

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

Número 1 • julio-diciembre 2021

AC 
ASUNTOS CONSTITUCIONALES

ASUNTOS CONSTITUCIONALES




Sur de Europa

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.

Diseño y maquetación www.blancowhite.net, 2021.

SUMARIO

ESTUDIOS

- Lucio Pegoraro.** "Federalismo territorial, federalismo identitario y federalismo intercultural. Introducción crítica". [5](#)
- Jorge Alejandro Amaya.** "La democracia constitucional en la encrucijada de los populismos". [29](#)
- Juan Manuel Faramiñán Gilbert.** "Entre pandemia y posverdad: el auge de los populismos". [47](#)
- Francesco Biagi.** "Estados de emergencia y crisis pandémica: algunas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales." [57](#)
- Joaquín Delgado Martín.** "Justicia, Juicios telemáticos y Tecnología para afrontar los efectos de la pandemia". [75](#)
- Helder Domínguez Haro.** "Los derechos-deberes constitucionales en época de pandemia". [95](#)
- Antonio Porras Nadales.** "El estado social sometido a prueba." [105](#)
- José María Morales Arroyo.** "La capacidad de respuesta del Estado social desde la perspectiva territorial". [117](#)
- Nicolás Pérez Sola.** "La tutela ambiental: reflexiones para un debate". [131](#)
- Blanca Rodríguez Ruiz.** "Crisis y género: De las raíces excluyentes del Estado y la urgencia de redefinirlas". [151](#)

NOTAS

- Anna Mastromarino.** "Pandemia, derechos sociales y minorías." [165](#)
- Emelina Santana Paéz.** "Jurisdicción de familia y violencia sobre la mujer en tiempos de pandemia." [173](#)
- Marta Fernanda León Alonso.** "Algunas reflexiones sobre género, discriminación interseccional y su reconocimiento jurídico en tiempos de crisis." [183](#)
- Miguel Ángel Presno Linera.** "Dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y derechos sexuales y reproductivos de las mujeres." [191](#)
- Marcelo López Alfonsín.** "La Carta Democrática Interamericana rechaza el populismo." [199](#)
- Kayamba Tshitshi Ndouba.** "Gestión del estado de emergencia sanitaria en África. El caso de la República Democrática de Congo." [209](#)
- Nilda Garay Montañez.** "Constitucionalismo indígena, mestizo y federalismo". [219](#)

FEDERALISMO TERRITORIAL, FEDERALISMO IDENTITARIO Y FEDERALISMO INTERCULTURAL. INTRODUCCIÓN CRÍTICA*

Lucio Pegoraro

Profesor afiliado a la Universidad Autónoma de Nuevo León
luciopegoraro@hotmail.com

Sumario:

I. EL MARCO GLOBAL. II. FEDERALISMO METODOLÓGICO. III. TIPOS DE ESTADO. IV. LAS TEORÍAS SOBRE EL FEDERALISMO Y EL ESTADO POLICÉNTRICO. V. PROTOTIPOS Y MODELOS DE ESTADO FEDERAL. VI. LA DIFUSIÓN DEL ESTADO FEDERAL. VII. OTROS “FEDERALISMOS”. VIII. EL ESTADO REGIONAL. IX. DIFERENCIAS ENTRE ESTADO FEDERAL Y ESTADO REGIONAL Y EXPERIENCIAS EXCÉNTRICAS. X. ESTADO UNITARIO Y “FEDERALISMO MUNICIPAL” FUERA DE OCCIDENTE. XI. TERRITORIALIDAD, ESTATUTO PERSONAL Y REPRESENTACIÓN. XII. FEDERALISMOS DE ASIMILACIÓN Y DE RECONOCIMIENTO. XIII. FEDERALISMO Y DIFUSIÓN DE LAS GARANTÍAS.

5

* Artículo escrito en el marco del PRIN 2017 “From Legal Pluralism to the Intercultural State. Personal Law, Exceptions to General Rules and Imperative Limits in the European Legal Space” (PI – prof. Lucio Pegoraro – CUP J34I19004200001).

RESUMEN

El artículo destaca la imposibilidad de reconducir las experiencias contemporáneas de los Estados compuestos a los modelos tradicionales y la debilidad de las clasificaciones tradicionales. Además, el eurocentrismo de dichas clasificaciones obstaculiza el análisis de los ordenamientos distintos a los liberales-democráticos. Presenta un análisis crítico de los modelos clásicos, y sugiere emplear, para clasificar, elementos ulteriores, como la homogeneidad cultural. Con la utilización de dicho criterio, es posible descomponer y componer los sistemas descentralizados prescindiendo de las características formales (representación, segunda cámara representativa de los intereses locales, garantías constitucionales etc.), e incluir dentro de esta categorización a los ordenamientos diversos a los occidentales o aquellos que representan distintas formas de Estado. En particular, el artículo se detiene sobre la escasa capacidad del federalismo de representar identidades culturales difuminadas en el territorio, como pasa ahora en Occidente con la inmigración y en otras regiones del mundo las reivindicaciones indígenas, y sugiere como nivel óptimo el local.

