recurre a la fundamentación sobre la necesaria comprobación “liminar de la conformidad a derecho de la pretensión deducida” (STC 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 6), a partir de una lectura amplia de las facultades de los órganos rectores. Este es el planteamiento que encontramos en las SSTC 224 y 225/2016 y 71/2017, que resuelven los recursos de amparo promovidos contra los acuerdos de la Mesa del Parlamento de Cataluña de calificación y admisión a trámite de las solicitudes de puesta en marcha de las ponencias rectoras conjuntas para elaborar tres proposiciones de ley de “desarrollo básico del Estatuto de autonomía”. Sobre estos asuntos, los letrados del Parlamento de Cataluña argumentan que existe un margen de flexibilidad de la Mesa a la hora de valorar las materias que deben considerarse incluidas en el ámbito material de desarrollo básico del Estatuto de autonomía. El Ministerio Fiscal apunta que la flexibilidad de la Mesa a la hora de examinar las materias que pueden encajar en esta especialidad del procedimiento legislativo constituye un uso parlamentario sólo en caso de consenso de todos los grupos parlamentarios. Por su parte, el Tribunal Constitucional enseña que “el Reglamento Parlamentario puede establecer que la Mesa extienda su examen de la iniciativa más allá de la estricta verificación de sus requisitos formales, siempre, claro está, que los escritos y documentos parlamentarios girados a la Mesa, sean de control de la actividad de los Ejecutivos o sean de carácter legislativo, vengan, justamente, limitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento Parlamentario pertinente, como es el caso de la calificación...” (STC 224/2016, de 19 de diciembre, FJ 4).

La misma doctrina se mantiene, aunque con alguna modulación, en las SSTC 46 y 47/2018, sobre los Acuerdos de la Mesa que admiten a trámite, respectivamente, la solicitud de comparecencia del Presidente de la Generalitat “para valorar los efectos del referéndum de 1 de octubre” y las propuestas de resolución sobre el “proceso constituyente”. Y se apuntala en las más recientes SSTC 96 y 115/2019, resolutorias, respectivamente, de los recursos de amparo promovidos por diputados del Parlamento en relación a los acuerdos de la Mesa sobre la tramitación de una proposición de ley de modificación de la Ley de presidencia de la Generalitat (aunque, en este caso, el Tribunal que no aprecia una incorrecta función de calificación

47 Así lo entiende el propio Tribunal Constitucional (STC 42/2014) cuando considera que es conforme a la Constitución el “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña”, entendido como una aspiración política que se puede concretar mediante un procedimiento ajustado a la legalidad constitucional, con el respeto a los principios de legitimidad democrática y pluralismo político.

48 Sirvan de ejemplo tan sólo dos recientes noticias sobre el protagonismo que asume la Mesa del Parlamento en la relación a las iniciativas que se plantean en la cámara sobre el proceso soberanista. “Los independentistas retan al Constitucional y pactan una nueva resolución sobre la autodeterminación”, 22 de octubre de 2019”, Directos RTVE, <http://www.rtve.es/noticias/20191022/independentistas-retan-constitucional-pactan-nueva-resolucion-sobre-autodeterminacion/1984020.shtml>; “El Parlament burla al Constitucional y aprueba una moción de la CUP sobre la autodeterminación”, 12 de noviembre de 2019, https://elpais.com/ccaa/2019/11/12/catalunya/1573546556_625007.html. En ambos casos, se hace referencia explícita a la decisiva intervención de la representación colegiada de la Cámara y a los sucesivos requerimientos al presidente del Parlamento y a los miembros de la Mesa para que paralicen o impidan cualquier iniciativa que suponga ignorar la suspensión de los acuerdos de la Mesa del Parlamento de 29 de octubre y 5 de noviembre de 2019 (sobre el derecho a la autodeterminación y el objetivo de la independencia).

de la Mesa); y sobre la calificación y admisión a trámite de una moción que reitera los objetivos de una resolución previa, declarada inconstitucional. En estas resoluciones se aborda la actuación de la Mesa en relación a las iniciativas con la que se reiteran objetivos ya declarados nulos. En concreto, el alto tribunal entiende que en los asuntos examinados se impone al órgano parlamentario una obligación de inadmitir a trámite determinadas iniciativas que suponen un incumplimiento manifiesto de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Especialmente relevante es el enfoque que, en la última sentencia mencionada, el alto tribunal confiere a las mesas como órganos parlamentarios que responden a los equilibrios entre mayorías y minorías. La STC 115/2019, de 16 de octubre, se refiere, en el FJ 3, a la conflictividad “entre los grupos parlamentarios minoritarios y los grupos parlamentarios de la mayoría parlamentaria” y da a entender que la Mesa [sin referirse a ella expresamente], con sus decisiones, ha terciado en “la confrontación entre posiciones mayoritarias y minoritarias”. En el FJ 4, leemos, además, que “los órganos parlamentarios responden también a los equilibrios que, dentro de la cámara, se dan entre las mayorías y las minorías y que, por tanto, las decisiones de dichos órganos son expresión de las decisiones de las mayorías políticas que los conforman. Por eso, cuando se recurren decisiones de los órganos parlamentarios, por considerarlas limitativas de los derechos de participación política de quienes integran los grupos minoritarios, ha de tenerse en cuenta que tales decisiones son asimismo expresión de los derechos de participación política de quienes conforman la mayoría.” (FJ 4). Con lo cual, el Tribunal parece otorgar a la Mesa, además de su carácter marcadamente institucional, un cierto perfil político conformado a partir de la mayoría de escaños en el Parlamento.

III. CONCLUSIONES.

La adecuada ordenación de los órganos de gobierno de las asambleas legislativas es, sin duda, uno de los elementos fundamentales para la buena marcha del parlamentarismo moderno. La más reciente jurisprudencia constitucional parece configurar a la Mesa como un órgano parlamentario que dirime, con sus decisiones, un conflicto entre los grupos parlamentarios mayoritarios y minoritarios y plantea un enfoque en el que los órganos rectores responden a un equilibrio entre mayorías y minorías.

La relevancia institucional y política de los órganos de gobierno parlamentario es máxima, en tanto que al coordinar y dirigir la actividad parlamentaria, constituyen el elemento de cohesión y soporte de los órganos más directamente encargados de la realización de las funciones propiamente parlamentarias. Pese a no ser órganos representativos del poder político, los órganos rectores se conforman a partir de la mayoría parlamentaria. Pero esa participación partidista no debe llevar a extremos absurdos cuando están en juego los derechos fundamentales. El pluralismo ideológico presente en el ámbito parlamentario, con el máximo respecto a las minorías, debe conciliarse con los intereses de la mayoría parlamentaria, a quien corresponde liderar el impulso político.

De la doctrina constitucional parece deducirse que cuando en la decisión de la Mesa se prima el interés político sobre el institucional, la inadmisión de escritos o la admisión de iniciativas puede dar lugar a abusos por parte de los órganos rectores que, además, afectan al ejercicio de la función representativa. La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la potestad de admisión y calificación de las Mesas de las asambleas legislativas reprocha aquellas actuaciones preventivas en algunos casos y proactivas en otros —que, bajo el pretexto del control estrictamente procedimental—, han podido influir el sentido político de determinadas iniciativas, construyendo los derechos fundamentales de los parlamentarios.

EI NUEVO ARTÍCULO 3.2 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL: JUSTIFICACIÓN Y PROBLEMÁTICA

Luis A. Gálvez Muñoz

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Murcia

Sumario:

I. LA REFORMA DE LA LOREG DE 2018 Y EL NUEVO ARTÍCULO 3.2. II. ORIGEN Y FUNDAMENTACIÓN DEL PRECEPTO. III. LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA. LA INSEGURIDAD JURÍDICA COMO CRÍTICA FUNDAMENTAL. IV. OTROS PROBLEMAS.

95

RESUMEN

El nuevo contenido del artículo 3.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, introducido por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma de la misma para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, recoge la prescripción de que “toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”. A su estudio, dada su indudable relevancia se dedica el presente trabajo, que aborda su origen y justificación, así como la problemática que encierra.

Palabras clave:

Derecho de sufragio, elecciones, votación, discapacidad, ley electoral, mesas electorales, junta electoral central.

ABSTRACT

THE NEW ARTICLE 3.2 OF THE ORGANIC LAW OF GENERAL ELECTORAL REGIME: JUSTIFICATION AND PROBLEMS

The new content of article 3.2 of the Organic Law of the General Electoral Regime, introduced by Organic Law 2/2018, of December 5, on the reform of the same to guarantee the right of suffrage for all persons with disabilities, includes the prescription that "all persons may exercise their right to vote actively, consciously, freely and voluntarily, whatever their means of communicating and with the means of support required." To his study, given its undoubted relevance the work is presented, which addresses its origin and justification, as well as the problem that it contains.

Keywords:

Right of suffrage, elections, voting, disability, electoral law, polling stations, central electoral board.

I. LA REFORMA DE LA LOREG DE 2018 Y EL NUEVO ARTÍCULO 3.2.

Las Cortes Generales aprobaron a finales de 2018, por consenso y tras casi un año y medio de tramitación, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Fue, en gran medida, una sorpresa, dado el bronco y enrarecido clima político que existía en la legislatura y la puesta en marcha en el Congreso de los Diputados de una subcomisión para abordar una reforma amplia de la LOREG, pero la presión del movimiento asociativo de la discapacidad, que actuó con determinación a la par que con flexibilidad, y el deseo de los diferentes partidos de cerrar esta reforma y desvincularla de la lucha partidista de otras cuestiones, terminaron por imponerse.

El objetivo que se perseguía con la reforma era erradicar de nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad –prevista en el artículo 3.1 de la LOREG y desarrollada en el artículo 3.2 de la misma– de privar por decisión judicial del ejercicio del derecho de sufragio a las personas sometidas a un proceso de modificación de su capacidad de obrar o de internamiento en un hospital psiquiátrico¹, así como, de forma complementaria, reintegrar en su derecho de sufragio a las personas que en el momento de la entrada en vigor de la Ley se encontraran privadas del mismo por aplicación de la anterior regulación². No obstante, durante la tramitación parlamentaria, además de dicha erradicación y reintegro, se introdujo como nuevo contenido del artículo 3.2 una prescripción general sobre el ejercicio de este derecho, la de que “toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”.

Es en este segundo elemento de la reforma en el que queremos poner el foco en este trabajo. Es innegable el gran interés que tiene la supresión de la facultad judicial de privación del ejercicio del derecho de sufragio y del reintegro del mismo a los afectados –y que por ello ha concitado la atención de políticos, medios de comunicación, opinión pública y académicos–, pero también lo tiene la nueva disposición del artículo 3.2, y no menor, dada su vocación de permanencia en el texto de la ley, con proyección hacia el futuro, más allá del carácter de acto aplicativo único, temporalmente limitado, que presenta, en cierto modo, el resto de la Ley de reforma³. Nos proponemos por ello abordar ahora un examen general del artículo 3.2 de la LOREG, de aproximación inicial, dados los escasos seis meses transcurridos desde la reforma, y que pretende indagar en su origen y justificación, así como en los problemas que, de partida, cabe advertir en él.

97

1 El artículo 3.1 de la LOREG señalaba en los apartados b) y c) que “carecen de derecho de sufragio” “los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio” y “los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”. Y, seguidamente, el artículo 3.2 disponía para su aplicación que “a los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio y que en el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”.

2 Este reintegro se produjo mediante la introducción en la LOREG de una nueva disposición adicional, la octava, cuyo texto dice así: “A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley”.

3 No ha habido tiempo apenas, en los pocos meses transcurridos desde la aprobación de la norma, de que surja una literatura científica reseñable, pero los académicos y aplicadores del Derecho han expresado su opinión en reuniones científicas y blogs. Así, vid. MARTA LEÓN ALONSO, “La capacidad jurídica como requisito para ejercer el sufragio. Una revisión crítica de la reforma electoral para la supresión de los límites al derecho de voto de las personas con discapacidad de obrar”.

II. ORIGEN Y FUNDAMENTACIÓN DEL PRECEPTO.

La primera pregunta que surge al enfrentarse al nuevo artículo 3.2 de la LOREG, una vez desprovisto de toda referencia al régimen de privación del ejercicio del sufragio a las personas sometidas a un proceso de modificación de capacidad o de internamiento en un hospital psiquiátrico, es la de su justificación, pues nos orientará sobre su interpretación y aplicación. ¿Cómo surgió y con qué finalidad la prescripción de que “toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”?

Este párrafo no figuraba en el texto inicial de la proposición de ley aprobada por la Asamblea de Madrid y remitido al Congreso de los Diputados para su tramitación, que es el origen de la reforma que estudiamos, y que se limitaba, simple y radicalmente, a dicha eliminación de las restricciones del sufragio y a su aplicación retroactiva⁴. Fue introducido en el trámite de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados a través de una enmienda transaccional presentada por el Grupo Parlamentario Popular⁵, tras rechazar la Ponencia las enmiendas en las que este grupo propugnaba una reforma alternativa de la materia –la restricción del sufragio de quienes se encontraran sometidos a un proceso de modificación de capacidad o internamiento psiquiátrico⁶, consistente en reducir la posibilidad de privar del ejercicio del derecho de voto al supuesto de “carecer de conciencia o absoluta de capacidad de conocimiento o decisión que (les) impida el ejercicio de tal derecho” y en introducir mayores garantías en la intervención judicial, al exigirse de manera expresa que el pronunciamiento sobre la falta de capacidad para el ejercicio del derecho de sufragio que haya de realizar el juez competente en el procedimiento de modificación de capacidad o internamiento se haga “de forma motivada, evaluando de forma individualizada este tipo de falta de capacidad”⁷.

Con esta enmienda transaccional el Grupo Parlamentario Popular trataba, obviamente, de amortiguar los efectos de la pura y simple derogación de los apartados b) y c) del artículo 3.1 de la LOREG, que prevenían la privación del ejercicio del derecho de sufragio en el curso de un proceso de modificación de capacidad o internamiento psiquiátrico. Su justificación no figura en la exposición de motivos de la ley de reforma, pues ésta no experimentó cambio alguno durante la tramitación respecto del texto inicial⁸, pero sí hay alusiones a ella en el debate parlamentario. Así, el representante del Grupo Parlamentario Popular, el diputado Ignacio Tremiño Gómez, señaló que la enmienda –el nuevo texto del artículo 3.2 de la LOREG– reforzaba el derecho de sufragio de todos los electores sin resultar discriminatoria para las personas con discapacidad al dirigirse a todos los ciudadanos. Atendamos sus palabras en el debate final de la ley en el Congreso de los Diputados:

98

judicialmente modificada”, IV Congreso Internacional del Seminario Italo-español sobre las Perspectivas del constitucionalismo contemporáneo, Mesa “Principio democrático y reformas electorales”, Universidad de Murcia, 29 de noviembre de 2018 (en proceso de publicación), 2018; LUISA M^a GÓMEZ GARRIDO, “El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual”, *Almacén de derecho* (blog), 28 de diciembre de 2018, disponible en <https://almacenederecho.org/el-derecho-de-sufragio-activo-de-las-personas-con-minusvalia-intelectual>, 2018; y LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ, “Un análisis crítico de la actual regulación del derecho de sufragio”, en *Seminario Derecho de sufragio y discapacidad, celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales el 3 de abril de 2019*, resumen accesible en <http://www.cepc.gob.es/actividades/agenda/2019/03/06/seminario-derecho-de-sufragio-y-discapacidad>, 2019.

4 *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, núm. 150-1, 8 de septiembre de 2017.

5 Vid. *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, Constitucional, XII Legislatura, núm. 620, 10 de octubre de 2018, pág. 2.

6 *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, núm. 150-4, 16 de marzo de 2018, enmienda núm. 1.

7 Además, el Grupo Parlamentario Popular propuso incorporar en el ámbito del derecho de sufragio pasivo un precepto semejante al del derecho de sufragio activo, aunque con la matización de que en este caso se especifica la causa de la falta de capacidad para el ejercicio del derecho: “La falta de capacidad de discernimiento de la persona para ejercer las funciones y cargos públicos” (Ibídem).

8 La omisión es sorprendente, pues el cambio no es menor: se pasa de suprimir pura y simplemente el apartado 3.2 de la LOREG (en la proposición de ley inicial) a dotarlo de un nuevo contenido, el de la fórmula que estamos estudiando (en la ley finalmente aprobada).

“La enmienda... dice: toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo consciente, libre y voluntariamente cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera. En ningún momento, señorías, se dice que esto se le exige a las personas con discapacidad. Si es que se le exige a alguien, se le exige a todo el mundo, a todos los ciudadanos por igual, como dice el artículo 29 de la convención, exactamente cumpliendo legal y justamente lo que dice la propia Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad... Señorías, en ningún caso esta enmienda resta, si hace algo es sumar. Suma mucho porque refuerza el derecho de sufragio de todos los electores, suma porque trata por igual a todas las personas, a todos los votantes, a todos los electores, a las personas con discapacidad y a las personas sin discapacidad...”⁹

La enmienda transaccional fue aceptada por los demás grupos políticos, con algunas excepciones iniciales de partidos minoritarios, manifestadas en el trámite de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados¹⁰, aunque algunos de quienes la apoyaron lo hicieron sin mucho convencimiento, con sentido crítico, pues entendían que la norma podía servir como subterfugio para limitar los derechos de las personas con discapacidad intelectual¹¹. No obstante, explicaron que la admitían en aras del consenso y porque lo pedían el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y otras asociaciones de la discapacidad¹². Además, como indicó el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, era difícil oponerse a una norma que predica que el sufragio ha de ser consciente, libre y voluntario¹³.

El nuevo artículo 3.2 de la LOREG es, pues, fruto del consenso: el Partido Popular cedió en su negativa a aceptar la pura y simple eliminación del artículo 3.1, apartados b) y c) (la posibilidad de privar judicialmente del sufragio a quienes están sometidos a un proceso de modificación de capacidad o internamiento psiquiátrico) y otros grupos aceptaron el refuerzo que proponía el Partido Popular sobre el ejercicio del derecho de sufragio (que se realice consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea la forma de comunicarlo y con los apoyos que se precisen). El diputado Marcial Gómez Balsera, del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, lo expresó con gran claridad:

“En cuanto a la enmienda que ha presentado el Grupo Popular, celebramos que haya rebajado sustancialmente el contenido de la que presentó en primera instancia. Lo celebramos porque consideramos que era un tremendo error entrar en aspectos como la capacidad de discernimiento, la posibilidad de manipulación o de influenciar a una persona con discapacidad,

99

9 Vid. *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, XII Legislatura, núm. 157, 18 de octubre de 2018, pág. 38.

10 Fueron Euskal Herria Bildu, del Grupo Parlamentario Mixto, y Esquerra Republica de Catalunya. Por ello, la enmienda transaccional fue aprobada en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados por 35 votos a favor y 2 en contra.

11 Así, los grupos socialista y de Unidos Podemos-En Común Podem-En Marea. Y, tras incorporarse al consenso, Euskal Herria Bildu, del Grupo Parlamentario Mixto, y Esquerra Republica de Catalunya. Vid. sus intervenciones en *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, cit., págs. 3-4, 6-7; *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, cit., págs. 32, 35-36; y *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, núm. 90, 21 de noviembre de 2018, págs. 169, 172-174.

12 Vid. *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, cit., pp. 7-8; *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, cit., pp. 32, 36; y *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado*, Pleno, núm. 90, 21 de noviembre de 2018, págs. 169, 173-174. Por otra parte, sobre el papel protagonista de las asociaciones en esta reforma vid. CARLOS FERNÁNDEZ ESQUER, “La tramitación parlamentaria de la reforma del sufragio de las personas con discapacidad: elementos para un debate”, en Seminario: *Derecho de sufragio y discapacidad*, celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales el 3 de abril de 2019, resumen accesible en <http://www.cepc.gob.es/actividades/agenda/2019/03/06/>, págs. 8-10.

13 Éste -el diputado Ignacio Tremiño Gómez- señaló en su intervención: “... no se exige ni se limita a nadie; al contrario, lo que se dice es que se garantiza el derecho de todas las personas a votar libre, voluntaria y conscientemente, que es un derecho, porque si ustedes votaran en contra de esto, estarían... diciendo que no quieren un voto libre, que no quieren un voto con plena libertad y que no quieren un voto voluntario. Estoy seguro de que eso no es lo que quieren y por eso entiendo que deben apoyar, como ya han dicho aquí, esa enmienda del Partido Popular” (*Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación Permanente, cit., pág. 38).

por la sencilla razón de que estos aspectos también están presentes en el voto de cualquier persona, tenga o no discapacidad. Entendemos que la redacción presentada hoy —aunque sigamos considerándola innecesaria— no supone ningún menoscabo de derechos, solo declara y formula de manera genérica las condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio, y lo hace para todas las personas, sin discriminación —esto es muy importante, para todas las personas, sin discriminación—; además, acierta al recoger que el derecho de sufragio podrá ejercerse con los apoyos que se requieran. Por tanto, podemos asumir dicha enmienda en aras de alcanzar un mayor consenso”¹⁴.

Finalmente, conviene templar algo el alcance con el que se presenta a la vida electoral el artículo 3.2 de la LOREG, pues el mismo, realmente, no parece tan innovador como se deduce de la tramitación parlamentaria. Basta para ello con recordar que el artículo 4 de la LOREG sienta el ejercicio personal del sufragio, el artículo 5 proclama su libertad, voluntariedad y secreto; los artículos 72 y 87 regulan apoyos para electores con dificultades para ejercer el sufragio de forma ordinaria (utilización de representante en caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud de voto por correo, auxilio de persona de confianza para confeccionar el voto por parte de quienes no sepan leer o tengan dificultades físicas manipulativas, voto autónomo adaptado para los ciegos), el artículo 91 atribuye a los presidentes de las mesas electorales la autoridad exclusiva para garantizar la libertad de los electores en los locales electorales y el artículo 146 sanciona penalmente el uso de violencia o intimidación para presionar a los electores en el ejercicio de su sufragio¹⁵.

III. LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA. LA INSEGURIDAD JURÍDICA COMO CRÍTICA FUNDAMENTAL

El examen que acabamos de realizar sobre el origen y la finalidad de la norma pone de relieve el destacado papel del consenso en su aprobación. Este método de trabajo es, en principio, positivo, pues refuerza la legitimidad de la regulación que se aprueba, facilita su aceptación por la sociedad y la dota de más posibilidades de estabilidad, elementos de especial valor en el terreno electoral¹⁶, pero no dice nada en realidad sobre la bondad intrínseca de la norma.

Y ésta es, a nuestro juicio, una norma con graves carencias. Como pasa tantas veces en la vida, tras las negociaciones y cesiones mutuas, se acaba yendo a un sitio donde nadie quería realmente estar y sobre el que no se ha meditado mucho, pero la estancia es ya inevitable y las inconveniencias también.

¿Qué problemas en concreto plantea la norma? Son varios y de diverso grado y naturaleza, aunque la mayoría guardan una estrecha relación. Vamos a verlos, comenzando por el de mayor calado de todos, el de la inseguridad jurídica que genera, y que cabe considerar, en cierto modo, como el *punctum dolens* de la norma.

La seguridad jurídica, garantizada por el artículo 9.3 de la CE, supone, como es sabido, la certidumbre del Derecho, la previsibilidad razonable de lo mandado o prohibido en las normas jurídicas, el saber, en definitiva, a qué atenemos en la esfera jurídica¹⁷. Y esto es algo que le falta ostensiblemente al artículo 3.2 de la LOREG, como ya advirtieron con preocupación algunos diputados y senadores durante la tramitación parlamentaria de la ley¹⁸, pues no está nada claro su alcance, que es a lo que obliga en el proceso de votación.

14 Vid. *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, cit., pág. 5.

15 León Alonso, va más allá y señala que el artículo 3.2 de la LOREG tiene “una redacción que resulta innecesaria y algo reiterativa”. Vid. M. LEÓN ALONSO, “La capacidad jurídica como requisito para ejercer el sufragio. Una revisión crítica de la reforma electoral para la supresión de los límites al derecho de voto de las personas con discapacidad de obrar judicialmente modificada”, op. cit., pág. 8.

16 Sobre el valor del consenso en el terreno electoral vid. ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA, “La LOREG y sus reformas”, en BENIGNO PENDÁS GARCÍA (dir.), *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, Tomo 4, 2018, pág. 3098.

17 Sobre este importante principio, base del Estado de Derecho, vid. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.

Piénsese con detenimiento: ¿qué significa exactamente que toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera? No se sabe bien. Son muchas las dudas que surgen sobre lo que implica realmente el texto, en especial la exigencia inicial de que el sufragio se ejerza “consciente, libre y voluntariamente”.

Así, en relación con esta concreta exigencia quedan en el aire cuestiones básicas, como quién o quiénes deben aplicarla (¿las mesas electorales?, ¿o, mejor, las juntas electorales de zona?, ¿también los funcionarios de correos y notarios en el caso del voto por correo?), cómo han de hacerlo (¿se interroga elector?, ¿basta la observación externa?, ¿ha de intervenir un médico forense?) y con qué efectos (¿debe la mesa impedir el voto si entiende que el elector no está en condiciones de emitir un voto consciente, libre o voluntario?, ¿deja emitir el voto, pero lo aparta para que decida posteriormente la junta electoral?, ¿permite el voto, pero anota la incidencia con todos los datos?)¹⁹.

Y lo mismo ocurre con la referencia de la parte final del artículo 3.2 de que el elector podrá ejercer su sufragio “cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”. ¿Cuáles pueden ser esas formas de comunicar el voto? y ¿cuáles los medios de apoyo? ¿Se está haciendo remisión con dicha fórmula al voto asistido de los analfabetos y electores con problemas físicos para confeccionar el voto de que habla el artículo 87.1 de la LOREG, así como al voto especial autónomo de los ciegos previsto en el artículo 87.2? ¿O se quiere ir más allá, admitiendo otro tipo de comunicaciones y apoyos menos precisos jurídicamente y con más protagonismo de terceros?

Afortunadamente, la Junta Electoral Central (JEC) ha actuado con rapidez y muy poco después de la primera convocatoria electoral realizada tras la reforma de la LOREG llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre²⁰, dictó una instrucción sobre la aplicación de este precepto. Es la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, aunque una semana después tuvo que ser sustituida por una nueva Instrucción, la 7/2019, de 18 de marzo, con el fin de depurar el sesgo discriminatorio contra las personas con discapacidad que le achacaban las asociaciones de este sector, como el CERMI²¹, y en el que, efectivamente, había incurrido a nuestro juicio²².

Del conjunto de prescripciones e indicaciones que contiene la Instrucción, una vez actualizada, tienen interés para el presente trabajo tres mandatos interpretativos:

- 1 La obligación de las mesas electorales de admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral de la misma, aun en el caso de que algún miembro de la mesa o alguno de los interventores o apoderados adscritos a ella considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria²³.
- 2 La facultad de los miembros de la mesa electoral, así como de los interventores y apoderados de las candidaturas, de dejar constancia en el acta de la sesión de su sospecha de que el voto de determinado elector no se ha ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, tomándose nota del número de su documento nacional de identidad o del documento identificativo que aporte²⁴.

18 Así, la diputada M^a Teresa Arévalo Caraballo, del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Común Podem-En Marea (Vid. *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, cit., p. 6) y la senadora Miren Edurne Gorrochategui Azurmendi, del mismo grupo (*Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado*, cit., pág. 173).

19 Sobre las dificultades interpretativas de la norma vid. LUISA M^a, GÓMEZ GARRIDO, "El derecho de sufragio activo de las personas con discapacidad intelectual", Almacén de derecho (blog), 28 de diciembre de 2018, disponible en <https://almacenderecho.org/el-derecho-de-sufragio-activo-de-las-personas-con-minusvalia-intelectual>, 2018; y LÓPEZ EGEA, MARAVILLAS, "¿Cómo se garantiza el ejercicio de sufragio activo “consciente, libre y voluntario” para personas con discapacidad intelectual?, en *Sepin* (blog), 19 de marzo de 2019, disponible en <https://blog.sepin.es/2019/03/ejercicio-sufragio-activo-discapacidad-intelectual/>, 2019.

20 Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, publicado en el BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2019.

21 Vid el comunicado del CERMI de 12 de marzo de 2019, accesible en <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-reclama-la-junta-electoral-anular-la-instrucci%C3%B3n-que-permite-cuestionar>.

22 Punto 2, párrafo 1, primer inciso, así como punto 2, párrafo 2, primer inciso, de la Instrucción.

23 Punto 2, párrafo 2, de la Instrucción.

24 Punto 2, párrafo 1, segundo inciso, de la Instrucción.

- 3 La posibilidad que tienen las personas con alguna discapacidad de valerse de alguien que les acompañe o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la mesa electoral²⁵.

No vamos a entrar ahora en una valoración detallada de esta Instrucción, pues ello nos llevaría más lejos de la visión general e inicial sobre el nuevo artículo 3.2 de la LOREG que estamos realizando en la antesala de las primeras elecciones en que va tener aplicación²⁶. Basta tan solo señalar de forma sumaria que nuestra opinión es, en términos generales, favorable, con dos excepciones básicas: una, que la admisión del voto no puede ser tan absoluta e incondicionada como señala la JEC, pues el ejercicio del sufragio debe operar sobre una base mínima de lucidez que permita atribuirle formalmente la responsabilidad del voto; y dos, que se obvia totalmente la aplicación del artículo 3.2 de la LOREG en el voto por correo, lo cual carece de toda justificación, salvo la de la mayor complejidad de su articulación.

En todo caso, es preciso dejar constancia de que estamos en el momento inicial de aplicación de la norma. La reforma se ha producido hace muy poco tiempo y la Instrucción de la JEC se ha dictado antes de las primeras elecciones en que se aplicaba. El tiempo permitirá, sin duda, a la JEC y, en su caso, a la jurisdicción contenciosa administrativa y al Tribunal Constitucional, ir perfilando la interpretación del artículo 3.2 de la LOREG, con el apoyo y la crítica, claro está, de la doctrina científica.

IV. OTROS PROBLEMAS.

La situación de inseguridad jurídica creada por efecto de las dudas que suscita la formulación del artículo 3.2 de la LOREG es un problema de enorme relevancia, dada la importancia que tiene el correcto desarrollo de las elecciones para el sistema político, pero no es, como ya apuntamos, el único que plantea este precepto. Hay varios más, todos los cuales guardan una estrecha conexión entre sí.

Los vamos a ver a continuación, aunque con suma brevedad, a fin de mantenernos, en la medida de lo posible, dentro de los márgenes editoriales de extensión de trabajos. Así:

- 1 El surgimiento inevitable de conflictos en la aplicación de la norma, dada la inseguridad jurídica que presenta, la cual, como es sabido, es el mejor caldo de cultivo del conflicto, en especial cuando se opera en asuntos de relieve y con intereses en juego, como sucede con el proceso electoral. Son conflictos que surgirán tanto en el voto directo en las mesas como en la tramitación del voto por correo, y que, en algunos casos, pueden llegar al contencioso-electoral e, incluso, a la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- 2 La existencia de un riesgo evidente de que la exigencia de emisión consciente, libre y voluntaria del sufragio prevista en el artículo 3.2. de la LOREG pueda ser objeto, en algunos casos, de una

102

²⁵ Sobre la valoración de la Instrucción vid. MIGUEL A. PRESNO LINERA, "Breves y aquí urgentes y extraordinarios-apuntes sobre los procesos electorales (3): el ejercicio del voto por personas con alguna discapacidad", *El derecho y el revés* (blog), 14 de marzo de 2019, disponible en <https://presnolinera.wordpress.com/2019/03/14/breves-y-aqui-urgentes-y-extraordinarios-apuntes-sobre-los-procesos-electorales-3-el-ejercicio-del-voto-por-personas-con-alguna-discapacidad>, 2019; M^a. CARMEN BARRANCO AVILÉS, "Democracia, sufragio universal y discapacidad", en *Seminario: Derecho de sufragio y discapacidad*, celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales el 3 de abril de 2019, resumen accesible en <http://www.cepc.gob.es/actividades/agenda/2019/03/06/seminario-derecho-de-sufragio-y-discapacidad>, 2019: 2; M. LEÓN ALONSO, "La capacidad jurídica como requisito para ejercer el sufragio. Una revisión crítica de la reforma electoral para la supresión de los límites al derecho de voto de las personas con discapacidad de obrar judicialmente modificada", op. cit., pág. 5; L. A. GÁLVEZ MUÑOZ, "Un análisis crítico de la actual regulación del derecho de sufragio", op. cit., pág. 12.

²⁶ El punto 2, tercer inciso, de la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, señalaba: "En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral, o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna". En la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, se ha eliminado esta referencia a las personas con discapacidad (punto segundo, párrafo segundo, primer inciso).

²⁷ Vid. sus puntos segundo y cuarto, posteriormente modificados por la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo.

- aplicación discriminatoria contra las personas con discapacidad, en especial la intelectual y mental. La falta de concreción del precepto, su inserción en una reforma legal dedicada a las personas con discapacidad y los prejuicios y estereotipos imperantes en la sociedad lo hacen posible, como le sucedió a la propia JEC en la primera Instrucción que dictó sobre la aplicación de la reforma electoral, la 5/2019, de 11 de marzo²⁷.
- 3 La incapacidad del artículo 3.2 de la LOREG para contribuir de forma apreciable a conseguir que el sufragio se emita de forma consciente, libre y voluntaria, pues la declaración que el precepto hace en tal sentido, además de su escasa novedad –como vimos-, sirve de muy poco si no va acompañada del establecimiento de instrumentos concretos de garantía. Justo lo contrario de lo que ha hecho la reforma electoral, que ha eliminado un valioso instrumento de garantía, como era la posibilidad de privar del ejercicio del sufragio, por falta de capacidad electoral, a las personas sometidas a un proceso de modificación de capacidad o internamiento psiquiátrico, y ello sin perjuicio de que el mismo fuera claramente perfectible y susceptible, por tanto, de reforma²⁸.
 - 4 La insuficiencia, asimismo, del artículo 3.2 de la LOREG para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, lo que devalúa, evidentemente, el sentido igualitario del conjunto de la reforma. El argumento es semejante al desplegado en el punto anterior: no basta con proclamar que el sufragio podrá ejercerse “cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”, sino que es preciso prever y regular mecanismos concretos que garanticen el auxilio al elector con discapacidad –en especial si es intelectual- para que pueden formar y expresar su voluntad electoral de forma adecuada y cumpliendo las condiciones requeridas de conciencia, libertad y voluntariedad.
 - 5 Finalmente, el artículo 3.2 de la LOREG pone de manifiesto la absoluta desatención del legislador hacia el derecho de sufragio pasivo de las personas con discapacidad, a pesar de la importancia que reviste esta faceta del sufragio y del amplio margen que existe de actuación. Así, caben medidas tanto para favorecer la inclusión de estas personas en las listas electorales (con incentivos e incluso cuotas), como para facilitar la realización de sus actividades como candidatos y cargos públicos electivos (con instrumentos de apoyo de diverso tipo)²⁹. Es algo, sin duda, más complicado de gestionar –y costoso económicamente-, pero que no cabe obviar, entre otras cosas porque lo exige la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006³⁰.

28 Con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, un sector de la doctrina se pronunció a favor de reformar este mecanismo en vez de eliminarlo. Vid. SILVIA DÍAZ ALABART, “El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1 del año núm. 96, enero-febrero, 2012, pág. 16; LUIS A. GÁLVEZ MUÑOZ, “El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre-diciembre, 2017, págs. 1081-1082; JUAN GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, “La privación del ejercicio de derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente: comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 31, 2017, págs. 273-274; y JORDI BARRAT ESTEVE, “Discapacitados mentales y participación política: el derecho de sufragio”, en GUILLERMO ESCOBAR ROCA, (ed.), *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad. Actas del III Congreso Internacional del PRADPI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 165-166.

29 Vid. L.A. GÁLVEZ MUÑOZ, “El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia”, op. cit., pág. 1093.

30 Vid al artículo 29.a) de la Convención.

DERECHO A LOS CUIDADOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

María Holgado González

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide*

Sumario:

I. SERES HUMANOS, SERES INTERDEPENDIENTES. 2. LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO A LA AUTONOMÍA. 3. EL CONTENIDO DEL DERECHO AL CUIDADO. 4. BALANCE Y DESAFÍOS EN MATERIA DE DEPENDENCIA

105

RESUMEN

Han transcurrido trece años desde que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, reconociera el derecho a las personas en situación de dependencia a contar con los medios necesarios que garanticen su autonomía. Sin embargo, la entrada en vigor de la ley no ha resuelto los problemas que rodean la situación de dependencia y que afectan tanto a quienes la padecen directamente como a su entorno familiar. Su aplicación, por otra parte, no ha estado exenta de dificultades, como muestra el hecho de que miles de personas declaradas como dependientes no hayan podido disfrutar aún de los derechos reconocidos en la ley. Se trata de hacer balance de los logros acometidos por esta norma y de los desafíos que aún deben afrontarse en este ámbito en relación con la consecución de la igualdad real y efectiva y la participación en la vida social de las personas en situación de dependencia.

Palabras clave:

Dependencia, derecho a la autonomía, derecho a los cuidados, igualdad y género

ABSTRACT

DEPENDENCY AND RIGHT TO BE CARED

Act 39/2006, of December 14th, consecrated, thirteen years ago, the right for people in situation of dependency to have the necessary means that guarantee their personal autonomy. Nevertheless, the approval of this Act has not resolved the problems surrounding the situation of dependency, that affect not only those who suffer it directly but also their family environment. Its application, on the other hand, has not been without difficulties, as evidenced by the fact that thousands of people declared as dependents have not yet been able to enjoy the rights recognized in the law. The aim is to take stock of the achievements made by the law and the challenges that still have to be faced in order to achieve a real and effective equality and participation in the social life of people in situation of dependency.

Key words:

Dependency, right to personal autonomy, right to be cared, equality and gender.

I. SERES HUMANOS, SERES INTERDEPENDIENTES.

Todas las personas, desde nuestro nacimiento, hemos precisado del cuidado y atención de otras. Hemos vivido, por tanto, una cierta situación de *dependencia*. Como seres humanos estamos expuestos, a lo largo de la vida, a vicisitudes de especial vulnerabilidad en las que necesitaremos del auxilio o cuidado de otros: somos susceptibles de caer enfermos, sufrir accidentes y estamos llamados a envejecer. Finalmente, en nuestro proceso vital casi indefectiblemente nos veremos afectados por la dependencia, ya sea como personas necesitadas de cuidados o como personas cuidadoras. En este sentido, se ha empleado, con acierto, la expresión de “ciudadanía”¹ para poner de manifiesto la cualidad de las personas como seres interdependientes, que vivimos precisamente por ello en sociedad, y situar el principio de solidaridad como motor que debe regir dichas relaciones de interdependencia. Desde el enfoque de las capacidades, que pone el énfasis en las formas complejas de interdependencia entre las personas y sus medios materiales, sociales y políticos, se busca reconocer la condición humana y no ocultarse de ella².

La necesidad de cuidados no se había incluido, hasta ahora, entre los principales temas de la agenda política, entre otras cosas, porque se consideraba un problema en buena parte resuelto en el ámbito doméstico o familiar. Es cierto que la legislación se ocupaba de algunas situaciones de dependencia, especialmente en la medida en que incidían en el ámbito laboral (incapacidad permanente, gran invalidez), pero no desde la perspectiva de la autonomía para la realización de actividades básicas de la vida diaria. Fuera, por tanto, de tales situaciones, la dependencia quedaba al margen de la actuación política. Como un asunto, por tanto, individual, que afectaba a determinadas personas y que hallaba solución en su círculo familiar más próximo. O si no la encontraba, el Estado no intervenía, en principio, sobre esta realidad.

La dependencia pasa ser considerada asunto de interés social sobre el que el Estado debe intervenir cuando se convierte en un problema mayor motivado por varias causas: De un lado, el considerable aumento de la población en situación de dependencia y que previsiblemente no va a dejar de crecer, como consecuencia de la mayor esperanza de vida alcanzada y del avance de la medicina con tratamientos que logran una mayor supervivencia frente a las enfermedades, aunque no consigan evitar sus secuelas discapacitantes. De otro lado, la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo -habiéndose sido ellas las que hasta entonces asumían en exclusiva el cuidado de las personas dependientes de la familia- junto con los cambios experimentados en los actuales modos de vida (reducción del tamaño de las familias, dispersión geográfica de sus miembros, falta de tiempo, dificultades para conciliar el cuidado de hijos pequeños con el de personas dependientes mayores, etc.).

Esta realidad parece presagiar que la solución doméstica a la necesidad de cuidado de las personas dependientes no va a seguir estando disponible por mucho tiempo o no, al menos, en las mismas condiciones. Parte de la solución comienza por que hombres y mujeres asuman de forma equitativa la responsabilidad del cuidado de las personas dependientes y de todo lo doméstico. Por más que resulte de una lógica tan aplastante y fácil formulación, la realidad es tozuda y la distribución de roles entre mujeres y hombres se resiste a un cambio tan sustancial³. Pero, incluso logrando la corresponsabilidad y consiguiente reparto equitativo de lo doméstico, no sería suficiente para garantizar una calidad en el cuidado y atención de las personas dependientes compatible con el desarrollo personal de las personas cuidadoras, siendo necesarias políticas públicas de atención a la dependencia. Tampoco se cubriría la situación de aquellas personas dependientes sin familia o sin una red social de apoyo, problema a tomar en consideración a la vista del crecimiento del número de personas que viven solas.

1 Cfr. BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ, “Hacia un Estado postpatriarcal: Feminismo y ciudadanía”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 149, 2010, págs. 87-122.

2 Interesante el análisis del enfoque de las capacidades de Monereo, que lo considera “particularmente adecuado para proveer el núcleo central a una sociedad que busca reconocer la condición humana (que incluye la animalidad, mortalidad y finitud) en vez de ocultarse de ella, llamando en su ayuda a la vergüenza y a la repugnancia”. Vid. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, “El Modelo de protección de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, *Documentación Administrativa*, n° 276-277, 2007, págs. 596 y ss.

3 El reparto equitativo del trabajo doméstico es la clave de la cuestión, por más que “se intenta obviar una y otra vez”, como señalan M^a CARMEN MARTÍN CANO, y SUSANA RUIZ SEISDEDOS, “La Ley de Dependencia: una mirada con perspectiva de género”, *Documentos de Trabajo Social*, 48, 2010, pág. 95.

Las reivindicaciones de plataformas representantes de personas dependientes, movimientos feministas y el impulso de instrumentos de carácter internacional como la Recomendación n.º (98) 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la dependencia⁴, contribuirían finalmente a la aprobación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Una ley que supondría, sin duda, un avance en el reconocimiento y garantía de un derecho social tan relevante, pero que, tras trece años de vigencia, no ha resuelto muchos de los problemas que pretendía afrontar, como muestran los datos sobre el número de personas con derecho a una atención por dependencia y que aún no la han percibido⁵.

II. LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO SUBJETIVO A LA AUTONOMÍA.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia o Ley de Dependencia (en adelante LAAD) nació con el propósito de abordar la cuestión de la dependencia humana de manera integral, haciendo de ella y de los cuidados que exige objeto de actuación del poder público. A tal fin, consagró un “derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”⁶. Y lo hizo partiendo de un concepto de dependencia definido como “estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”⁷.

A tal fin, para garantizar la igualdad de las personas que se encuentren en esta situación de necesidad de cuidado y auxilio de otros para actividades básicas de la vida, la ley crea “un sistema para la autonomía y atención a la dependencia con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas” y, a su vez, garantiza “un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español”⁸.

Sin duda, la principal aportación de la Ley de Dependencia⁹ es el establecimiento por primera vez, en el ámbito de los servicios sociales, de un “derecho subjetivo de ciudadanía”, dando la categoría de derechos a determinados servicios sociales relacionados con la dependencia. Esto supone elevar a la persona en situación de dependencia a la posición de verdadero titular y sujeto activo de un derecho directamente ejercitable, y no de mero sujeto pasivo u objeto receptor de una acción pública social paternalista¹⁰. Con ello queda reafirmada su posición de “sujetos activos que comparten con el conjunto de personas el estatuto

4 Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998.

5 De acuerdo con el XIX Dictamen del Observatorio Estatal para la Dependencia, de 1 de marzo de 2019, el 3% de la población española, 1.400.000 de personas presenta dependencia en alguno de los grados considerados por la Ley. En el mes de febrero de 2019, de acuerdo con los datos reflejados en dicho informe, 268.110 no habían recibido ninguna prestación a pesar de tener derecho a ella, y haber sido reconocidas como dependientes.

6 Artículo 1 LAAD.

7 Artículo 2.2 LAAD.

8 Artículo 1.1 LAAD.

9 Son numerosos los estudios que se han centrado en el análisis de la regulación legal de la dependencia. Vid. A. MONTOYA MELGAR, dir., *La protección de las personas dependientes: comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007; JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, coord., *La protección jurídica de las situaciones de dependencia: estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007; ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO, dir. (2008), *Comentario sistemático de la Ley de la dependencia: Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y normas autonómicas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor; SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, (2010), *Informe sobre la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid; FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ, *Ley de dependencia: estudio de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sobre promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, entre otros.

10 Aunque, en otro sentido, Porrás Nadales plantea cómo la subjetivización de los derechos sociales puede constituir un cierto

jurídico de plena ciudadanía para un ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad”¹¹.

Se trata de un logro destacable, teniendo presente la débil exigibilidad de derechos sociales en los que los cuidados y autonomía de las personas dependientes podrían tener anclaje. Efectivamente, la situación de dependencia suele ir ligada a la falta de autonomía por envejecimiento o debida a las secuelas incapacitantes de una enfermedad, por lo que afecta especialmente a dos colectivos objeto de especial atención constitucional al enunciar los principios que deben regir la política social y económica: las personas ancianas (art. 50 CE) y las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial (art. 49 CE)¹². A diferencia de los derechos subjetivos fundamentales, realizables directamente y protegibles de inmediato por los órganos jurisdiccionales, tales derechos sociales se conciben como mandatos jurídico-objetivos dirigidos básicamente al legislador y a la Administración, con capacidad para determinar cómo satisfacer su ejercicio: mandatos de optimización que pueden cumplirse en diferente grado¹³. En este sentido, la Ley de Dependencia vendría, por tanto, a dar concreción a tales principios rectores que, de acuerdo con una lectura formalista del artículo 53.3 CE, carecen de la eficacia directa o efectividad inmediata propia de los derechos fundamentales¹⁴.

Ciertamente, esta lectura formalista del artículo 53.3 CE ha sido cuestionada doctrinalmente¹⁵, defendiendo la identidad estructural entre los derechos civiles y políticos (tradicionalmente concebidos como derechos de libertad) y los derechos económicos, sociales y culturales (considerados de forma clásica como derechos de prestación), desde el momento en que también entre los derechos civiles encontramos algunos que requieren de la necesaria intervención del Estado para su realización (derecho al sufragio, derecho a la tutela judicial, etc.)¹⁶. Sin olvidar que la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, investida de fuerza jurídicamente vinculante por virtud del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, parte precisamente de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales.

Precisamente, la interdependencia de los derechos se ha puesto de manifiesto en algunas resoluciones del Tribunal Constitucional que han establecido una clara conexión entre principios rectores y derechos fundamentales, permitiendo de este modo que los derechos sociales alcancen una mayor efectividad. Tal ha sido el caso del derecho a un medioambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45 CE) cuando se ha conectado con el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE)¹⁷; o el

obstáculo para alcanzar la vigencia efectiva de los mismos cuando se exigen actividades prestacionales efectivas por parte de los poderes públicos. Vid. ANTONIO PORRAS NADALES, “Sobre el Estado social y los derechos sociales en la perspectiva contemporánea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 30-31, 2016, págs. 225-244.

11 Cfr. LUIS JIMENA QUESADA, “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en ID. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 1409.

12 Precisamente en estos dos principios rectores se apoya el Tribunal Constitucional al legitimar la acción del Estado sobre la dependencia. El TC se ha referido al Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia como “un sistema público y universal de prestaciones económicas y de servicios para hacer efectivo el derecho subjetivo de todo ciudadano, basado en los artículos 49 y 50 CE” (STC 27/2017, de 16 de febrero, FJ.3.a). En el mismo sentido se pronuncia en las SSTC 33/2014, de 27 de febrero, FJ 4 y 18/2016, de 4 de febrero, FJ 7.b).

13 Cfr. ROBERT ALEXYS, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pág. 20.

14 Cfr. MANUEL TEROL BECERRA, “Treinta años de desarrollo constitucional y legislativo de los derechos sociales: derechos ciudadanos y principios rectores”, *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 56.

15 En este sentido, Escobar señala que “si un derecho cuenta con las dos garantías típicas de la Constitución normativa (vinculación del legislador y tutela judicial directa) es ya un derecho fundamental, con independencia del lugar de la Constitución donde se encuentre”, vid. GUILLERMO ESCOBAR ROCA, “Los derechos fundamentales sociales de prestación”, en ID. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 462. Revenga sostiene que “una cosa es tener cerrada la vía del amparo para la protección de ciertos derechos, y otra muy distinta extraer de tal exclusión un juicio global de carácter negativo sobre el alcance, la efectividad y hasta el estatuto constitucional de los mismos”, vid. MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, “Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 21, 2009, pág. 103.

16 Desde esta visión, todos los derechos, en suma, comportarían el Estado un complejo de obligaciones negativas y positivas a fin de garantizar su ejercicio. Cfr. VÍCTOR ABRAMOVICH y CHARLES COURTIS., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2012; GERARDO PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, págs. 111 y ss.)

17 Vid. STC 119/2001, de 24 de mayo.

derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE) en conexión con el derecho a la vida (artículo 15 CE)¹⁸. Idéntica conexión podría darse en el caso de la situación de dependencia que sufren personas ancianas y personas con discapacidad con el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE), teniendo presente que la Constitución garantiza una vida digna (artículo 10.1 CE) y conectándolo también con el derecho a la igualdad y no discriminación por circunstancias personales (artículos 14 y 9.2 CE). Derechos que debemos interpretar a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados internacionales, de conformidad con el artículo 10.2 CE. En este sentido, encontramos “el derecho a un nivel de vida adecuado” reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁹ y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰, que además procura la “mejora continua de las condiciones de existencia”; el derecho de las personas ancianas “a llevar una vida independiente” en el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea²¹ de 1988; el derecho de las personas con discapacidad “a vivir de forma independiente y ser incluidas en la sociedad” en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²², de 2006; y el derecho a la protección en el caso de la dependencia en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007* y más expresamente el derecho de las personas a “recibir los cuidados que exija su estado” en la Carta Social Europea²³.

Aunque lo deseable sería una nueva redacción y reordenación de los derechos reconocidos en nuestro texto constitucional -para adaptarse a la realidad de nuestro tiempo, evitar expresiones que pueden resultar denigrantes (“minusválidos”) o terminar con la sorprendente diferente posición que ocupan el derecho a la fundación (art. 34 CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE), por ejemplo-, no parece que la reforma de la Constitución vaya a poder producirse en un futuro próximo. En un contexto ideal sería preferible la reubicación de los derechos sociales en la categoría de derechos fundamentales mediante la reforma de la Constitución, incorporando además entre ellos el derecho al cuidado como un “nuevo derecho social fundamental²⁴. Social por cuanto se refiere a la prestación de atender y facilitar el bienestar de las personas, y fundamental porque es esencial para una vida digna. En el momento actual y en tanto dicha reforma constitucional no se lleve a cabo, el reto habrá de situarse en la defensa de la eficacia y fundamentalidad del derecho social al cuidado a través de otros cauces.

En este sentido, gracias a la aprobación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia estamos ante un nuevo derecho social que, configurado como “derecho subjetivo de ciudadanía”, aunque no se encuentre constitucionalizado sí es exigible precisamente por ese desarrollo normativo y puede encontrar un grado adicional de garantía en conexión con los derechos

18 *Vid.* STC 160/2007, de 2 de julio.

19 El artículo 25.1 DUDH reconoce a toda persona “el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial...la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

20 El artículo 11.1 PIDESC proclama que los Estados partes reconocen “el derecho de toda persona a un a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia, y que han de tomar las medidas apropiadas para asegurar la efectividad de ese derecho”.

21 Dicho Protocolo establece, en la parte II, artículo 4, que las Partes se comprometen a permitir “a las personas ancianas escoger libremente su modo de vida y llevar una vida independiente en su entorno habitual durante todo el tiempo que lo deseen y que sea posible, mediante, entre otras acciones, la asistencia sanitaria y los servicios que su estado requiera, así como a garantizar a las personas ancianas que viven en instituciones, la asistencia apropiada dentro del respeto a su vida privada”.

22 El artículo 19 CDPD reconoce el derecho de éstas “a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad” y, en consecuencia, obliga a los Estados parte a tomar medidas para que “las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta”.

23 El artículo 13 CSE recoge el derecho de las personas sin recursos suficientes “el derecho a una asistencia social y médica adecuada y, en caso de enfermedad, a recibir los cuidados que exija su estado, para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar”.

24 Marrades aboga por introducir “un derecho al cuidado, que va más allá del derecho a la salud, y que es una proyección del derecho a la vida, del derecho a una vida digna y que podría incluir no sólo el derecho a ser cuidado/a sino también el derecho a cuidar, sin que ello menoscabe otras facetas de la personalidad humana”. *Vid.* ANA MARRADES PUIG, “Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional”, *Revista de Derecho Político*, n° 97, pág. 223.

fundamentales a la vida e integridad física y moral y a la igualdad y no discriminación²⁵. De este modo, la línea de separación entre derechos fundamentales y principios rectores se va haciendo cada vez más tenue, como señala CASCAJO, quien apuesta por no refugiarnos en una “lectura simplista del artículo 53.3 CE”²⁶ y, en su lugar, considerar el modo a través del cual los desarrollos normativos han ido moldeando el régimen jurídico de estos derechos²⁷.

No se nos oculta que la idea de un *continuum* de derechos plantea el problema de si el Estado se encuentra en condiciones de soportar la exigibilidad inmediata de todos ellos en la medida en que los recursos económicos no son ilimitados. Y mucho más en tiempos de crisis o recesión económica. Aunque, cuando se afirma que el condicionante económico de los derechos sociales impide su eficacia directa, se olvida, que su justiciabilidad y coste financiero son semejantes a los clásicos derechos fundamentales de libertad²⁸. Pero, además, quizás se esté identificando, de forma simplista, la obligación positiva que generan los derechos sociales con la idea de prestación y coste económico para el Estado. Y es que el Estado puede asegurar el derecho a través de otros medios, implicando a otros sujetos obligados: bien a través de normas facultativas o que concedan relevancia a una situación determinada (protección jurídica a la familia) atribuyéndole consecuencias jurídicas; bien a través de normas que restrinjan o limiten las facultades de otras personas o les impongan, incluso, obligaciones (excedencia por cuidado de familiares). Y, en fin, el Estado puede cumplir con su obligación prestando los servicios no sólo en régimen exclusivo, sino también a través de formas mixtas de cobertura (en colaboración con el Tercer Sector).

Quizás la clave está en fijar niveles esenciales de cumplimiento, dejando a los distintos sistemas que caracterizan al constitucionalismo multinivel la determinación de las políticas propias para alcanzar dichos estándares²⁹. Reconociendo, en todo caso, que la limitación de recursos económicos es un factor que condiciona el cumplimiento de tales obligaciones, los poderes públicos habrán de acreditar que han realizado todo el esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos disponibles a fin de satisfacer esas obligaciones mínimas y, aplicando la “teoría de los derechos fundamentales sociales mínimos”, llegado el caso, “restringir el derecho, en el supuesto de no poder hacerlo más extensivo, a aquellas personas que, por sus circunstancias personales y sociales, se encuentren en situación de mayor necesidad de tercera persona y no puedan remediarla con sus propios recursos”³⁰.

Incluso desde las posiciones que sólo ven en los derechos sociales mandatos de optimización se afirma la obligación de progresividad -recogida en textos internacionales (artículo 2.1 PIDESC)- que implica que la satisfacción plena de los derechos sociales se logra de forma gradual, a través de medidas que supongan mejorar las condiciones de su ejercicio. Los poderes públicos han de dar pasos para avanzar progresivamente en su consecución, pero les está prohibido retroceder o empeorar la situación de estos derechos. Se habla así de una obligación de no regresividad que impide reducir los niveles de protección de los derechos sociales o derogarlos³¹. Pues bien, esta obligación de no regresividad puede ser precisamente uno de los elementos justiciables de los derechos sociales que permitan denunciar aquellas actuaciones de los poderes públicos que comporten una manifiesta reducción de los niveles de protección alcanzados en relación con

25 Vid. PEDRO TENORIO SÁNCHEZ, “El Tribunal Constitucional, la cláusula del estado social y los derechos sociales”, en MANUEL TEROL BECERRA, LUIS JIMENA QUESADA, (dir.), *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 135-141.

26 Interesante la alternativa interpretación del artículo 53.3 CE que ofrece ESCOBAR para sustentar la eficacia directa de los derechos sociales recogidos en el capítulo III de la Constitución. Vid. GUILLERMO ESCOBAR ROCA, “Presupuestos de teoría dogmática y constitucional”, en ID. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 296 y ss.

27 Cfr. JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, “Derechos sociales” en ID., et al. (coord.), *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 25-26.

28 Cfr. LUIS JIMENA QUESADA, “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, op. cit., pág. 1408.

29 Cfr. JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, “Los derechos sociales, hoy”, *Revista catalana de dret públic*, n° 38, 2009, pág. 34.

30 Cfr. JOSÉ MARÍA ALONSO SECO y CARMEN ALEMÁN BRACHO, “Las prestaciones de atención a la dependencia y su consideración como derechos sociales”, *Revista de Derecho Político*, n° 100, 2017, pág. 1018.

31 Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 1993, pág.78.

algunos derechos sociales. Y la Ley de Dependencia, con el establecimiento de este nuevo derecho subjetivo de ciudadanía constituye, sin duda, un paso decisivo, sin posibilidad de retorno, para que las políticas de atención a las personas dependientes se conviertan en derechos sociales, en derechos humanos sociales fundados en la igualdad y en la justicia³².

La Ley de Dependencia busca, al mismo tiempo, universalizar tal derecho de la ciudadanía, garantizando un nivel mínimo común de protección de todas las personas con independencia del lugar en el que residan, habilitado por el título competencial del artículo 149.1.1 CE que le permite establecer las condiciones básicas³³ que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos³⁴. Estamos, por tanto, ante una ley que opera en la práctica como una “ley marco”, tratando de forma directa, coordinada y específica la dependencia, que hasta entonces había sido objeto de atención parcial e inespecífica por la Seguridad Social y los servicios sociales de las Comunidades Autónomas. Con este propósito crea el Sistema Nacional de Atención a la Dependencia que habrá de responder a una acción coordinada y cooperativa entre todas las Administraciones implicadas: Estado, CC.AA. y Corporaciones Locales. Este nivel mínimo de protección, garantizado a cada uno de los beneficiarios del sistema, constituiría las condiciones básicas del ejercicio del derecho a la autonomía de las personas en situación de dependencia. Condiciones que podrían verse mejoradas por las Comunidades Autónomas en dos niveles más: uno mediante acuerdo entre cada Comunidad Autónoma y el Estado (a través del correspondiente convenio) y otro adicional que puede establecer unilateralmente cada Comunidad Autónoma, a través de su correspondiente legislación y desarrollo reglamentario³⁵, en base a su competencia exclusiva en asistencia social³⁶.

III. EL CONTENIDO DEL DERECHO AL CUIDADO.

El contenido de este nuevo derecho subjetivo va a traducirse en dos tipos de prestaciones: prestaciones en especie, consistentes en el disfrute de un servicio, y prestaciones económicas, consistentes en una cantidad de dinero que se entrega directamente a la persona beneficiaria. Las prestaciones en especie contempladas en la ley son los denominados “servicios de promoción de la autonomía personal y de atención y cuidado”, entre los que se encuentran los programas de prevención y promoción de la autonomía, la teleasistencia, la ayuda a domicilio (para la realización de las actividades básicas de la vida diaria o para las necesidades domésticas o del hogar), los centros de día y de noche (que ofrecen una atención integral durante el periodo diurno o nocturno) y la atención residencial en centros públicos o concertados (que puede tener carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal)³⁷. Dichas prestaciones persiguen promover la autonomía de la persona en situación de dependencia (por ejemplo, la teleasistencia o ayuda a domicilio) pero, al mismo tiempo, se enfocan también como apoyo a las

112

32 Cfr. J. M. ALONSO SECO, y C. ALEMÁN BRACHO, “Las prestaciones de atención a la dependencia y su consideración como derechos sociales”, *op. cit.*, pág. 1019.

33 El TC sostiene la idoneidad del artículo 149.1.1 CE, como título competencial que sirve de fundamento para el reconocimiento de derechos subjetivos de atención a la situación de dependencia, estableciendo, asimismo, la relación de este último título competencial con los principios rectores directamente relacionados con el sistema de atención a la dependencia, como son los artículos 49 y 50 CE (STC 18/2016, de 4 de febrero, FJ 7). Monereo advierte, sin embargo, de las tensiones competenciales y problemas de coordinación a que dará lugar este título competencial (en lugar del artículo 149.1.17 CE) por su “debilidad” frente al del 148.1.20 CE, que confiere la competencia exclusiva de las CCAA en materia de asistencia social y servicios sociales. Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ, “El Modelo de protección de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, *op. cit.*, pág. 625.

34 De acuerdo con el artículo 5 LAAD, titulares de este derecho son los españoles que, teniendo acreditado el estado de dependencia (tras la correspondiente valoración), residan en España y lo hayan hecho durante cinco años, dos de los cuales sean inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

35 Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ “El Modelo de protección de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, *op. cit.*, pág. 624.

36 Artículos 7, 9, 10 y 32 LAAD.

37 Artículos 15.1 y 21 a 25 LAAD.

familias que asumen el cuidado principal de tales personas, facilitando su descanso o respiro y tomando en consideración la posible enfermedad u hospitalización de la persona cuidadora: tal es el caso de los centros de día o de noche o de la estancia temporal en residencias.

Las prestaciones económicas recogidas en la LAAD las recibe la persona en situación de dependencia y están condicionadas al fin para el que son concedidas. Se distinguen, a su vez, tres tipos: prestaciones vinculadas a un servicio, prestaciones para cuidados en el entorno familiar y de apoyo a cuidadores no profesionales y, por último, prestaciones económicas de asistencia personal³⁸. La prestación económica vinculada a un servicio se concederá de manera periódica en aquellos casos en los que no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y la persona beneficiaria tenga que acudir a un servicio privado para el que se destina tal ayuda. La prestación económica para cuidados en el entorno familiar está prevista para cuando el beneficiario esté siendo atendido en su entorno familiar, debiendo la persona cuidadora a la que se destinará tal cantidad económica, ajustarse a las normas sobre cotización a la Seguridad Social determinadas reglamentariamente. Finalmente, la prestación de asistencia personal tiene como finalidad permitir la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, para facilitar al beneficiario una vida más autónoma, tanto en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria, como en el acceso a la educación y al trabajo.

Todas estas prestaciones son incompatibles entre sí: o bien se opta por una de las tres prestaciones económicas, o bien se opta por una de las distintas prestaciones de servicios. Únicamente el servicio de teleasistencia es compatible con cualquier prestación económica o con cualquier otro servicio (salvo el de atención residencial, por razones obvias)³⁹.

El reconocimiento del derecho a un tipo de prestación u otra se determina conforme a un complejo proceso que se inicia a instancia de la propia persona interesada (o de su representante) y que comienza con la valoración de la situación de dependencia por los órganos autonómicos encargados de ello. Esta valoración se realiza de acuerdo con el baremo que se acuerde en el Consejo Territorial de Servicios Sociales y determinará el grado de dependencia: dependencia moderada (grado I), dependencia severa (grado II) y gran dependencia (grado III). A través de un procedimiento participativo en el que se consulta a la persona beneficiaria y, en su caso, a su familia, los servicios sociales autonómicos establecen un Programa Individual de Atención, que contempla las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado⁴⁰.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el sistema de atención a la dependencia configurado en la Ley ha optado abiertamente por las prestaciones asistenciales frente a las monetarias, estableciendo una clara preferencia por la prestación de servicios y considerando excepcionales las prestaciones económicas. Estas últimas actuarán de manera subsidiaria, sólo cuando no sea posible la atención mediante los servicios ofertados públicamente por el sistema. La opción por un modelo preferentemente asistencial podría desplegar efectos positivos, tanto desde una perspectiva de género como desde una perspectiva de la calidad de los cuidados. En efecto, al sustituir al cuidado familiar o informal, que recae mayoritariamente sobre las mujeres y que dificulta -cuando no impide- la inserción, promoción y reincorporación de las mujeres cuidadoras al mercado de trabajo se estaría promoviendo la igualdad de mujeres y hombres⁴¹. Pero, además, se estaría favoreciendo un cuidado profesional y especializado que no siempre pueden ofrecer las familias a sus allegados en situación de dependencia.

Diversos factores, sin embargo, han hecho que la excepcionalidad se convierta en la regla y la tendencia ha sido precisamente la contraria, como habían apuntado algunos autores⁴². De este modo, el criterio de la elección del beneficiario, que mayoritariamente prefiere permanecer en su domicilio y ser atendido por personas de su entorno familiar -pauta generalizada en nuestro contexto socio-cultural-, unida al mayor coste económico de los servicios públicos o concertados, así como a la complejidad de su puesta en

38 Artículos 17 a 19 LAAD.

39 Artículo 25 bis LAAD.

40 Artículos 26, 27, 28 y 29 LAAD.

funcionamiento, ha dado lugar a la generalización de las prestaciones para cuidados en el entorno familiar y de apoyo a cuidadores no profesionales.

Lamentablemente, la consecuencia ha sido la de pasar de una situación de informalidad en los cuidados a una especie de “subempleo”⁴³, por cuanto las personas cuidadoras son sujetos excluidos del ámbito laboral y de la generalidad de las garantías que las normas laborales establecen para la realización de la prestación de servicios. Estamos ante un “efecto perverso”⁴⁴ de la ley. Ciertamente, el legislador había asumido la dependencia y los problemas derivados de esta como un asunto social sobre el que los poderes públicos debían actuar. Y lo hacía reconociendo en la misma Exposición de Motivos que, hasta entonces, el cuidado de las personas dependientes había sido desempeñado por las familias y, sobre todo, por las mujeres, debiendo superarse este sistema con la inclusión de la perspectiva de género como uno de sus principios inspiradores⁴⁵. A pesar de ello, no se ha logrado sino consolidar esta situación de discriminación de las mujeres, que en lugar de salir del ámbito doméstico del cuidado o de la difícil compatibilización de su vida profesional con el cuidado de una persona dependiente⁴⁶, perpetúan ese rol con la solución legal de ser “compensadas” económicamente⁴⁷. Asimismo, a pesar de que la ley pone de manifiesto que el sistema tradicional de atención debe ser revisado si se quiere garantizar “una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan”, el cuidado que finalmente se ha consolidado con la Ley de Dependencia no ha sido un cuidado profesional, de calidad y especializado.

Ante la tozuda realidad de un cuidado informal feminizado⁴⁸ que, lejos de evolucionar hacia un reparto equitativo entre hombres y mujeres, corre el riesgo de perpetuarse con medidas aparentemente protectoras o de auxilio, hay quienes abogan por políticas públicas de apoyo a una tarea tan intensa como prolongada en el tiempo: ya sea flexibilizando el acceso a las prestaciones monetarias, ampliando las medidas de conciliación del trabajo y los cuidados informales mediante excedencias más amplias⁴⁹, o estableciendo un estatuto jurídico del cuidador informal que garantice sus necesidades y que “bien facilite la posibilidad de compatibilizar trabajo con cuidado, bien reconozca la labor del cuidador como asimilada a la del trabajo”⁵⁰. Ahora bien, una cosa es tratar de abordar esta desventajosa situación que incide negativamente sobre la calidad de vida de la población cuidadora afectada, tratando de paliar algunos de sus efectos, y

41 Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ, “El Modelo de protección de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social”, op. cit., pág. 619.

42 *Ibid.*, pág. 622. En el mismo sentido, GREGORIO RODRÍGUEZ CABRERO, “La protección social de la dependencia en España. Un modelo sui generis de desarrollo de los derechos sociales”, *Política y Sociedad*, n° 44, 2, 2007, pág. 74.

43 Cfr. CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, “El régimen *cuasi-profesional* de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualización de un trabajo con rostro de mujer”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 297, 2009, pág. 39.

44 Cfr. BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ, “Hacia un Estado postpatriarcal: Feminismo y ciudadanía”, op. cit., pág. 111.

45 El artículo 3 p) LAAD enuncia entre tales principios “la inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres”.

46 El cuidado es una de las principales razones alegadas por las mujeres a la hora de optar por un empleo a tiempo parcial, lo que incide claramente en la brecha salarial y de pensiones. En España hay 278.100 personas con un empleo a tiempo parcial para poder atender a personas dependientes, una cifra de la que el 95 %, es decir 263.900, son mujeres, frente a tan solo 14.100 hombres, el 5 %. Vid. Submuestra de la última Encuesta de Población Activa del INE, de marzo de 2018 http://www.ine.es/prensa/epa_2017_s.pdf

47 La perpetuación de roles estereotipados o sexistas ha motivado que el Tribunal Constitucional haya declarado la inconstitucionalidad de medidas aparentemente protectoras o de acción positiva (STC 317/1994, de 28 de noviembre)

48 Numerosos estudios publicados así lo confirman y el Observatorio Estatal para la Dependencia viene denunciándolo en sus dictámenes anuales. Vid. El más reciente de 1 de marzo de 2019, número XIX en: <https://www.directoressociales.com/images/Dec2019/INFO%20GLOBAL%20XIX%20DICTAMEN%20V2-2.pdf>

49 Cfr. GREGORIO RODRÍGUEZ CABRERO, “La protección social de la dependencia en España. Un modelo *sui generis* de desarrollo de los derechos sociales”, op. cit., pág. 78.

50 S. González Ortega y M. Navas-Parejo Alonso, “La protección de las situaciones de dependencia personal y el papel del cuidador no profesional, informal o familiar”, en SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, Y CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ, (coord.), *El estatuto jurídico del cuidador de las personas en situación de dependencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, págs. 17-42. Si bien advierten al mismo tiempo que a la hora de configurar tal estatuto jurídico habría que evitar incentivar la autoexclusión del mercado laboral de las mujeres, principales cuidadoras en el contexto actual.

otra considerarlo suficiente. El objetivo final debe ser lograr que la atención a las personas en situación de dependencia sea una responsabilidad equitativamente asumida por la sociedad entre hombres y mujeres, puesto que el cuidado no tiene género, y con la implicación de las instituciones públicas, puesto que no todas las personas cuentan siempre con una red familiar o social en la que apoyarse.

No ha de perderse de vista, en todo caso, la doble perspectiva desde la que el sistema de atención debe afrontar el cuidado de las personas en situación de dependencia: asegurando la atención integral, especializada, de calidad, de las personas dependientes; pero ofreciendo, también, el suficiente apoyo a las personas cuidadoras informales o familiares, que, a día de hoy, siguen siendo el principal medio a través del cual se atiende a la dependencia⁵¹.

IV. BALANCE Y DESAFÍOS EN MATERIA DE DEPENDENCIA.

Tras más de trece años de vigencia de la LAAD, puede decirse que ésta ha dotado de eficacia directa a un derecho social que no se encontraba expresamente reconocido en la Constitución, pero que sí encontraba fundamento en diversos preceptos constitucionales, como los artículos 14 y 9.2 CE (no discriminación e igualdad real y efectiva, 10.1 y 15 CE (derecho a una vida digna), 49 CE (personas con discapacidad) y 50 CE (tercera edad). Y lo hace reconociendo un nivel de protección mínimo común para todas las personas en situación de dependencia residentes en cualquier parte del territorio nacional, garantizando así la igualdad en el ejercicio de este derecho subjetivo de la ciudadanía, tal y como es reconocido. Entre sus aspectos positivos cabe añadir, además, que la LAAD ha contribuido a visibilizar la tarea de los cuidados que venía siendo desempeñada hasta ahora de manera mayoritaria por mujeres, sacando el tema del ámbito estrictamente doméstico y familiar y contribuyendo a su asunción como un asunto de responsabilidad no sólo individual sino también social en el que deben contribuir las distintas Administraciones Públicas.

No obstante, la Ley ha mostrado su mayor debilidad en lo concerniente a su financiación, que se ha visto claramente afectada con reformas que no han respetado el principio de no regresividad de las conquistas sociales y que han supuesto recortes importantes en las cuantías de las prestaciones económicas, reduciendo el nivel mínimo, suprimiendo las cotizaciones de las personas cuidadoras familiares, entre otros retrocesos⁵². Y dando lugar a que, como consecuencia de la insuficiente financiación, muchas personas con una situación de discapacidad valorada y reconocida no lleguen a recibir nunca la prestación a la que tienen derecho⁵³. Precisamente, en época de crisis económica y, consiguientemente, de mayores dificultades para los sectores más vulnerables de la sociedad, la garantía de los derechos sociales no puede debilitarse sino ser una de las prioridades del Estado social de Derecho. Y mucho más si se tiene en cuenta que encuentran su fundamento en la libertad fáctica y en la dignidad humana y su evidente conexión con el principio democrático. Como se ha dicho, los derechos sociales son el sustento vital para el ejercicio de los demás derechos⁵⁴. Una sociedad

51 A tal fin, la LAAD establece en su artículo 18.4 que el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia “promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso”. Un análisis sobre la heterogeneidad de las medidas que las distintas Comunidades Autónomas han previsto en aplicación del artículo 18.4 LAAD puede verse en ESTHER CARRIZOSA PRIETO, “Las medidas autonómicas de promoción y protección de los cuidadores informales”, en SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA y CARMEN CARRERO DOMÍNGUEZ, (coord.), *El estatuto jurídico del cuidador de las personas en situación de dependencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, págs. 131-161. Ante tal heterogeneidad, Carrizosa considera necesario uniformar ciertas medidas de protección, al menos para los casos en que la persona cuidadora informal ha de compatibilizar esta prestación con la realización de una actividad profesional.

52 La mayor parte de estos recortes se llevaron a cabo por la reforma de la LAAD realizada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, llevó a cabo la principal reforma de la LAAD con significativos recortes.

53 Durante 2018 fallecieron sin haber podido ejercer sus derechos derivados de la condición de persona en situación de dependencia 30.400 personas. Esto supone que diariamente fallecen más de 80 personas dependientes sin haber llegado a recibir prestaciones o servicios. *Vid.* XIX Dictamen del Observatorio Estatal para la Dependencia, de 1 de marzo de 2019, pág. 1.

54 Cfr. LUIGI FERRAJOLI, JUAN JOSÉ MORESO, y MANUEL ATIENZA, *La Teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pág. 81.

que propugne la dignidad humana y busque alcanzar la igualdad y libertad real y efectiva de los individuos no puede desentenderse de las personas que precisan del auxilio de otros para realizar las actividades básicas de la vida diaria. La situación de especial vulnerabilidad y necesidad que supone la dependencia ha de ser, por tanto, un asunto social, de atención prioritaria por parte del Estado.

Aunque lo deseable sería que el derecho al cuidado de las personas en situación de dependencia se garantizase expresamente en la Constitución -en una futura, aunque previsiblemente lejana, reforma constitucional-; entre tanto, su positivación como derecho subjetivo de la ciudadanía en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia ha permitido dotarlo de eficacia y justiciabilidad. Siquiera en desarrollo de los principios rectores contenidos en los artículos 49 y 50 CE, y con las limitadas garantías que parece dispensarle el artículo 53.3 CE, lo cierto es que la línea que separa los derechos sociales de los clásicos derechos fundamentales se hace cada vez más tenue y este derecho al cuidado puede encontrar un grado adicional de protección en conexión con los derechos fundamentales a la vida e integridad física y moral y a la igualdad y no discriminación.

Entre los logros de la LAAD se encuentra el de haber contribuido a que la tarea del cuidado deje de ser un asunto estrictamente doméstico o familiar, visibilizando una tarea que, hasta la fecha, ha venido siendo desempeñada de forma abrumadoramente mayoritaria por las mujeres, con el consiguiente coste para el desarrollo de su proyecto profesional y vital. En este sentido, asume la idea de que la dependencia es una responsabilidad que la sociedad debe afrontar equitativamente y en la que tienen que implicarse todas las Administraciones Públicas. Asegurando, además un mínimo nivel de garantías para todas las personas con independencia del lugar donde residan.

La apuesta por un modelo orientado a priorizar las prestaciones en especie, frente a la subsidiariedad de las prestaciones económicas, hacía pensar en resultados importantes desde la perspectiva de la calidad de la atención, de la creación de empleo en el sector de los cuidados o del impacto positivo de género, al sustituir al cuidado exclusivamente familiar o informal. Sin embargo, la realidad en estos más de trece años de vigencia de la Ley ha empañado el optimismo y las expectativas generadas. La excesiva remisión al desarrollo reglamentario y el escaso respeto al principio de no regresividad en los niveles de protección alcanzados por los derechos sociales, permitirían, bajo el pretexto de la crisis económica y las exigencias del déficit, recortes sustanciales que afectaron a las cuantías de las prestaciones y a los servicios prestados. De otro lado, la opción más extendida por los cuidados informales o familiares, convirtieron la excepcionalidad de las prestaciones económicas en la regla, con la consiguiente perpetuación del rol de cuidadoras de las mujeres, normalizándolo además como un subempleo feminizado.

El comprensible deseo de las personas en situación de dependencia de recibir la atención y los cuidados necesarios en su domicilio y su entorno familiar, tan arraigado además en nuestra sociedad y cultura, debe ser tenido en cuenta. No se trata desvincular por completo el cuidado de las personas dependientes del ámbito familiar, en el que además se encuentran implicadas responsabilidades morales y éticas. Sino de modificar la tendencia discriminatoria a que ese conjunto de responsabilidades éticas y familiares recaigan sobre las mujeres. Se hace necesario, por ello, incidir -desde la educación, por supuesto, pero también en otros ámbitos como el laboral-, en que el cuidado no tiene género y que debe ser asumido de forma equitativa. Y el Estado también tiene responsabilidad en el cuidado de las personas en situación de dependencia, para garantizar, de un lado, que reciban una atención suficiente y de calidad que promueva su autonomía, y de otro, que las personas del entorno familiar en quienes recae gran parte de su atención no pierdan tampoco unas mínimas condiciones de calidad de vida en el desempeño de esta responsabilidad.

LA FRAGILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS RECLUSAS

Juan Luis de Diego Arias
UNED

Sumario:

1. EL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA. 2. LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA, UNA NORMA HUMANISTA. 3. LA VICTIMACIÓN TERCIARIA DE LOS CONDENADOS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. 4. LA VULNERABILIDAD VICTIMAL EN LA PRISIÓN. 5. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA COMO INSTRUMENTO PARA PALIAR LA VICTIMACIÓN EN LA PRISIÓN. 6. CONSIDERACIONES FINALES.

117

RESUMEN

En este trabajo se estudia la constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas reclusas. La legislación penitenciaria, al tener como fin primordial la reinserción y la reeducación de los internos, propicia el desarrollo de dichos derechos fundamentales. No obstante, la naturaleza de institución total de la prisión coloca a las personas presas en una situación de vulnerabilidad victimal. Los mecanismos de control independiente, la lucha por la igualdad social, la apertura a la sociedad y la mediación, como reflejo de la justicia restaurativa en la cárcel, pueden aminorar las manifestaciones de abuso de poder frecuentes en las instituciones totales.

Palabras clave:

Derechos fundamentales de las personas presas. Reinserción. Victimación. Institución total. Justicia Restaurativa. Mediación.

ABSTRACT

DEPENDENCY AND RIGHT TO BE CARED

This paper studies the constitutionalization of inmates fundamental rights. Since its primary goal is the reinsertion and re-education of the inmates, the penitentiary legislation propitiates the development of these fundamental rights. Nevertheless, the legal status of total institution of prison sets the prisoners in a situation of victim vulnerability. The mechanisms of independent control, the struggle for social equality, openness to society and mediation, as a reflection of restorative justice in prison, can lessen the abuse of power that frequently occurs in total institutions.

Key words:

Fundamental rights of prisoners. Reinsertion. Victimization. Total institution. Restorative Justice. Mediation.

1. EL ARTÍCULO 25.2 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA.

El disfrute de los derechos fundamentales por parte de las personas reclusas está proclamado por el artículo 25 de la Constitución que dice expresamente en su apartado segundo que “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales”; un precepto en el que se señala igualmente que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados, y en el que se recoge también que el goce de esos derechos por parte de las personas reclusas está sometido a una triple limitación: el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Esta detallada regulación se completa señalando que en todo caso, el condenado a pena de prisión tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Como dice Reviriego Picón el artículo 25.2 CE, en cuanto regulador de los derechos de los reclusos es un precepto singular, innovador y casi sin parangón en el ámbito comparado¹.