Palabras clave:

Federalismo, Derechos culturales, Interculturalismo, Extra-territorialidad, Nivel local.

ABSTRACT

TERRITORIAL FEDERALISM, IDENTITY FEDERALISM AND INTERCULTURAL FEDERALISM. A CRITICAL INTRODUCTION

The article focuses on the impossibility of absorbing the contemporary experiences of composite states within traditional models and the weakness of traditional classifications. Furthermore, the Eurocentrism of these classifications hinders the analysis of systems other than liberal-democratic ones. It presents a critical analysis of classical models, and suggests using, in order to classify, further elements, such as cultural homogeneity. With the use of this criterion, it is possible to compose and decompose decentralized systems regardless of formal characteristics (representation, second chamber representative of local interests, constitutional guarantees, etc.), and include within this categorization the different Western systems or those that represent different forms of state. In particular, the article focuses on the limited capacity of federalism to represent blurred cultural identities within the territory, as is now the case in Western countries with immigration and in other regions of the world indigenous claims, and suggests the local as the optimal level.

Key Words:

Federalism, Cultural rights, Interculturalism, Extra-territoriality, Local level.

I. EL MARCO GLOBAL.

En su expansión, el constitucionalismo consigue adaptar su índole monoclasa y “monoterritorial” a la llegada de nuevas clases sociales a la arena política, fundando la liberal-democracia, sin embargo no consigue aceptar el pluralismo cultural y proporcionar soluciones distintas a las que se basan en la división de poderes y el respeto a los derechos humanos. No sabe cómo conciliar respeto del hombre y respeto de las culturas, e impone la prevalencia del primero¹. El constitucionalismo ha sido *formalmente* adoptado en todas partes o casi, pero limitadamente a la idea de que en la cúspide de la jerarquía de las fuentes se sitúa un texto llamado “Constitución”, casi siempre rígida.

Hoy en día, el apoyo a la globalización, defendido por la doctrina constitucionalista, en su primera fase se traduce en la elaboración de un núcleo de valores absolutos, que reconduce a una única *Grundnorm* el pluralismo occidental, dando una estructura jurídica a una híper-constitución de construcción docta y jurisprudencial, resistente a cualquier modificación incluso super-mayoritaria². En una segunda fase, implica la atribución a tal *Grundnorm* de un valor global, a través de la circulación/imposición doctrinal de una versión actualizada pero distorsionada del constitucionalismo³, y su sanción positiva, por el trámite del derecho de los tratados y transnacional, confiada sobre todo a las jurisdicciones internacionales y regionales y a las constitucionales internas.

El jurista occidental prefiere continuar usando, a pesar de las transformaciones en proceso, una dimensión etnocéntrica de los ordenamientos como una práctica puramente euroatlántica⁴; no parece entender, en toda su gravedad, los cambios que cada vez más afectan a los fenómenos jurídicos. En otras palabras, le preocupa delimitar y especificar en qué consiste el “Occidente jurídico”: como escribe M. Bussani, “los argumentos con los que Occidente, máximo artífice [de] la ley global, se enfrenta a otras experiencias y tradiciones jurídicas [...] son modalidades y argumentos que a menudo parten del supuesto de que solo nosotros tenemos el Derecho, mientras que los demás solo intentan imitarnos o estúpidamente resistirnos”⁵.

1 Crítica este enfoque S. BAGNI, «Dal Welfare State al Caring State?», en ID. (ed.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013, p. 25, que observa: “El problema no es de contenido, sino de método, pues se impone interpretar una cultura y una tradición jurídica a través de parámetros propios de otra, a menudo del todo incompatibles entre ellos”.

2 Sobre la construcción de la híper-constitución vid. L. PEGORARO Y A. RINELLA, *Costituzioni e fonti del diritto*, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2018, p. 128 ss., trad. esp. *Constituciones y fuentes del derecho*, en ID. (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo III, *Constituciones y fuentes del derecho*, Giappichelli, Torino - Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2019, p. 189 ss.