En este sentido Alzaga Villaamil, diputado constituyente, ya señaló en el primer comentario sistemático al texto constitucional, que este precepto no tiene un precedente claro ni en nuestro derecho constitucional ni en el derecho constitucional universal². De forma más específica, con relación al último de los apartados del referido artículo 25, este autor señalará también que estamos ante una de las “declaraciones más candorosas que hemos encontrado a lo largo del extenso texto constitucional”, una “poco feliz solución técnica” pero que en todo caso mostraría la “preocupación que embargó a los parlamentarios constituyentes por la situación de la población reclusa”.

La triple limitación respecto al goce de los derechos por parte de las personas reclusas, que acabamos de ver (contenido del fallo condenatorio, sentido de la pena y ley penitenciaria), es la que hace que el Tribunal Constitucional califique la relación que se establece entre la Administración penitenciaria y las personas reclusas en un centro penitenciario como una relación de sujeción especial, contraponiéndola a las relaciones de sujeción general. Estas sujetan a todos los ciudadanos por su condición abstracta de tales, en cuanto súbditos del poder público, sin necesidad de título concreto. Aquellas, en cambio, sólo son ejercitables sobre quienes están en una situación organizativa determinada de subordinación, derivada de un título concreto³.

La principal característica de la sujeción denominada especial consistiría en que en ella, no serían de plena aplicación las garantías o principios que rigen en la sujeción general.

El Tribunal Constitucional, desde su Sentencia 74/1985, admite que los derechos constitucionales de las personas reclusas pueden ser objeto de limitaciones al estar incluidas en una relación de sujeción especial. Unas limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes.

La relación de sujeción especial es una categoría jurídica muy controvertida desde mucho tiempo antes de su utilización por parte del Tribunal Constitucional. Su cuestionamiento lo es tanto por su naturaleza como por la utilidad de su existencia.

Históricamente, las personas que se hallaban inmersas en una relación calificada como de sujeción especial, sufrían las consecuencias de una triple quiebra, la invalidez del principio de legalidad de la Administración, la inexistencia de derechos fundamentales y la desprotección judicial.

Nosotros sostenemos que la Constitución española no asume expresamente la categoría de la relación de sujeción especial, sino que lo que hace en determinados preceptos es limitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales a colectivos de personas en virtud de una finalidad o de la función pública que desempeñan. Estos colectivos son, básicamente, los presos por un lado y los funcionarios, los miembros de

1 Cfr. FERNANDO REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas, Madrid, 2008, pág. 24

2 Cfr. ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, El Foro, Madrid, 1978, pp. 242 y 244

3 Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Vol. I. Madrid. Cívitas (15ª ed.), 2011, págs. 465-468.

las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos de seguridad, y los jueces, fiscales y magistrados, por otro.

Los presos ven limitados el ejercicio de sus derechos en virtud de la finalidad que debe cumplir la institución penitenciaria en la que están internados; los demás colectivos están constituidos por profesionales cuya actividad es una función pública, por causa de la cual, ven restringidos ciertos derechos.

En el caso específico de los presos, el artículo 25.2 CE declara rotundamente la vigencia de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título Primero, y, como hemos visto, solamente exceptúa aquellos expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Asimismo el artículo 25.2 de la Constitución sitúa la relación penitenciaria bajo la reserva de Ley. Además la ubicación sistemática de este precepto obliga a que su regulación se acometa a través de la Ley orgánica. Esta habilitación al legislador orgánico sólo le autoriza a limitar los derechos fundamentales en la medida en que no se perjudiquen los fines de la institución penitenciaria que son la reeducación y reinserción social del recluso.

La vigencia de los derechos fundamentales, como el principio de legalidad y la reserva de ley, rigen, sin ningún tipo de duda, en la relación penitenciaria. En consecuencia, se puede prescindir de una categoría como la de relación especial de sujeción que, por las razones ya dichas, pone en solfa los institutos de garantía que acabamos de citar. En palabras de Cámara Villar se trata de una “categoría que hunde sus raíces en el seno de una estructura político-constitucional superada, que además no está jurídicamente definida en términos explícitos y cuyos contornos doctrinales, tanto en el plano jurisdiccional como en el científico, son ciertamente magros y evanescentes, por lo que se ha venido prestado sistemáticamente al abuso”⁴.

2. LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA, UNA NORMA HUMANISTA.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, fue la primera ley de su rango, y constituye la primera disposición, con rango de Ley en toda la historia del ordenamiento penitenciario español, que regula tanto la ejecución de las penas y medidas de seguridad, como el estatuto jurídico del recluso.

La aprobación de la Ley General Penitenciaria por el Congreso de los Diputados fue calificada por García Valdés como un acontecimiento histórico y singular: “a partir de ahora el Parlamento, es decir, el pueblo español, se compromete con las prisiones”⁵.

El mismo profesor recuerda como “todos los partidos del arco parlamentario estuvieron básicamente de acuerdo, en la forma y en el fondo, con la Ley. La ausencia de enmiendas a la totalidad, la escasa discusión en el Congreso, puramente testimonial en muchos de los escasos casos...y la nula en el Senado, convirtieron el texto en algo de todos”⁶.

No es cuestión baladí, el hecho de que varios de los parlamentarios de aquella época habían estado en prisión, víctimas de una dictadura hostil a cualquier oposición, fuese del signo político que fuese.

Esta circunstancia explica el apoyo unánime de los diputados y senadores a una Ley humanista y humanizadora; “por si algún día tenemos que volver a las prisiones”, como manifestó un célebre político, según recoge Bueno Arús⁷.

De este modo y como recuerda Reviriego Picón “supuso nuestra incorporación a los modernos movimientos de reforma penitenciaria”⁸; pues es cierto que se tuvieron en cuenta las leyes penitenciarias de

4 Cfr: GREGORIO CÁMARA VILLAR, “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, *Derechos Constitucionales y Formas Políticas, en Derechos Constitucionales y Formas Políticas*, MIGUEL ÁNGEL APARICIO, (Coord.), Cedecs, Barcelona, 2001, pág. 117.

5 Cfr: CARLOS GARCÍA VALDÉS, *Estudios de derecho penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, pág.39

6 Cfr: GARCÍA VALDÉS, *Apuntes históricos del derecho penitenciario español*, Edisofer, Madrid, 2014, pág.35

7 Cfr: FRANCISCO BUENO ARÚS, “Prólogo: veinticinco años de ley penitenciaria”, en FRANCISCO BUENO ARÚS, Francisco (Coord.), *Ley General Penitenciaria*, Colex, Madrid, pág. 1.

8 Cfr: F. REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, op. cit., pág. 25.

Suecia de 19 de abril de 1974, de Italia de 26 de julio de 1975 y de Alemania Federal de 16 de marzo de 1976⁹.

Es más, para Gudín Rodríguez-Magarinos y Nistal Burón, la Ley es una copia cuasi literal de la Ley Sueca de 1974¹⁰

Como también se afirmaba en la Exposición de Motivos, el humanismo inspiró toda la reforma que representó la ley; y aunque “las prisiones son un mal necesario”, la finalidad fundamental de las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados. La sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como la actividad directamente dirigida a la consecución de dichas reeducación y reinserción.

El artículo 1 del referido cuerpo normativo recoge estos principios señalando que “Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados”.

Al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

De aquí se desprende una doble consecuencia: la necesidad de que el Derecho, como elemento garantizador, discipline minuciosamente la situación del interno en relación con la sociedad que le sanciona y desea su plena reintegración a la misma; y la necesidad asimismo de contar con la cooperación de las ciencias de la conducta para establecer el tratamiento reformador más apto para la personalidad de cada penado.

La ley nació con la vocación de ser “un primer paso en la normalización de la situación penal y penitenciaria de nuestro país y la implantación de un sistema de ejecución de penas y medidas de seguridad más justo y humano, en el marco de un Estado democrático de derecho”¹¹.

El penado conserva todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas jurídicas vigentes, con excepción, naturalmente, de aquellos cuya privación o limitación constituya precisamente el contenido de la pena impuesta, y por ello se ponen a su disposición los medios adecuados para su defensa, así como para la defensa de aquellos derechos que nacen específicamente de la condición de interno”¹².

Ya en el articulado, la ley declara expresamente en su artículo tercero que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando en todo caso la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena.

A continuación en el mismo artículo se introduce una cláusula no discriminatoria con la siguiente expresión “sin establecerse diferencia alguna por razón de la raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza”.

La ley colige del principio del respeto a la personalidad humana de los reclusos y a sus derechos, y del principio de no discriminación, la posibilidad de ejercicio por parte de los internos de “los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena”.

Concluye el meritado artículo con las declaraciones de que “la administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos” y de que “el interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre”.

El Reglamento Penitenciario de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica fue aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, posteriormente ha sido reformado completamente por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

9 Cfr. F. BUENO ARÚS, Francisco, “Prólogo: veinticinco años de ley penitenciaria” op. cit., pág. 12

10 Cfr. FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARINOS, y JAVIER NISTAL BURÓN, *La historia de las penas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 173.

11 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. (Boletín Oficial de las Cortes Núm. 148 del 15 de septiembre de 1978, pág.3.201)

12 *Ibidem*, pág. 3.201.

El Reglamento penitenciario hoy vigente nació con las siguientes finalidades: profundización en el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario; apertura de las prisiones a la sociedad; redefinición del régimen cerrado; regulación amplia de los derechos y deberes de los reclusos.

Al igual que la Ley Orgánica de la que es desarrollo, el Reglamento señala como fin primordial de la actividad penitenciaria la reeducación y reinserción social de los sentenciados, y el hecho de que el interno es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad¹³.

Se contempla también la declaración tanto del respeto a la personalidad de los internos y a los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena como la interdicción de la discriminación en el ejercicio de la actividad penitenciaria¹⁴.

En conclusión, la ley habilitada constitucionalmente para desarrollar las limitaciones de los derechos de las personas reclusas, es la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre que acabamos de describir junto con su Reglamento de ejecución y desarrollo.

El ingreso de una persona en prisión no afecta ni a su condición de tal persona humana ni a la de ciudadano de un Estado, por eso, el recluso, en su relación con la Administración penitenciaria, ostenta una serie de derechos¹⁵.

En primer lugar debemos destacar como se contempla una declaración general de respeto a los derechos¹⁶.

El tenor literal de la disposición señala: “La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena”.

Como afirman Fernández-Arévalo y Nistal Burón el interno ostenta los derechos fundamentales inherentes a su condición de persona, los cuales son anteriores a cualquier norma, inviolables e irrenunciables y, por tanto la legislación penitenciaria no puede hacer otra cosa que reconocerlos¹⁷.

3. LA VICTIMACIÓN TERCIARIA DE LOS CONDENADOS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

122

La victimación terciaria también llamada “La otra victimación” es el sufrimiento que padecen tanto la persona condenada a pena privativa de libertad por la comisión del delito, como los terceros, entre los que se encuentran los menores, hijos de mujeres presas, que conviven con sus madres en prisión y todas aquellas personas vinculadas con la persona penada, de la cual dependen económica o emocionalmente¹⁸.

La victimación terciaria es una de las dimensiones de la victimación que estudia la ciencia de la Victimología, disciplina que tiene por objeto el estudio científico de las víctimas; disciplina considerada por unos autores como una rama de la Criminología y por otros como una ciencia autónoma “en la medida que quepa reconocer en la misma un objeto propio, tanto en sentido material, sector de la realidad, cuyo estudio constituye su razón de ser, como formal o método”¹⁹.

La victimología es una ciencia multidisciplinar que estudia la victimación, es decir el proceso por

13 Artículos 2º y 3º. 3 RP.

14 Artículo 4º.1 RP.

15 Cfr. MONTERO HERNANZ, *Legislación penitenciaria comentada y concordada*, La Ley, Madrid, 2012, pág. 274.

16 Artículo 3 LOGP

17 Cfr. LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO, y JAVIER NISTAL BURÓN, *Manual de Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Pamplona, págs. 348 y 349.

18 Cfr. JOSEP TAMARIT, “Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en ENRIQUE BACA BALDOMERO, ENRIQUE ECHEBURÚA ODRIOZOLA y JOSEP TAMARIT SUMALLA, Josep Mª (Coords), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia. pág. 33.

19 *Ibidem*, pág. 18.

el que una persona llega a ser víctima; también se ocupa, como expresa Daza Bonachela, de ayudar a las víctimas para reducir su sufrimiento²⁰.

El Derecho Constitucional encuentra en la victimología, materias propias de su objeto de estudio.

Ayudar a las víctimas significa realizar la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien; representa garantizar un orden social justo y proteger el ejercicio de los derechos humanos (CE, Preámbulo).

Ayudar a las víctimas es realizar la solidaridad, principio que define y funda el constitucionalismo del Estado social²¹ proclamado en el art. 1 CE.

La ayuda a las víctimas es adherirse a la libertad y la justicia que son valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y es respetar la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE)

Auxiliar a las víctimas es proteger los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad y a la seguridad (art. 17.1 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)

Para comprender mejor la victimación terciaria consideramos necesario, al menos, esbozar los conceptos de victimación primaria y victimación secundaria.

La victimación primaria es el daño injusto que una persona sufre a consecuencia de un hecho delictivo; también se considera victimación al daño que la persona sufre por un acontecimiento traumático. Un delito causa en la víctima daños corporales y/o patrimoniales. En los daños que una persona sufre en su persona, nosotros incluimos el sufrimiento emocional. El daño, independientemente de su naturaleza, siempre supone una vulneración de los derechos fundamentales de la persona que deviene víctima.

Con este sufrimiento la víctima afronta la victimación secundaria que comprende los daños que padece por su intervención en el proceso penal en el que se enjuicia el hecho delictivo origen de su victimación. A la víctima se le impone una relación no querida con los sistemas judicial, policial, social y sanitario. Este peregrinar por las distintas instituciones con sus correspondientes procedimientos supone en muchas ocasiones un daño mayor superior al ya producido por el delito.

Volviendo nuestra mirada al sufrimiento de las personas presas no podemos dejar de reflexionar sobre el hecho de que en muchos casos, el propio agresor o victimario es una víctima de la sociedad. Víctima de las condiciones desocializantes y propiciatorias del crimen en la que se crío; de unas estructuras sociales marginales donde la comisión de hechos delictivos está normalizada; de un sistema social que enaltece y glorifica la violencia a través de los medios de comunicación de masas, al mismo tiempo que las reprime mediante las instancias de control social. Víctima en definitiva de un orden social injusto que impide a buena parte de la población el acceso por medios legítimos a bienes de consumo que la publicidad constante instiga a poseer. Es con estas personas y con los migrantes, desplazados de sus países de origen que huyen de la miseria, con quienes se ceban las leyes penales y las prisiones²².

El desarrollo de la justicia penal con sus disfunciones victimiza, tal y como hemos visto, a la víctima, pero también victimiza al victimario. Una victimación que se produce en distintos niveles: el legislativo, el policial, el judicial y en el de la ejecución penal.

En el ámbito legislativo mediante la inflación de leyes penales cada vez más abundantes, complejas y represivas. En el medio policial cuando se violan los derechos humanos de los detenidos. En el plano judicial, por un sistema falto de recursos, lento y burocratizado. En la fase de ejecución penal se recurre de forma abusiva a las sanciones privativas de libertad. Se separa y se aísla al victimario de la sociedad en cárceles, donde “en detrimento de otras sanciones alternativas...que tengan por finalidad solucionar el conflicto penal”²³ que hagan al agresor consciente del daño que ha causado a la víctima, lo asuma y se responsabilice del mismo obligándose a repararlo.

20 Cfr. M^a DEL MAR DAZA BONACHELA, *Escuchar a las víctimas. Victimología, Derecho Victimal y Atención a las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 121.

21 Cfr. CARLOS DE CABO MARTÍN, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 45.

22 DAZA BONACHELA, María del Mar (2016) op. cit. pág. 116.

23 DAZA BONACHELA, María del Mar (2016) op. cit. pp. 117 y 119.

4. LA VULNERABILIDAD VICTIMAL EN LA PRISIÓN.

La victimación terciaria que sufren las personas internas en un centro penitenciario reviste las peculiaridades que representa la prisión como institución total. Por eso consideramos oportuno exponer aunque sea brevemente la teoría de las instituciones totales.

El concepto de “institución total” es creación del sociólogo Erving Goffman (1922-1982)²⁴. Fruto de su trabajo de campo en un hospital psiquiátrico es su obra “Internados” (1961)²⁵ en la que formuló las características de las que él denominó instituciones totales.

La institución total es para Goffman “un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente”²⁶.

Las instituciones totales absorben “parte del tiempo y del interés de sus miembros y les proporciona en cierto modo un mundo propio”²⁷. La tendencia absorbente o totalizadora está simbolizada por las barreras que impiden el contacto con el resto de la sociedad, al mismo tiempo que intentan evitar la fuga de los miembros.

Si en la vida ordinaria, el individuo tiende a descansar, a disfrutar del ocio y a trabajar en lugares distintos, con diferentes compañeros, bajo autoridades también diferentes y sin un plan racional único, en las instituciones totales desaparecen las separaciones o fronteras que compartimentan estas esferas vitales y la persona desarrolla todos los aspectos de su vida en el mismo lugar y bajo una misma y única autoridad, mediante un plan racional diseñado para cumplir las funciones oficiales de la institución.

Todas las actividades diarias están estrictamente programadas, y programadas jerárquicamente, pues se imponen desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas, y un cuerpo de funcionarios. Las diversas actividades obligatorias se integran en un plan racional único, deliberadamente concebido, como acabamos de ver, para el logro de los objetivos propios de la institución. Esto representa que un gran número de personas realizan de modo homogéneo las mismas actividades.

El personal encargado de la supervisión no tiene como actividad específica la orientación ni la inspección periódica sino más bien la vigilancia. Entre este pequeño grupo de personal supervisor y el gran grupo manejado de los internos se produce una escisión básica. Los internos viven dentro de la institución y tienen limitados contactos con el mundo, más allá de sus cuatro paredes; el personal cumple una jornada laboral y está socialmente integrado en el mundo exterior.

El contacto entre ambos estratos es muy restringido, lo cual ayuda “presumiblemente a mantener los estereotipos antagónicos”. Poco a poco se van formando dos mundos social y culturalmente distintos, con escasa penetración mutua. A este respecto, resulta muy significativo que el edificio y el nombre de la institución lleguen a identificarse, a los ojos del personal y también de los internos, como algo perteneciente a aquél y no a éstos, de modo que cuando cualquiera de ambos grupos se refiere a los fines o intereses de “la institución”, se refieren implícitamente a los fines e intereses del personal²⁸.

Las instituciones totales parecen favorecer que las identidades tanto del grupo de los vigilantes como del grupo de los internos se construyan en oposición a “los otros”. De este modo se facilita la ausencia de empatía y la deshumanización respecto de los considerados distintos, inferiores o no tan semejantes²⁹.

La desconexión física existente entre la sociedad y la institución total propicia que un elevado número de necesidades humanas son satisfechas por una sola organización burocrática³⁰.

24 Si bien el término de institución total se atribuye a A. Etzione, como nos señala Varona. Cfr. GEMA VARONA, “Procesos de victimización y desvictimización en las instituciones totales”, en JOSEP M TAMARIT, JOSEP M. y NOEMÍ PEREDA, *La respuesta de la Victimología ante las nuevas formas de victimación*, Edisofer, Madrid, pág. 251.

25 Cfr. ERVING GOFFMAN, *Internados*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001 (original 1961).

26 *Ibidem*, pág. 13.

27 *Ibidem*, pág. 17.

28 *Ibid.*, págs. 22 y 23.

29 Cfr. G. VARONA, GEMA, op. cit. pág. 249.

30 *Ibidem*, pág. 251

Para Goffman las instituciones totales son internaderos donde se transforma a las personas. Cada institución total es un experimento natural de lo que puede hacerse al yo³¹.

Goffman clasificó las instituciones totales en cinco grupos según la finalidad de los mismos³².

1. Instituciones erigidas para cuidar de las personas que parecen ser a la vez incapaces e inofensivas: Centros para personas con diversidad funcional o menores huérfanos
2. Instituciones erigidas para aquellas personas que, incapaces de cuidarse por sí mismas, constituyen además una amenaza involuntaria para la comunidad: Instalaciones para personas con enfermedades mentales (psiquiátricos)
3. Instituciones organizadas para proteger a la comunidad contra los constituyen intencionalmente un peligro para ella: Establecimientos para personas que han cometido delitos (cárceles y centros de internamiento de menores)
4. Instituciones deliberadamente destinadas al mejor cumplimiento de una tarea de carácter laboral: Cuarteles e internados que buscan realizar mejor sus cometidos con ese tipo de organización
5. Establecimientos concebidos como refugio del mundo: Conventos que persiguen aislarse del mundo³³

Pero a estos cinco grupos se pueden añadir otras instituciones totales como centros de detención, centros de internamiento para extranjeros, pisos tutelados, hospitales y residencias para ancianos.

Como habíamos anunciado la victimación que sufren las personas internas en un centro penitenciario, al ser una institución total, presentan unas características que es necesario desarrollar.

Como acabamos de ver las cárceles pertenecen a “un tipo de institución total, organizado para proteger a la comunidad contra quienes constituyen intencionalmente un peligro para ella”.

Foucault dirá que una prisión es una institución completa y austera, un aparato disciplinario exhaustivo que debe ocuparse de todos los aspectos del individuo³⁴, lo que significa la dependencia absoluta de los internos respecto de la institución y como consecuencia ello una situación de mucha fragilidad.

El estudio de Gema Varona “Procesos de victimización y desvictimización en las instituciones totales”, al que ya nos hemos referido en varias ocasiones, nos desvela todo un mundo de victimación muchas veces ignorado, nos hace caer en la cuenta de que la victimación terciaria en la que se incluyen los propios agresores cuando son condenados a pena de prisión, introduce a estos victimarios en un bucle de doble victimación o en un círculo vicioso de victimación continua.

Varona al estudiar las instituciones totales en democracia, donde el Estado tiene el monopolio legítimo y limitado de la violencia³⁵, nos indica la particular victimación que se puede dar en las mismas.

Las mismas características ya citadas de las instituciones totales hacen que la victimación en ellas presente elementos de vulnerabilidad victimal que obstaculizan tanto la denuncia del abuso como la recuperación de las víctimas³⁶.

Esta victimación particular deviene de la interacción de varias de las características que concurren en las instituciones totales.

31 Cfr. E. GOFFMAN, op. cit., pág. 25.

32 Hemos optado por respetar la denominación original de E. GOFFMAN op. cit., págs 18 y 19, combinada con el desarrollo de cada clase de institución que efectúa G. VARONA, op. cit. pág. 255.

33 En un principio extraña la inclusión de monasterios y conventos como instituciones totales, dado el carácter voluntario de la estancia en los mismos de los que allí ingresan; pero el propio Goffman señala que en estos recintos, aunque la permanencia es voluntaria, puede producirse una grave contaminación, aquella que acontece cuando los superiores manipulan la conciencia del candidato, que la ha abierto voluntariamente en coherencia con la vocación que le ha llevado a la casa religiosa. Una apertura de conciencia que no es común en las otras instituciones totales. “En los campos para el lavado del cerebro, en las instituciones religiosas y en las destinadas a la psicoterapia intensiva, los sentimientos privados del interno están seguramente en juego”. Cfr. E. GOFFMAN, op. cit., pág. 124.

34 Cfr. MICHEL FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI de España, Madrid, pág. 238.

35 Cfr. G. VARONA, op. cit, pág. 250.

36 *Ibidem*. Pág. 247.

La división que se origina entre el grupo de los supervisores y el grupo de los internos y la identidad que ambos adquieren en oposición mutua produce no ya la falta de una auténtica comunicación, con la correspondiente deshumanización en sus relaciones, sino la violencia en la comunicación.

Al prevalecer el punto de vista de la organización por encima del sujeto destinatario y de sus mismos trabajadores, se acentúa la deshumanización tanto por la rigidez del programa jerarquizado que hay que cumplir y su control, como por la realización uniforme de actividades.

La deshumanización favorece la aparición de relaciones abusivas de poder, que se dan no sólo entre trabajadores e internos, sino también entre los propios trabajadores y entre los propios internos³⁷. Valverde Molino dirá que la cárcel es una institución que rezuma violencia y humillación entre seres humanos, funcionarios y presos, todos entre sí, incluso con los de su misma condición³⁸.

Todo ello hace de las instituciones totales unos espacios proclives no sólo a un cuidado negligente de los internos sino, lo que es más grave aún, al abuso de poder en sus distintas manifestaciones de abusos psíquicos, sexuales, y/o económicos.

La violencia que se ejerce en las diversas instituciones totales se conecta con estereotipos como la fuerza, el orden y la masculinidad que hacen de las mujeres y de las personas con orientación sexual minoritaria, unos colectivos vulnerables³⁹.

La vulnerabilidad victimal que se origina y la victimación que se produce en las instituciones totales son consecuencia, en gran medida, del abuso de poder propiciado por varios de los condicionantes de estos centros, alguno de los cuales ya hemos visto, pero como se convierten en dificultades para la desvictimación⁴⁰, consideramos oportuno desarrollarlos como tales en este momento.

En las instituciones totales gran parte de la comunicación, verbal y no verbal, es violenta. Muchas de las acciones que allí se desarrollan están condicionadas por la coerción o el miedo al castigo. Las instituciones totales son lugares de miedo al otro, donde se replican las discriminaciones que en la sociedad sufren las personas pertenecientes a minorías sociales⁴¹.

Ríos Martín, J.C., Pascual Rodríguez, E., Bibiano Guillén, A. y Segovia Bernabé, matizarán en el sentido de que la vida cotidiana en prisión presenta unas características que influyen negativamente en las relaciones interpersonales y señalan tres de ellas como fundamentales: la convivencia obligada en un lugar cerrado, la inexistencia de un espacio físico para la intimidad y la desconfianza en la administración penitenciaria para poner su conocimiento los hechos que generan conflictos interpersonales⁴².

Además en las instituciones totales de titularidad o control público, las víctimas de abuso de poder tienen una gran dificultad tanto para asumir la propia victimación como para que ésta sea reconocida por los demás. Ello se debe a la perversa contradicción que se da en estas instituciones: aquellos de los que se espera cuidado comenten el abuso. La victimación es más grave pues se contradice con el fin institucional perseguido que es la recuperación, el cuidado y el bienestar de las personas internas, siendo el Estado particularmente responsable de la seguridad de estas personas⁴³.

37 *Ibidem*. Pág. 270.

38 Cfr. JESÚS VALVERDE MOLINO, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*. Popular, Madrid, 1991, citado por G. VARONA, op. cit., pp. 282 y 283.

39 Cfr. KIMBERLY COLLICA, "Female Prisoners, AIDS and Peer Programs. How Female Offenders Transform their Lives" Springer. Nueva York, 2013, por G. VARONA, op. cit., pág., 252.

40 La desvictimación es el camino para abandonar la situación de víctima y reintegrarse a una sociedad que le debe brindar reconocimiento. En la desvictimación se incluye la prevención para impedir que se vuelva a ser víctima (revictimación) y evitar tanto la estigmatización social como la instalación en la victimación cuando no la explotación de la condición de víctima. TAMARIT, J., "Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas", en ENRIQUE BACA BALDOMERO, ENRIQUE ECHEBURÚA ODRIOZOLA y JOSEP M^a TAMARIT SUMALLA, (Coords), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 34.

41 Cfr. G. VARONA, op. cit. págs. 257, 271 y 272.

42 Cfr. JUAN CARLOS RÍOS MARTÍN, ESTER PASCUAL RODRÍGUEZ, ALFONSO BIBIANO GUILLÉN y JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ, "La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano" Colex, Madrid, 2006, págs. 154-106.

43 Cfr. G. VARONA, op. cit., pág. 253.

Nuestra Ley Orgánica General Penitenciaria, ya lo hemos visto, proclama en su artículo primero que las instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

Se comprende que cuando un interno sufre un abuso de poder en la prisión puede experimentar una indefensión y una soledad mayores que otras categorías de víctimas, pues se encuentran aislados en una institución aislada de la sociedad. Absolutamente dependientes e impotentes frente a sus abusadores, su indefensión es extrema. Al no poder defenderse se pueden instalar en la llamada “indefensión aprendida”: el sujeto que ha sufrido previos ataques, al percibirse impotente, decide no actuar o actuar estoicamente, incluso aunque pudiera evitar dicha situación⁴⁴.

En el caso específico de las víctimas de abuso de poder en las instituciones totales, la prisión en nuestro caso, seguimos una vez más a Varona que propone para la desvictimación en primer lugar el establecimiento de mecanismos independientes e imparciales para la investigación de denuncias de abusos contra los derechos humanos cometidos por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁴⁵, pues el fin último de los estudios victimológicos en las instituciones totales persigue el diseño de mecanismos de prevención⁴⁶ y reparación en sus dimensiones personales, relacionales, comunitarias y sociales.

Por último, la investigadora vasca enfatiza tres palabras claves que encierran valores a fomentar y desarrollar en las instituciones totales en una democracia. Son estas palabras: la igualdad, la transparencia y la justicia restaurativa para prevenir posibles victimaciones y reparar los daños producidos.

Es imprescindible la lucha por la igualdad social pues es la población más desfavorecida de la sociedad la que más representada está en la prisión y por ende la que sufre más victimación en dicha institución total. La igualdad, recordémoslo una vez más, es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y su consecución es una obligación de los poderes públicos⁴⁷.

Debe fomentarse la transparencia en las instituciones totales mediante la apertura a la sociedad y cooperación con otras instituciones. “Todos los ciudadanos debemos tener contacto con las instituciones totales, fundamentalmente por su carácter público y de interés social”⁴⁸. El artículo 9.2 de nuestra Constitución que acabamos de citar incide en esta participación ciudadana cuya facilitación es tarea de los poderes públicos. Como ya hemos visto, la propia LOGP proclama “que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma”⁴⁹; y el reglamento que la desarrolla incide en la apertura de las prisiones a la sociedad para potenciar la acción de la Administración con los recursos existentes en la sociedad y para fortalecer los vínculos entre los delincuentes y sus familias y la comunidad⁵⁰.

44 *Ibid.*, págs. 284 y 285.

45 *Ibid.*, pág. 287.

46 *Cfr.* ROSEMARY BARBERET, “La prevención de la victimación”, en ENRIQUE BACA BALDOMERO, ENRIQUE ECHEBURÚA ODRIOZOLA y JOSEP M^a TAMARIT SUMALLA, (Coords), *Manual de Victimología*, op. cit., pág. 235. “La prevención es el conjunto de medidas destinadas a impedir que un evento se produzca, o si ya se ha producido, que vuelva a producirse o que el evento se reduzca en frecuencia o gravedad”, pág. 236 “La criminología destaca la diferencia conceptual entre la prevención de la conducta delictiva (génesis de transgresores) y la prevención de la victimación (contextos que propician los actos delictivos con víctimas. Esta diferenciación existe porque los programas de prevención típicamente trabajan con distintos grupos de destinatarios (infractores, posibles infractores, víctimas o posibles víctimas”.

47 Art. 9.2. CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

48 *Cfr.* G. VARONA, op. cit., págs. 290 y 291.

49 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. (Boletín Oficial de las Cortes Núm. 148 del 15 de septiembre de 1978, pág. 3.201)

50 Exposición de motivos II C del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 1/1979.

Por último una mayor aplicación de la Justicia Restaurativa que por su importancia y trascendencia queremos darle un especial realce, y no porque la lucha por la igualdad y la apertura a la sociedad de las prisiones no sean de igual o mayor importancia, pero su consecución requiere una lucha continua, a largo plazo en el caso de la igualdad y a medio plazo en el supuesto de la interacción entre sociedad y prisión. La Justicia Restaurativa, en cambio, consideramos que puede ser de una implantación más rápida, por lo que le dedicamos el siguiente epígrafe específico.

5. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA COMO INSTRUMENTO PARA PALIAR LA VICTIMACIÓN EN LA PRISIÓN.

La mediación penitenciaria es la proyección práctica de la Justicia Restaurativa en el ámbito de la prisión.

La Justicia Restaurativa es una alternativa a la Justicia Retributiva. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, denomina a la Justicia Restaurativa, Justicia Reparadora y la define en su capítulo 1 artículo 2 d) como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”.

Ríos Martín, J.C., Pascual Rodríguez, E., Bibiano Guillén, A. y Segovia Bernabé entienden la Justicia Restaurativa, como una filosofía y un método de resolver conflictos que parte de unos presupuestos, utiliza unos medios y persigue unos objetivos.

Los presupuestos son la protección de la víctima y el restablecimiento de la paz social. Los medios son el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados. El objetivo es la satisfacción de las necesidades manifestadas por los propios afectados; para lo que se les otorga un poder de disposición sobre el proceso y sus posibles soluciones. Y todo ello contando con la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito⁵¹.

La Justicia Restaurativa nació vinculada a movimientos preocupados por la humanización del sistema penal y por aliviar el sufrimiento que introduce el delito y sus consecuencias. Uno de esos movimientos es el que propugna desde el comienzo de la década de los años setenta del siglo pasado, alternativas a la prisión. Otra fuente inspiradora de la justicia restaurativa son los movimientos en pro de los derechos humanos de las personas privadas de libertad⁵².

Por otra parte, la aparición de la victimología en los años cuarenta del siglo pasado como ciencia multidisciplinar que estudia la victimación⁵³ y trata de ayudar a las víctimas para reducir su sufrimiento, constituyó un hito en la defensa de los derechos de las víctimas. Como nos recuerda Tamarit, la victimología surge como reacción a la preocupación exclusiva por el ofensor que secularmente ha caracterizado a la criminología y al derecho penal⁵⁴.

La víctima del delito queda relegada a una posición marginal. Es más, como afirma Andrés Laso “El Estado social ha dirigido sus esfuerzos y recursos al penado, al recluso, olvidando en la mayoría de los casos que la víctima del delito también necesita medidas de reinserción y resocialización”⁵⁵.

51 Cfr. J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN, A. y J.L. SEGOVIA BERNABÉ (2008) op. cit., págs. 31 y 32.

52 *Ibidem*. Págs. 32 y 33.

53 Entendemos por “victimación” el proceso por el que una persona llega a ser víctima.

54 Cfr. J. M^a TAMARIT, “Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en BACA BALDOMERO; ECHEBURÚA ODRIOZOLA y TAMARIT SUMALLA, Josep M^a (Coords), *Manual de Victimología*, op. cit., pág. 28

55 Cfr. A. ANDRÉS LASO, op. cit., pág.40. Y Herrera Moreno dirá que “Siempre ha sido más enérgico y abrumador el empeño por ocuparse del delincuente y de ajustar sus cuentas penales, que el de ajustar cuentas sociales y solidarias con las víctimas”. MYRIAM HERRERA MORENO, “Historia de la Victimología”, en BACA BALDOMERO, ECHEBURÚA ODRIOZOLA y TAMARIT SUMALLA, (Coords), *Manual de Victimología*, op. cit., pág. 51.

La Justicia Convencional, al centrarse en la “pareja criminal”⁵⁶, en la relación que vincula a ofensor y víctima, se olvidaba del daño que el delito también ocasiona al conjunto de la sociedad, a la comunidad.

Por último no se puede dejar de mencionar los movimientos pro justicia y paz como las Comisiones de la Verdad, constituidas para investigar las situaciones de extrema violencia sufridas por una sociedad con el objetivo de restañar heridas y evitar la repetición de hechos tan trágicos; son los casos de la Comisión sobre la desaparición de personas en Argentina y las Comisiones de Verdad y Reconciliación de Chile y Suráfrica entre otras.

Las experiencias de mediación comienzan en los años setenta del siglo pasado en Estados Unidos y en Canadá; en 1974 se extienden a Europa comenzando en el Reino Unido y a partir de los años ochenta se desarrollan en Holanda, Alemania, Austria, Francia y Bélgica.

En España se inicia la Justicia Restaurativa a partir de los años noventa. Hoy día son múltiples las experiencias en diferentes órganos jurisdiccionales amparadas por el Consejo General del Poder Judicial.

El marco normativo⁵⁷ de la Justicia Restaurativa está constituido, como hemos adelantado al definir su concepto, por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

La Directiva ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito; el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre desarrolla esta última.

La mediación penitenciaria, fiel reflejo de la Justicia Restaurativa, es una herramienta para intentar resolver los conflictos de convivencia que se generan en la prisión. Como toda mediación requiere de un tercero imparcial denominado mediador y se fundamenta en la asunción de la propia responsabilidad, en el respeto y en el diálogo. Esta mediación ofrece una alternativa a la práctica habitual que consiste en sancionar y separar a las personas en conflicto para evitar una escalada de violencia en la relación interpersonal.

Como nos recuerda Lozano Espina⁵⁸ la mediación penitenciaria se inauguró en España en marzo de 2005 por la *Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos* en el Centro Penitenciario Madrid III, Valdemoro.

A partir de esa fecha, las experiencias de mediación se extendieron varias prisiones españolas, impulsadas por la entonces Directora General de Instituciones Penitenciarias, Mercedes Gallizo. Estas “experiencias nacen al mismo tiempo –y en muchos lugares, por los mismos equipos de mediación– en que se comenzó a trabajar en proyectos incipientes de mediación penal de la mano del Consejo General del Poder Judicial”⁵⁹.

La propia Dirección General de Instituciones Penitenciarias la incluye en sus programas específicos de intervención bajo el título de “Resolución dialogada de conflictos”⁶⁰ y es significativo que junto con los demás programas se cobije bajo el apartado “Reeducación y reinserción social”.

El programa consiste en la instauración de un servicio permanente que actúa cuando tiene conocimiento de la existencia de un conflicto entre internos. La intervención es realizada tanto por profesionales penitenciarios como por mediadores profesionales que colaboran con la Institución.

56 Cfr. J. M^a TAMARIT, op. cit. pág. 17.

57 La normativa sobre Justicia Restaurativa se puede encontrar en la siguiente dirección electrónica, correspondiente a la página web del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/>

58 Cfr. FRANCISCA LOZANO ESPINA, “Mediación penitenciaria” en JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ, ANDRÉS MATTÍNEZ ARRIETA, FRANCISCA LOZANO ESPINA, MARÍA DEL PILAR SÁNCHEZ ÁLVAREZ, CARLOS PIÑEYROA SIERRA, NEREA LAUCIRICA RUBIO, Nerea y MARÍA MONTSERRAT MARTÍNEZ CAMPS, “Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino” Fundación Ágape. Madrid, 2010, pág. 103.

59 Cfr. PAZ FRANCÉS LECUMBERRI, “XIII. Pensando la mediación en el ámbito penitenciario como herramienta para la Justicia Restaurativa en el contexto de una permanente crisis del ideal resocializador”, en JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, y JOSÉ IGNACIO SUBIJANA, (Dirs.), *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 337.

60 <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/resolucionDialogadaConflictos.html> (última consulta: 19 de abril de 2019)

Una intervención mediadora consta de tres fases. En un primer momento se explica lo que es la mediación a cada interno por separado y se le invita a participar en el proceso. El núcleo de la intervención lo constituyen el encuentro dialogado y la búsqueda de acuerdos. Se concluye con la aceptación de compromisos.

Es muy importante señalar que la culminación exitosa de un proceso de mediación permite a las personas internas implicadas obtener beneficios penitenciarios como pueden ser la suspensión de las sanciones impuestas por la participación en el conflicto, la no denegación de permisos, de comunicaciones y de la progresión de grado. Cuando el conflicto haya sido la comisión de un delito, la mediación documentada prueba la reparación del daño, atenuante que puede disminuir la pena en uno o dos grados cuando se enjuicie por la vía penal ordinaria (art. 21.5 C.P.)

La asunción de la propia responsabilidad, la apertura al encuentro dialogado y la capacidad de comprometerse en acuerdos superadores del conflicto, significa creer en el ser humano y en su dignidad; es “poner en juego la dimensión ética del ser humano y convertir a la propia persona en reconductora de su vida”⁶¹.

6. CONSIDERACIONES FINALES.

La constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas reclusas y su desarrollo por una legislación penitenciaria humanista constituyen un hito histórico en pro de la dignidad de un sector de la población tradicionalmente marginado. Ahora bien, entender que las lógicas limitaciones de los derechos fundamentales en prisión, incluyen a las personas reclusas en la categoría de “relación de sujeción especial” puede dar lugar a interpretaciones innecesariamente restrictivas de sus derechos. Por todo ello proponemos el abandono de tal categoría por anacrónica, innecesaria y virtualmente peligrosa por la interpretación restringida de derechos a la que nos acabamos de referir.

La legislación penitenciaria, al establecer como fin primordial de la prisión penitenciaria la reinserción y reeducación de los condenados y entender a estos como parte integrante y activa de la sociedad, propicia un trabajo penitenciario que tiene un horizonte esperanzador.

Las personas condenadas a penas privativas de libertad experimentan la denominada “victimación terciaria” pero, al integrarse en una institución total como es la prisión, las coloca también en una situación de vulnerabilidad victimal. La vulnerabilidad victimal es desgraciadamente una consecuencia inevitable de toda institución total, donde es muy fácil y frecuente el abuso de poder y la dificultad de su denuncia por la “vergüenza” que supone que en un organismo de titularidad pública, que tiene como finalidad el cuidado de las personas, se incurra en el maltrato de las mismas.

Los mecanismos independientes de control, la lucha por la igualdad social, la apertura a la sociedad y la mediación penitenciaria, como reflejo de la justicia restaurativa en la prisión, pueden ayudar a minorar las manifestaciones de abuso de poder en la misma.

Por último una consideración que nos produce una gran preocupación. La vulnerabilidad victimal no es exclusiva de la prisión. Como hemos visto toda institución total es proclive al abuso y a la ocultación del mismo. Instituciones totales son, recordémoslo, los hospitales psiquiátricos, los cuarteles, las residencias para personas con discapacidad, para ancianos y niños, los monasterios y un largo etcétera. Es indispensable una mayor atención a estas instituciones tanto por parte de la administración pública, como de los investigadores de distintas disciplinas y de todo ciudadano responsable. Esta atención y consiguiente intervención puede evitar mucho sufrimiento oculto de personas especialmente indefensas.

61 Cfr. JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ, “Mediación penal comunitaria y Justicia Restaurativa. Perspectiva ética y jurídica”, en J. L. SEGOVIA BERNABÉ, A. MARTÍNEZ ARRIETA, F. LOZANO ESPINA, M. P. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, C. PIÑERO SIERRA, N. LAUCIRICA RUBIO y M. MARTÍNEZ CAMPS, “Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino”, op. cit., pág. 37.

LA EXTRATERRITORIALIDAD EN LAS COMUNICACIONES DIGITALES Y LAS EMPRESAS TECNOLÓGICAS ANTE EL DERECHO A SU SECRETO: REFLEXIÓN EN TORNO AL CASO *MICROSOFT CORP. VS. UNITED STATES*

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Sevilla¹

Sumario:

131

I. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTERMEDIACIÓN DIGITAL: LA POSICIÓN DE LAS EMPRESAS TECNOLÓGICAS COMO GARANTES DE LA PRIVACIDAD. II. LAS EMPRESAS TECNOLÓGICAS COMO GARANTES DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y EL CASO *MICROSOFT CORP. VS. UNITED STATES*; 2.1. Jurisdicción y protección de información personal en Internet bajo el DUE; 2.2. El caso Microsoft Corp. vs. United States y las garantías del secreto a las comunicaciones digitales ante el juez ordenante. III. REFLEXIÓN FINAL: LAS EMPRESAS TECNOLÓGICAS Y LAS GARANTÍAS DE LA COMUNICACIÓN DIGITAL.

¹ El presente trabajo está vinculado al proyecto de investigación “Desafíos en la construcción del espacio europeo de derechos fundamentales” (DER-2017-83779-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Todas las fuentes electrónicas incluidas en este trabajo han sido recuperadas en fecha 31-07-2019.

RESUMEN

Las garantías de los derechos relativos a la privacidad en la era de la comunicación digital exigen una coordinación internacional de sistemas normativos territoriales. Las empresas tecnológicas tienen un especial protagonismo en este campo, sobre todo cuando las leyes de diferentes estados funcionan con criterios dispares y sin atender a los efectos de la extraterritorialidad. Es el caso de las garantías del secreto de las comunicaciones en Europa y en Estados Unidos. La problemática se ilustra en este trabajo bajo el pretexto de una revisión del asunto *Microsoft Corp. vs. United States*.

Palabras clave:

Privacidad; secreto de las comunicaciones; Tribunal Supremo de los Estados Unidos; empresas tecnológicas; derecho sobre Internet

ABSTRACT

DIGITAL COMMUNICATIONS EXTRATERRITORIALITY, RIGHT TO PRIVACY AND TECHNOLOGY COMPANIES: A REFLECTION ON MICROSOFT CORP. VS. UNITED STATES

In this Digital-era, privacy rights must be protected through international cooperation, meaning coordination between legal systems. Technology companies are in the middle of this issue, especially when legal rules differ from one state to another disregarding extraterritorial effect. This is the case with confidentiality of communications in the European Union and the United States. This problems is presented in this article through a reflection on the *Microsoft Corp. vs. United States* case.

Key words:

Privacy; confidentiality of communications; USA Supreme Court; technology companies; Internet law.

I. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES E INTERMEDIACIÓN DIGITAL: LA POSICIÓN DE LAS EMPRESAS TECNOLÓGICAS COMO GARANTES DE LA PRIVACIDAD.

Cuando se analizan las tensiones que la privacidad y sus derechos instrumentales sufren en la esfera digital, las concepciones que entienden esos derechos como garantías vinculadas a la libre participación política alcanzan una especial relevancia, más allá de la perspectiva individual de los mismos, ligada a la dignidad de toda persona. La intimidad, el derecho nuclear a la vida privada en la terminología del constituyente español, protege el derecho a reservar un ámbito personal del conocimiento ajeno, pero también es una garantía de la libertad general de actuación del ciudadano, incluyendo la libertad para participar en la formación de la voluntad del Estado².

La mayor vulnerabilidad de esa garantía, como ocurre en el universo digital, afecta a las condiciones de participación democrática. Las pruebas de ello se encuentran en diversos ejemplos: la preocupación de los gobiernos británico y norteamericano por el filtrado de datos derivado del escándalo de *Cambridge Analytica*³; la declaración de nulidad del 58.bis.1 de la reciente reforma de la LOREG por el Tribunal Constitucional español, a instancias del Defensor del Pueblo⁴; o, antes de todo eso, el rechazo de muchos Estados miembros de la Unión Europea a la directiva 2006/24/CE de retención de datos, finalmente invalidada por el TJUE en la sentencia *Digital Rights*⁵. La privacidad y sus derechos instrumentales son elementos básicos para la libertad individual, subjetiva, y para el mantenimiento de una opinión pública igualmente libre, que se presumen base objetiva para la autonomía política y la participación, de nuevo libre, informada⁶.

2 Habría dos concepciones posibles de la intimidad: como bien individual y como bien “cuya protección responde a intereses que trascienden el ámbito de lo puramente individual, ya que hace posible la libre participación en la vida pública, tanto política como social, incluyendo el libre ejercicio de los derechos fundamentales”. Vid. BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 26. En el mismo sentido: JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Civitas, Madrid, 2004, p. 69.

3 Es el nombre de la empresa que se utilizó para obtener datos personales de usuarios de redes sociales y emplearlos para alterar resultados electorales. El asunto llevó al fundador de *Facebook* a comparecer ante el parlamento británico y ante el Congreso de los EEUU. Sobre el escándalo de *Cambridge Analytica* y otros incidentes de filtrado de datos personales en los que *Facebook* se ha visto inmerso, véase el trabajo de MIGUEL MORENO MUÑOZ, “Mediación tecnológica de la interacción social y riesgos de su instrumentalización. El caso de la plataforma *Facebook*”, *Gazeta de Antropología*, núm. 34/2, 2018, disponible en <http://www.gazeta-antropologia.es/?p=5084>.

4 La disposición final tercera de la LOPDyGDD, añadiendo un nuevo artículo 58 bis a la LOREG, quiso permitir a los partidos recabar datos sobre perfiles ideológicos con finalidad electoral. El primer apartado de esa disposición, 58 bis 1, fue recurrido ante el TC, por el Defensor del Pueblo, y declarado inconstitucional y nulo por la STC 76/2019 de 22 de mayo. Las garantías de la ley eran, según el Alto Tribunal, insuficientes teniendo en cuenta el carácter especialmente sensible de los datos personales ideológicos. Subsiste, no obstante, el 58 bis 2 de la LOREG, que permite a los partidos utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral, se entiende que bajo el régimen regular del consentimiento, ya que el Tribunal Constitucional explicó que las tachas formuladas por el Defensor del Pueblo en su recurso se habían limitado al apartado 1 del artículo 58 bis LOREG (FJ 10).

5 Asuntos C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights*, STJUE de 8 de abril de 2014. La directiva había sido objeto de controversia e impugnación, directa o indirecta, ante las jurisdicciones constitucionales de diversos Estados miembros: Bulgaria, Alemania, Rumanía, República Checa, Chipre, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia. Cfr. ORLA LYNSKEY, “The Data Retention Directive is incompatible with the rights to privacy and data protection and is invalid in its entirety: Digital Rights Ireland”, *Common Market Law Review*, núm. 51, 2014, pp. 1789-1812, p. 1799.

6 A pesar de que el modelo de construcción de la opinión pública dominante viene condicionado, desde la segunda mitad del siglo XX, por el predominio en la comunicación pública de la publicidad comercial y de la propaganda, lo cual hace que la libertad que se predica del modelo sea más que discutible. JÜRGEN HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 2002, p. 221. En la era digital, la viralización de noticias falsas y la elaboración de perfiles para asegurar el impacto de los mensajes comerciales y propagandísticos acentúan los problemas de libertad, ya en el nuevo modelo. CRISTINA PAUNER CHULVI, “Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la Red”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 297-318, p. 302 y ss.

Pero los ejemplos citados dan cuenta de algo más: la especial posición que las empresas tecnológicas, proveedores de servicios, redes sociales, motores de búsqueda y demás⁷, ostentan en relación con el tratamiento de datos de carácter personal, con la garantía del secreto de las comunicaciones y, en definitiva, con la dimensión privada de la vida del ciudadano en la era de la comunicación digital. Por una parte esas empresas son garantes de la privacidad del individuo-usuario, pues en la medida en que se nutren de datos sobre sus intereses, gustos, ubicación o preferencias, deben cumplir con las obligaciones de cuidado que les adjudica la legislación, especialmente la de la Unión Europea. Por otra parte, y en la misma medida en que comercian con tales datos, esas corporaciones ponen en constante riesgo los ámbitos de lo privado⁸.

Desde el Derecho de la Unión Europea puede afirmarse que esas empresas ostentan una cierta posición institucional y que tal posición bien puede calificarse como ascendente, pues el DUE atribuye a los operadores de servicios obligaciones de custodia y protección de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, las autoridades supranacionales las implican, y cada vez con mayor intensidad, en la definición de las políticas públicas y de las regulaciones que atañen a su posición y a sus funciones mediadoras⁹.

El deber de cuidado que vincula a las empresas tecnológicas con la información personal que recopilan se explica, al menos, por tres razones distintas: una comercial, otra jurídica y otra política. La primera, comercial, es que han de mantener la confianza de los usuarios, de la que depende su actividad y existencia. La segunda, jurídica, es que deben cumplir con las obligaciones y límites que les imponen las leyes regulatorias, evitando sanciones de diferente coste económico y social. La tercera, política, es realizar la función colaborativa que el mercado y el Estado les otorgan, al no ser capaces estos por sí mismos, ni uno ni otro y mucho menos el segundo, de facilitar y ordenar un flujo de interacción e información personal de tamaño volumen, densidad y valor¹⁰.

Las empresas tecnológicas se han transformado, así, en una suerte de agentes no gubernamentales, mediadores entre ciudadanía, mercado y Estado. Dicho rol intermediario, si bien tiene el coste de anudar a estas empresas al cumplimiento de una regulación, y autorregulación forzosa, cada vez más meticulosa, les sirve para retroalimentar su misión comercial, la originaria, de conseguir usuarios, afiliados, público al fin y al cabo, dispuestos a facilitar sus datos personales y a interactuar, dejando rastros aprovechables para fines estadísticos, propagandísticos y de ventas¹¹. Desde esa perspectiva, las tecnológicas serían entes a los que se pone a cargo de garantizar las condiciones de la seguridad en la red y, con ellas, el libre mercado y el ejercicio de los derechos que se proyectan en Internet¹². Los deberes de garantía serían, pues, una

7 Una clasificación y análisis de proveedores de servicios de Internet, reconociendo no agotar las posibilidades presentes y futuras de creación de otros modelos de intermediarios en la difusión de contenidos, puede consultarse en el trabajo de MOISÉS BARRIO ANDRÉS, *Fundamentos de Derecho de Internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 345 y ss.

8 Las empresas tecnológicas, en relación con el tratamiento de información personal, son percibidas desde hace tiempo como amenazas potenciales para la privacidad. Estas reflexiones se apoyan en las de MAGDALENA PÖSCHL, “La garantía de los estándares de derechos humanos y fundamentales ante las nuevas amenazas que generan los particulares y los actores extranjeros”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 93-130, p. 94 y pp. 106-107.

9 El ejemplo es cómo se han implicado en el plan de la Comisión Europea contra la desinformación, siendo las redes sociales *Facebook* y *Twitter* y el motor de búsqueda *Google* las principales invitadas a participar en él. Véase la Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, el Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Plan de acción contra la desinformación” de 5 de diciembre de 2018, JOIN(2018) 36 final. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/action-plan-against-disinformation>. Los informes de esas empresas en lo relativo al seguimiento del plan de la Comisión se pueden consultar en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/third-monthly-intermediate-results-eu-code-practice-against-disinformation>

10 Explica Magdalena Pöschl que “la capacidad del prestador del servicio de Internet para acercarse a la intimidad de las personas, de masas humanas, le hace, más allá de su dinero, especialmente interesante para un Estado hambriento de datos”, vid. MAGDALENA PÖSCHL, “La garantía de los estándares...”, *op. cit.*, p. 107.

11 Como ya se ha dicho, la base comercial es precisamente la que pone en riesgo los datos, que se recopilan para negociar con ellos, al tiempo que se analizan y segmentan sobre la base de una tecnología que puede dejarlos al descubierto. Vid. MIGUEL MORENO MUÑOZ, “Mediación tecnológica de la interacción...”, *op. cit.*, apartado 7.

12 Situándose como actores necesarios en el mantenimiento de las condiciones básicas para la correcta deliberación que requieren las concepciones discursivas del Estado constitucional y democrático de derecho. Sobre la relación entre protección de la intimidad y garantías constitucionales en el marco de las teorías del discurso, véase el trabajo de BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ, “The right to privacy: a discourse-theoretical approach”, *Ratio Juris*, 1998, pp. 155-167.

imposición a cuenta de los beneficios que las empresas obtienen, pero también la única manera que los poderes públicos tendrían para asegurar condiciones mínimas de seguridad y libertad, en la red y en relación con la información personal.

II. LAS EMPRESAS TECNOLÓGICAS COMO GARANTES DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y EL CASO MICROSOFT CORP. VS. UNITED STATES

Una vez esbozada, en un plano abstracto, la posición intermediaria de las empresas tecnológicas, esta reflexión se propone partir de ella para escrutar el papel que esas entidades tienen en relación con las garantías del secreto de las comunicaciones. Para ello, y en concreto, la propuesta plantea descender al plano fáctico con el caso *Microsoft Corp. vs. United States* 584 U. S. (2018)¹³. El caso gira en torno a la autorización judicial exigida, en Estados Unidos, para la intervención gubernamental sobre el secreto de comunicaciones efectuadas desde servidores ubicados en Europa. El dilema es cómo deben responder ante una orden judicial, en tales situaciones, las empresas tecnológicas que prestan servicios en distintos puntos del globo. Y la cuestión hace confluír, por tanto, una doble perspectiva: la del alcance de una orden o autorización judicial, estatal, de intervención en las comunicaciones y la de la vinculación a las mismas de los operadores de comunicaciones transnacionales.

2.1. Jurisdicción y protección de información personal en Internet bajo el DUE.

Desde la perspectiva de la garantía judicial, la autorización requerida para la intervención en el secreto de las comunicaciones tiene una dimensión innegablemente formal, pero también una dimensión sustantiva. Esto se comprueba, en Europa, al indagar en los diferentes requisitos materiales que la jurisprudencia del TEDH ha establecido para que las exigencias de la garantía formal queden satisfechas¹⁴. No obstante, también es cierto que esas exigencias materiales, que se superponen sobre la exigencia formal, que es la existencia de autorización, pueden variar de una jurisdicción estatal a otra. Si bien en el ámbito del Convenio y de la Unión Europea la uniformidad es considerable, los parámetros de adecuación constitucional pueden diferir al confrontarlas con las de otros estados.

Desde la perspectiva de las empresas tecnológicas, las indiscutibles exigencias formales y sustantivas de su posición intermediaria también pueden ser variables en función de la ubicación territorial de los servicios que presten¹⁵. Esto significa que también las que rodeen a una autorización judicial podrán proyectarse sobre estas entidades comerciales, de manera que puedan ser discutidas por las mismas ante la autoridad judicial, incluso oponiéndose a ellas, en caso de que no respondan a los parámetros de constitucionalidad establecidos.

Pues bien, el caso *Microsoft* plantea, en efecto, esa problemática. Las grandes corporaciones, responsables del alojamiento de datos y contenidos digitales protegidos por la privacidad y el secreto de comunicaciones, se van a enfrentar a ella en la medida en que su estructura empresarial las ponga ante un conflicto de jurisdicciones: en el caso que aquí se estudia una europea, la irlandesa, frente a la remitente de la orden, estadounidense.

Aunque las circunstancias del caso se relatarán más adelante, este breve avance pone de relieve la incidencia de la extraterritorialidad como causa de conflicto. Internet es global. Las empresas tecnológicas más relevantes tienen establecimientos comerciales en muchas partes del planeta. Pero las jurisdicciones

¹³ La información sobre el caso está disponible en <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/17-2.html>.

¹⁴ Cfr. BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ, *El secreto de las comunicaciones...*, op. cit., p. 102.

¹⁵ El secreto de las comunicaciones “es objeto de estricta protección en el contexto de los servicios que las llevan a cabo” y se aplica frente a estos servicios, sobre todo si se tiene en cuenta la dimensión participativa del derecho. Vid. BLANCA RODRÍGUEZ RUIZ, *El secreto de las comunicaciones...*, op. cit., pp. 124 y 174.

de los Estados siguen sometidas a una poco permeable dimensión territorial¹⁶. Con este escenario, y en un primer momento, algunos conflictos planteados ante tribunales de lugares distintos, tanto distintos de aquellos en los que se alojaban los contenidos lesivos como de aquellos en los que se había producido la afectación a bienes jurídicos protegidos¹⁷, hicieron pensar que Internet, dada su configuración tecnológica, acabaría provocando una cierta uniformidad en el entendimiento de los derechos y su ejercicio en su esfera¹⁸. Sin embargo, tras casi tres décadas de desarrollo de la comunicación digital, lo que ha ocurrido ha sido lo contrario.

Las leyes aplicables a Internet, y en consecuencia a las empresas tecnológicas, varían de un lugar a otro del planeta¹⁹. La defensa de los derechos fundamentales que se ejercen en la red lo hace, también, en función de las culturas constitucionales de esas distintas jurisdicciones²⁰. Podría decirse que los Estados miembros de la Unión Europea son los que, por razón de su pertenencia a esta, comparten un grado alto de homogeneidad y coordinación en estas cuestiones. Lo hacen, no obstante, sin dejar de sostener tal regulación sobre una concepción basada, en última instancia, en clave de soberanía y, en primera instancia, en clave de mercado.

Como consecuencia, y más allá del ámbito de la UE, las empresas tecnológicas se someten a diferentes regulaciones de manera simultánea, en función del lugar en el que tengan su sede principal y sus sucursales o de qué nacionalidad sea el proveedor o el servidor del que depende la gestión de los contenidos o datos. En su funcionamiento, sin embargo, hay una sensación, si no una realidad, de ubicuidad y en cualquier caso los operadores necesitan asegurar la fluidez en el intercambio de datos, dándose efectivas transferencias de unos puntos geográficos a otros. Esas transferencias, como es lógico, no son libres y con carácter general han de contar con el consentimiento del afectado, titular de los datos o emisor de los contenidos de la comunicación privada. También vendrán condicionadas por requisitos legales de distinto signo en función de los lugares de origen y destino de los datos y mensajes.

En el DUE, las transferencias internacionales de datos están determinadas por el Reglamento de protección de datos en sus artículos 44 y siguientes. En líneas generales son transferencias no permitidas²¹. Partiendo de tal premisa, el Reglamento habilita procedimientos, en los que intervienen tanto instancias europeas como autoridades estatales de protección de datos, encaminados a la adopción de cláusulas

16 Ya a principios de siglo se planteaba esta cuestión en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 65.

17 Cfr. SONIA DE LA TORRE FORCADELL y LORENZO COTINO HUESO, “El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en Internet”, *Actas del XV Seminario de Derecho e Informática*, Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 897-917.

18 En un momento inicial, algunos estudiosos de la comunicación en la red abogaron abiertamente por dejar que Internet fuera un espacio exento de intervención estatal y solo controlado por el código -DAVID R. JOHNSON y DAVID G. POST, “Law and borders- The rise of law in Cyberspace”, *Stanford Law Review*, núm. 48, 1996, 1367-1402; JOHNATHAN ZITTRAIN, *The future of the Internet and how to stop it*, Yale University Press, New Haven&London, 2008, pp. 173 y 174; DAWN C. NUNZIATO, *Virtual Freedom, Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford University Press, Stanford, California, 2009.

19 Las visiones regulativas sobre Internet, defensoras de la competencia de los Estados para normar el uso de Internet, se fueron imponiendo frente a autores que postulaban a favor de la creación de cooperación entre Estados para resolver cuestiones relativas a Internet, como Santiago Muñoz Machado, *La regulación de la red... op. cit.* p. 65. A favor de la recuperación del poder soberano de los Estados sobre la red, incluso usando estos la tecnología para controlarla, véase el trabajo de Joel R. Reidenberg, “States and Internet enforcement”, *University of Ottawa Law & Technology Journal*, Vol. 1, 2004, pp. 213-230.

20 Significativos fueron los casos en torno a la libertad de expresión, en conflicto con el derecho al honor, juzgados por tribunales británicos cuyas sentencias se negaron a ejecutar los tribunales estadounidenses apelando a la Primera Enmienda de su Constitución. Cfr. STEPHEN BATES, “Libel Capital No More? Reforming British Defamation Law”, *Hastings Communication & Entertainment Law Journal*, núm. 34, 2012, pp. 233-274, p. 267. En defensa de la Primera Enmienda, y temiendo que Internet amenazase su sistema de libertad de expresión, se aprobó una ley que impedía la ejecución en Estados Unidos de sentencias de tribunales extranjeros que no cumplieran con los estándares de la Primera Enmienda. Se trata de la Securing the protection of our enduring and established constitutional heritage act (Speech Act), PL 111-223, August 10, 2010, 124 Stat 2380.

21 Es un régimen similar al anteriormente dispuesto en la Directiva 95/46/CE, y que se resume en Susana Sánchez Ferro, “La alargada sombra del derecho a la protección de datos y otras cuestiones: Reflexiones al hilo del caso Schrems” en ANA MARÍA CARMONA CONTRERAS (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 87-108, pp. 89 y ss.

contractuales-tipo. Se trata de cláusulas a utilizar con terceros para que las transferencias de datos sean lícitas. También indica el Reglamento procedimientos, semejantes a las anteriores, de aprobación de normas corporativas, vinculantes e internas a las empresas que vayan a transferir datos fuera de la Unión. Esto hace posible las transferencias siempre y cuando haya una decisión previa de adecuación, por parte de la Comisión Europea, sobre los niveles de protección de datos del país de destino. Se trata, sin duda, de una proyección extraterritorial de las garantías ofrecidas por la regulación del DUE. En ausencia de decisión de adecuación, sin el visto bueno de la Comisión al fin y al cabo, las transferencias internacionales de datos se complican, requiriéndose a veces una autorización previa por parte de las autoridades de control y siempre tras una investigación por parte de esta en relación con las garantías que los afectados van a poder activar sobre los datos transferidos.

Ese detallado y estricto marco regulativo que el DUE establece para las empresas responsables de datos, cuando pretendan sacarlos de su jurisdicción, puede modularse conforme a lo estipulado en el artículo 49 del Reglamento. Esa disposición recoge razones, excepciones, por las cuales se pueden transferir datos al extranjero fuera de ese marco, casi todas considerando lo que pueden ser beneficios para el interesado. Pero el interés público del país tercero, y por lo tanto la colaboración con la justicia de un Estado no miembro de la Unión, es también potencial causa de una excepción según el 49.1. d).

Esto no quiere decir que una petición de colaboración con la seguridad de un Estado tercero libere datos de procedencia europea sin la debida garantía o que esa garantía pueda ser medida conforme a los parámetros del Estado de destino. Así, el artículo 48 del Reglamento estipula que si se trata de ejecutar un mandato judicial exterior a la Unión, será necesario un tratado de asistencia jurídica mutua vigente entre ese país y la UE. En defecto de tratado, el último inciso de ese artículo indica que la transferencia puede hacerse por “otros motivos (...) al amparo de este capítulo”, lo que parece dejar abierta la posibilidad de transferir datos sin consentimiento, y sin beneficio del titular de estos, cuando haya un motivo importante de interés público conforme al artículo 49. Pero la interpretación de este inciso no resulta del todo clara, pues la excepción del artículo 49.1.d) parece volver a matizarse en el 49.4, confirmando que el interés público importante será decidido por el DUE o por el del Estado miembro competente, a la vez que el 49.5 permite limitar transferencias de determinados datos cuando estas no se dirijan a un país que goce de una decisión de adecuación. Se trataría, por tanto, de una vigilancia continua sobre los datos, también los de las comunicaciones, salidos de la Unión hacia un tercer territorio.

137

2.2. El caso *Microsoft Corp. vs. United States* y las garantías del secreto a las comunicaciones digitales ante el juez ordenante.

Las condiciones en las que datos custodiados en territorio de Estados de la UE pueden transferirse, y cuáles podrían aportarse, o no, a requerimiento de una instancia judicial de un país tercero, tienen resonancia singular en esta reflexión, pues sitúan normativamente el conflicto de origen en el caso *Microsoft Corp. vs. United States*²². Por así decir, este caso evidencia el choque de dos pretensiones de extraterritorialidad contradictorias, la europea y la estadounidense. Con ello, pone en cuestión tanto la eficacia del sistema europeo de garantía de la privacidad y el secreto de las comunicaciones, como la utilidad de los mecanismos estadounidenses de cooperación con la justicia para la persecución del delito.

También propicia una reflexión sobre las dificultades de articular garantías de privacidad y seguridad en Internet. Por una parte son precisas garantías para los derechos de los titulares de los datos y actores de las comunicaciones en red. Por otra parte estas garantías han de ser flexibles en situaciones en las que la

²² Las circunstancias del mismo no dejan de estar conectadas con las decisiones de la Comisión Europea sobre la adecuación de las garantías de la privacidad para la transferencia de datos a Estados Unidos. Teniendo en cuenta que la Decisión 2000/520/CE, conocida como *Safe Harbour* o Puerto Seguro, fue invalidada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-362/14, Schrems, EU:C:2015:650, y que la actualmente vigente, la Decisión 2016/1250, conocida como Escudo de Privacidad, revisada anualmente, sigue obteniendo valoraciones altamente críticas por parte del Parlamento Europeo. Véase la Resolución del Parlamento Europeo sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la privacidad UE-EE. UU. (2018/2645(RSP), disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2018-0305_ES.html.

seguridad pública así lo requiriera. La seguridad pública, en nuestros días, no es solo seguridad dentro del Estado, pues muchas amenazas a esa seguridad pública son transnacionales. Si alcanzar ese equilibrio ya es trabajoso en el contexto de una jurisdicción estatal, propiciarlo mínimamente en el contexto del intercambio de datos e información entre jurisdicciones diversas lo es más aún. Véase a través de la exposición del caso.

Elevado a conocimiento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Microsoft Corp. vs. United States* versaba sobre un conflicto entre esa empresa tecnológica y el gobierno de aquel país. La causa del conflicto era un juicio penal, a un usuario de servicios de *Microsoft*, por presunto delito de narcotráfico. La fiscalía había obtenido en 2013 una orden del juez de Distrito de Nueva York, mediante la cual se exigía a la empresa aportar unos correos electrónicos que se encontraban alojados en el servidor que la empresa tenía en Dublín. La empresa replicó que la orden judicial, basada en la *Stored Communications Act*, proveniente de la *Electronic Communications Privacy Act* de 1986, no era óptima y que el juez no era competente para emitir esa orden, por ser extraterritorial.

La empresa apeló contra la orden y esta fue revocada. Fue el tribunal del Segundo Circuito el que admitió que había una aplicación extraterritorial de la SCA, confirmando que la territorialidad superpuesta al volátil universo digital rige sobre el mismo. Tras la decisión del Segundo Circuito, el gobierno de los EEUU apeló al Tribunal Supremo y este se hizo cargo del caso en 2016. Ante el Supremo, Microsoft alegó de nuevo que los correos requeridos estaban bajo jurisdicción irlandesa, pues el servidor allí se ubicaba. Conforme al DUE, sostuvo Microsoft, era necesario un acuerdo de asistencia jurídica mutua, por más que la empresa raíz tuviera su sede en territorio estadounidense y, por tanto, sometida a su jurisdicción. Dicho en otras palabras, la ley que regulaba la cesión de esos datos, aun por motivos de seguridad o de investigación del delito, no era *exclusivamente* la de aquel país.

Antes de que el Tribunal Supremo entrase a resolver el conflicto, el Congreso optó por reformar la *Stored Communications Act* en marzo de 2018. Lo hizo a través de la llamada *CLOUD Act, Clarifying Lawfull Overseas Use of Data Act*. Como consecuencia de la reforma, se emitió una nueva orden y el caso quedó sobreesido, por irrelevante. Finalmente fue devuelto al juez de apelación²³. Ese fin anticipado tuvo el siguiente fundamento: la reforma derivada de la *CLOUD Act* estableció, con una claridad que no figuraba en la ley a la que sustituía, la obligación de la empresa tecnológica de asistir a la acción de la justicia en territorio estadounidense, facilitando los datos que tuviera alojados en sus servidores independientemente de dónde se encontraran estos.

La dimensión extraterritorial del mandato, por tanto, no se eliminaba. Al contrario, quedaba confirmada. No obstante, la ley estadounidense tampoco fue ciega a los inconvenientes que planteaba su pretendida eficacia extraterritorial. Por ello, su redacción final permitió cierta ponderación, a realizar por el juez, sin mayor especificación, cuando la empresa requerida tuviera los servidores señalados en territorios en los que las condiciones legales supusieran que, para cumplir con la justicia estadounidense, hubiera que infringir la ley de ese otro lugar²⁴.

Aun insistiendo en que las empresas tecnológicas bajo su jurisdicción tienen deberes de colaboración con la seguridad interna, reafirmando la proyección territorial de la jurisdicción estadounidense sobre el uso de Internet, esa concesión que la *CLOUD Act* hace ante datos alojados en servidores externos demuestra algo importante. El sistema estadounidense es consciente de la necesidad de una colaboración por el bien de los usuarios, por el de los negocios de las empresas tecnológicas y, en última instancia, por el de la seguridad jurídica. Solo mediante la articulación de mecanismos de cooperación entre Estados y empresas tecnológicas se va a poder alcanzar un, necesario, estándar común de seguridad y garantías sustantivas para la privacidad y la comunicación en la red. El problema que se plantea, a partir de ahí, es que ese estándar sea aceptable para los distintos actores implicados, Estados y corporaciones empresariales, y a la vez respetuoso con los derechos de los ciudadanos afectados.

23 Resume el caso en su primera parte el artículo de JENNIFER DASKAL, "Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and International Lawmaking 2.0", *Stanford Law Review Online*, núm. 71/9, 2018, disponible en <https://www.stanfordlawreview.org/online/microsoft-ireland-cloud-act-international-lawmaking-2-0/>.

24 En la segunda parte del trabajo de JENNIFER DASKAL, "Microsoft Ireland, the CLOUD Act, and...", *op. cit.*

III. REFLEXIÓN FINAL: LAS EMPRESAS TECNOLÓGICAS Y LAS GARANTÍAS DE LA COMUNICACIÓN DIGITAL.

Del asunto *Microsoft Corp. vs. United States* se deduce que las garantías de la comunicación digital exigen una coordinación de sistemas normativos territoriales y que las empresas tecnológicas, aun cuando las leyes de los EEUU no les confieren obligaciones de custodia de la privacidad tan meticulosas como las de la UE, tienen un especial protagonismo en este campo. Si la inicial deslocalización jurisdiccional de Internet dio paso a su progresivo desarrollo territorial estatal, regional en el caso de Europa, de la regulación aplicable a su uso, el momento actual se presenta como el de la necesaria coordinación de sistemas de garantía.

Si esa coordinación no se alcanza, para el sistema europeo de protección de la intimidad digital, datos y comunicaciones, se derivarían dos tipos de problemas: uno relacionado con la efectiva y mayoritaria nacionalidad estadounidense de las tecnológicas más relevantes; otro, en conexión con el anterior, relacionado con la pérdida de eficacia real de garantías tan construidas como la relativa a los requisitos de calidad de la ley restrictiva de derechos de privacidad, como es la de la intervención judicial de las comunicaciones. Si la privacidad se entiende de manera diferente en el orden constitucional estadounidense, menos garantista, cuando las empresas tecnológicas han de responder ante las autoridades estadounidenses y también ante las europeas, y si también las condiciones de los respectivos mercados son distintas, finalmente podría ser que tales condiciones comerciales, y no los derechos, sean las que acaben por fijar las garantías de la intimidad, del secreto de las comunicaciones y de la protección de la información personal. Ese es el riesgo para estos derechos fundamentales.

APROXIMACIÓN A LOS NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS DIGITALES RECONOCIDOS EN LA LOPDGDD 3/2018

Carolina López Medina
Universidad de Jaén

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. 2. NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS DIGITALES EN LA LOPDGDD 3/18. 2.1. Derechos en el entorno digital. 2.2. Especial protección de los menores en internet. 2.3. Derechos digitales en ámbito laboral. 3. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS NUEVOS DERECHOS DIGITALES. CONCLUSIONES.

141

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto abordar una aproximación a los nuevos derechos y garantías digitales (seguridad digital, rectificación en internet, desconexión digital en ámbito laboral, testamento digital) consagrados en el Título X de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Desde su entrada en vigor se pone de relieve la relevancia jurídica de su reconocimiento y algunas problemáticas derivadas de su implementación.

Palabras clave:

Protección de datos. Derechos digitales. Garantías digitales. Responsabilidad proactiva. Concienciación.

ABSTRACT

APPROACH TO THE NEW DIGITAL RIGHTS AND GUARANTEES RECOGNIZED IN LOPDGDD 3/2018

In this contribution we try to examine the new digital rights and guarantees (digital security, rectification on the internet, digital disconnection in the workplace, digital testament) recognized in the Title X of the Organic Law 3/2018, de 5 de diciembre, Data Protection and guarantee of digital rights. Until its entry into force, the legal relevance of this recognition and the main problems derived from its implementation are consider.

Key words:

Data protection. Digital rights. Digital guarantees. Accountability. Awareness.

1. INTRODUCCIÓN.

Durante los últimos años se ha producido una auténtica revolución en torno a la protección y libre circulación de todo tipo de datos relativos a la persona física, especialmente aquellos de carácter personal¹ y a nivel europeo. Ello ha sido en gran parte consecuencia del avance tecnológico y de la generalizada utilización de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC en adelante), internet, las redes sociales y servicios equivalentes (ss.ee. en adelante) en todos los ámbitos. Originariamente las herramientas digitales fueron creadas con fines tan positivos como lícitos, entre los que destacan construir un mundo conectado, facilitar múltiples tareas de la vida cotidiana o las relaciones interpersonales. Sin embargo, con el tiempo se ha puesto de manifiesto que en realidad los medios digitales tienen una doble faz, atendiendo a la forma y finalidad para los que son utilizados.

En línea con lo anterior, un uso indebido, ilícito, desproporcionado o al margen de la ética de los datos personales albergados en ficheros o en los propios medios digitales es susceptible de producir graves lesiones de derechos fundamentales y libertades públicas, así como causar daños de difícil reparación. Entre los múltiples efectos negativos de un uso inadecuado de los medios digitales, interesa destacar por un lado, el desorbitado aumento de la ciberdelincuencia (ciberestafas, ciberacoso, ciberamenazas, *phishing* bancario, *phishing* car)² y por otro, el incremento de los tratamientos ilícitos de datos personales por parte de instituciones, organizaciones y empresas, de carácter nacional e internacional, tanto públicas como privadas.

Partiendo de las premisas anteriores y con carácter previo a centrarnos en los nuevos derechos y garantías digitales reconocidos por la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales* (LOPDGDD en adelante), procede hacer una breve referencia al régimen jurídico de la protección de datos, toda vez que existe una clara conexión entre dichos derechos y garantías digitales y la protección de datos.

Así pues, a nivel europeo resulta de aplicación general y directa desde el 25 de mayo de 2018 el *Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos* (RGPD en adelante). Mientras que el resto de datos que no se correspondan con la anterior definición, se rigen por el *Reglamento 2018/1807 del Parlamento y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea*⁴.

Junto a dicho Reglamento, es preciso recordar que se publicó una Directiva, la *Directiva (UE) 2016/680, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos* (Directiva 2016/680 en adelante). Respecto a esta última, interesa incidir en que tras dos años de retraso en su transposición y sin perjuicio de su efecto directo vertical de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, sigue pendiente de transposición al ordenamiento jurídico español. De ahí, que la Comisión Europea haya propuesto una sanción económica al citado Tribunal de Justicia de más de cinco millones de euros⁵.

143

1 De conformidad con el art. 4. 1) RGPD, dato personal es «toda información relativa a la persona física identificada o identificable», esta es, aquella cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente en particular mediante un identificador (nombre, número de identificación o elementos propios de la identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social). Los datos se clasifican en ordinarios (nombre, dirección de correo, currículum) y en categorías especiales, como aquellos referidos a política, religión, creencias o salud.

2 Según el Observatorio Español de Delitos Informáticos (OEDI), frente a los 37.458 ciberdelitos registrados en el año 2011, en 2017 constan un total de 81.307, la mayoría por fraude informático. <http://oedi.es/estadisticas/>.

3 Entre los casos más conocidos, resulta imprescindible traer a colación la conocida cesión ilícita de información personal de miles de usuarios de la red social Facebook a la empresa *Cambridge Analytica*, suceso que fue noticia a principios del año 2018.

4 Art. 3. 1) Reglamento 2018/1807 del Parlamento y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

5 Al respecto, se incide en la necesidad de su transposición al sistema español, no sólo para evitar el incremento la citada sanción propuesta para España, sino también por razones de seguridad jurídica y armonización del nivel de protección y la libre circulación de datos en ámbito penal. Véase: <https://elderecho.com/la-comision-europea-decide-llevar-espana-ante-tribunal-no-transponer-derecho-la-ue>.

Por su parte, en el sistema español la protección de datos configura un derecho fundamental autónomo e independiente derivado del artículo 18.4⁶ de la Constitución Española (CE en adelante), tal y como ha reiterado el Tribunal Constitucional (TC en adelante), por todas se cita la STC 292/2000, en su Fundamento Jurídico 7.

En cuanto a su régimen jurídico, además de la aplicación directa del mencionado RGPD, y por ende sus principios, garantías y derechos (acceso, rectificación, supresión, olvido, portabilidad de los datos), el pasado 6 de diciembre de 2018 entró en vigor la LOPDGDD. Esta Ley venía a derogar la anterior regulación de 1999⁷ para adecuarla a las líneas y principios del Reglamento europeo, con la gran novedad de incluir un Título específico dedicado a las «Garantías de los derechos digitales», cuyo análisis es el objeto del presente artículo.

Tras año y medio de que se cumpla el primer aniversario de la entrada en vigor y aplicación de la LOPDGDD, a continuación se aborda una aproximación a los nuevos garantías y derechos digitales reconocidos por ello, cuya consagración legal ha configurado un auténtico hito jurídico.

2. NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS DIGITALES EN LA LOPDGDD 3/18.

Como se ha indicado anteriormente, una de las principales novedades de la LOPDGDD es que reconoce en su Título X (arts. 79 a 97) un catálogo de nuevos derechos y garantías digitales inherentes a toda persona física en el entorno virtual y en el uso de los medios digitales en todos los ámbitos, en especial en el laboral y respecto a los colectivos considerados más vulnerables, como los menores de edad.

Dicho Título X de la LOPDGDD parte del reconocimiento explícito del principio general de plena aplicabilidad en internet de la totalidad de los derechos y libertades consagrados en la CE y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España es parte. Resulta claro que todo usuario de los medios digitales mantiene en este entorno sus derechos humanos y fundamentales, entre los que destacan el derecho a la vida (art. 15), a la seguridad personal (art. 17 CE), a la libertad de expresión y de información (art. 20 CE), a la intimidad, a la imagen, al honor, al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos personales (art. 18 CE).

De hecho, en la práctica son habituales las colisiones entre tales derechos y libertades (protección de datos vs. intimidad, libertad de expresión, libertad de información veraz, acceso a la información), concerniendo a los órganos judiciales realizar una ponderación de los intereses o derechos en conflicto en el caso concreto.

Ahora bien, la LOPDGDD va más allá del reconocimiento de tales derechos al encomendar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y a los proveedores de internet que contribuyan a garantizar su aplicación. Siguiendo la línea del RGPD, no se establecen medidas concretas tendentes a garantizar tal aplicación, sino que cada ente en particular tiene que valorar e instaurar las oportunas y efectivas medidas para cumplir con la protección de datos, la responsabilidad proactiva y en especial, respetar el citado principio de plena aplicabilidad.

Sobre la base de la anterior premisa, que constituye el pórtico introductorio del citado Título X, en los siguientes artículos se consagran un total diecisiete derechos digitales, que se pueden clasificar en dos grupos. Por un lado, derechos en el entorno digital, con especial protección de los menores en el correcto uso de los medios digitales, y por otro, derechos digitales en el ámbito laboral.

6 Este precepto dispone de forma literal: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

7 Constituida principalmente por la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley.

2.1. Derechos en el entorno digital.

En el entorno digital, destacan los siguientes derechos y garantías reconocidos con carácter general:

En primer lugar, se reconoce legalmente el derecho al acceso universal, asequible y de calidad a internet, independientemente de toda condición personal, social, económica. Aunque se refleja la intención de favorecer el desarrollo tecnológico de la sociedad española y eliminar las brechas digitales latentes, que han disminuido considerablemente en los últimos años⁸, la configuración legal de este derecho puede plantear problemas en cuanto a su implementación. Además, al igual que ocurre con otros derechos de este Título X, no basta reconocerlos legalmente, sino que se ha de acompañar de las oportunas medidas de apoyo y financiación para hacerlos efectivos.

En segundo lugar, se reconoce el derecho a la neutralidad de internet, que significa que los proveedores de servicios de internet oferten sus servicios de forma transparente y sin discriminación a los usuarios por motivos técnicos o económicos. Como posible problemática, en la práctica este derecho puede verse limitado en aquellos casos en los que a dicha oferta le preceden una serie de psicografías o perfilados, dando lugar a información o publicidad segmentada y específica en atención de las preferencias e intereses particulares.

En tercer lugar, se consagra el derecho a la seguridad digital, a que las comunicaciones vía medios digitales se transmitan y reciban de forma segura, lo más segura posible; así como que los usuarios sean informados de sus derechos, como por ejemplo, del derecho de olvido en redes sociales o ss. ee. o a que se notifique al usuario en el plazo máximo de setenta y dos horas, como regla general, aquellas brechas de seguridad que pongan en riesgo sus datos personales.

De otro lado, se reconoce el derecho a solicitar a los responsables de redes sociales y ss. ee. la rectificación de contenidos difundidos por terceros que vulneren los derechos al honor, la intimidad y a la libertad de comunicar y recibir libremente información veraz.

También, se prevé el derecho a solicitar de forma motivada la actualización de informaciones en medios de comunicación digitales cuando la información original no refleje la situación actual por circunstancias posteriores a su publicación, causándole un perjuicio. Normalmente se refiere a casos de informaciones sobre actuaciones policiales o judiciales que se hayan visto afectadas en beneficio del interesado por resoluciones judiciales posteriores, como una sentencia absolutoria o más beneficiosa. Respecto a este último, la inclusión en el precepto de la necesidad de motivar la solicitud y un perjuicio puede limitar el ejercicio del derecho.

Así mismo, se reconocen los derechos al olvido en búsquedas de internet y en las redes sociales y ss. ee.; y el derecho a la portabilidad de los datos en dichas redes, por el que se puede instar a sus prestadores recibir y transmitir los contenidos facilitados o que estos los transmitan directamente al otro prestador indicado. Este último derecho posee gran utilidad práctica pero puede ser problemático el que se condicione su ejercicio a que «sea técnicamente posible», deviniendo inoperante en muchos casos o pudiendo ser la excusa para no atender la solicitud.

Por último, especial relevancia tienen los derechos a la educación digital y al testamento digital. En relación con el primero, dado que como afirmaba Nelson Mandela «la educación es el arma más poderosa para cambiar el mundo», es esencial que se haya previsto expresamente en la LOPDGDD el derecho a la educación con carácter inclusivo en el uso de los medios digitales seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos.

Se trata de la aplicación del derecho a la educación consagrado en el art. 27 CE en el marco digital, instándose a las Administraciones educativas a incluir la competencia digital y elementos sobre situaciones de riesgo derivadas de una indebida utilización de tales herramientas en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración. Así mismo, destaca el que se requiera al profesorado a formarse en materia digital para la enseñanza y transmisión de esos valores y derechos.

⁸ «La brecha digital en España se reduce», 2019. Véase: <https://www.hoy.es/tecnologia/internet/brecha-digital-espana-20190301175651-ntrc.html>.

En el ámbito universitario, se prevé que los planes de estudio de los títulos habilitantes profesionalmente, como el Máster Universitario de Acceso a la Abogacía o en Profesorado de Educación Secundaria Obligatoria, garanticen la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en garantía de los derechos fundamentales en internet. Por su parte, se dispone que las Administraciones Públicas han de incorporar materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y protección de datos en los temarios de pruebas selectivas a los cuerpos superiores y a aquellos en que habitualmente se traten datos personales.

En definitiva, si «la verdadera educación consiste en sacar a la luz lo mejor de uno mismo» (Ghandi), la educación digital es vital en la actual sociedad globalizada, interconectada y digitalizada, toda vez que enseñar un uso de los medios digitales seguro y respetuoso con los derechos y con la dignidad humana, fundamento del orden y de la paz social (art. 10.1 CE), es muy beneficioso a corto y largo plazo.

Respecto al derecho al testamento digital, se establece legalmente la facultad de toda persona de disponer el uso y destino de sus bienes digitales (personales, financieros como los números de cuenta o tarjetas bancarias o económicos). En concreto, el art. 96.1 a) de la LOPDGDD establece la regla general de que «*las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos*» están legitimados al acceso a los contenidos gestionados por los prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas, así como para decidir sobre su utilización, destino o supresión; excepto que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente o así se establezca legalmente.

Cabe señalar que otros legitimados son el albacea testamentario o instituciones designadas, los representantes legales o el Ministerio Fiscal en caso de menores o personas necesitadas de una especial protección. En cualquier caso, con la inclusión de este precepto se da solución a la laguna legal existente y a las situaciones anteriores en las que los propios prestadores del servicio decidían atender o no las solicitudes de supresión de los datos y perfiles de fallecidos por parte de sus herederos⁹.

Sin embargo, esta regla general parece ser excesivamente aperturista al admitir sin restricción, ni reglas de prioridad para casos de conflicto, que sus herederos y aquellos vinculados por razones familiares e incluso «de hecho» puedan solicitar acceder a ellos y decidir sobre su uso, destino y supresión (fotografías digitales, archivos de vídeo, cursos, nombres de dominio, correos o actividad bancaria *online*). Así, la LOPDGDD se aparta de otras regulaciones más restrictivas como la francesa o la legislación foral de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña¹⁰.

Otra problemática es la relativa al acceso a contenidos virtuales con terceras personas no fallecidas implicadas (mensajes, correos, fotografías, grabaciones de vídeo o audio), generándose a su vez otros conflictos de derechos y posibles lesiones de sus derechos fundamentales, como el de secreto de las comunicaciones, la intimidad, el honor y la propia imagen de terceros.

2.2. Especial protección de los menores en internet.

Los menores de edad forman parte de los colectivos más vulnerables ante los riesgos y consecuencias negativas del uso de las TIC e internet en todos los ámbitos. Es por ello que el Título X de la LOPDGDD dedica dos preceptos similares en aras de dotarles de una especial protección en el ámbito digital.

De un lado, prevé que sus progenitores o representantes legales han de procurar que los menores hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información para garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y perseverar su dignidad y sus derechos. En cuanto al uso o difusión de imágenes o datos personales de menores en redes sociales y ss. ee. que pudiesen implicar intromisiones ilegítimas en sus derechos fundamentales, se prevé la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas oportunas.

⁹ <https://www.aepd.es/media/docs/novedades-lopd-ciudadanos.pdf>

¹⁰ SOLÉ RESINA, J., *Las voluntades digitales: marco normativo actual*, Anuario Derecho Civil, Tomo LXXI, 2018, fase. II, pp. 417 y ss. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2018-20041700440_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Las_voluntades_digitales_marco_normativo_actual

De otro lado, encomienda a los centros educativos y personas jurídicas o físicas que desarrollen actividades en las que participen menores a garantizar la protección de su interés superior y sus derechos fundamentales en la publicación o difusión de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de información. En particular, precisa que si esta fuera a producirse a través de redes sociales o ss. ee., se requiere el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Cabe señalar que, aunque la LOPDGDD mantiene la edad de catorce años para consentir tratamientos de datos, corresponde a sus padres o representantes legales el ejercicio de los derechos en esta materia hasta la mayoría de edad. Como se puede observar, se sigue la línea de proteger de forma específica los derechos fundamentales y el interés superior de menor también en el ámbito virtual, como lo hace con carácter general la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor con carácter general y al que hace referencia el Considerando 38 RGPD. En conexión con todo ello, y como se refería anteriormente a propósito del derecho a la educación digital, se reitera la relevancia de una apropiada educación en uso de las TIC y de internet, sus riesgos y consecuencias.

Por último, interesa citar como aspecto positivo en relación con esta materia que como política de impulso la LOPDGDD establece que el Gobierno aprobará un Plan de Actuación para promover las acciones de formación, difusión, concienciación para que los menores hagan un uso responsable y equilibrado de las herramientas digitales y las redes sociales con el fin de garantizar el adecuado desarrollo de la personalidad y preservar su dignidad y derechos fundamentales¹¹.

A nivel europeo, la Comisión Europea publicó en 2018 un Plan de Acción de Educación Digital con el desarrollo de serie de acciones para fomentar y apoyar el uso de la tecnología en la educación y la competencia digital¹².

2.3 Derechos digitales en ámbito laboral.

Cada vez es más frecuente el uso de las herramientas digitales en el entorno laboral, siendo puestos a disposición del trabajador múltiples aparatos electrónicos (móviles, ordenadores, *tablets*) por parte del empleador para fines laborales. Sobre la base de lo anterior, la LOPDGDD recoge específicamente una serie de derechos digitales en este ámbito en aras de tutelar el bien jurídico de la intimidad personal y familiar del trabajador, así como su dignidad.

En primer lugar, se garantiza el derecho a intimidad en el uso de dispositivos digitales en el lugar de trabajo, puestos a su disposición por el empleador. En estos casos, dicho empleador tiene derecho a acceder al contenido derivado de su uso a los únicos efectos del control laboral y garantizar la integridad de los dispositivos.

Al respecto de la facultad de control laboral, el art. 20. 3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) dispone de forma literal:

«El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y de control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad».

Sin embargo, como es lógico, dicha facultad de control laboral no es ilimitada, sino que ha de respetar los derechos fundamentales del trabajador, especialmente a la intimidad y los estándares mínimos de protección de tal derecho, previa información clara, expresa e inequívoca al respecto. En cuanto al

11 Señalar que establece como prioridades hacer un mejor uso de la tecnología digital para la enseñanza y el aprendizaje, desarrollar competencias y capacidades digitales pertinentes para la transformación y modernizar los sistemas educativos mediante la previsión y un mejor análisis de los datos. Para más información, consúltese la Guía sectorial AEPD para centros educativos. <http://www.tudecideseninternet.es/agpd1/images/guias/GuiaCentros/GuiaCentrosEducativos.pdf>

12 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0022&from=EN>

acceso por parte del empleador con fines privados, podría admitirse en el caso de que se concreten los usos autorizados y establezcan las garantías oportunas para el respecto del derecho a la intimidad del trabajador.

También, se consagran los derechos a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos, así como ante la utilización de sistemas de geolocalización. Igualmente, en estos casos los empleadores pueden tratar los datos obtenidos a través de dichos sistemas para el ejercicio de funciones de control laboral previstas en la legislación de la función pública y en el citado art. 20. 3 ET, siempre dentro del marco legal y de los límites inherentes a su ejercicio en todo caso, previa información al trabajador expresa, clara e inequívoca de su existencia y finalidad.

En relación con los sistemas de geolocalización, se refiere particularmente a aquellos profesionales (repartidores, comerciales, taxistas) cuyos vehículos móviles vinculados al trabajo tienen instalados tales dispositivos para fines legítimos como es el control laboral o para poder una adecuada prestación de sus servicios. De igual modo, se han de respetar los estándares mínimos del derecho fundamental a la intimidad y establecer las medidas adecuadas y eficaces para respetarlo, como por ejemplo que el trabajador pueda desconectarlo durante su tiempo de descanso o fuera del horario laboral.

Por otro lado, se reconoce el derecho a la desconexión digital, que significa garantizar el respeto de los tiempos de descanso, permisos y vacaciones del trabajador, en aras de respetar y fomentar la conciliación de la vida laboral y personal-familiar. A modo de ejemplo, el Convenio Colectivo del Grupo Axa del año 2017 ya recogía el derecho a la seguridad digital y a la intimidad en el uso de herramientas tecnológicas¹³.

Aunque a priori parece un derecho lógico y sencillo, es frecuente que su aplicación y respeto en la vida cotidiana plantee ciertos problemas, sobre todo en aquellas profesiones que requieren disponibilidad completa o en los casos de trabajadores por cuenta propia. En este sentido, meses después a la entrada en vigor y aplicación de la LOPDGDD fue noticia la noticia relativa a que «el 60 % de los empleados en España señala que la cultura corporativa de su empresa demanda estar siempre disponible para los requerimientos laborales que pueden surgir, incluso en horas no laborales»¹⁴.

Por tanto, sigue siendo necesario concienciar sobre la importancia del respeto de este derecho tanto por empleador, como por los propios trabajadores, pues de lo contrario, serán múltiples y numerosos los efectos negativos en la salud mental de los propios trabajadores (estrés laboral, ansiedad, agotamiento, desconcentración).

Como se indicaba anteriormente, en todos estos derechos digitales en ámbito laboral no se establece legalmente un listado de medidas, sino que corresponde a cada empresa, entidad o institución determinar su listado de medidas y herramientas, desde el diseño y por defecto. Todo ello, en aras de garantizar los derechos fundamentales de sus trabajadores en el ámbito laboral, especialmente su derecho a la intimidad personal y familiar, así como a la protección de datos.

Por último, resulta de interés que la LOPDGDD deja vía abierta para la ampliación de los derechos digitales en el entorno laboral mediante la negociación colectiva. Igualmente, que en su Disposición Final 13 modifica el ET añadiendo un precepto, el art. 20 bis, pasando a disponer expresamente:

«Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos y garantía de los derechos digitales».

13 En concreto, prevé que «salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo». https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-11622

14 «La desconexión digital hace aguas: el 60 % de las empresas piden a sus trabajadores disponibilidad total», <https://confi legal.com/20190505-la-desconexion-digital-hace-aguas-el-60-de-las-empresas-piden-a-sus-trabajadores-disponibilidad-total/>

3. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS NUEVOS DERECHOS DIGITALES.

En los últimos años, ha aumentado la preocupación social por proteger la información personal y la intimidad en aras de salvaguardar los derechos fundamentales y la dignidad de la persona en el entorno virtual. De forma paralela, ha ido surgiendo una cultura sobre protección de datos personales, siendo la sociedad cada vez más consciente de que un uso desproporcionado, al margen de la normativa y de la ética de los medios digitales puede limitar o incluso lesionar derechos fundamentales (protección de datos, intimidad, honor, imagen, seguridad personal o secreto de las comunicaciones).

Igualmente, ha incrementado la preocupación del legislador europeo y nacional español de velar por la salvaguarda de dichos derechos ante el creciente uso de las TIC e internet, lo que se ha materializado en las normativas específicas sobre la materia. Centrándonos en la LOPDGDD, en vigor desde el pasado 6 de diciembre, se pone de manifiesto que la consagración de los derechos y garantías digitales (seguridad digital, educación digital, testamento digital, neutralidad de internet) ha constituido un verdadero hito jurídico en el ordenamiento jurídico español.

Más que un nuevo catálogo de derechos, son un elenco de facultades esenciales titularidad de toda persona física que se encuentran ligadas a los derechos fundamentales a la protección de datos y a la intimidad, dos derechos autónomos e independientes tal y como ha reiterado en diversas ocasiones el TC¹⁵. Configuran un elenco de facultades que complementan los derechos reconocidos con carácter general en el RGPD, como los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición.

No obstante, su implementación práctica puede presentar ciertas problemáticas, principalmente porque, a diferencia del resto de derechos fundamentales y libertades públicas consagradas en la CE, no gozan de trayectoria doctrinal y jurisprudencial, requiriendo un grado de determinación y concreción de su contenido por parte de las autoridades competentes, más aún teniendo en cuenta la generalidad de sus términos.

Además, como como ponía de manifiesto el Profesor DÍAZ REVORIO¹⁶, «ningún derecho se garantiza con su propia proclamación», por lo que su reconocimiento es muy positivo pero no es suficiente, sino que debe ir acompañado de las oportunas garantías y medidas de apoyo y de financiación por parte de las autoridades competentes para hacerlos reales y efectivos.

Por otro lado, al no establecerse con carácter general medidas y protocolos concretos para hacer los derechos digitales reconocidos plenamente eficaces, corresponde a cada empresa, entidad o institución en particular establecer las medidas que considere razonables para cumplir la normativa desde el diseño y por defecto, bajo el principio de responsabilidad proactiva. Esto puede dar lugar a diferencias interpretativas, que supongan diferentes niveles de protección garantía de los derechos digitales.

En cualquier caso, es indudable que el reconocimiento expreso de los derechos y garantías digitales en el Título X de la LOPDGDD ha constituido un hito jurídico en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, dado que la actual sociedad tecnológica está en constante evolución y desarrollo, dicho catálogo de derechos precisara ir siendo ampliado y actualizado para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos conforme se vayan generando necesidades de tutela ante las innovaciones y evoluciones tecnológicas.

15 STC 292/2000, Fundamento Jurídico 5.

16 Vid. F. DÍAZ REVORIO, Comunicación sobre «El coste de los derechos», *Jornadas Retos actuales del Derecho Constitucional*, 9 de mayo de 2019, Universidad Internacional de Andalucía, sede Antonio Machado.

CONCLUSIONES

Los nuevos derechos y garantías digitales consagrados en el Título X de la LOPDGDD configuran un auténtico hito en el ordenamiento jurídico español, si bien más que una nueva generación de derechos son facultades ligadas a los derechos fundamentales a la protección de datos personales y a la intimidad personal y familiar.

Destacan el derecho de acceso universal, a la neutralidad y seguridad de internet, a la desconexión digital del trabajador, al testamento digital y a la educación digital. Este último es crucial a corto y largo plazo, pues la formación en el correcto, legal, ético y apropiado uso de las TIC e internet, así como de los riesgos y consecuencias derivados de su uso, contribuirá a un mayor respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas en el entorno digital, en definitiva, a fomentar la cultura de la protección de datos.

La efectividad de los derechos digitales puede presentar problemas o ciertas limitaciones en la práctica, principalmente porque toda proclamación de derechos ha de completarse con medidas de apoyo y financieras efectivas, así como garantías de control por parte de las autoridades competentes.

Además, se trata de facultades recientes que no gozan de una trayectoria doctrinal y jurisprudencial consolidada, por lo que precisan ser interpretados y concretado su contenido por parte de los órganos judiciales. Por otro lado, requieren ser trasladados a medidas y protocolos de cumplimiento concretos a concretar por parte de las empresas, instituciones, entidades desde el diseño y por defecto.

Por todo ello, se concluye que la tutela de los datos personales y de los nuevos derechos digitales sigue configurando uno de los retos actuales en todos los ámbitos y en particular, del Derecho Constitucional. En lo que concierne a estas garantías digitales, es objetivo común compartido seguir promocionando la cultura de la protección de datos, la responsabilidad proactiva de cumplimiento y la concienciación en el respeto de los derechos digitales, con la finalidad de que sean respetadas y percibidas por la sociedad como una necesidad inherente a la dignidad humana, uno de los fundamentos del orden y de la paz social.

ALGUNOS ELEMENTO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA: LA AUTORREGULACIÓN REGULADA

M^a Mercedes Serrano Pérez
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. 1. El carácter vinculante del código de conducta. 2. El carácter voluntario de la elaboración del código de conducta y sus ventajas. 3. La capacidad autorreguladora de las partes. IV. CONTENIDO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. V. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA APROBACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. LA AEPD. 1. El órgano encargado de la supervisión de los códigos de conducta. VI. CONCLUSIÓN.

151

RESUMEN

El nuevo paradigma de la protección de datos en España se ha construido con un cuerpo normativo integrado por un Reglamento Europeo de eficacia directa y una Ley Orgánica que lo complementa. Para facilitar la aplicación y adaptación del marco legislativo aprobado puede resultar de utilidad la elaboración de códigos de conducta. Las necesidades específicas de los diferentes sectores pueden demandar una respuesta detallada y cercana que la norma europea atribuye a los códigos de conducta (art. 40.1 RGPD), pues, contribuyen “a la correcta aplicación del presente Reglamento, teniendo en cuenta las características específicas de los distintos sectores de tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas”.

Palabras clave:

Protección de datos, acuerdos, sectores específicos, autorregulación.

ABSTRACT

SOME ELEMENTS OF CODES OF CONDUCT: REGULATED SELF-REGULATION

The new paradigm of data protection in Spain has been built with a body of regulations comprising a European Regulation of direct effectiveness and an Organic Law that complements. The development of codes of conduct may be useful to facilitate the implementation and adaptation of the adopted legislative framework. The specific needs of different sectors may require a detailed and close response that the European standard attributes to codes of conduct (art. 40.1 GDPR) therefore contribute "to the correct application of this Regulation, taking into account the specific characteristics of the different processing sectors and the specific needs of micro, small and medium-sized enterprises".

Key words:

Data protection, agreements, specific sectors, self-regulation.

I. INTRODUCCIÓN.

El art. 40 RGPD regula los códigos de conducta como sucesores de los códigos tipo recogidos en la Directiva 95/46. La norma europea del 95 atribuía a estos la función de contribuir, de acuerdo con las particularidades de cada sector, a la correcta aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros para trasladar la presente Directiva. El art. 32 LOPD, en coherencia con la Directiva 95/46, contemplaba también los códigos tipo¹ bajo la fórmula de “acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresas”.

La regulación que de los códigos de conducta hace el RGPD responde a la nueva cultura de la protección de datos que contempla, por una parte una implicación más comprometida de los sujetos que tratan datos personales, así como una exigencia mayor de cumplimiento de la ley, de forma transparente y demostrable, y por otra, la necesidad de aportar mayor claridad para los interesados cuyos datos se manejan, de manera que puedan llevar a cabo de forma más efectiva el control sobre sus datos de carácter personal, objeto final del derecho fundamental a la protección de datos del art. 18.4 CE y que encuentra reflejo europeo en el art. 8 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea², y en el art. 16 del TFUE³.

La regulación de los códigos de conducta se contiene tanto en el art. 40 RGPD como en el art. 38 LOPDGDD. El primero de ellos incluye aspectos materiales y cuestiones referidas a requisitos de forma y procedimentales que han de cumplir los códigos de conducta, mientras que la norma nacional se detiene en precisar con más detalle aspectos formales.

1 El art. 32.2 LOPD establecía que “1. Mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresas, los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupen, podrán formular códigos tipo que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo. 2. Los citados códigos podrán contener o no reglas operacionales detalladas de cada sistema particular y estándares técnicos de aplicación. En el supuesto de que tales reglas o estándares no se incorporen directamente al código, las instrucciones u órdenes que los establecieran deberán respetar los principios fijados en aquél. 3. Los códigos tipo tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional, debiendo ser depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos y, cuando corresponda, en los creados a estos efectos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 41. El Registro General de Protección de Datos podrá denegar la inscripción cuando considere que no se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, debiendo, en este caso, el Director de la Agencia de Protección de Datos requerir a los solicitantes para que efectúen las correcciones oportunas.”

En cumplimiento de esta previsión, se elaboraron códigos tipo que, de acuerdo también con el art. 77.3 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal (RDLOPD), debían publicitarse preferentemente por medios informáticos o telemáticos. El depósito y la posterior inscripción de los códigos tipo les proporcionaba carácter vinculante, según el art. 77.1 RDLOPD, al igual que ocurre con la legislación actual. El RDLOPD regulaba los códigos tipo en los arts. 71 a 78.

Entre los códigos que se inscribieron en la AEPD, de acuerdo con la LOPD citamos, por ejemplo, el código de conducta de protección de datos personales en la Universidad de Castilla-La Mancha, el código tipo de tratamiento de datos de carácter personal para odontólogos y estomatólogos de España; el código tipo de la Unió Catalana d'Hospitals; el código tipo de farmaindustria de protección de datos personales en el ámbito de la investigación clínica y de la farmacovigilancia, código tipo de protección de datos para organizaciones sanitarias privadas, entre otros, disponibles en <https://www.aepd.es/reglamento/codigos-de-conducta/>

2 El art. 8 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea dice así: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

3 El art. 16 TFUE establece que: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.

II. CONCEPTO Y ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL CÓDIGO DE CONDUCTA.

Ni el artículo 40 RGPD ni el 38 LOPDGDD aportan una definición de los códigos de conducta. El artículo 40.1 RGPD si refleja su finalidad, que ha de ser “contribuir a la correcta aplicación del presente Reglamento”, finalidad genérica y amplia, presente también en la normativa anterior y condicionada por las características específicas de los distintos sectores del tratamiento y las necesidades específicas de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, según el propio art. 40.1 RGPD. Las características de la actividad o de las empresas resultan condicionantes esenciales pues, necesariamente habrán de ser tenidas en cuenta cuando se elabore un código de conducta, para poder cumplir su finalidad de mediador en el proceso de acercamiento de los criterios y reglas contenidos en el RGPD al sector al que se dirige el código. Si el código de conducta se limitara a repetir contenidos ya regulados por la normativa de protección de datos, se alejaría de la observancia de la función de adaptación que le encomienda el RGPD y su papel quedaría reducido a la inutilidad.

La finalidad de código de conducta de ayudar en la aplicación y cumplimiento del RGPD, teniendo en cuenta las necesidades específicas de los diferentes sectores, se traduce en una mediación entre la norma europea y los intereses y necesidades de los sectores que se someten a la legislación sobre protección de datos, mediación que se deja en manos de los sujetos interesados, que no podrán apartarse en dicha tarea de los criterios ya legislados. La labor de mediación que el código de conducta ha de desarrollar no puede desatender la pretensión final de garantizar los derechos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, que es el objeto último de la norma europea, haciéndolo compatible con el tratamiento de la información y con la libre circulación de estos datos.

La Directiva 95/46 tampoco contemplaba una definición de código de conducta. Aludía a ellos en el considerando 61, apoyando su elaboración bajo el impulso de la función de promoción y fomento, y señalando que “los Estados miembros y la Comisión, dentro de sus respectivas competencias, deben alentar a los sectores profesionales para que elaboren códigos de conducta a fin de facilitar, habida cuenta del carácter específico del tratamiento de datos efectuado en determinados sectores, la aplicación de la presente Directiva respetando las disposiciones nacionales adoptadas para su aplicación”⁴. El art. 27 de la Directiva regulaba los códigos de conducta en línea similar a la del RGPD, esto es, como elementos surgidos para facilitar la correcta aplicación de las disposiciones nacionales que elaborarán los Estados miembros para adoptar la Directiva, y con obligación de someter los mismos al examen de la autoridad nacional competente. En caso de tratarse de códigos comunitarios, decía el art. 27.3 de la Directiva, el precepto contemplaba la posibilidad de someterlos a examen del Grupo de Trabajo del art. 29, que se pronunciaría sobre la adecuación del código a la Directiva. La norma preveía, en ambos casos (códigos de ámbito nacional y códigos de ámbito comunitario), la posibilidad de recabar la opinión de los interesados, así como proporcionar la publicidad adecuada a los códigos dictaminados favorablemente por el Grupo.

En el ámbito nacional, la LOPD, que tampoco aportaba un concepto de código de conducta, incidía en sus funciones y señalaba que “mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupan podrán formular códigos tipo que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo” (art. 32 LOPD). De la regulación del RDLOPD podían deducirse algunos de sus elementos como su finalidad, carácter deontológico, carácter voluntario de su

4 El considerando 26 menciona también expresamente al referirse a los datos anónimos, que los códigos de conducta del artículo 27 pueden constituir un elemento útil para proporcionar indicaciones sobre los medios gracias a los cuales los datos pueden hacerse anónimos y conservarse de forma tal que impidan identificar al interesado, sugiriendo un contenido claro a incluir en los códigos de conducta.

elaboración, carácter vinculante para los adheridos al mismo, carácter sectorial, etc.

Por su parte, el Grupo de Trabajo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales definía el código de conducta, en el contexto de la protección de datos, como “cualquier conjunto de normas de protección de datos que se apliquen a una pluralidad de responsables del tratamiento que pertenezcan a la misma profesión o al mismo sector industrial, cuyo contenido haya sido determinado fundamentalmente por miembros del sector industrial o profesión en cuestión”⁵, definición que incidía en su contenido normativo y en el ámbito subjetivo, tanto en lo que respecta a los sujetos que lo elaboraban como a los sujetos a los que vinculaba.

Entre nosotros destacamos la definición de DÍAZ ROMERAL, para quien el código de conducta es un “acuerdo de buenas prácticas no impuesto por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro ni por el Derecho de la Unión, pero sí aprobado por la autoridad pública de control competente y, en su caso, por el Comité europeo de protección de datos o por la Comisión, en el que se define el comportamiento y buenas prácticas de aquellos responsables y encargados del tratamiento, que mediante su adhesión al código, se comprometen a cumplir sus disposiciones, que han de estar orientadas a la correcta aplicación del RGPD en sectores de tratamiento específicos y a la consiguiente protección de las personas físicas en lo relativo al tratamiento de los datos personales, todo ello bajo la supervisión de un organismo acreditado por la autoridad de control competente”⁶, descripción que contiene los elementos principales del código de conducta.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) insiste en el origen autorregulador de los códigos en su aproximación terminológica a los mismos, pues señala que “constituyen una muestra de lo que se denomina autorregulación, es decir, la capacidad de las entidades, instituciones y organizaciones para regularse a sí mismas a partir de la normativa establecida”⁷, circunstancia esta última que modula la capacidad autorreguladora de las partes entendida como sinónima de autonomía ilimitada (solo con los límites derivados del ordenamiento constitucional en su conjunto, se entiende). Los códigos de conducta son, por tanto, documentos acordados fruto de una autorregulación regulada o limitada, esto es, los códigos son el resultado de una capacidad de regulación voluntaria que ha de mantenerse en los márgenes normativos superiores establecidos, a riesgo, si no lo hacen, de no superar el procedimiento de aprobación determinado por la “norma madre”, si se me permite la expresión.

El código de conducta se caracteriza, según la regulación de la normativa señalada y de la definición anterior, por la existencia de un ámbito formal y un ámbito material en su delimitación. Con carácter general, para entrar más adelante en el detalle, desde el punto de vista material se trata de un acuerdo o documento autoimpuesto y determinado materialmente por una norma superior jerárquicamente, delimitación material

5 Documento del Grupo de Trabajo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, *Documento de Trabajo: Evaluación de la autorregulación industrial: ¿En qué casos realiza una contribución significativa al nivel de protección de datos en un país tercero?*, adoptado el 14 de enero de 1998, disponible en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/1998/wp7_es.pdf, pág. 2.

6 Cfr. ALBERTO DÍAZ ROMERAL, “Los códigos de conducta en el Reglamento General de Protección de Datos”, *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo de privacidad*, Reus S. A., 2016, pág. 390. La definición tiene como base la que incluye la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y según la cual “código de conducta” es el “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores concretos”, citado también por el autor señalado. Por su parte, Helguero Sainz, contemplaba los códigos de conducta como el “conjunto de normas de buena conducta adoptados por entidades generalmente pertenecientes al mismo sector, como modelos a seguir para el desarrollo de sus actividades profesionales; asimilables a los códigos deontológicos o de buena práctica profesional. Estos constituyen una forma de complementar la regulación, o, en algunos casos, suplir las lagunas o carencias de aquélla, estableciendo normalmente medidas que no solo respetan las previsiones legales, sino que suponen garantías adicionales, reforzando el espíritu y finalidad de la Ley”. Cfr. JOSÉ HELGUERO SAINZ “Objeto y naturaleza de los códigos tipo”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, (ANTONIO TRONCOSO REIGADA dir.), Thomson-Reuters, Cívitas, Pamplona, 2010, pág. 1728.

7 Disponible en <https://www.aepd.es/reglamento/cumplimiento/codigos-de-conducta.html>

que orienta el código hacia una finalidad concreta fijada a su vez por la norma que prevé su existencia, en este caso la norma europea. Dicha finalidad dirige un mandato vinculante a los sujetos que decidan elaborar un código, pues nada de lo incorporado al código de conducta podrá ser contrario a aquella, ya que el contenido incluido debe contribuir a la correcta aplicación del RGPD. La delimitación material se refiere también al contenido que puede desarrollar; contenido que se encuentra descrito en el art. 40.2 RGPD y al que luego aludiremos. Por tanto, los códigos de conducta son pautas de actuación o protocolos de autorregulación a seguir en las rutinas de los tratamientos de datos y que hay que respetar en un sector determinado para llevar a cabo tratamientos conforme al RGPD, circunstancia que limita parcialmente la autonomía privada de las partes para la elaboración del código. Sin embargo, el contenido del código es potestativo, tal y como se desprende del art. 40.2 RGPD, afirmación que necesita cierta matización. A decir verdad, el contenido será relativamente discrecional pues, si la finalidad del código de conducta es aclarar y adaptar el contenido sustantivo del RGPD a un sector concreto, inevitablemente deberá incluir un contenido mínimo, a riesgo de convertirse en un documento incompleto y de difícil aplicación. Por tanto, los códigos constituyen mecanismos de autorregulación que se ven orientados, pero también limitados y determinados por los criterios de una norma de obligado cumplimiento, como es el RGPD, y por la norma nacional que se haya dictado para la incorporación de aquella.

Desde el punto de vista formal las limitaciones guardan relación con la existencia de un procedimiento especial y concreto de aprobación, que es presupuesto de validez del código, sujeto a supervisión por parte de la autoridad competente acreditada para ello y de obligado cumplimiento para el conjunto de sujetos que se encuentren sometidos al mismo. Los códigos de conducta solamente serán vinculantes para el sector al que se dirigen, siempre y cuando se hayan aprobado siguiendo el procedimiento establecido en el art. 40.5 y 40.7 REPD y art. 38.3 y 38.4 LOPDGDD. Por otro lado, el código de conducta es un documento escrito que ha de reflejar la manera de proceder al tratamiento de los datos personales en un campo determinado, de forma que el tratamiento se adecúe al RGPD y se garanticen los derechos de los interesados. El código de conducta contiene un manual escrito de buenas prácticas de tratamiento de datos aplicados a un sector concreto y acorde con la regulación contenida en la norma superior, por lo que sigue un esquema similar al de las normas, aunque puede incluir anexos ejemplificativos.

De los preceptos señalados se desprende que puede existir un elevado número de códigos de conducta, tantos como adaptaciones se quieran efectuar del RGPD a diferentes sectores, máxime teniendo en cuenta que la promoción de su elaboración es una función asignada expresamente a los Estados miembros, a las autoridades de control, al Comité y a la Comisión (art. 40.1 RGPD), además de a los sujetos contemplados en el art. 38.2 LOPDGDD. La proliferación de códigos de conducta puede verse limitada a través del procedimiento del art. 40.9 RGPD, por el que la Comisión otorga validez general dentro de la Unión a un código cuando guarde relación con actividades de tratamiento en varios Estados miembros, según el art. 40.7 RGPD y siguiendo el procedimiento establecido en el art. 40.8 RGPD.

De la redacción del art. 40 RGPD y de la definición sugerida podemos deducir los elementos que, sin estar explícitos ni ordenados en la norma europea, ayudan a configurar formal y sustancialmente el código de conducta y a perfilar algo más esta figura que no cabe sino situarla en el campo jurídico por la conexión entre código de conducta y Reglamento, además de por su afán regulatorio dentro de un marco jurídico dado. Pese a requerirse de una voluntad (autorreguladora) ajena al legislador europeo o nacional para elaborar el código de conducta, este último no puede considerarse fruto de la dejadez del Derecho, sino resultado de la necesaria colaboración entre diferentes voluntades que, en una labor principalmente técnica, pero no solo, segmentarán y facilitarán la aplicación de la regulación superior. Que supone una intervención popular en la aplicación de la protección de datos resulta obvio, pues la necesaria participación de sujetos a los que se les reconoce una cierta capacidad representativa para realizar la adaptación normativa, no hace sino señalar la participación directa de los ciudadanos y su implicación en el nuevo modelo de protección de datos.

En el sector concreto al que se dirige, y siempre que el código se haya elaborado y aprobado por el procedimiento establecido, resulta de aplicación obligatoria, por lo que aparece como una figura peculiar en el ordenamiento jurídico, cuestiones que abordaremos más adelante.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.

Los códigos de conducta son un documento escrito y de obligado cumplimiento para el sector que lo suscribe y que recoge las buenas prácticas a desarrollar y cumplir en el tratamiento de los datos personales. El objetivo de facilitar el cumplimiento del RGPD, a partir de la autorregulación llevada a cabo por las entidades, instituciones y organismos competentes, desde la norma vigente en materia de protección de datos, les otorga una naturaleza especial dentro del mundo jurídico. Dos elementos cabe destacar en torno a su naturaleza: el carácter vinculante del código y la capacidad autorreguladora de las partes. No se trata tanto de atribuir una denominación jurídica al código, que por lo demás ni es una ley, ni es una fuente de derecho, sino de posicionarlo en un esquema de normas aplicables, tarea que hay que llevar a cabo analizando sus características esenciales, que le aproximan al mundo de lo exigible y por tanto de la normatividad.

Teniendo en cuenta el conjunto de normas multinivel en materia de protección de datos, la norma aplicable a un sector cuyos responsables han optado por elaborar un código aprobado por el procedimiento establecido, quedará integrado por el RGPD en primer lugar, como norma de eficacia inmediata, en segundo lugar por la ley orgánica vigente interna de desarrollo del derecho a la protección de datos y, por último, por el código de conducta diseñado al efecto, que realiza la adaptación de ambas normas al ámbito al que se dirige, al objeto de facilitar su cumplimiento. Pese a complementar el conjunto normativo de protección de datos para un determinado ámbito, no por ello el código se asimila a una ley en sentido estricto, por más que las normas de protección de datos le atribuyan carácter vinculante, característica que comparte con las leyes⁸, ya que el carácter obligatorio del código es parcial, lo que le aparta de la nota de generalidad predicable de la mayoría de las leyes. En efecto, el código de conducta nace con una voluntad regulatoria sectorial y con esa misma intención se mantiene en vigor. Su cumplimiento y ejecución son limitados. Frente a la vigencia universal -europea y nacional- de las normas citadas sobre protección de datos, el código presenta una vigencia limitada, sectorial o material, y subjetiva, por más que pueda ampliarse su eficacia a través del mecanismo de “validez general dentro de la Unión” del art. 40.9 RGPD. De “normas “a medida” formuladas para adecuar la normativa vigente a las peculiaridades de la entidad promotora del código, y de carácter vinculante para aquellos que lo suscriben” habla CAZURRO BARAHONA⁹ con acierto¹⁰.