3 Sobre el neoconstitucionalismo vid. entre tantos M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Unam-Trotta, Madrid, 2009; en perspectiva crítica, R. GUASTINI, «A proposito di neo-costituzionalismo», *Teoria pol.*, n. 1, 2011, p. 147 ss., y –con enfoque diverso– A. REPOSO, «Dal costituzionalismo al neocostituzionalismo», en S. BAGNI, G. A. FIGUEROA MEJÍA Y G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, Tirant lo Blanch-México, México, 2017, I, 1251 ss.; cfr. también S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999.

4 Recojo la calificación de R. TONIATTI, «Per una concezione aperta, plurale ed eterodossa del metodo comparato nel diritto costituzionale», *DPCE online*, n. 42 (1) 2020, p. 836.

5 M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, p. XII. Dentro de los sistemas euro-atlánticos, la doctrina actúa en sinergia con los formantes socio-político, económico, y jurídico-normativo, dándoles legitimación. La *Grundnorm* elaborada por los profesores è la descrita en la economía, el alejamiento de la política, la sociedad ya sin los cuerpos intermedios, el énfasis en el individuo aislado, la traslación de los poderes de decisión a cuerpos privados de representatividad y control. Los profesores participan en esta *Grundnorm*, asumiéndola como regla de conducta, y consideran entonces el derecho como ciencia prescriptiva. Fuera de los sistemas euro-atlánticos, para justificar su elaboración y apoyo, la doctrina está obligada a una *factio*: ignorando los hechos, y abandonando cualquier visión descriptiva del derecho, afirma que tal *Grundnorm* vincula a todos; participa de tal manera en la elaboración de un derecho impuesto, desconectado de la realidad empíricamente demostrable y responde así a funciones de política del derecho. Reenvío a mi artículo «Constituciones (y reformas constitucionales) “impuestas” o “condicionadas” (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)», en R. ESCUREDO RODRÍGUEZ Y J. CANO BUESO (eds), *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012)*, Un. de Almería, Almería, 2013, p. 75 ss., y en *Pensamiento const.*, n. 18, 2013, p. 331 ss.

Esta concepción permea tanto la praxis como la elaboración teórica de la descentralización territorial y el federalismo, que –coherentemente con la base estatualista del derecho occidental– representa uno de los *topoi* del constitucionalismo contemporáneo⁶.

II. FEDERALISMO METODOLÓGICO.

Algunas aclaraciones terminológicas son necesarias para diferenciar las expresiones que normalmente se usan para hablar de “federalismo”⁷. En la doctrina de distintos países no hay unanimidad de posturas al respecto: las experiencias para llegar a definiciones compartidas son muchas y muy abigarradas. A menudo el léxico se contamina por opciones políticas⁸.

El término “federalismo” normalmente se distingue de “Estado federal”. Con el primer concepto se entiende “aquél movimiento de pensamiento que ampara una forma de organización social capaz de compaginar dos tendencias opuestas de la sociedad moderna: la de la globalización económica y de coparticipación de los recursos por un lado, y la defensa de la identidad histórico-cultural de los grupos y de los individuos por el otro”⁹. Se estructura, pues, como una categoría político-filosófica, pero al mismo tiempo también como teoría jurídica, o como modelo, método o filosofía social y económica. No coincide, por eso, con una de sus actuaciones: el Estado federal¹⁰; se realiza también mediante otras formas, como el Estado regional y sus variantes¹¹, o el Estado compuesto en general, y hasta en agregaciones cuyo objetivo es