Ahora bien, la trilogía regulatoria señalada, que sitúa al código de conducta en el lugar inferior desde el punto de vista jerárquico, tras el RGPD y la ley orgánica, hay que resaltar que, a la hora de la aplicación práctica vería invertido su orden, siendo el documento más cercano a los interesados el primero en tenerse en cuenta para fiscalizar el tratamiento de datos y proteger los derechos del interesado. De hecho esta es su principal razón de ser, a saber, adaptar el RGPD y facilitar su cumplimiento, motivo que prioriza su intervención para solucionar las cuestiones que se planteen en la utilización diaria de los datos personales y en el ejercicio de los derechos de los interesados. Pese a ello, insistimos, los códigos de conducta no se convierten en derecho, esto es, no forman parte del bagaje del Derecho de protección de datos establecido, sencillamente porque no constituyen una fuente del Derecho, lo que no impide considerarlos incluidos en el campo jurídico. Que no es fuente del Derecho se desprende de la consideración de fuentes que hace el art. 1.1 CC, y aunque el carácter normativo de la Constitución del 78 ha alterado el sistema de fuentes tradicional, situándose ella misma en la cúspide de ordenamiento jurídico, tampoco esa reubicación de las fuentes del Derecho puede atribuir al código dicho carácter, pese a la extensión que ha experimentado el sistema de fuentes.

8 Helguero Sainz, señala sobre los códigos que “A pesar de constituir un instrumento de gran ayuda para cumplir la normativa vigente en materia de protección de datos, no son normas jurídicas vinculantes”, lo que debe entenderse en el sentido de vinculantes con carácter general, pues sí lo son para aquellos que deciden voluntariamente someterse al código. Cfr. J. HELGUERO SAINZ, “Objeto y naturaleza de...”, op. cit., p. 1730.

9 Cfr. VÍCTOR CAZURRO BARAHONA, “Objeto y naturaleza de los códigos tipo”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, en (A. TRONCOSO REIGADA dir.), pág. 1755.

10 Frente a los calificativos que contenía la LOPD como “acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa”, fórmulas variadas que lo diferenciaban de la idea de ley, ni el RGPD ni la LOPDGD se refieren al código bajo ningún apelativo, lo que permite seguir considerándolo como un documento extraño al concepto de ley, pero perteneciente al mundo jurídico y con características y efectos particulares.

Los códigos de conducta no son pues, ni leyes, ni costumbres, ni principios generales del Derecho, sino “acuerdos, convenios o decisiones”. No son leyes pues carecen de carácter general, aunque la existencia de leyes sectoriales podría salvar esta circunstancia, y tampoco son creados por un sujeto legitimado para la producción legislativa, aunque exista una norma que reconozca a un conjunto de sujetos capacidad autocreadora. Sin embargo, comparten con las normas jurídicas la capacidad vinculante, la obligatoriedad del código para los sujetos a los que se dirige, lo que es fruto de la autonomía de la voluntad que toma la decisión de elaborar una normativa a partir de una norma superior dada y someterse a ella y la exigibilidad en su cumplimiento. Por todo ello el código ocupa en el derecho a la protección de datos un lugar principal en el sistema de normas aplicables, aunque específico y limitado desde el punto de vista sectorial.

3.1. El carácter vinculante del código de conducta.

El código de conducta tiene carácter vinculante, característica que comparte con las normas jurídicas. El carácter vinculante se desprende de la redacción del art. 40.4 RGPD, con la alusión a la función del organismo supervisor de llevar a cabo “el control obligatorio del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados que se comprometan a aplicarlo...”, y de forma explícita del art. 38.1 LOPDGDD, al señalar que los códigos de conducta “...serán vinculantes para quienes se adhieran a los mismos”, y por tanto exigibles en su cumplimiento. El carácter imperativo del código le sitúa en un nivel jerárquico inmediatamente inferior al RGPD y a la LOPDGDD, esta última norma como regulación complementaria del Reglamento allí donde lo requiera.

3.2. El carácter voluntario de la elaboración del código de conducta y sus ventajas.

Adicionalmente y no por ello menos importante, al tratarse de un documento de elaboración potestativa se deja a criterio de las partes interesadas un margen de disposición absoluto a la hora de decidir su redacción, aunque desde el RGPD se recoja la obligación de promover la elaboración de los códigos y alentar su implantación (art. 40.1 RGPD), pero nada más. El carácter voluntario de su existencia implica que los sectores que no opten por su elaboración tendrán como referencia normativa exclusiva tanto el RGPD como la ley de protección de datos vigentes, que si constituyen normas en sentido estricto¹¹.

La voluntariedad en su elaboración supone que renunciar a ella no puede acarrear sanción alguna. La función de promoción del código, que corresponde a los órganos y autoridades que menciona el art. 40.1 RGPD y el art. 38.2 LOPDGDD, no incorpora un mandato imperativo que obligue a redactarlo. En la opcionalidad de su elaboración se materializa especialmente la capacidad voluntarista de las partes, pues, la denominada autonomía que se invoca para aludir al momento creador del código de conducta no se refiere tanto a la determinación del contenido del documento, por aparecer precisado con carácter previo a la intervención de la voluntad creadora del código, al menos en lo básico, sino al acto voluntario de asumir la labor de elaborar un código de conducta para regular un ámbito específico¹².

El art. 40.2 RGPD menciona a determinados entes colectivos como los sujetos que “podrán elaborar códigos de conducta o modificar o ampliar dichos códigos con objeto de especificar la aplicación del presente Reglamento...”, lo que alude a su carácter voluntario. La voluntariedad en la fase de la redacción no impide que, una vez redactado y aprobado por el procedimiento establecido, se convierta en documento

11 Para Helguero Sainz, afirma que los responsables de los ficheros “no están obligados a participar en la elaboración de este tipo de códigos, y una vez elaborados e inscritos están, del mismo modo facultados para elegir voluntariamente sobre su adhesión o suscripción, además de no implicar dicha adhesión el cumplimiento de la LOPD y su normativa de desarrollo”, que es en todo caso inexcusable, añadimos nosotros. Cfr. J. HELGUERO SAINZ, “Objeto y naturaleza de...”, op. cit., pág. 1730.

12 De La Cuesta Rute, en *La autorregulación como regulación jurídica*, afirma que “...la autonomía que se evoca, lejos de significar que en la propia conciencia reside la autoridad para imponer la norma, expresa que ésta lo es tan solo por su aceptación voluntaria por parte de quien a ella decide someterse”. Cfr. JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE, “La autorregulación como regulación jurídica”, Ponencia presentada al I Congreso Internacional “Códigos de conducta. Mercado, Publicidad y Mercados Financieros, UCM; 6 y 7 de marzo, 2008, pág. 4.

de obligado acatamiento. Más en concreto, el art. 40.4 RGPD se refiere a la inclusión en el código de conducta de mecanismos que permitan al organismo mencionado en el art. 41 RGPD, efectuar el control obligatorio “del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados del tratamiento que se comprometan a aplicarlo, sin perjuicio de las funciones y los poderes de las autoridades de control que sean competentes con arreglo al artículo 51 o 56”. Del precepto citado se desprende que el control del cumplimiento del código resulta obligatorio por quien tiene reconocida dicha competencia, por un lado, y por otro que el código es de obligado cumplimiento para quien decide elaborarlo y someterse al mismo. Más preciso en cuanto a la obligatoriedad del código resulta el art. 38.1 LOPDGDD, según el cual “Los códigos de conducta regulados por la Sección 5ª del Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679 serán vinculantes para quienes se adhieran al mismo”.

Ahora bien, la elaboración de los códigos de conducta y su implantación implica un beneficio tanto para el encargado o responsable del tratamiento como para el sujeto del que se tratan los datos de carácter personal. Para el responsable el código se convierte en un medio de prueba de la responsabilidad proactiva que le exige el RGPD, al constituir un instrumento que puede evaluar la diligencia empleada (aunque también su falta de ella), así como su voluntad de proteger los derechos de los sujetos con las garantías adicionales incluidas en el código. Por su parte, para el sujeto del que se recogen datos personales constituye un elemento que puede facilitar el ejercicio de sus derechos y el control sobre sus datos de carácter personal, al tiempo que un instrumento para exigir el cumplimiento de la norma y un determinado comportamiento a los sujetos a los que se dirige el código¹³.

Además, la existencia de un código de conducta aporta seguridad jurídica en el tratamiento de los datos, lo que genera confianza entre los sujetos y puede mejorar el intercambio de información¹⁴. La seguridad jurídica del código se hace patente en la propia finalidad que ha de cumplir, esto es, contribuir a la correcta aplicación del RGPD. La AEPD menciona, entre los beneficios que reporta el sometimiento a un código de conducta, además de los señalados los siguientes¹⁵:

- Los códigos serán tenidos en cuenta para evaluar el impacto en protección de datos de las operaciones de tratamiento (responsables y encargados).
- Los códigos pueden servir para demostrar que el encargado adherido a un código de conducta ofrece garantías suficientes, también para subencargados. Igualmente puede facilitar el cumplimiento de los principios de la protección de datos y mejorar la calidad de la protección de los datos y por tanto de los derechos de los interesados.
- Los códigos pueden aportar garantías suficientes de cara a la realización de transferencias internacionales de datos (en este caso se requiere el dictamen del CEPD).
- Los códigos pueden ser tenidos en cuenta para la imposición de sanciones.
- La exigibilidad del código se hace depender de la aprobación del mismo por la autoridad competente, tras verificar que se adecúa a las normas vigentes sobre protección de datos.

3.3. La capacidad autorreguladora de las partes.

La capacidad autorreguladora de las asociaciones y organismos representativos de categorías de responsables o encargados del tratamiento aparece marcada en sus inicios por el impulso público e institucional que reconoce el RGPD y, en la parte final del proceso por la necesidad de ser aprobado por la autoridad de control competente¹⁶ a fin de convertirse en documento exigible. En medio de esos dos momentos interviene

13 Cfr. J. HELGUERO SAINZ, “Objeto y naturaleza de...”, op. cit., recoge también las ventajas derivadas de la creación de códigos tipo, pág. 1735.

14 Tal y como se recoge en “Autorregulación y Protección de datos personales”, *Documento elaborado por el Grupo de Trabajo reunido en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia*, 3, 4, y 5 de mayo 2006, Red Iberoamericana de Protección de Datos, pág. 7.

15 Agencia Española de Protección de Datos, disponible en <https://www.aepd.es/reglamento/cumplimiento/codigos-de-conducta.html>

16 De manifestación de correulación habla A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, “Los códigos de conducta...”, op. cit., pág. 406.

la capacidad autonormadora de las partes que deciden elaborar el código de conducta. La autorregulación no viene a suplir la falta de norma, sino que es precisamente esta última el origen del código de conducta, lo que determina también su carácter formal y su contenido material. Así pues, la regulación general es previa a la sectorial y esta última solamente encuentra su sentido pleno y su legitimación en la primera. Por otro lado, el sometimiento del código a la autoridad de control es determinante, pues, hasta ese momento la norma europea habla de un proyecto de código que se transformará finalmente en código tras su aprobación por el órgano competente, circunstancia que le confiere fuerza vinculante¹⁷. Por tanto, la intervención de la autoridad de control es el trámite que concede fuerza obligatoria al acuerdo, no la mera voluntad de las partes de elaborarlo. Debido tanto a la limitación de la voluntad normadora de las partes como a la necesidad de su aprobación pública final, parece más acertado hablar de autorregulación regulada y fiscalizada, tal y como hemos reconocido más arriba¹⁸, entre la intervención pública previa, que aporta el marco normativo de partida y la intervención pública final, que confiere al código su auténtica fuerza vinculante, al aprobar el proyecto de código, su modificación o su ampliación.

Dentro de las dos intervenciones institucionales previstas para la redacción del código de conducta, la previa de impulso y la posterior de validación, el RGPD orienta el contenido del mismo, ofreciendo el marco normativo que ha definido el legislador europeo, y que resulta relativamente facultativo, pues realmente el Reglamento no contempla de forma explícita un contenido a incluir de manera ineludible, aunque sí razonable en función de la finalidad del código. Esto es, la falta de contenido material obligatorio para formar parte del documento no impide que hablemos de un contenido necesario para cumplir la finalidad del código de facilitar la aplicación de la norma europea, tal y como ya hemos afirmado en párrafos anteriores, como por ejemplo los criterios y principios de este último en el sector al que se dirija el código, con el fin de hacer más fácil su aplicación y elaborar códigos completos y coherentes. Lo contrario dificultaría la aplicación eficaz del código, lo alejaría de su misión de complementar al RGPD y lo convertiría en un instrumento inservible para su finalidad. Junto a ello, y obviamente, el código no podrá contener disposiciones contrarias al RGPD.

Por otro lado y con carácter previo a cualquier intervención sectorial, nos situamos en el contexto de los derechos fundamentales, en concreto del derecho a la protección de datos, cuyo contenido esencial es indisponible para el legislador y mucho más para el resto de sujetos que intervienen de un modo u otro en fijar aspectos relacionados con el ejercicio y la protección de derecho, por lo que, a falta de regulación específica en el código en lo que respecta a elementos del derecho, el RGPD es de aplicación directa (por el propio carácter de dicha norma), o bien la Ley nacional que lo complete (la autorregulación no es sustitutiva de norma sino complementaria). El código de conducta debe facilitar el ejercicio y el cumplimiento del derecho fundamental a la protección de datos, pero no podrá alterar su regulación esencial, circunstancia que no compete a la capacidad autorreguladora reconocida a las partes. Los instrumentos de autorregulación pueden "...ofrecer un valor añadido en la protección de datos personales...", o añadir garantías adicionales a las que contempla la norma europea, todo ello con la finalidad de adaptar la normativa a las necesidades específicas del sector al que se dirige el código, "de forma que se generen estándares adaptados a la necesidad del sector que faciliten su cumplimiento"¹⁹, pero nunca alterar el régimen esencial de protección del derecho fundamental. Sin duda, la configuración de la protección de datos como un derecho fundamental obliga a limitar la capacidad autorreguladora de la iniciativa privada y convertirla, como decíamos más arriba, en

17 El Documento del Grupo de Trabajo de protección de datos se pone de manifiesto que "Para que un instrumento de autorregulación pueda considerarse un instrumento válido para una "protección adecuada" debe ser vinculante para todos los miembros a quienes se transfieren los datos personales y proporcionar una protección adecuada si los datos se transfieren a terceros, pág. 6.

18 Esteve Pardo, señala que "no se concibe una eficaz autorregulación privada sin el contrabalance que, como incentivadora o receptora de aquella, tiene la regulación pública. La autorregulación que aquí consideramos, la que procediendo de la órbita privada alcanza efectos públicos, requiere así un ponderado equilibrio y contrabalance ente lo público y lo privado". Cfr. JOSÉ ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 39 y ss.

19 Autorregulación y protección de datos personales. Documento elaborado por el Grupo de Trabajo reunido en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, del 3 al 5 de mayo de 2006, pág. 2.

una autorregulación regulada. Además, un código de conducta que lesionara las garantías del derecho a la protección de datos o vulnerara su contenido esencial, no superaría el requisito de verificación por parte de la autoridad de control correspondiente, a tenor del art. 40.5 RGPD, según el cual la autoridad de control “... aprobará dicho proyecto de código, modificación o ampliación si considera suficientes las garantías adecuadas ofrecidas”, se entiende que para proteger al interesado y su derecho a la protección de datos.

Así pues, la norma marco es exigencia imprescindible para la autorregulación en materia de protección de datos, en virtud del carácter de derecho fundamental de este último. Ahora bien, aun existiendo límites y condicionamientos normativos a la elaboración y aprobación del código, no puede negarse que la existencia de los códigos refuerza la seguridad jurídica del ordenamiento²⁰ en materia de protección de datos, circunstancia que señalábamos como ventajosa para el código. Para el interesado el código de conducta acerca una norma compleja y facilita el ejercicio de sus derechos, aspecto esencial para poder mantener el control de sus datos de carácter personal y para los operadores jurídicos, suministra elementos para cumplir mejor las obligaciones que les incumben en materia de protección de datos y les permitan demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, lo que genera también un alto grado de tranquilidad.

IV. CONTENIDO DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.

El contenido de los códigos de conducta aparece enmarcado entre dos extremos. Por una parte, del art. 40.1 RGPD se desprende que el código ha de servir para especificar la aplicación del Reglamento, lo que, por otra parte, dependiendo del sector al que se dirija puede determinar parcialmente su contenido.

Con más precisión ya, el apartado segundo del precepto, por otra parte, indica aspectos concretos para especificar la aplicación del Reglamento. En cualquier caso, se trata de un contenido facultativo, que será conveniente adaptarlo a las necesidades del sector al que se dirige, por lo que podrá incluir un contenido más amplio del que contempla el artículo, pero no menor, a nuestro juicio, pues los aspectos recogidos en el precepto resultan la información esencial para adecuar el RGPD a cualquier ámbito. En el mismo sentido, la AEPD, intentando clarificar el contenido de los códigos de conducta ha incluido los elementos que deberían incorporar, coincidiendo parcialmente con el RGPD. Mucho más detallado se mostraba el RDLOPD, norma que recogía un contenido mínimo con un alto grado de precisión²¹.

El código debería comenzar con una introducción que justifique su elaboración²², así como con una

20 Díaz-Romeral Gómez, señala que “el efecto principal que excede de lo estrictamente jurídico. Su potencial generador de confianza y seguridad jurídica; para el interesado en la adecuada protección preventiva y reparadora de sus derechos que añade un código de conducta; y para los operadores económicos –responsables y encargados del tratamiento porque el código de conducta, al especificar y aclarar los principios del RGPD”. Cfr. A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, “Los códigos de conducta en el Reglamento General de Protección de Datos”, op. cit., pág. 407.

21 En efecto, el art. 73 RDLOPD establecía el contenido como mínimo que debían incluir los códigos tipo: “a) La delimitación clara y precisa de su ámbito de aplicación, las actividades a que el código se refiere y los tratamientos sometidos al mismo; b) Las previsiones específicas para la aplicación de los principios de protección de datos; c) El establecimiento de estándares homogéneos para el cumplimiento por los adheridos al código de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre; d) El establecimiento de procedimientos que faciliten el ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; e) La determinación de las cesiones y transferencias internacionales de datos que, en su caso, se prevean, con indicación de las garantías que deban adoptarse; f) Las acciones formativas en materia de protección de datos dirigidas a quienes los tratan, especialmente en cuanto a su relación con los afectados; g) Los mecanismos de supervisión a través de los cuales se garantice el cumplimiento por los adheridos de lo establecido en el código tipo, en los términos previstos en el artículo 74 de este reglamento. 3. En particular, deberán contenerse en el código: a) Cláusulas tipo para la obtención del consentimiento de los afectados al tratamiento o cesión de sus datos; b) Cláusulas tipo para informar a los afectados del tratamiento, cuando los datos no se han obtenido de los mismos; c) Modelos para el ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; d) Modelos de cláusulas para el cumplimiento de los requisitos formales para la contratación de un encargado del tratamiento, en su caso”.

22 Cazorro Barahona, habla de exposición de motivos que “participe de las razones que han conducido al desarrollo del código. También es necesario que, en su presentación, haga una relación de las garantías mejoradas de la legislación vigente y de los valores que aporta el nuevo código”. Cfr. V. CAZURRO BARAHONA, “Objeto y naturaleza de...”, op. cit., pág. 1755. El

enumeración que detalle las empresas u organismos adheridos al código²³.

Ya en el contexto del art. 40.1 RGPD hay que referirse a:

- El tratamiento leal y transparente (art. 40.2 a) RGPD). La lealtad, y en mayor medida la transparencia, aluden a la claridad en cuanto a la recogida de datos, su utilización, y tratamiento. La transparencia exige que el interesado esté informado de las circunstancias relativas al tratamiento de sus datos de forma clara, accesible y fácil de entender, con un lenguaje sencillo. La información se refiere especialmente a la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo, así como al ejercicio de los derechos que permiten al interesado ejercer el control sobre sus datos. Junto a la referencia a la lealtad y la transparencia, el documento puede incluir también una alusión a los principios del tratamiento que se recogen en el art. 5 RGPD y en la LOPDGDD, así como el modo de cumplir dichos principios, que pueden requerir una adaptación al ámbito regulado por el código.
- Los intereses legítimos perseguidos por los responsables del tratamiento en contextos específicos (art. 40.2 b) RGPD). Estos intereses constituyen una base legítima de tratamiento de los datos al margen del consentimiento (art. 6.f) RGPD) y deberían formar parte de la información que se ha de comunicar al sujeto. Si el tratamiento se basa en el consentimiento habría de especificarse la forma de recabarlo.
- La recogida de datos personales (art. 40.2 c) RGPD). El procedimiento de recogida de datos personales es un aspecto que hará referencia tanto a los datos que se recabarán como a la manera de hacerlo. Los datos recabados pueden aportar luz al sujeto sobre la pertinencia de los datos recogidos en relación con los fines y los intereses legítimos perseguidos, y podrá negarse a entregarlos en caso de advertir alguna incoherencia. Respecto del procedimiento puede resultar conveniente, en aras a una mayor garantía del sujeto, detallar los procedimientos particulares de recogida de datos en función del ámbito sectorial al que va dirigido el código de conducta. Deberían especificarse también los datos que van a ser objeto de tratamiento.
- La seudonimización de los datos (art. 40.2 d) RGPD) constituye una medida de protección de los datos que puede reducir el riesgo de amenaza para los derechos de los interesados y facilitar la obligación de los responsables de cumplir las medidas de seguridad de los datos. La aplicación de técnicas de seudonimización debería ser comunicada al interesado.
- La información proporcionada al público y a los interesados (art. 40.2 e) RGPD). La información que se comunique al público y a los interesados se deberá referir a las características del tratamiento, esto es, fines, identidad de los responsables, datos que se van a recabar, destinatarios, etc. Podría incluirse también en el código de conducta la distinción entre la información a facilitar cuando los datos se recaben directamente del interesado y la información a facilitar cuando los datos se obtengan de otra fuente diferente.
- El ejercicio de los derechos de los interesados (art. 40.2 f) RGPD). El código debería ser especialmente claro en este aspecto, e incluir una definición de los derechos que permita al sujeto conocer el significado de los mismos y el conjunto de facultades que le atribuyen, con el fin de poder seguir manteniendo el control de sus datos personales. Se debería incorporar al código el procedimiento para ejercitar los derechos del sujeto en el ámbito concreto que el código regula, esto es, el derecho de acceso, rectificación, olvido (supresión), limitación del tratamiento, oposición, y portabilidad. Se pueden incluir también modelos de ejercicio de derechos, ya que facilitan a los interesados tanto su ejercicio como la interposición de las reclamaciones correspondientes.
- La información proporcionada a los niños (serían más correcto hablar de menores) y su protección, así como la manera de obtener el consentimiento de los padres o tutores legales (art. 40.2 g) RGPD).

autor detalla en las páginas siguientes a la citada el contenido a incluir en un código de conducta de los regulados en la LOPD, que resulta mayoritariamente también aplicable a los códigos de conducta de la nueva legislación. Igualmente, J. HELGUERO SAINZ, "Objeto y naturaleza de...", op. cit., págs. 1731-1734

²³ Cfr. V. CAZURRO BARAHONA, *Ibidem*, pág. 1758. El autor indica también que se debe indicar "el compromiso del titular del código de comunicar a la AEPD las altas, bajas o modificaciones de afiliados".

Este apartado no solo se refiere a la situación prevista en el art. 8 RGPD relativa a los servicios de la sociedad de la información, sino a cualquier situación en la que sea necesario y legítimo recabar datos de menores. En este sentido el art. 7 LOPDGGD establece la edad para poder consentir un tratamiento de datos al margen del consentimiento de los padres en los catorce años. Ello significa que el menor de dicha edad puede consentir por él mismo el tratamiento de sus datos personales, lo que no es obstáculo para requerir y proporcionarle una protección mayor por tratarse de un menor de dieciocho años. El código debería hacer referencia al tratamiento de datos del menor en el sector específico, en caso de que se recogieran.

- Las medidas y procedimientos para garantizar la seguridad del tratamiento a las que hace referencia el art. 32 RGPD (art. 40.2 h) RGPD). Se trata de las medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar un nivel de seguridad apropiado al riesgo y, según el precepto citado, habrá de valorarse el estado de la técnica, los costes de la ampliación y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines de tratamiento, así como los riesgos para los derechos y libertades de los sujetos. El art. 32.3 RGPD señala expresamente que la adhesión a un código de conducta aprobado según el art. 40 podrá servir como elemento para demostrar el cumplimiento de las medidas de seguridad. El código ha de reflejar también las medidas de protección de datos adoptadas desde el diseño y por defecto del art. 25 RGPD, por ejemplo, para que los datos personales solo sean accesibles al número de personas determinado que han de acceder a ellos para cumplir con sus obligaciones. En lo que respecta a las medidas de seguridad, el código puede servir para demostrar su cumplimiento por parte de los responsables y de los encargados.
- La notificación de las violaciones de seguridad de los datos a las autoridades de control y la comunicación de dichas violaciones a los interesados (art. 40.2 j) RGPD), en los casos previstos en los arts. 33.1 y 34 RGPD. La notificación de las violaciones de seguridad a la autoridad de control deberá contener toda la información a que alude el art. 33.3 RGPD. Por su parte, la comunicación de una violación de la seguridad de los datos al interesado ha de realizarse con arreglo al art. 34 RGPD.
- Las transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales (art. 40.2 j) RGPD). El código de conducta puede servir para demostrar que existen garantías suficientes para poder realizar una transferencia internacional de datos. El art. 46.2 RGPD al aludir a las garantías que ofrece un tercer país a un responsable de tratamiento para que este pueda transmitir datos personales, incluye la existencia de un código de conducta aprobado según el art. 40, junto con compromisos jurídicos vinculantes y exigibles del responsable o encargado del país receptor de datos de aplicar garantías adecuadas para la protección de los derechos del interesado.
- Los procedimientos extrajudiciales y otros procedimientos de resolución de conflictos (art. 40.2 k) RGPD) que hayan sido incluidos en el código y por tanto aceptados por los responsables y encargados del tratamiento. Los procedimientos de resolución de conflictos pretenden resolver las controversias que se susciten entre los interesados y los responsables, sin que estos procedimientos puedan mermar la capacidad del interesado de presentar la reclamación correspondiente ante la autoridad de control (art. 77 RGPD) y el derecho a la tutela judicial efectiva contra la decisión de la autoridad de control correspondiente (art. 79 RGPD).

Junto al contenido que recoge al art. 40.2 RGPD, la finalidad de aproximar la normativa de protección de datos al sector al que se dirige para facilitar su aplicación requeriría también incorporar al documento los siguientes elementos:

- La enumeración de la normativa de protección de datos aplicable, empezando por el RGPD, la ley nacional vigente, y demás normas de desarrollo.
- Un apartado de definiciones pues, aunque los conceptos de la protección de datos están perfectamente consolidados, no estaría de más incluirlos en el documento. Además, el código de conducta podría precisar la definición general en el ámbito concreto, o bien incluir aspectos de la definición que han quedado dispersos a través de las normas, o que ha debido concretar la norma nacional. Por ejemplo, en la definición de consentimiento se puede incluir la edad a partir de la cual el menor de edad puede consentir el tratamiento de datos de carácter personal sin la autorización de sus padres o tutores. Adicionalmente se pueden añadir definiciones que en el ámbito al que se

dirige el código de conducta se consideren esenciales para el tratamiento de los datos²⁴ y necesarias para una mayor claridad, aunque no sean específicas de los datos personales.

- El ámbito de aplicación del documento, esto es, el conjunto de tratamientos que se someten al código de conducta (ya especificados en relación con el sector), así como el ámbito territorial, ámbito que dependerá de si se trata de un código nacional, o la Comisión ha dado validez general en toda la Unión al código de conducta.
- El elenco de las infracciones en el campo específico al que se dirige el código, así como las sanciones correspondientes.

Del art. 38.2, último párrafo, LOPDGDD se desprende otra pieza a incluir en el contenido del código, al establecer que “la autoridad de protección de datos competente verificará que los organismos o entidades que promuevan los códigos de conducta, han dotado a estos códigos de organismos de supervisión que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 41.2 del Reglamento (UE) 2016/679”, lo que nos lleva a defender la incorporación al código de conducta una referencia al organismo de supervisión al que alude el precepto.

V. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA APROBACIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA. LA AEPD.

Las asociaciones y organismos de categorías de responsables y de encargados que proyectan elaborar un código de conducta, o modificar, o ampliar uno ya existente, así como las empresas o grupos de empresas, o los organismos del art. 77 LOPDGDD, deberán presentar el proyecto de código, la ampliación, o la modificación a la autoridad de control competente en el Estado miembro, según establece el art. 40.5 RGPD, que en nuestro caso es la AEPD, tal y como indica el art. 38.3 LOPDGDD. Dicho precepto alude a la AEPD o bien a la autoridad autonómica de protección de datos competente. Las agencias autonómicas de protección de datos competentes son, hasta el momento presente, la Agencia Catalana de Protección de Datos y la Agencia Vasca de Protección de Datos, sin perjuicio de la creación en el futuro de más agencias autonómicas, que se convertirían en las autoridades de protección de datos regionales.

El procedimiento de aprobación del código de conducta puede producirse por caminos diferentes, según el proyecto de código pueda afectar a uno, a varios Estados miembros, o tener validez general dentro de la Unión, siendo común a todos los procedimientos la intervención de la autoridad de control competente para su aprobación definitiva, según el art. 38.3 LOPDGDD, función que reconoce el art. 57.1.m) RGPD para cada autoridad de control en su territorio, “alentar la elaboración de código de conducta con arreglo al artículo 40, apartado 1, y dictaminar y aprobar los códigos de conducta que den suficientes garantías con arreglo al art. 40, apartado 5”.

El primer tipo de código de conducta es el que reduce su ámbito de aplicación a un sector cuyas actividades de tratamiento se producen solamente en un Estado miembro, lo que disminuye la complejidad de su aprobación²⁵. El procedimiento para esta modalidad de código de conducta se recoge en el art. 40.5 RGPD, según se desprende del art. 40.6 RGPD. En este caso, tras la elaboración, modificación o ampliación del código en cuestión, este será presentado por las asociaciones y organismos que lo han elaborado (a los que hace referencia el art. 40.2 RGPD) a la AEPD, quien dictaminará si el proyecto de código ofrece garantías suficientes de acuerdo con el art. 40.1 RGPD, esto es, si las garantías que incorpora son aptas para garantizar los derechos de las personas de las que se tratan datos personales, en cuyo caso aprobará el proyecto de código

24 Por ejemplo, el código de conducta para el tratamiento de datos de carácter personal por organizaciones de Investigación de mercado, social de la opinión y análisis de datos, incluye dentro de las definiciones los conceptos de entrevistado o participante, entrevista en profundidad, medios electrónicos de comunicación a distancia, investigación de mercado, etc., disponible en <https://www.aepd.es/media/codigos-de-conducta/ct-organizaciones-investigacion-mercados.pdf>, pp. 8 y 9.

25 Cf. A. DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, “Los códigos de conducta...”, op. cit., pág. 401.

presentado, o bien la modificación o la ampliación. Tras el estudio del proyecto de código de conducta, la AEPD emite un dictamen en el que determinará “si el proyecto de código, o la modificación o la ampliación es conforme con el presente Reglamento y aprobará dicho proyecto, modificación o ampliación si considera suficientes las garantías adecuadas ofrecidas” (art. 40.5 RGPD). Una vez aprobado el código de conducta en estos términos, la propia autoridad de control lo registrará y lo publicará (art. 40.6 RGPD). Después de su registro y publicación, el código comenzará a producir los efectos previstos en el RGPD, esto es, será vinculante para los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación que realicen los tratamientos de datos a que alude el código.

El segundo tipo de códigos de conducta se refiere a actividades de tratamiento que afectan a varios Estados miembros. En este caso, el código de conducta habrá de ser presentado por la autoridad de control correspondiente al Comité Europeo de Protección de Datos por el procedimiento mencionado en el art. 63, con carácter previo a su aprobación, modificación o ampliación. El Comité dictaminará si el proyecto de código de conducta es acorde con el RGPD (art. 40.7 RGPD), o bien si se ofrecen garantías en caso de transferencias a terceros países. El procedimiento a través el cual el Comité decidirá sobre el código de conducta es el mecanismo de coherencia del art. 63 RGPD (en relación con el art. 64.1 b) RGPD)²⁶. El art. 63 RGPD se activa cuando se trata de asegurar una aplicación homogénea de la norma europea y resulta un instrumento adecuado para consolidar el mercado común de los datos, a través de una corriente de control ascendente desde las autoridades nacionales de control hasta el núcleo europeo de la protección de datos y que garantice la existencia de normas comunes por medio de su incorporación a códigos de conducta. El Comité actúa emitiendo un dictamen cuando, como decimos, el tratamiento guarde relación con actividades desempeñadas en varios Estados miembros, según el art. 40.7 RGPD. El sometimiento del código de conducta al mecanismo de coherencia deja en suspenso el procedimiento de aprobación del código por parte de la AEPD hasta la emisión del dictamen por parte del Comité Europeo de Protección de Datos, en los supuestos del art. 64.1 b) y 65.1 c) RGPD), según el art. 38.4 LOPDGDD. La suspensión solamente puede entenderse en el sentido de interrumpir el proceso de aprobación y publicación del código, que habrá de esperar al dictamen del Comité. La intervención del Comité puede incluir una decisión tanto a favor como en contra del código, con un dictamen favorable o lo contrario. Si el código es conforme al RGPD y por tanto el dictamen es favorable se entenderá ya aprobado; a continuación deberá ser registrado y publicado por la AEPD, reanudándose el procedimiento, y entrará en vigor a todos los efectos. En caso de dictamen desfavorable, DÍAZ ROMERAL²⁷ se decanta por entablar un diálogo entre la autoridad de control y el Comité para presentar un proyecto de código enmendado, en el sentido señalado por el órgano europeo (art. 64.7 RGPD), con el fin de alcanzar una respuesta favorable, o desistir en caso de mantenerse en los términos del proyecto inicial. Semejante solución se puede plantear para el caso primero de códigos de conducta para actividades realizadas en un Estado miembro, en el supuesto de que la autoridad de control no considere suficientes las garantías aportadas por el código presentado. El precepto alude también a la suspensión del procedimiento en el supuesto del art. 65.1 c) RGPD, suspensión incorporada tras la observación realizada en el Dictamen del Consejo de Estado al texto original²⁸. Este artículo dice que para garantizar la aplicación coherente y correcta del Reglamento en casos concretos, el

165

26 El mecanismo de coherencia del art. 63 RGPD es el procedimiento a seguir con el fin de garantizar la aplicación uniforme del RGPD que se pretende asegurar con la intervención del Comité en determinadas circunstancias previstas en el art. 64 RGPD. Así, el Comité emitirá un dictamen cuando la autoridad de control competente (nacional se entiende) reciba un proyecto de código, o su modificación o su ampliación, cuyas actividades de tratamiento afecten a varios Estados miembros y el objeto de dicho pronunciamiento sea verificar que el código es conforme al RGPD (art. 40.7 RGPD). El art. 64.1 RGPD dice que “El Comité emitirá un dictamen siempre que una autoridad de control competente proyecte adoptar alguna de las medidas enumeradas a continuación. A tal fin, la autoridad de control competente comunicará el proyecto de decisión al Comité, cuando la decisión: b) afecte a un asunto de conformidad con el artículo 40, apartado 7, cuyo objeto sea determinar si un proyecto de código de conducta o una modificación o ampliación de un código de conducta es conforme con el presente Reglamento”.

27 Cfr. A. DÍAZ ROMERAL, GÓMEZ, “Los códigos de conducta...”, op. cit., pág. 402

28 Dictamen del Consejo de Estado, número de Expediente 757/2017 (JUSTICIA) Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado el 26/10/2017, observaciones al art. 39 del Anteproyecto de Ley, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-remitidos-cortes>, p. 98.

Comité adoptará una decisión vinculante “cuando una autoridad de control competente no solicite dictamen al Comité en los casos contemplados en el artículo 64, apartado 1, o no siga el dictamen del Comité emitido en virtud del artículo 64. En tal caso, cualquier autoridad de control interesada, o la Comisión, lo pondrá en conocimiento del Comité”.

Si se trata de una autoridad autonómica de protección de datos quien somete el proyecto de código al mecanismo de coherencia, el procedimiento transcurre de acuerdo con lo establecido en el art. 60 LOPDGDD.

El tercer tipo de código de conducta tiene lugar si tras un dictamen favorable según el art. 40.7 RGPD, el Comité presenta el código a la Comisión (art. 40.8 RGPD), con el fin de poder concederle validez general, según el art. 40.9 RGPD por medio de los llamados actos de ejecución. Según el art. 40.10 RGPD, “La Comisión dará la publicidad adecuada a los códigos aprobados cuya validez general haya sido decidida de conformidad con el apartado 9”.

Por último, el art. 40.11 RGPD establece que el Comité archivará en un registro todos los códigos de conducta, modificaciones y ampliaciones que se aprueben y los pondrá a disposición pública. El registro a que alude al art. 40.11 RGPD es un registro de todos los códigos aprobados en el espacio europeo, por lo que ha de entenderse que contendrá todos los códigos de conducta existentes y verificados por cualquier procedimiento. Por tanto, se incluyen los códigos que afecten a un Estado miembro, los que afecten a varios Estados miembros y aquellos a los que la Comisión otorgue validez general. Este precepto hay que ponerlo en conexión con el art. 38.5 LOPDGDD, según el cual, la AEPD y las autoridades autonómicas de protección de datos “mantendrán registros de los códigos de conducta aprobados por las mismas, que estarán interconectados entre sí y coordinados con el registro gestionado por el Comité Europeo de Protección de Datos conforma al artículo 40.11 del citado reglamento”. El contenido del registro y las especialidades del procedimiento de aprobación de los códigos de conducta se determinará vía reglamentaria (art. 38.6 LOPDGDD). Con relación al registro, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el ALOPD llamaba la atención acerca de la necesidad de fijar con precisión mecanismos de coordinación eficaces entre el registro del Comité al que alude al art. 40.11 RGPD y los registros de las autoridades de control, a riesgo de provocar, de no ser así, una confusión que dificultaría la aplicación homogénea del RGPD. El Dictamen señala que “los códigos de conducta pueden ser sucesivamente modificados o ampliados (como el artículo 40 del Reglamento reitera) lo que podría originar serias disfunciones en caso de pluralidad de registros y si no se atiende al principio de unidad registral”²⁹.

El art. 38.5 LOPDGDD finaliza señalando que el registro ha de ser accesible por medios electrónicos.

V. EL ÓRGANO ENCARGADO DE LA SUPERVISIÓN DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.

El código de conducta aprobado por el mecanismo correspondiente y publicado se convierte en un documento de obligado cumplimiento para los responsables y encargados del tratamiento, así como para los sujetos cuyas funciones se desarrollan en el sector al que se dirige el código. El RGPD alude tanto al mecanismo a través del cual se efectúa el control del cumplimiento del código como al órgano encargado de realizarlo.

En efecto, el art. 40.4 RGPD establece que “el código de conducta a que se refiere el apartado 2 del presente artículo contendrá mecanismos que permitan al organismo mencionado en el artículo 41, apartado 1, efectuar el control obligatorio del cumplimiento de sus disposiciones por los responsables o encargados de tratamiento que se comprometan a aplicarlo, sin perjuicio de las funciones y los poderes de las autoridades de control que sean competentes con arreglo al artículo 51 o 56”.

Del precepto citado se desprende tanto la obligatoriedad del cumplimiento de lo establecido en el código como la obligatoriedad de llevar a cabo un control acerca de su observancia. Tal control compete al

²⁹ Dictamen del Consejo de Estado, op. cit., pág. 98.

organismo supervisor, que se encuentra regulado en el art. 41 RGPD, con independencia del control que corresponda efectuar a la autoridad de control correspondiente. Asimismo, también se deduce del artículo que la inclusión de mecanismos específicos para comprobar la observancia del código, así como una referencia al organismo de supervisión y control, constituye un contenido que ha de quedar obligatoriamente reflejado en el documento.

El art. 38.2 LOPDGDD encomienda al menos dos funciones más al organismo de supervisión. Por un lado, la función de promoción de los códigos de conducta, tal y como hemos señalado en otro momento del texto. Por otro lado, el párrafo tercero del art. 38.2 LOPDGDD indica que el organismo de supervisión podrá verificar la conformidad del tratamiento con las materias sometidas al código de conducta. En este caso serán los responsables o encargados del tratamiento quienes “voluntariamente y antes de llevar a cabo el tratamiento, someter al citado organismo o entidad de supervisión la verificación de la conformidad del mismo con las materias sujetas al código de conducta”. Ello sin perjuicio de las competencias que el RGPD atribuye a las autoridades de control³⁰.

En relación con los organismos de supervisión, es función de cada autoridad de control, según el art. 40.1 p) RGPD, “elaborar y publicar los criterios para la acreditación de organismos de supervisión de los códigos de conducta con arreglo al artículo 41 y de organismos de certificación con arreglo al artículo 43”.

VI. CONCLUSIÓN.

El código de conducta es un documento escrito dirigido a facilitar la aplicación de la normativa de protección de datos a un sector determinado. La elaboración de los códigos de conducta es voluntaria, así como su adhesión, pues la norma europea habla de “promover su elaboración”. El código de conducta es una manifestación de la autorregulación limitada de las partes que lo llevan a cabo. Pero una vez elaborado y aprobado por la autoridad competente, el código de conducta se convierte en un documento vinculante para los sujetos adheridos al mismo. Esta obligatoriedad del código lo convierte en un instrumento de garantía para los sujetos de los que se manejan datos personales en el sector al que se dirija el código y, a la vez, constituye un instrumento útil para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del responsable o del encargado. La obligatoriedad del código lo sitúa, desde el punto de vista jurídico y en el esquema de las fuentes, en una posición relevante, pues tras el RGPD y la LOPDGDD, en aquello que esta última deba trasladar de la norma europea, se convierte en el instrumento que servirá para valorar la actuación de los responsables y para sopesar el cumplimiento de los derechos del interesado, allí donde el código se haya convertido en norma obligatoria. El RGPD parece apostar de manera convencida por los códigos de conducta en el nuevo paradigma de la protección de datos, en el que habrán de representar un valor añadido a la defensa del derecho a la protección de datos de carácter personal.

³⁰ Por ejemplo, la genérica del art. 57.1.a) RGPD de “controlar la aplicación del presente Reglamento y hacerlo aplicar”.

LA JEFATURA DEL ESTADO ANTE LA FRAGMENTACIÓN PARLAMENTARIA: UNA MIRADA A LA SEGUNDA REPÚBLICA

Francisco Javier Díaz Majano
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

1. LA PRESIDENCIA DE LA II REPÚBLICA. 2. PARLAMENTO Y FUERZAS POLÍTICAS.
3. VALORACIONES

169

RESUMEN

Una de las cuestiones que, en los últimos tiempos, ha cobrado relieve y actualidad es la referente al papel del jefe del Estado en lo que afecta a la investidura del Presidente del Gobierno, especialmente cuando el arco parlamentario se presenta profundamente fragmentado. Esta coyuntura, aunque no se había dado en nuestra vigente democracia hasta fechas muy recientes, sí lo fue en nuestro pasado cercano, especialmente en la II República. En este artículo se centrará la atención en la jefatura del Estado republicana ante la difícil situación de afrontar los problemas derivados de un parlamento con un mosaico de fuerzas políticas, lo que permitirá poner en perspectiva la delicada relación entre las instituciones que, ahora como entonces, se ven directamente implicadas.

Palabras clave:

Jefatura del Estado; Presidencia; II República; Fragmentación parlamentaria; Partidos políticos.

ABSTRACT

THE HEAD OF STATE IN DEALING WITH PARLIAMENTARY FRAGMENTATION: A LOOK AT THE SECOND SPANISH REPUBLIC

One of the issues that, in recent times, has gained prominence and actuality is that of the role of the head of state in what affects the investiture of the Prime Minister, especially when the parliamentary spectrum is deeply fragmented. This situation, although it had not occurred in our current democracy until very recently, it was in our near past, especially in the Second Republic. In this article, the focus will be on the Republican head of State in the difficult situation of meeting the challenges arising from a parliament with a mosaic of political forces, which will allow to put into perspective the delicate relationship between the institutions that, now as then, are directly involved.

170

Key words:

Head of State; Presidency; Second Republic; Parliamentary Fragmentation; Political parties.

Puede sorprender, a primera vista, la inclusión de un estudio que tiene por objeto el análisis de una institución en su perspectiva histórica en el marco de las *Jornadas «Retos actuales del derecho constitucional»*. Sin embargo, no es difícil percatarse de cómo el actual panorama político, tras un notable aumento de partidos emergentes y la subsiguiente fragmentación del arco parlamentario, pone a prueba las instituciones, dificultando la consecución de mayorías sólidas que permitan tanto una rápida investidura del jefe del ejecutivo como la estabilidad del Gobierno a largo plazo. No hay más que atender a los sucesos recientes: tanto la problemática que rodeó el proceso de investidura en 2016, cuando ya recobraba actualidad el artículo 99 de Constitución, como la que ha afectado a la investidura de cara a las siguientes legislaturas. Es, la investidura, uno de los ámbitos donde queda cierto margen para la «discrecionalidad» del jefe del Estado en el escenario en que el primer candidato presentado no consiguiese la confianza de la Cámara. La importancia de esta cuestión invita al análisis histórico-jurídico de, al fin y al cabo, instituciones todavía vigentes como son el jefe del Estado o el Parlamento.

La II República, especialmente en el período que abarca hasta mediados de 1936, resulta un buen precedente y ofrece un marco de especial interés para examinar algunas de las cuestiones antedichas, especialmente en lo que afecta al nombramiento del jefe del Ejecutivo y las crisis de Gobierno. De la inestabilidad de este último es buen ejemplo ya la última etapa del reinado de Alfonso XIII, pues «de la descomposición del Régimen da idea el hecho de que entre Noviembre 1912 y Septiembre de 1923 se suceden nada menos que diecinueve cambios en la jefatura del Gobierno»¹. De forma similar, «el dato de los diecinueve Gobiernos habidos en el quinquenio republicano hasta el estallido de la guerra civil, con una duración media de ciento un días (y ello sin tener en cuenta en el cómputo las remodelaciones y cambios parciales), es la mejor prueba de que formar Gobierno acabó siendo uno de los problemas más arduos a que hubo de enfrentarse el presidente de la República»², cifra que habría que aumentar a veintiséis considerando hasta el final de la Guerra Civil, ya en un contexto muy diverso.

El específico marco que rodea a la Constitución de 1931³ obliga a tener en cuenta los factores implicados tanto en su génesis como en su aplicación a la hora de analizar las instituciones de la jefatura del Estado, las Cortes y los partidos políticos, especialmente en los puntos en los que confluyen, o chocan, presidente y Parlamento.

1. LA PRESIDENCIA DE LA II REPÚBLICA.

En relación con la Alta magistratura, el punto de partida fundamental para su análisis radica en intentar determinar qué tipo de jefatura articula definitivamente la Constitución de 1931, algo que no queda del todo claro a la luz de los debates constituyentes ni de las interpretaciones ulteriores⁴. Es bien conocida la intención de buscar un término a medio camino entre el presidente de la Constitución de Weimar, *fuerte*⁵, y el presidente *débil* de las leyes francesas de 1875⁶. Sin embargo, la forma de estructurar esto fue confusa,

1 Cfr. FRANCISCO ASTARLOA VILLENA, Francisco, «La crisis de la Monarquía y la crisis de los partidos en el reinado de Alfonso XIII», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, núm. 5, Universidad de Palma de Mallorca, 1983, p. 20. El punto de partida de la horquilla que presenta el autor es el asesinato de Canalejas, el 12 de noviembre de 1912.

2 Lo sintetiza de esta forma, en un interesante artículo, MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, «El problema de la formación del Gobierno en la Segunda República», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 65, Madrid, pp. 211 y 212.

3 Vid. NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, *Revista de Derecho privado*, Madrid 1932; ANTONIO ROYO VILLANOVA, *La Constitución Española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas de Antonio Royo Villanova*, Valladolid, 1934; NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1981; JOAN OLIVER ARAUJO, *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, Palma, 1991; SANTOS JULIÁ, *La Constitución de 1931*, Colección «Las Constituciones Españolas» dirigida por MIGUEL ARTOLA, t. VIII, Iustel, Madrid 2009; Además de la bibliografía clásica, recientemente se ha publicado LUIS I. GORDILLO PÉREZ, SEBASTIÁN MARTÍN y VÍCTOR J. VÁZQUEZ ALONSO (dirs.), *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

4 La obra de referencia, en este sentido, es la de JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ, *El poder presidencial en la Constitución de 1931. Análisis jurídico y consecuencias políticas*, Patronato Niceto Alcalá-Zamora y Torres, Priego de Córdoba, 2003.

5 Como es lógico, el paradigma de Presidente fuerte es el del sistema estadounidense, si bien éste es verdaderamente presidencia-

pues parece más bien, y así puede interpretarse a la luz de las intervenciones parlamentarias, que se concluyó en un punto indeterminado al que se habría llegado entre el miedo a la *dictadura* y el miedo a la *convención*. Así, habiendo optado por un régimen parlamentario, y de cámara única, se buscó un acercamiento a una magistratura débil, pero también se huyó de ella precisamente por la necesidad de articular una figura con fuerza que sirviese de contrapeso a un parlamento unicameral. Ya lo advirtió el diputado Royo Villanova⁷, señalando que el problema «es que esta Constitución no sabe si es parlamentaria o presidencial», englobándose en lo que hoy se conoce como semipresidencialismo.

«El Presidente de la República es el jefe del Estado y personifica a la Nación». Parece ésta su primera y más elemental función, consagrada en el art. 67 del texto definitivo, de personificar o representar a La Nación. Reisach⁸ apunta a un mayor grado de racionalización al titularle «Jefe del Estado» y no «Jefe del Ejecutivo», con lo que se expresaría una vocación representativa e imparcial. En esta línea, se ha dicho que «por ser Jefe del Estado, asume una función política de neutralidad exquisita, dejando de pertenecer a partido alguno, y no siendo más que la expresión misma de la voluntad nacional en el desempeño de ciertas funciones preeminentes»⁹. Esta idea está directamente en relación con la *función moderadora* del jefe del Estado, función que se difumina enormemente en el Texto del 31. Resulta llamativo que, siendo éste uno de los principios más nítidos del precedente de 1873, que erigía al presidente en *Poder relacional*, solo se entendiese aquí de forma implícita y abstracta. Esto tiene que ver, desde luego, con la «crisis» de la división de poderes que la primera República había organizado con cartesiana claridad. Si el constituyente hizo alusiones a la función moderadora, sus facultades excedían con mucho esta función, «a menos que se entienda por “moderar” la capacidad de decidir en supuestos muy importantes»¹⁰, y es que «difícilmente puede ser moderador quien además de tener algunas parcelas de poder es responsable políticamente»¹¹.

En definitiva, sin que pueda negarse que se asocie la función moderadora como *inherente* a la Alta magistratura, el hecho de que se sobreentendiese en alguna manera terminó en una cierta despreocupación del constituyente por la función conciliadora de una institución que se había estructurado como decisivo contrapeso de otras. Su lugar en el esquema de división de poderes era el Ejecutivo, que se desdoblaba en dos órganos: el Gobierno y el presidente o jefe del Estado. Se estableció así un Ejecutivo bipolar dentro del cual los límites de cada uno no quedan del todo claros, el presidente es un sujeto responsable pero es el Gobierno el que ejercía de *facto* muchas de las facultades.

La primera de ellas, establecida en el artículo 75 y en relación con el Ejecutivo, no era otra que el libre nombramiento y separación del presidente del Gobierno y, a propuesta de éste, de los ministros. La separación sería obligada si las Cortes les negaren de modo explícito su confianza. Además, en virtud

lista, más alejado de lo que parece la intención del constituyente español. Sobre el alejamiento del modelo presidencial, ADOLFO GONZÁLEZ-POSADA Y BIESCA, Tratado de Derecho Político, T. II, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1935, pp. 518-519, señalaba que: «La Constitución española de 1931 no es manera alguna de tipo presidencial; regula una forma de régimen parlamentario que no puede estimarse puro, no tanto porque racionaliza, con normas rígidas, las crisis ministeriales (art. 75) y los votos parlamentarios de censura (art. 64) y establece la posibilidad del referéndum frente a las Cortes (art. 66), sino porque se aparta más aún que la francesa del régimen inglés, el cual, es bien sabido, exige como condición que parece esencial una gran flexibilidad en las relaciones, circunstanciales siempre, entre el Jefe del Estado—la Corona—con el Gabinete y el Parlamento, a fin de que no se opongan obstáculos—de normas escritas— a la intervención decisiva de la opinión pública en el diario funcionar del Parlamento, intervención que ha de ejercerse con soberana eficacia mediante el Cuerpo electoral».

6 Es importante tener en cuenta, igualmente, la Constitución de Austria de 1920.

7 *Diario de Sesiones de las Cortes (DSSCC)*, n° 62, 23 de octubre de 1931, pp. 1911 y ss. Peña comenta detalladamente esta intervención en JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ, *El poder presidencial en la Constitución de 1931*, pp. 56 y ss.

8 Vid. ÁNGEL MENÉNDEZ REISACH, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1979, Madrid, p. 307. El autor señala que la personificación del estado es un «residuo de la vieja concepción organicista de la monarquía», ahora con un valor meramente simbólico.

9 Vid. NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, op. cit., p. 247.

10 De esta forma hace alusión Reisach a las funciones «representativas y moderadoras» a las que se aludía en el texto de la Comisión Jurídica Asesora, en MENÉNDEZ REISACH, Ángel, *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, p. 307.

11 Vid. JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ, *El poder presidencial en la Constitución de 1931*, op. cit., p. 29. El autor dedica un apartado al poder moderador, haciendo hincapié en el papel jugado por el primer presidente de la República, D. Niceto Alcalá-Zamora.

del art. 88, podía nombrar ministros sin cartera a propuesta del presidente del Consejo. Con respecto al nombramiento de éste, la libertad que articula la Constitución dio lugar a la articulación de un mecanismo de consultas que «no respondía a ninguna precisa exigencia constitucional; pero era conforme a la práctica parlamentaria general y a las costumbres españolas bajo la Monarquía. De otra parte, eran necesarias o, al menos, convenientes, para que el Jefe del Estado pudiese tener un conocimiento adecuado de la situación política»¹².

La prerrogativa presidencial era verdaderamente *modulable* ante la indeterminación del texto pues, pese al límite que impone la necesidad de contar con el respaldo de la Cámara, es decir, de atender a cómo se articulan las mayorías¹³, era susceptible de desvirtuarse en su ejercicio práctico en función de la composición de la Cámara. Se adultera así, en cierta manera, el principio parlamentario, pues «al ponerse el énfasis en el libre nombramiento y separación del presidente del Consejo, el principio de la confianza parlamentaria quedó expresado de manera puramente negativa, con la consecuencia de que tanto en la letra como en el espíritu y la práctica del régimen se configuró un sistema de doble confianza»¹⁴. Efectivamente, este hecho ya había sido advertido por Posada¹⁵, recalcando la importancia del papel ministerial en los países en los que el Gobierno se haya entre la jefatura y el Parlamento, dependiendo de ambos y sometiéndose especialmente a las cámaras. Sobre el particular, en meditado análisis arguye el profesor Espín que:

«a la vista de una interpretación sistemática de la Constitución, es obvio que ambas confianzas no tenían el mismo valor, [...]»¹⁶. En efecto, creemos que al Presidente sólo le era posible provocar por propia iniciativa una crisis cuando hubiese ocurrido alguna modificación de la situación parlamentaria. Bien de forma directa, como en caso de una desautorización de las Cortes al Gobierno que, pese a no cumplir los requisitos constitucionales de una votación de no confianza, hiciera prever que el Gobierno no iba a contar con el necesario apoyo parlamentario, bien porque un hecho extraparlamentario —ruptura entre los partidos de la coalición gubernamental o un determinado resultado electoral— hiciera esperar idénticas consecuencias.

Pero fuera de esa hipótesis la estabilidad gubernamental debía depender tan sólo del juego parlamentario o de lo contrario el sistema establecido por la Constitución no podía funcionar. Y no podría funcionar porque cesar a un Gobierno que contase con mayoría parlamentaria, implicaba, salvo la incongruencia de volver a designar un Gobierno análogo —cometida por Alcalá-Zamora en junio de 1933— bien variar la mayoría, lo cual frecuentemente sería imposible, bien disolver las Cortes»¹⁷.

12 Vid. JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA, «La formación de Gobierno durante la Segunda República», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 204, Madrid, CEPC, 1975, p. 50.

13 Villarroya señala que «el texto literal del artículo debía considerarse limitado por la regla propia del régimen parlamentario según la cual el Jefe del Estado debe confiar la tarea de formar Gobierno a quien, por sus condiciones personales y políticas, esté en condiciones de obtener la confianza del Parlamento», *Ibidem*, pp. 69 y 70; «lo cierto es que, durante la Segunda República se consideraba políticamente vigente la regla parlamentaria de que el Jefe del Estado, a la hora de confiar la formación de un Gobierno, debía contar con la fuerza numérica de cada grupo parlamentario», p. 71.

14 Cfr. MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, «El problema de la formación del Gobierno en la Segunda República», op. cit., p. 205.

15 Cfr. ADOLFO GONZÁLEZ-POSADA Y BIESCA, *Tratado de Derecho Político*, II, op. cit., p. 513: «Al lado del Jefe del Estado hay, en los Gobiernos de que aquí se trata, funcionarios de suprema importancia, los Ministros, que son los que en el régimen parlamentario ejercen de hecho la mayor parte de las funciones atribuidas al Jefe del Estado, que son responsables de los actos del Jefe del Estado, Rey, o Presidente (Inglaterra, Francia y España), además de serlo de los actos propios [...] Manifiéstase específicamente la importancia de los Ministros, en cuanto forman el Ministerio—el Gobierno—en las relaciones y vida de éste en aquellos países donde el Ministerio—Gabinete—ocupa una posición intermedia entre el Jefe del Estado y el Parlamento, dependiendo de ambos y sometiéndose, en su composición, a las corrientes imperantes, especialmente en las Cámaras populares—es lo que ocurre en Inglaterra, Francia y España».

16 «[como no podía dejar de ser al faltarle al Presidente de la República una plena legitimación democrática directa —como es sabido era nombrado por los parlamentarios más un número igual de compromisarios elegidos—]».

17 Vid. EDUARDO ESPÍN TEMPLADO, «Crisis del Gobierno y confianza presidencial en la II República», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 17, CEPC, Madrid, 1980, pp. 112 y 113. Este argumento estaría respaldado, precisamente, por la limitación a la hora de disolver las Cortes.

Esta interpretación lleva a postularse por una limitación articulada por el constituyente que, independiente de su que hubiese podido resultar exitosa en su formulación teórica, no era sencilla en la práctica. Parece cierto que la confianza dependía, en primera instancia, del Parlamento¹⁸, pero hay que tener en cuenta dos cuestiones de fundamental importancia: primero, que designar un Gobierno análogo podía resultar una incongruencia y no por ello dejar de ser jurídicamente válido e, incluso, necesario con un arco político tan fragmentado y polarizado como el de las Cortes de la II República¹⁹, en el que podían no existir mayorías claras²⁰; segundo, que aceptar esto y, por tanto, que el límite de la disolución parlamentaria se articulaba para evitar retirar la confianza al Gobierno si no había expectativa de la pérdida de apoyo de la Cámara, implica necesariamente admitir la articulación por el constituyente de un Presidente deliberadamente *débil* —cuestión en absoluto clara a la luz del texto constitucional—, con el inherente peligro de una absoluta supremacía parlamentaria.

Al respecto, no está de más recordar que «en las democracias semi-presidenciales en las que no hay una mayoría parlamentaria estable debido a la fragmentación del sistema de partidos el presidente puede intervenir más activamente en la composición del gabinete»

No obstante, la iniciativa no siempre respondía a su personal arbitrio pues, como es conocido, hubo presiones, públicas o reservadas, tanto dentro como fuera de las instituciones, para impedir la entrada de determinadas fuerzas en el Gobierno o forzar la pérdida de confianza de otras, quizás aprovechando el amplio margen que el artículo 75 otorgaba al presidente. Sirva de ejemplo la presión socialista para evitar la entrada de la CEDA, pese a su clara mayoría parlamentaria, en el Gobierno, pues los socialistas «con razón o sin ella, estimaban que los Gobiernos posteriores a las elecciones del 33, presionados por los cedistas, estaban destruyendo la labor constitucional, política y social del primer bienio»²².

Es difícil, se ha visto, distinguir cuál era la verdadera intención del constituyente, pero lo cierto es

18 A la antedicha afirmación de Posada, puede añadirse, que «en este régimen el Gobierno adquiere su legitimidad del respaldo del parlamento. Si este le niega su confianza, por ejemplo negándose a aprobar un proyecto presentado por el ejecutivo, lo correcto es la dimisión del Gobierno. Un ejecutivo moralmente responsable abandona el poder ante una vocación adversa en el parlamento. Pero también hay que afirmar que mientras se pueda constituir y mantener un gobierno con respaldo parlamentario no hay necesidad de convocar elecciones. El parlamento tiene en su mano, y esta es su responsabilidad, la obligación de formar gobierno y encontrar las combinaciones necesarias para que se encuentre respaldado. Solo in extremis y ante la falta de colaboración de la clase política allí representada, resulta lícito en un régimen parlamentario utilizar por parte del ejecutivo el decreto de disolución de cámaras», Vid. JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ, *El poder presidencial en la Constitución de 1931*, op. cit., p. 59. El autor apunta que ésta era la postura que mantuvieron tanto Azaña como Jefe de Gobierno, como Alcalá-Zamora como presidente del Gobierno y luego de la República.

19 Un interesante artículo sobre el panorama de partidos es el de SANTOS JULIÁ DÍAZ, «El sistema de Partidos en la Segunda República», en *Revista de Historia Contemporánea*, núm. 7, Universidad de Sevilla, 1996, pp. 201-219. En este artículo, el autor matiza la tesis del pluralismo polarizado, en el que el centro es ocupado por uno o varios partidos y convive con tendencias centrifugas por la izquierda y la derecha y el ejercicio de una oposición irresponsable.

20 Así, se ha explicado que gran parte de los estudios, especialmente los basados en el modelo francés, «no contemplan la hipótesis de que las elecciones no produzcan una mayoría legislativa clara (presidencial o no presidencial) y sea necesario formar gabinetes de coalición o gobiernos minoritarios entre distintos partidos», como expresa ANTONIO GARRIDO RUBIA, «Semi-presidencialismo y semi-parlamentarismo en la II República española», *Anales de Derecho*, núm. 26, Universidad de Murcia, 2008, pp. 61 y 62; y añade una cita de Cindy Skach, que advierte: «La ausencia de cualquier clara mayoría conduce a un escenario inestable, caracterizado por coaliciones legislativas cambiantes y remodelaciones gubernamentales, de un lado, y continua intervención presidencial y uso de sus poderes reservados, de otro».

21 Cfr. GARRIDO RUBIA, *ibidem*, p. 64. El autor elabora una interesante tabla en la que analiza los índices de dispersión ministerial y de proporcionalidad de los partidos representados en el Gobierno. «En estos casos de gobiernos multipartidistas y gran fragmentación parlamentaria, el decantamiento hacia cualquiera de los resultados en la formación de gabinetes depende en gran parte de los cálculos estratégicos de los actores, de la información manejada por éstos y de las atribuciones constitucionales del presidente. La influencia del presidente puede conducir a gabinetes minoritarios, a disoluciones prematuras con la esperanza de aumentar el apoyo electoral de su propio partido, al veto de determinados líderes y partidos incompatibles con la línea política que defiende el presidente, etc, y el sistema depende en gran medida de la habilidad de los políticos y exige de ellos una mayor voluntad de cooperación política que en otros diseños constitucionales para disminuir las tensiones y conflictos propios de un sistema de partidos débil y fraccionado», p. 65.

22 Vid. JOAQUÍN TOMÁS VILLAROYA, *La prerrogativa presidencial durante la segunda República: su mediatización*, op. cit., p. 84.

que se ha afirmado que la prerrogativa presidencial se vio, efectivamente, mediatizada o sometida a las más variadas presiones:

«En determinadas ocasiones, se pidió pública o reservadamente la remoción de un Gobierno; en otras, se formuló oposición abierta a la misma; finalmente, en octubre de 1934, se llegó a la rebelión para impedir que el Presidente de la República permitiese la entrada de un determinado partido en el poder. En todas estas ocasiones la prerrogativa del Jefe del Estado consagrada en el artículo 75, resultó limitada y disminuida; en la última, resultó gravemente violentada»²³.

En relación directa con las Cortes, el artículo 80 permitía al presidente, cuando no se hallase reunido el Congreso, a propuesta y por *acuerdo unánime* del Gobierno y aprobación de dos tercios de la Diputación Permanente, a «estatuir por decreto sobre materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión, o cuando lo demande la defensa de la República», si bien con carácter provisional y vigencia limitada a resolución del Congreso sobre la materia. Ello no solo limitaba al presidente, sino que prácticamente lo supeditaba a la voluntad unánime del Gabinete²⁴.

Especial relevancia tiene el artículo 81²⁵, que facultaba al presidente para disolver las Cortes hasta en dos ocasiones durante su mandato, por decreto motivado y acompañando al decreto de disolución el de nueva convocatoria electoral, siendo la segunda disolución enjuiciable por el Parlamento, quedando el Presidente destituido ante el voto desfavorable de la mayoría.

Mientras la facultad de convocar o suspender una legislatura extraordinaria parece completamente libre, la suspensión se hallaba sujeta a limitaciones en función del período de sesiones, respetando el plazo mínimo de funcionamiento del art. 58²⁶. No obstante, la facultad de disolución es verdaderamente importante, y con muy diversos argumentos se sostuvo su existencia, inexistencia o limitación durante las constituyentes. Como señala Pérez Serrano²⁷, la disolución determina la clase de régimen parlamentario que se quiere instaurar, pues la limitación lo aleja del modelo *puro*²⁸, y razona, en cuanto a la misma: «si el derecho de disolución parece conveniente o necesario, no cabe limitar el número de veces que haya de usarse, porque dependerá

23 De esta manera introduce un interesantísimo artículo JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA, «La prerrogativa presidencial durante la Segunda República: su mediatización», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 16, CEPC, Madrid, 1980, p. 59.

24 «El Gobierno tendrá que fundir su función propia en la del Presidente, en aquellas intervenciones excepcionales—de necesidad y urgencia—que autoriza el artículo 80», ADOLFO GONZÁLEZ-POSADA Y BIESCA, *Tratado de Derecho Político*, op. cit., p. 522.

25 Art. 81:

El Presidente de la República podrá convocar el Congreso con carácter extraordinario siempre que lo estime oportuno.

Podrá suspender las sesiones ordinarias del Congreso en cada legislatura sólo por un mes en el primer período y por quince días en el segundo, siempre que no deje de cumplirse lo preceptuado en el artículo 58.

El Presidente podrá disolver las Cortes hasta dos veces como máximo durante su mandato cuando lo estime necesario, sujetándose a las siguientes condiciones:

a) Por decreto motivado.

b) Acompañando al decreto de disolución la convocatoria de las nuevas elecciones para el plazo máximo de sesenta días.

En el caso de segunda disolución, el primer acto de las nuevas Cortes será examinar y resolver la necesidad del decreto de disolución de las anteriores. El voto desfavorable de la mayoría absoluta de las Cortes llevará aneja la destitución del Presidente.

26 Art. 58:

Las Cortes se reunirán sin necesidad de convocatoria el primer día hábil de los meses de febrero y octubre de cada año y funcionarán, por lo menos, durante tres meses en el primer período y dos en el segundo.

27 «Su existencia sirve para determinar, como ha dicho Redslob, o bien un parlamentarismo puro, en que el Decreto de disolución mantenga el equilibrio entre Legislativo y Ejecutivo que es propio del sistema, o un parlamentarismo apócrifo, porque la omnipotencia de la Cámara, no frenada por el temor de su disolución, rompa el equilibrio en contra y con perjuicio del Ejecutivo. Nosotros, en vez de inspirarnos en el ejemplo de Inglaterra, o de arrostrar francamente los peligros del régimen francés, hemos buscado una solución intermedia, probablemente poco afortunada», NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, op. cit., p. 266.

28 Un razonamiento similar hace Posada: «en el régimen puro, nada se opone preceptivamente—al modo del artículo 5º de la Ley Constitucional francesa de 25 de febrero de 1875 o del artículo 81 de la Constitución española—a la consulta del Cuerpo electoral mediante el ejercicio por el Jefe del Estado, sin condiciones limitativas, de la prerrogativa de disolución de la Cámara de los Comunes—prerrogativa y, a la vez, arma de Gobierno—», ADOLFO GONZÁLEZ-POSADA Y BIESCA, *Tratado de Derecho Político*, II, op. cit., p. 519.

de las circunstancias; y si es inútil o peligroso, no debe aceptarse nunca»²⁹, y apunta al peligro de que, ante la renuncia de un presidente para que otro pudiera ejercitar la disolución, las Cortes procurasen la elección de uno *dócil* y se llegase a una dictadura parlamentaria. En términos similares se expresó Posada³⁰, conjeturando con la muy difícil situación en que podía quedar el jefe de Estado. Pérez Serrano aportó otra clave fundamental: «al juzgar la necesidad del Decreto de disolución va a estar pesando mucho la conveniencia de nombrar o no un nuevo Presidente de la República, lo cual puede hacer que esta última consideración vicie un tanto la imparcialidad del enjuiciamiento; con mayor razón si se recuerda que normalmente no son las Cortes solas las llamadas a la revocación presidencial»³¹, y recuerda que se planteó el problema de determinar si las Cortes constituyentes entraban en el cómputo de disolución. Así ocurrió, ya en los debates de diciembre³², aunque la discusión se pospuso y no se volvió a tratar.

El artículo 82, por su parte, facultaba a la Cámara para destituir al presidente, bajo ciertos requisitos: iniciativa por tres quintas partes de los miembros, convocatoria de elección de compromisarios y votación de ambos sobre la destitución que, en caso de no aprobarse, da lugar a la disolución del Congreso³³. Un mecanismo similar al que establecía el artículo 85, referente a la acusación al presidente³⁴. El artículo 83 señalaba que el presidente promulgaría las leyes sancionadas por el Congreso en un plazo de quince días desde su comunicación, aunque podía promulgarlas directamente si eran declaradas urgentes por dos terceras partes de los votos emitidos. Y se configuró también, cabe señalar, el *veto* presidencial: «Antes de promulgar las leyes no declaradas urgentes, el presidente podrá pedir al Congreso, en mensaje razonado, que las someta a nueva deliberación. Si volvieran a ser aprobadas por una mayoría de dos tercios de votantes, el presidente quedará obligado a promulgarlas».

Ha de añadirse que se contemplaba, finalmente, el refrendo, en el art. 83: «serán nulos y sin fuerza alguna de obligar los actos y mandatos del Presidente que no estén refrendados por un Ministro. La ejecución de dichos mandatos implicará responsabilidad penal. Los Ministros que refrenden actos o mandatos del

29 Cfr. NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, op. cit., p. 267.

176 30 Vid ADOLFO GONZÁLEZ-POSADA Y BIESCA, *Tratado de Derecho Político*, II, pp. 519-520: «La posibilidad de la disolución del Parlamento, sin requisitos limitativos de la facultad del Jefe del Estado, obliga al Parlamento –a los Partidos– a una meditada y prolongada colaboración con el Gobierno. La Constitución española –sin un Poder permanente y jurídicamente irresponsable en lo alto– sólo faculta al Presidente en los términos de desconfianza del artículo 81, para disolver las Cortes DOS veces en los seis años de su mandato; lo cual, de una parte, condiciona o sugiere el excesivo predominio de los factores parlamentarios, con la consiguiente debilitación (cuando no degradación) del Ejecutivo, y de otra, puede provocar situaciones políticas graves y de difícil arreglo si el Jefe del Estado se ve obligado a disolver las Cortes, v. gr., en el primer año de su mandato, pues en los cinco siguientes ya no podrá disolverlas sino por la grave amenaza de destitución presidencial, del párrafo último del artículo 81. Y aun se agravará el problema constitucional que el artículo 81 impone si, hecha con fortuna la segunda disolución, tiene el Presidente que actuar de Jefe del Estado dos o tres años y con Cortes *de una sola Cámara*, que propenderán fatalmente a funcionar al modo de Convención. El Presidente no tendrá entonces otro medio para defender a la Nación de los abusos legislativos, que el ejercicio del veto al modo americano, pero sin ser el *veto* de un Presidente de estilo americano, a saber, de elección por el Pueblo y con Ministros *suyos y no parlamentarios*».

31 NICOLÁS PÉREZ SERRANO, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931)*, op. cit., pp. 268 y 269.

32 Se presentó, al respecto, una proposición por García Valdecasas, en relación con la cual se pronunciaron Blanco Pérez y Santa Cruz, el primero señalando que no debía computar la disolución para las Cortes constituyentes, en *DSCC*, núm. 83, 1 de diciembre de 1931, p. 2755 y 2756. Aunque el tema reaparecería el 3 de diciembre, no se tomó decisión al respecto.

33 Art. 82:

El Presidente podrá ser destituido antes de que expire su mandato.

La iniciativa de destitución se tomará a propuesta de las tres quintas partes de los miembros que compongan el Congreso, y desde este instante el Presidente no podrá ejercer sus funciones.

En el plazo de ocho días se convocará la elección de compromisarios en la forma prevenida para la elección de Presidente. Los compromisarios reunidos con las Cortes decidirán por mayoría absoluta sobre la propuesta de éstas.

Si la Asamblea votare contra la destitución, quedará disuelto el Congreso. En caso contrario, esta misma Asamblea elegirá el nuevo Presidente.

34 Este artículo establecía la responsabilidad del presidente y el mecanismo de acusación por parte del Congreso por infracción delictiva de sus obligaciones constitucionales, facultando a la Cámara para, por mayoría de tres quintos, acusarlo ante el Tribunal de Garantías

Presidente de la República asumen la plena responsabilidad política y civil y participan de la criminal que de ellos pueda derivarse». Lógicamente, este artículo terminaba de sembrar la confusión, pues tiene sentido en un sistema monárquico o en el que el jefe del Estado no es responsable³⁵. En este caso, sí lo era, por lo que no resultaría, en principio, necesario. Su existencia dio lugar a bastantes dudas sobre las responsabilidades derivadas de algunos de los actos refrendados³⁶ y las excepciones. Quedan resumidas, de esta forma, las facultades más importantes en relación con la cuestión aquí analizada³⁷.

2. PARLAMENTO Y FUERZAS POLÍTICAS.

Bajo este marco constitucional, con numerosos puntos oscuros, las fuerzas políticas jagaban, pues, jugaban un papel decisivo incluso para el desempeño de la magistratura presidencial, parte sustancial del Ejecutivo republicano. En relación con los partidos del período, se ha sintetizado que:

«En cuanto al sistema de partidos republicano, hay que decir que supuso una novedad y discontinuidad con respecto al anteriormente vigente durante la Monarquía, pudiendo caracterizarse sustancialmente por los siguientes aspectos: estructura partidista de carácter excesivamente múltiple, extremada polarización ideológica, debilidad, solapamiento de su estructura a nivel geográfico y regional, y aparición por primera vez en nuestra historia de los partidos de masas»

El sistema electoral sería modificado ya por el Gobierno Provisional, especialmente por el decreto de 8 de mayo de 1931, que modificaba la ley vigente de 1907 y, más adelante, por la ley de julio de 1933³⁸. La sobrerrepresentación de las mayorías del sistema implantado fue un importante factor de polarización: los numerosos pequeños partidos se agrupaban en grandes coaliciones para obtener representación. No obstante, las diferencias permanecían en el seno de esas formaciones y aun dentro de los grandes partidos. Miguel Revenga, después de haber señalado los posibles defectos de esta normativa electora, se muestra claro al señalar que «con un Parlamento en el que, a lo largo de las tres legislaturas, nunca obtuvieron representación menos de 20 fuerzas políticas y con una minoría más numerosa, que, en el mejor de los casos, alcanzó los 115 diputados de una Cámara de 474 escaños, se comprende fácilmente la falta de automatismo en la designación de presidente, así como el hecho de que la tensión política encontrara fiel reflejo en las negociaciones previas a la formación de las coaliciones de Gobierno»⁴⁰.

35 Al respecto, una obra importante de la época es la de GONZALO CÁCERES CROSA, *El refrendo ministerial*, Universidad Central (Instituto A. Posada), Madrid, 1934; también MARIANO GARCÍA CANALES, «El refrendo en las monarquías», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 212, 1977, pp. 235-280.

36 Véase JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA, «El refrendo ministerial durante la Segunda República. Dos episodios conflictivos», en *Revista de Derecho Político*, núm. 12, UNED, Madrid, 1981-1982, pp. 9-21. El interrogante surgía especialmente en aquellas facultades que el presidente podía ejercitar con más libertad: el nombramiento de Presidente del Consejo de Ministros del art. 75, la disolución de las Cortes del art. 81 y el veto del art. 83.

37 Para otras cuestiones se remite al lector a la bibliografía citada.

38 JOSÉ MANUEL CANALES ALIENDE, *La Administración de la Segunda República. La Organización Central del Estado*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (Colección Estudios Historia de la Administración), 1986, Madrid, p. 24, mientras que, sobre la clase política surgida en la República, señalaba que «puede caracterizarse fundamentalmente por los aspectos siguientes: a) ante todo por su carácter novedoso, ya que constituía una ruptura con la anteriormente existente durante la Monarquía; b) por su actitud escasamente negociadora y consensual; c) por estar integrada mayoritariamente en los partidos políticos existentes, salvo un pequeño número de personalidades políticas independientes; y d) por su falta de estabilidad».

39 Citando al profesor Murillo, véase el análisis de MANUEL RAMÍREZ JIMÉNEZ, *Los grupos de presión en la Segunda República española*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 43 y ss.; también FRANCESC DE CARRERAS SERRA, «Los intentos de reforma electoral durante la II República», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 31-32, (enero-abril 1983), p.165-197; ENRIQUE CEBRIÁN ZAZURCA, «La Segunda República Española: régimen electoral, sistema electoral y quiebra de la democracia», en LUIS I. GORDILLO PÉREZ, SEBASTIÁN MARTÍN y VÍCTOR J. VÁZQUEZ ALONSO (dirs.), *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, op. cit., pp. 125-139.

40 *Cfr.* MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ, «El problema de la formación del Gobierno en la Segunda República», op. cit., p. 212.

Podría decirse que «la inconsistencia y falta de consolidación del sistema de partidos fue la auténtica causa de la «flojera del ejecutivo», que a su vez determinó el “parlamentarismo desorbitado” de la Segunda República»⁴¹. Conforme a esta postura, el problema fundamental del sistema republicano no radicaría en el parlamento, ya de por sí condicionado por su carácter unicameral⁴², sino en los partidos. Más aún si se tiene en cuenta en la II República se halla por primera vez una regulación jurídica de los grupos parlamentarios, cuya organización «se presenta aún con carácter embrionario»⁴³, algo fundamental en lo que respecta a cuestiones como la disciplina de voto, en tanto que afectaba no solo a los partidos en sí, sino a las coliciones de las que éstos formaban parte. No hay que olvidar, por tanto, que a esa falta de consolidación de los partidos políticos vino unida a una fragmentación absoluta del arco parlamentario, con grandes coaliciones formadas por numerosos partidos de escasa representación —hecho que, indudablemente, dificultaba el sostenimiento del Ejecutivo a largo plazo—.

Y es que la formación de estos grandes bloques, donde los partidos pequeños se fundían en grandes coaliciones contribuyendo a su polarización, dio lugar a «una ceguera cada vez mayor para percibir matices entre los adversarios» y a «la integración hacia dentro de los bloques así percibidos, ignorando momentáneamente las divisiones internas, dando lugar a que lo percibido como bloque acabase convirtiéndose efectivamente en un bloque»⁴⁴, hecho que trascendería al ámbito parlamentario, siendo observable en otros ámbitos de la vida pública y dando lugar incluso a la categorización política de los grupos sociales. Esta categorización, de hecho, es un fenómeno plenamente vigente en la actualidad y una de las preocupaciones del constitucionalismo actual, conforme a lo señalado en la ponencia marco, «Los retos del constitucionalismo contemporáneo» a cargo del profesor Giuseppe Franco Ferrari.

En fin, uno de los problemas inevitables, producto de las tensiones derivadas del complejo escenario parlamentario, era la conformación del Gobierno. En este sentido, la jefatura del Estado de la II República se hallaba en una situación de una dificultad extraordinaria derivada, entre otras cosas, de la mencionada imposibilidad de ejercer en este punto una verdadera función moderadora. A ello habría que sumar el carácter especialmente intervencionista de Alcalá-Zamora, en lo que afecta al período 1931-1936, que fracasó en su intento de «centrar» la República⁴⁵ en el marco, quizás, de una interpretación amplia de las facultades presidenciales recogidas en la Constitución; ello con independencia de que sus intervenciones se derivasen exclusivamente de su propia iniciativa o fuesen también fruto de su mediatización por las fuerzas políticas parlamentarias.

41 MIGUEL ÁNGEL GIMÉNEZ MARTÍNEZ, «El régimen parlamentario de la Segunda República y las relaciones entre su presidente, el Gobierno y las Cortes», *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 13, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 64.

42 Las limitaciones de este breve estudio impiden detenerse en esta cuestión, para la que se aconseja la consulta del completo y reciente artículo de JOAN OLIVER ARAUJO, «Las Cortes en la Segunda República española: luces y sombras 85 años después», *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 102, mayo-agosto 2018, pp. 15-46.

43 Véase JOSÉ MARÍA MORALES ARROYO, «Génesis y consolidación del régimen de los grupos parlamentarios en el Derecho español», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 58, 1988, pp. 413-489, especialmente pp. 339 y ss., el autor señala cómo «el ordenamiento republicano será el primero que reconozca a las minorías en un texto escrito, tanto en la regulación parlamentaria como en el texto constitucional», si bien la reglamentación jurídica de las minorías parlamentarias fue cuestión que no generó debate alguno, probablemente por la práctica consolidada a lo largo de la Restauración.

44 Así lo reflexiona, remitiéndose al ámbito de la sociología política, FRANCISCO MURILLO, «Prólogo», MANUEL RAMÍREZ JIMÉNEZ, *Los grupos de presión en la Segunda República española*, op. cit., p. 12-13.

45 Véase, entre otros, NIGEL TOWNSON, *La República que no pudo ser: la política de centro en España (1931-1936)*, Taurus, 2002; traducción de su obra original *The Crisis of Democracy in Spain. Centrist Politics under the Second Republic*; STANLEY G. PAYNE, *Alcalá-Zamora: El fracaso de la República conservadora*, Gota a Gota-FAES, Madrid, 2016; JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ, *Alcalá Zamora*, Ariel, Barcelona, 2002 y, del mismo, «Don Niceto Alcalá-Zamora: un proyecto político frustrado», en *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, núm. 137, 1999, pp. 143-147.

3. VALORACIONES.

Todo ello obliga a reconocer que el verdadero problema radicó, no tanto en la forma de gobierno como en las inconsistencias teóricas de las instituciones implicadas y de los mecanismos que las relacionaban, y el mejor ejemplo de ello fue, precisamente, el de la facultad de disolución de las Cortes. Cuando, ante la incertidumbre de la norma —especialmente por no estar claro si debía entrar en el cómputo la disolución de las Cortes *constituyentes* en 1933—, entró en juego la discrecionalidad política, el resultado fue la ruptura del procedimiento y del formalismo legal⁴⁶: la destitución de Alcalá-Zamora fue la consecuencia más palpable de ello⁴⁷. No hay que olvidar que, al fin y al cabo, se acabó con la figura que personificaba a la Nación, «un acontecimiento gravísimo, de consecuencias parejas a aquel otro de la rebelión de Asturias del año 34»⁴⁸.

Las ventajas, en este ámbito, de la Constitución de 1978 son incuestionables. En contra de lo que pueda pensarse, y sin negar las virtudes de una presidencia republicana con un marco constitucional de amplias competencias⁴⁹, el reconocimiento de un jefe de Estado no responsable y de limitadas competencias como el de la Monarquía parlamentaria española aporta, en ese aspecto, una solidez extraordinaria al sistema, impidiendo que la jefatura sea eclipsada o atropellada por un Parlamento fuerte. Ello, no obstante, ponderando el fundamental papel que las Cortes siguen jugando a la hora de colmar las lagunas normativas, como sucedió en el escenario de la sucesión de don Juan Carlos I, cuando se promulgó la Ley Orgánica 3/2014, de 18 de junio, eso sí, con un impecable respeto al procedimiento y al marco establecido por la Constitución.

A pesar de ello, hay tendencias que invitan a reflexionar hoy sobre las cuestiones señaladas aquí. Así, el predominio de los partidos, la polarización política, la categorización de los grupos —políticos y sociales— y, especialmente, el reflejo parlamentario de estos fenómenos⁵⁰, siguen constituyendo un factor importante de inestabilidad. Hoy se escucha hablar, quizás con más frecuencia que rigor, de «bloque constitucionalista» o «bloque progresista», en un intento por categorizar o simplificar políticamente una realidad más diversa. La formación de Gobierno se ha convertido, de nuevo, en una tarea compleja que obliga, más allá de la negociación política, a situarse a las puertas de la incertidumbre teórica y la discrecionalidad política. Por el momento, la madurez de nuestro sistema parlamentario y la actual cultura política han permitido la correcta continuidad del sistema; los escenarios precedentes, no tan distantes en sus causas, dan idea del valor y la importancia de ello.

46 Así lo reconocería el diputado Jesús Pabón, al señalar en la votación de la destitución que en ella «se vienen abajo dos cosas: esa magistratura y el respeto al formalismo, a la letra de la ley», *DSSCC*, núm. 15, 7 de abril de 1936, p. 265.

47 Al respecto, véase la imprescindible obra de JOAQUÍN TOMÁS VILLARROYA, *La destitución de Alcalá-Zamora*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1988. Entre otras cosas, se señala cómo la intención inicial era la destitución por la vía del artículo 82, para lo cual no había mayoría suficiente, forzando entonces la interpretación del artículo 81 y considerando efectuadas dos disoluciones contando con la de las constituyentes —lo que nunca estuvo claro—, y con la incongruencia de juzgar innecesaria la segunda disolución del parlamento, cuando su consecuencia había sido un cambio sustancial de las mayorías con la victoria del Frente Popular.

48 Así lo expresaría DIEGO MARTÍNEZ BARRIO, *Memorias*, Barcelona, Planeta, Barcelona, 1983, p. 118.

49 Que puede dar lugar a intervenciones eficaces en el marco de una crisis de Gobierno, como ha sucedido recientemente en Italia.

50 Recientemente se ha publicado MARÍA NIEVES ALONSO GARCÍA, *Retos jurídico-políticos de las funciones parlamentarias y los novedosos instrumentos de participación en la democracia del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2019; véanse, sobre esta cuestión, pp. 38 y ss., donde considera al fenómeno del protagonismo «exclusivo y excluyente» de los partidos como «uno de los principales problemas a los que se enfrenta el sistema político español», a lo que se une el hecho de que «la función legislativa se ha ido degradando procedimental y formalmente».

ENSAYO SOBRE EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Leandro Abel Martínez

Universidad de Buenos Aires

Emilio Rosatti

Universidad Nacional del Litoral

Sumario:

I. PREMISAS INICIALES. II. EL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. III. LA JERARQUÍA DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH. IV. LA FÓRMULA “EN LAS CONDICIONES DE SU VIGENCIA”: EL NUDO DEL PROBLEMA. V. UN POCO MÁS ALLÁ: MARGEN DE APRECIACIÓN LOCAL. VI. CONCLUSIONES.

181

RESUMEN

En este trabajo se analiza la jerarquía de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforme a las reglas del sistema constitucional argentino. En tal sentido, se sostiene la existencia de un margen de apreciación a favor de las autoridades nacionales –legislativas y jurisdiccionales– respecto de la interpretación y aplicación del derecho internacional, del mismo modo que existe un margen de apreciación provincial respecto del gobierno federal.

Palabras clave:

Constitución y Derechos Humanos, sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control judicial, margen de apreciación.

ABSTRACT

ESSAY ON THE MARGIN OF NATIONAL APPRECIATION AND THE HIERARCHY OF SOURCES IN THE ARGENTINE CONSTITUTIONAL SYSTEM

This paper analyzes the hierarchy of international treaties on Human Rights and the sentences of the Inter-American Court of Human Rights in accordance with the rules of the Argentine constitutional system. In this regard, the existence of a margin of appreciation in favor of national authorities –legislative and jurisdictional– regarding the interpretation and application of international law is maintained, in the same way that there is a margin of provincial appreciation with respect to the federal government.

Key words:

Constitution and Human Rights, sentences of the Supreme Court of Justice of the Nation, sentences of the Inter-American Court of Human Rights, judicial control, margin of appreciation.

I. PREMISAS INICIALES.

El derecho internacional de los derechos humanos es receptado de distintas formas por la comunidad de naciones que integran el sistema de protección regional americano. Ello responde a que los países, en ejercicio de su soberanía, contraen las obligaciones internacionales que estiman convenientes mediante los mecanismos establecidos en sus ordenamientos jurídicos positivos. Las razones y motivaciones pueden ser diversas, pero lo cierto es que ello es consecuencia de la historia y realidad de cada Estado¹.

En el caso argentino, la última reforma constitucional de 1994 dispuso en su artículo 75, inciso 22, que los tratados de derechos humanos allí enumerados tuviesen jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, sin derogar artículo alguno de la primera parte y entendiéndose complementarios. Al mismo tiempo la Constitución Nacional (en adelante CN) pergeñó un mecanismo para que el Congreso de la Nación, sin reforma constitucional, pudiera asignarles jerarquía constitucional a otros instrumentos de derechos humanos.

Por un lado, desde el caso “Sojo”² (1887) de la Corte de Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), hasta su consagración explícita con la inserción del artículo 43 en la reforma de 1994, contamos a nivel federal con un sistema de control judicial de constitucionalidad difuso. Este sistema tuvo como pretensión original resguardar la supremacía de la CN y del orden jerárquico en su integridad. Naturalmente, con la reconfiguración normativa ocurrida con la reforma de 1994, el sistema de control de constitucionalidad federal reorientó sus objetivos, toda vez que a partir de entonces la CN comparte la cúspide del ordenamiento con los tratados de derechos humanos antes indicados. Esto significa que el control de constitucionalidad, desde el último momento constituyente, opera como garantía para salvaguardar la supremacía de la CN y de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Por otro lado, en la sentencia “Almonacid Arellano”³ (2006) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), se señaló que los jueces nacionales deben realizar una especie de control de convencionalidad a fin de verificar que las normas internas no sean violatorias del orden jurídico convencional. Sin perjuicio de que la Argentina no era parte en esa controversia, es evidente que desde la reforma de 1994 los jueces argentinos deben fallar de conformidad con la CN y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Por esta última razón, entendemos que el juicio de compatibilidad de las normas nacionales infraconstitucionales para con los tratados con jerarquía constitucional se impone desde la vigencia de la reforma de 1994 y no desde que la CIDH acuñara la expresión “control de convencionalidad”. Esta afirmación nos lleva a sostener que no estamos en presencia de controles jurisdiccionales autónomos o independientes.

Dicho esto, creemos que las discusiones relativas a la doctrina del margen de apreciación nacional⁴ –entendido en términos básicos como la posibilidad de que los Estados puedan interpretar las normas convencionales de acuerdo a sus propias particularidades nacionales– deben tener en cuenta, necesariamente, la jerarquía dada por cada Estado a los instrumentos internacionales y el sistema de control de constitucionalidad adoptado por éstos.

183

1 Respecto de la posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en algunas constituciones sudamericanas, podemos describir la situación en cuatro países para graficar la diversidad de opciones: “Con base en el análisis se puede observar que existen cuatro modelos, a saber: a) cuando existe la previsión constitucional de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: modelo de la Constitución Política de la República de Colombia; b) cuando el derecho internacional de los derechos humanos poseen jerarquía constitucional: modelo de la Constitución Nacional de la República Argentina; c) cuando el derecho internacional de los derechos humanos tiene jerarquía infra-constitucional, pero supra-legal: paradigma de la Constitución de la República Federativa del Brasil; y d) cuando la Constitución no hace referencia a la interacción entre derechos internacionales de los derechos humanos y la Constitución: Constitución de la República Oriental del Uruguay” (CAROLINA MACHADO CYRILLO DA SILVA, “La posición jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones sudamericanas”, en *Contextos*, publicación del Seminario sobre Derecho Público de la Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires, n° 5, Buenos Aires, 2013, p. 135).

2 *Fallos* 32: 120.

3 CIDH, 26/9/2006, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, serie C, n° 154, párr. 123.

4 “La doctrina del margen de apreciación nacional encuentra su origen como criterio hermenéutico instaurado por los organismos del sistema europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) esta doctrina puede ser

En este trabajo sostenemos que el margen de apreciación nacional existe desde antes de que sea bautizado como tal y que va a continuar a pesar de las críticas y los elogios dado que es imposible que los poderes públicos realicen e interpreten el derecho prescindiendo de su propio contexto⁵. En este sentido, al momento de desarrollar el contenido de los derechos y las garantías de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, se configura un margen de apreciación legislativo en cabeza del Congreso federal, de las legislaturas provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CABA). De igual modo, al dirimirse controversias en el ámbito de la jurisdicción federal, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, existe un margen de apreciación judicial para interpretaciones que compatibilicen el alcance de las normas federales, nacionales y locales con las normas constitucionales y convencionales de máxima jerarquía.

Este panorama es consecuencia de la forma de Estado federal adoptada por la CN, según la cual el accionar de los órganos federales y locales encuentra como límite distintas disposiciones constitucionales (arts. 28 y 31, entre otros). Asimismo, la cláusula federal del artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante PSJCR) impide que las autonomías locales operen como salvavidas para la violación de las disposiciones convencionales.

II. EL PROBLEMA DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Como se adelantó, la reforma constitucional de 1994 puso en un plano de igualdad a ciertos tratados de derechos humanos con la CN (conf. art. 75, inc. 22). Asimismo, no hay que olvidar, aunque se suele hacerlo, que el artículo 27 de la CN dispone que los tratados internacionales deben guardar conformidad con los principios de derecho público del texto constitucional. La paridad enunciada se manifiesta en las condiciones de vigencia de los tratados⁶.

Con relación a ello, inicialmente se sostenía que las condiciones de vigencia de los tratados tenían que ver con las reservas o declaraciones interpretativas formuladas por un Estado o el plazo de entrada en vigor fijado al momento de receptor el instrumento⁷. Luego, con el correr de los años, fue ganando lugar la idea de que esas condiciones de vigencia incluían a las interpretaciones realizadas por los órganos supranacionales de protección del sistema regional. Esta posición fue creciendo tanto en la jurisprudencia de la CIDH como en la de la CSJN y en gran parte de la doctrina vernácula⁸. Desde esta perspectiva, los pronunciamientos

entendida como un espacio de discrecionalidad que cuentan los Estados partes, para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio Europeo, tomando en consideración determinadas circunstancias jurídicas, sociales y culturales” (MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN, “La doctrina del margen de apreciación nacional”, en *Revista de Derecho Público*, 2017-1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, p. 126).

5 “La idea básica es pues que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos. No obstante, si en el uso de esa discrecionalidad que el margen permite, el Estado se sobrepasa y se produce un exceso, un *ultra vires*, aunque parezca en sí mismo legítimo, la lógica del respeto al principio de proporcionalidad aboca a una supervisión europea” (JAVIER GARCÍA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007, p. 122).

6 En este punto, se nos hace necesario formular la siguiente aclaración. El art. 31 de la CN establece que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. Luego de la reforma de 1994 –que no podía modificar la primera parte del articulado– debería leerse lo siguiente: “Esta Constitución junto con los tratados internacionales con jerarquía constitucional, los tratados internacionales que sin tener jerarquía constitucional pueden llegar a tenerla, los demás tratados con potencias extranjeras, y las leyes de la nación, en ese orden, son la ley suprema de la Nación”.

7 “La Constitución Argentina vigente desde el 24 de agosto de 1994 otorga jerarquía constitucional a diez instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia, esto es, con las reservas y declaraciones interpretativas que hubieran sido formuladas, que se entienden complementarios de la parte dogmática de la Constitución...” (MÓNICA PINTO, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 66).

8 Según Pablo L. Manili, “... las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos no integran el bloque de constitucionalidad argentino. No obstante de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJN, las sentencias de la CIDH integran las condiciones

del sistema interamericano integran las condiciones de vigencia de los tratados y, por ende, son fuente de obligaciones en el derecho argentino. Volveremos sobre ello más adelante.

De todas formas, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, ante una colisión entre una disposición contenida en la CN y una norma inserta en un tratado con jerarquía constitucional, no es viable la técnica de la ponderación que haga prevalecer a un sistema por sobre otro, en virtud de que poseen la misma jerarquía y son complementarios. Entonces, frente a estas tensiones los jueces deberán armonizar las normas que integran el denominado bloque de constitucionalidad federal. Esta idea doctrinaria se lleva bien con la jurisprudencia de la CSJN, planteada en el caso “Monges”⁹, que afirma que el convencional constituyente hizo un juicio de compatibilidad al momento de dar ingreso a nuestro sistema a los tratados del artículo 75, inciso 22.

En nuestra opinión, la CN y los tratados con jerarquía tienen el mismo valor y consecuentemente la misma posición jerárquica, razón por la cual, en caso de conflicto, no se puede hacer prevalecer a uno por sobre otro. Esta afirmación capital repercute en el entendimiento del control de convencionalidad pues éste sólo alcanza a las disposiciones infraconstitucionales. En síntesis, se trata de armonizar.

Sin rodeos, la CN no puede ser violatoria de los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, porque es el poder constituyente el que coloca a esos instrumentos en esa posición y no lo hace en menoscabo de las normas creadas por sí mismo. En consecuencia, una sentencia de la CIDH no puede entender que alguna disposición de la CN sea violatoria del derecho convencional con jerarquía constitucional. En nuestro sistema jurídico es una asamblea constituyente, como máxima expresión de la voluntad comunitaria, la que regula las fuentes del derecho.

III. LA JERARQUÍA DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH.

Ahora bien, con ánimo de polemizar, cabe preguntarse si las sentencias de la CIDH acaso tienen jerarquía constitucional por imperio del artículo 75, inciso 22. Entendemos que no hay argumentos normativos para así creerlo¹⁰. Con ello descartamos las razones políticas o ideológicas que pueden esgrimirse sobre esta cuestión. Independientemente de ello, si quisiéramos sostener una opinión contraria a nuestras creencias jurídicas, expondríamos las siguientes ideas y conclusiones.

En primer lugar, si postulamos que las reglas interpretativas formuladas por la CIDH integran el llamado bloque de constitucionalidad federal, nobleza obliga, no hay razones para no afirmar que la jurisprudencia de la CSJN también goza del mismo nivel de jerarquía. Dicho de otro modo, si los tratados de derechos humanos rigen con las interpretaciones dadas por la CIDH, la CN también se aplica con la doctrina judicial de la CSJN.

En segundo lugar, y continuando con esta línea argumental, es evidente que la jerarquía constitucional de los estándares de la CIDH se da en las condiciones de su vigencia, ya que así lo estipula el artículo 75, inciso 22. Ello nos conduce a preguntarnos qué significan las condiciones de vigencia de una sentencia de un tribunal jurisdiccional. Básicamente, que la sentencia rige para las partes del proceso y que se encuentra firme. De ello se puede concluir que únicamente gozarían de jerarquía constitucional las sentencias de la

de vigencia de los instrumentos internacionales que conforman el bloque, mientras que los informes de la comisión IDH deben servir de guía a los jueces para la interpretación de esos instrumentos” (PABLO LUIS MANILI, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación: a propósito del fallo ‘Fontevicchia’”, La Ley, Suplemento del 20/3/2017, Buenos Aires, Volumen: 2017-B, pp. 114 a 121).

9 Fallos 319: 3148.

10 “... bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de ‘tener en cuenta’ su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de ‘acatar’ su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de sus fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte. Conforme al art. 68 CADH solamente tales sentencias son obligatorias” (ALBERTO B. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, Sup. Const. 2010 (septiembre), 23/9/2010, 15 – LALEY2010-E, 1090).

CIDH, en los casos en que el Estado argentino fue parte. Aquí no hay que perder de vista que el artículo 68 del PSJCR establece que sólo son obligatorias para los Estados las sentencias en los casos en que son partes.

En tercer lugar, de acuerdo al artículo 75, inciso 22, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional son complementarios y no derogan artículo alguno de la primera parte de la CN. En virtud de la naturaleza de las cosas, corresponde equiparar, por un lado, a las normas de la CN con las de los tratados y, por otro, a las sentencias de la CSJN con las de la CIDH. Ello puesto que corresponde distinguir conceptualmente entre normas y sentencias. Ahora bien, si los tratados de derechos humanos son complementarios a la CN, el correlato sería que los fallos de la CIDH también serían complementarios a las interpretaciones de la CSJN. Asimismo, por consiguiente, la jurisprudencia interamericana no puede derogar artículos de la primera parte de la CN.

En cuarto lugar, en virtud del artículo 27 de la CN, las sentencias de la CIDH deben guardar conformidad con los principios de derecho público de la CN. Esto implica que la CIDH al momento de fallar razonadamente no puede ignorar los principios constitucionales y focalizarse sólo en las disposiciones convencionales con prescindencia del derecho interno. Adelantando nuestra opinión, tanto la CSJN como la CIDH deberían tener una mirada periférica que les permita complementar el derecho internacional con el derecho nacional, y viceversa.

Sin perjuicio de los fundamentos expuestos –alguno de ellos atendible–, entendemos que las decisiones de la CIDH no tienen la máxima categoría normativa y, por lo tanto, tampoco pueden posicionarse por encima de nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, Horacio Rosatti –ex convencional constituyente en 1994 y miembro de la comisión redactora– afirmó que “no es históricamente cierto que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ [en referencia a la incorporación al orden jurídico argentino de los tratados internacionales sobre derechos humanos] haya sido considerada en la Convención Constituyente como un equivalente a ‘con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes’”¹¹.

Abstrayéndonos de este debate, pregonamos que ninguna jurisprudencia, tanto nacional como internacional, puede ser aplicada de manera automática y sin reflexión alguna. Es que, más allá de que en estas tierras no rige el precedente como fuente de derecho obligatoria, es indudable que para aplicar las reglas establecidas por un máximo tribunal de justicia hay que comprobar la existencia de un caso análogo y para ello es necesario analizar detenidamente los hechos de la causa y el derecho aplicable.

Sobre este punto es necesario diferenciar dos situaciones posibles en torno a la aplicabilidad de la jurisprudencia de la CIDH. Nos referimos puntualmente a un caso en que el Estado argentino sea parte y a otro en que no lo sea. En el primer contexto hipotético, partimos del presupuesto de que la CIDH haya entendido violatoria del orden convencional, por ejemplo, una norma del derecho interno argentino. Para ello, suponemos que ha analizado los hechos del caso, el derecho positivo y el lugar que la CN le dio al derecho convencional. Aquí sobran los motivos para aconsejar que los poderes públicos tengan en cuenta esa jurisprudencia para los casos análogos que se presenten, toda vez que de lo contrario se violarían nuevamente normas convencionales que acarrearán la responsabilidad internacional del Estado argentino.

En el segundo supuesto, es decir, el de un caso en que un Estado no sea parte, nuestra posición es de razonada prudencia. Básicamente, tenemos la sensación de que no se pueden exportar las reglas jurisprudenciales nacidas de un conflicto normativo en el que un Estado no fue demandado. En esta afirmación juegan varios factores y todos de suma importancia. A riesgo de esbozar verdades de Perogrullo, es evidente que existen diversidades profundas y de toda índole entre los países que integran la organización de Estados americanos. Por ello, cuando la CIDH entiende que una norma del derecho positivo de un país es violatoria del orden convencional, no podemos automáticamente aplicar ese estándar a otro país que no fue parte en el litigio. Esto funciona así por razones obvias. Cada Estado tiene sus propias normas y, al momento de merituar si hubo violación del orden convencional, habrá que analizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Dicho de otro modo, los Estados tienen un margen para apreciar si la jurisprudencia de la CIDH es aplicable en los casos es que es demandado. En este sentido, Alejandro Amaya sostiene lo siguiente:

11 HORACIO D. ROSATTI, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *Sup. Const.* 2012 (febrero), 13/2/2012, 1 – LA LEY, 2012-A, 911.

Otro desafío en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales internos se ciñe a la llamada doctrina del “margen de apreciación” que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias. Es decir ¿la doctrina de la Corte IDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación?¹²

En primer lugar, nuestra respuesta es que el poder judicial federal y local argentino no está obligado a aplicar esa jurisprudencia internacional por ninguna norma constitucional y convencional, pero debe tenerla en cuenta al momento de fallar. En segundo lugar, si en el marco de un caso concreto correspondiera la utilización de la jurisprudencia internacional, los jueces federales y locales poseen un margen de apreciación para adecuar esos estándares provenientes de casos contenciosos en los que el Estado argentino no fue parte. De lo contrario no habría ningún tipo de articulación entre el derecho internacional y el derecho positivo nacional, pues uno se impondría sobre el otro.

¿El fin justifica los medios? En la causa “Simón”¹³ (2005) la CSJN afirmó “la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Barrios Altos’ [el Estado peruano era parte demandada] al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”. Este caso es un buen ejemplo de una errónea y antojadiza invocación de la jurisprudencia de la CIDH, en pos de justificar determinados resultados vinculados al ideal de justicia, por cierto deseables. Sostenemos esto en el entendimiento de que los hechos y el derecho del caso peruano poco tenían que ver con lo acontecido en la argentina durante la transición democrática¹⁴.

Sin perjuicio de lo antes señalado, recordemos que, si bien la CIDH es un tribunal internacional y el Estado argentino está sujeto a su jurisdicción en los términos del PSJCR, ello no significa que se encuentre “por arriba” jerárquicamente, pues coincidimos con la doctrina de nuestra CSJN, en el caso “Fontevicchia” (2017), que ha dicho lo siguiente:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es “... una instancia ‘revisora’ o ‘casatoria’ de decisiones jurisdiccionales estatales, categoría que excede el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional, atributos que se desprenden del Preámbulo de la CADH (conf. arg. Corte IDH, caso ‘Perez y otros v. Venezuela’, sentencia de 28 de enero de 2009, párrafo. 64; Corte IDH, caso ‘Genie Lacayo’, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 94)”.¹⁵

187

IV. LA FÓRMULA “EN LAS CONDICIONES DE SU VIGENCIA”: EL NUDO DEL PROBLEMA.

Sin temor a equivocarnos, afirmamos que la clave de este trabajo es la expresión “en las condiciones de su vigencia”, inserta en el segundo párrafo del inciso 22 del artículo 75, que hace referencia a la forma en que tienen jerarquía constitucional los tratados de derechos humanos allí enumerados, sumado a los que luego

12 Cfr. JORGE ALEJANDRO AMAYA, “Perspectivas y prospectivas del control de constitucionalidad y convencionalidad”, en *de-rechoydebate.com*.

13 *Fallos* 328: 2056.

14 “La mayoría de la Corte hace referencia a esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como generadora de una obligación internacional en cabeza del Estado argentino. Consideramos, sin embargo, que el holding de ese fallo no es aplicable a las leyes que aquí se juzgan [...] no puede ser aplicado directamente al caso de la ley ‘de obediencia debida’ (y menos aún a la de ‘punto final’), dado que son leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, en plena vigencia de la democracia y en el marco de un proceso que se inició en diciembre de 1983 con el dictado de los decretos 157 y 158/83 que ordenaron promover juicios contra los responsables de las violaciones masivas a los derechos humanos, que continuó con la creación de la Conadep (y sus informes) y que culminó con el mega juicio a las juntas militares iniciado el 22 de abril de 1985” (PABLO L. MANILI, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: 1863-2007*, Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 359).

15 Considerando 7, *Fallos*: 340: 47.

se incorporaron y a los que en el futuro pudieran hacerlo. Para empezar, cabe señalar que, con antelación a 1994, los tratados de derechos humanos no tenían jerarquía constitucional y se fueron incorporando a nuestro ordenamiento jurídico positivo con la recuperación de la democracia y de la mano de la voluntad política del presidente Raúl Alfonsín.

En 1992 la CSJN sostuvo, en el caso “Ekmedjian c/Sofovich”, que los tratados eran superiores a las leyes. Allí también se afirmó que “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”¹⁶. A grandes rasgos, este era el panorama normativo y jurisprudencial previo a la reforma constitucional.

Luego de la reforma constitucional de 1994, la interpretación de la CSJN fue mutando en torno a la cuestión.

La Corte Argentina pasó de considerar la jurisprudencia una ‘guía para la interpretación de los preceptos convencionales’ en el caso ‘Girolodi’; sostener en el caso Acosta’ que la jurisprudencia internacional no podía afectar la cosa juzgada a nivel interno; posicionarse en el llamado caso Bulacio’ en el año 2003 en que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este temperamento ha sido receptado por la Corte Argentina en los temas vinculados con delitos de lesa humanidad, donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales.¹⁷

Corresponde ahora desentrañar qué quiso decir el convencional constituyente cuando estableció que el orden jurídico constitucional argentino se abriría al derecho internacional en materia de derechos humanos bajo determinadas pautas, es decir, “en las condiciones de su vigencia”. Compartimos la visión de Rosatti cuanto sostiene que el término “en las condiciones de su vigencia” significa “tal y como eran recibidos por el orden jurídico interno, es decir con alguna reserva o alguna declaración interpretativa, por ejemplo”. El referido autor agrega que en términos generales el problema no se da con el texto de las convenciones o de los tratados internacionales; el problema se da con “las interpretaciones de esos textos”. Rosatti concluye que “la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ nunca supuso un condicionamiento al derecho interno por parte del derecho internacional, sino todo lo contrario”¹⁸.

De esta manera, descartamos de plano la teoría antes mencionada que asegura que los pronunciamientos del sistema interamericano integran las condiciones de vigencia de los tratados y, por ende, son fuente de obligaciones en el derecho argentino. Entendemos que la asamblea constituyente de 1994 no quiso decir que ingresa todo –y de cualquier manera–, sino que ingresa en las condiciones de su vigencia, es decir, tal y como el orden jurídico nacional dice que deben ingresar.

Por último, y siguiendo este razonamiento, no podemos dejar de mencionar que todos los textos internacionales deben ingresar respetando la cláusula constitucional del artículo 27, esto es, de “conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Esta es la manera en que se cierra el círculo. Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal en “Fontevicchia”:

El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional”, a los cuales los tratados internacionales –y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice– deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional.¹⁹

La anterior cita jurisprudencial no resulta caprichosa a los fines de este trabajo. Fue a partir de entonces, febrero de 2017, en que el tema en estudio volvió a cobrar protagonismo, aunque la cuestión obviamente no es nueva. Para concluir este punto, hacemos propia la mirada de Diego A. Dolabjian:

La expresión en las condiciones de su vigencia significaría que la jerarquización de los TIDH es de acuerdo con la manera en que resultan formalmente válidos para la Argentina, es decir, considerando

16 Considerando 21 del voto de la mayoría en “Ekmedjian c/Sofovich”. *Fallos* 315: 1492.

17 Vid. JORGE ALEJANDRO AMAYA, op. cit.

18 Conferencia de Horacio Rosatti en el 1° congreso patagónico de Derechos Humanos y Constitución, Bariloche, 2/11/2018.

19 Considerando 5, *Fallos* 340:47.

su entrada en vigor y las reservas y declaraciones interpretativas formuladas respecto de ellos. Desde esta perspectiva, por tanto, dicho enunciado no alcanzaría a la jurisprudencia y opiniones de órganos internacionales de interpretación y aplicación, pues estas remitirían más bien a condiciones de eficacia y no de vigencia; lo cual no implica desconocer que aquellas constituyen una importante guía para la aplicación de los TIDH, sino señalar que el texto del artículo 75, inciso 22 de la CN, en este punto, no impone en sí mismo el deber de su seguimiento.²⁰

Creemos que es esclarecedora la distinción que formula este autor respecto de los términos “vigencia” y “eficacia”.

V. UN POCO MÁS ALLÁ: MARGEN DE APRECIACIÓN LOCAL.

Habiendo dejado sentada nuestra postura respecto de la existencia –positiva– del margen de apreciación nacional, nos permitimos avanzar un poco más e intentar marcar un margen de apreciación local, visto éste desde las provincias y la CABA hacia el gobierno federal. Entendemos que el margen de apreciación local –ya no nacional– supone reconocer a las provincias argentinas y a la CABA un ámbito de apreciación para la aplicación de cierta normativa que pueda tener –en función del federalismo imperante– una percepción normativa parcialmente diferente.

Temas tales como lo referente a pueblos originarios, recursos naturales o incluso la religión deben –o deberían poder– ser tomados de manera diferente entre algunas provincias u otras y la CABA, permitiendo a esos distritos tener interpretaciones disimiles tanto de normas nacionales como internacionales. El razonamiento es el mismo, pero no ya visto desde la esfera de un país y sus principios de derecho público hacia el sistema interamericano de derechos humanos, sino siempre desde la órbita interna del propio país. La característica esencial debe ser el sistema federal de gobierno²¹ que rija el país en cuestión, pues de otro modo resultaría difícil encontrar una visión de este tipo –local respecto de lo nacional. El caso argentino es un terreno fértil para desandar el camino de lo que llamamos “margen de apreciación local”.

El caso de los pueblos originarios es bueno para graficar nuestra idea. Sabemos, según la provincia en que se esté, que el respeto a los pueblos originarios se vive de manera diferente, pues su población puede ser casi inexistente. No decimos que en esas provincias o en la CABA no se los respete, sino sencillamente que se vive y se valora de manera distinta. Otra es la situación en las provincias con mayor presencia del tema desde lo cuantitativo, que lógicamente incide de manera directa en lo cultural. Creemos que tanto en este tema como en los otros mencionados no debe haber una visión central, por lo que se debería proyectar el margen de apreciación nacional hacia lo local.

189

VI. CONCLUSIONES.

Tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad tienen identidad propia. Sin embargo, no son mecanismos jurisdiccionales independientes. El primero está destinado a verificar la adecuación de las normas infraconstitucionales para con la CN y, además, la compatibilidad de todos los segmentos del orden jurídico nacional. El segundo tiene como misión identificar si una norma infraconstitucional o el accionar de un poder constituido resulta violatorio del orden convencional. En definitiva, son herramientas de tutela que se integran. La CSJN y la CIDH al momento de fallar deben hacerlo velando por la supremacía de las normas constitucionales y convencionales.

El problema radica en la supuesta obligatoriedad de seguimiento de las interpretaciones de los órganos del sistema interamericano. Al respecto, alguna jurisprudencia de nuestra CSJN y parte de la

20 Cfr. DIEGO A. DOLABJIAN, *Derecho constitucional profundizado*, Ediar, Buenos Aires, 2017, pp. 397 y 398.

21 Destacamos aquí la reciente obra de ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, *Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018.

doctrina nacional sostienen que los estándares fijados por la CIDH en sus sentencias deben ser aplicados en los litigios sustanciados en el territorio argentino sin cortapisas y con independencia de si esas reglas jurisprudenciales fueron fijadas en casos en los que la Argentina no haya sido parte. Paradójicamente, esa corriente de opinión jurídica no les asigna, en general, ningún valor a los estándares interpretativos de la CSJN. Según esta mirada, la CSJN debe fallar conforme las creencias de la CIDH, pero la CIDH puede fallar ignorando los criterios de la CSJN. Esto de alguna forma significa predicar, tácitamente, que la CIDH es una instancia superior a la CSJN, toda vez que se configura una relación de subordinación en términos de reglas jurisprudenciales.

Proponemos, en cambio, “juicios más balanceados”. Es indudable que la CIDH puede establecer si el Estado argentino violó el orden convencional y, en consecuencia, condenarlo a reparar, y éste debe acatar y cumplir la sentencia. Esto no es una cuestión de buena voluntad, ya que así lo estipula claramente el PSJCR. Sin embargo, ello no implica, por ejemplo, que la CIDH pueda revocar una sentencia de la CSJN, conforme se discutió en el precedente “Fontevicchia”. Ello responde, según las propias afirmaciones del voto mayoritario en el caso citado, a que la CIDH no es una cuarta instancia superior a la CSJN y a que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos funciona de manera coadyuvante. Compartimos las razones de este pronunciamiento y creemos que el sistema de la CN invita a encontrar un punto de equilibrio entre las normas internacionales que comparten jerarquía con la CN. En consecuencia, los intérpretes de las normas de mayor jerarquía de nuestro ordenamiento deben considerar que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional tienen necesariamente que convivir en un plano de paridad.

En definitiva, entendemos que las riñas entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad no son disputas de índole semántica, sino que, por el contrario, tienen como epicentro la jerarquía de las fuentes y la determinación del derecho aplicable. Dicho esto, corresponde elaborar una reflexión final acerca de cómo juega la doctrina del margen de apreciación nacional en las relaciones entre el derecho y la jurisprudencia constitucional y la convencional²².

El margen de apreciación nacional es una consecuencia necesaria e inevitable del diseño constitucional argentino, en atención a que la arquitectura constitucional ordena la coexistencia de ciertos tratados de derechos humanos con la CN y lo hace en un plano de igualdad. Asimismo, esa relación está definida como complementaria. En este sentido, compartimos la opinión de Raúl Gustavo Ferreyra:

En la Argentina, tal margen de apreciación estatal emanado de la normatividad suprema existe y se encuentra a cargo de las “autoridades creadas” en su Constitución federal (...) Por todo ello, resulta de imposible representación que un problema deba agotarse, siempre y globalmente, dirigiendo la comprensión a la fuente foránea, sin examinar su natural y persistente complementariedad con la fuente estatal y en un caracterizado desde su propia voz, lengua y cultura constitucional. Se asume, entonces, que la racional conglobación entre el Derecho (estatal) Constitucional y el DIDH (internacional) con jerarquía constitucional, tipificado en la Argentina en términos de equivalencia de las fuentes (CF y DIDH, según regulación contenida en el art. 75, inc. 22), abre un espacio interesante y de probada riqueza semántica para la “complementariedad”, cuyo único requisito reside en el propio margen de reserva estatal propiamente estipulado por la Constitución federal.²³

Tal como anticipamos, tanto las expresiones “control de convencionalidad” como “margen de apreciación nacional” procuran ponerle nombre o intentar explicar realidades preexistentes y configuradas por el texto

22 “El margen de apreciación nacional –se llame cómo se quiera– es necesario por dos razones. Porque refleja una evidente realidad, la tremenda diversidad de los 46 Estados y de los 800 millones de personas –de potenciales justiciables– que habitan desde el Atlántico en Lisboa hasta el Pacífico a la altura de Vladivostoko del mar de Bering, de la costa oeste a la este, y que integran el ámbito territorial y personal de la jurisdicción europea. Y, además, porque responde a la lógica de una protección “internacional” o “supranacional” (...), en cualquier caso subsidiaria a la interna tanto judicial u ordinaria como constitucional”. Vid. JAVIER GARCÍA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007, p. 130.

23 Vid. RAÚL GUSTAVO FERREYRA, *Manifiesto sobre el Estado Constitucional: reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la mancomunidad estatal*, UNAULA, Medellín, 2017, pp. 99 y 100.

de la CN. Nuestra propuesta no menosprecia las opiniones del sistema interamericano; solamente invita a resistir el “canto de las sirenas” que pretende importar ciertos estándares de manera poco reflexiva y automática. La posición expuesta es normativa y prescindente de cómo nos gustaría que sean las cosas. Evitamos hacerle decir a las normas lo que las normas no dicen. Las fuentes y su respectiva jerarquía son definidas por la CN y no por los deseos de la jurisprudencia y la doctrina.

Para concluir, los poderes públicos estatales deben tener en cuenta el trabajo de los órganos de sistema interamericano de derechos humanos. La labor de la CIDH, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los Comités de observancia de los tratados debe ser considerada por las autoridades creadas por la CN. Pero ello no es sinónimo de seguimiento obligatorio. Ninguna disposición del máximo rango normativo así lo estipula y, por lo tanto, no se configura responsabilidad internacional. En definitiva, el derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional tiene que tener conformidad con la CN. En la búsqueda de la conformidad (art. 27, CN) y la complementariedad (art. 75, inc. 22, CN) ordenada por la Constitución Federal Argentina, los poderes públicos estatales poseen un margen de apreciación para cumplir con el cometido constitucional.