-
- 6 Reenvío a mi artículo «*Blows against the empire. Contro la iper-costituzione coloniale dei diritti fondamentali, per la ricerca di un nucleo interculturale condiviso*», *Ann. dir. comp. st. legisl.* 2020, trad. esp. «*Blows against the empire. Contra la hiperconstitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido*», *Rev. Cubana de Der.*, Nueva Época, n. 1, 2021, p. 53 ss. (y con un título en parte distinto en *Teoría y realidad const.*, n. 47, 2021, p. 97 ss.); y a S. BAGNI, «Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria», en S. BAGNI, G. A. FIGUEROA MEJÍA Y G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, op. cit., II, p. 111 ss. Acerca del federalismo, las bases del presente artículo se encuentran en mi ensayo «Para una teoría integradora del federalismo y la plurinación», *Federalismi. it*, n. 19, 2016, p. 1 ss., también en L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación. Ensayos de Derecho constitucional comparado*, Olejnik, Santiago-Chile, 2016, p. 325 ss.; en C. MURGIA (ed.), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 737 ss.; en *Judicatus. Rev. del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, n. 9, 2017, p. 3 ss.; en G. ETO CRUZ Y J. DE JESÚS NAVEJA MACÍAS (eds), *La Evolución del Constitucionalismo Social en el Siglo XXI. La influencia de la Constitución mexicana al ordenamiento constitucional comparado. A cien años de su vigencia*, Grijley, Lima, 2018, p. 1075 ss.; en L. ESTUPIÑÁN ÁCHURY Y G. PAVANI (eds), *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina*, Un. Libre, Bogotá, 2017, p. 31 ss.
- 7 Para las definiciones, vid. W. H. RIKER, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, Little, Brown & Co., Boston, 1964; A. ALBERTINI, *Il federalismo. Antologia e definizioni*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1993; D. DE ROUGEMONT Y F. SAINT-OUEN (eds), *Dictionnaire international du fédéralisme*, Bruylant, Bruxelles, 1994; L. PEGORARO, S. BAGNI Y G. PAVANI (eds), *Glossario di amministrazione locale comparata*, Giuffrè, Milano, 2002; T. GROPPA, *Il federalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- 8 Por ejemplo, los juristas del Quebec definen Canadá como una “Confederación”; los juristas anglófonos lo reconocen como “Estado federal”; en Italia se ha hablado de “federalismo” y de “devolución” para referirse a cosas mucho más heterogéneas y sobre todo distintas de algunas experiencias concretas.
- 9 S. BAGNI, voz «Federalismo», en L. PEGORARO, S. BAGNI Y G. PAVANI (eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 64.
- 10 Las distintas Constituciones cualifican de manera variada los ordenamientos que respectivamente disciplinan, usando expresiones como Federación, Unión, *Commonwealth* (además de “Confederación”, como en Suiza).
- 11 Cfr. S. HUBER Y P. PERNTHALER (eds), *Föderalismus und Regionalismus in Europäischer Perspektive*, Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung, Bd 44, Braumüller, Wien, 1988; P. HÄBERLE, *Föderalismus, Regionalismus und Kleinstaaten in Europa*, en *Europäische Rechtskultur, Nomos*, Baden-Baden, 1994, p. 257 ss. En la doctrina italiana, G. AMBROSINI, «Un tipo intermedio di Stato tra l’unitario e il federale, caratterizzato dall’autonomia regionale», *Riv. dir. pubbl.*, 1933, p. 67 ss.; G. LUCATELLO, «Lo Stato regionale quale nuova forma di Stato», en AA.VV., *Atti del primo convegno di studi regionali, Bressanone, 1954*, Cedam, Padova, 1955, p. 111 ss.; L. PALADIN, *Diritto regionale*, 7ª ed., Cedam, Padova, 2000, p. 3 ss.; Z. CIUFFOLETTI, *Federalismo e regionalismo*, Laterza, Bari, 1994; M. VOLPI, «Stato federale e Stato regionale: due modelli a confronto», *Quad. cost.*, n. 3, 1995, p. 367 ss. En castellano, G. ROLLA, «Características del regionalismo en los sistemas constitucionales a varios niveles. Una aproximación de derecho comparado», en P. HÄBERLE Y D. GARCÍA BELAUNDE (eds), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, 2 vols, Unam, México, 2011, p. 3 ss., y Idc-Un. Inca Garcilaso de la Vega-Iustitia, Lima, 2012, II, p. 853 ss. En la doctrina española, AA.VV., *Federalismo y regionalismo*, Cec, Madrid, 1979; J. FERRANDO BADÍA, *El Estado*

valorizar la diversidad de las comunidades nacionales, étnico-lingüísticas, culturales, territoriales, en marcos institucionales más amplios (*devolution*, Estado autonómico, entidad supraestatal, etc.)¹².

La definición deriva de la estratificación y superposición de teorías distintas, estáticas o dinámicas, jurídicas o “sociológicas”, que a veces –las dinámicas y sociológicas– toman en consideración elementos no estrictamente jurídicos como la cultura y la nacionalidad.

El jurista no puede ser el dueño del lenguaje, y tampoco puede dar a las palabras un sentido no confirmado por el uso; sin embargo, la doctrina puede actualizar las palabras, como pasó por ej. con la fórmula “forma de gobierno constitucional”, consagrada en algunas Constituciones ochocentistas, que se traduce hoy con “parlamentaria”¹³. Entonces, pese a que todas las tipologías enfatizan el elemento territorial en las definiciones relativas a la forma de Estado “compuesta”, o “policéntrica” (el “tipo de Estado”), se puede proponer una interpretación del federalismo no estrictamente conectada a la territorialidad, o cuando menos donde el territorio no es el único elemento, retomando así la genuina tipología de la palabra “federalismo”, del latín “*foedus*”, pacto, en sentido amplio y no solo limitado a un convenio entre pueblos residentes en un territorio, sino también entre “*gentes*”, tribus, comunidades, minorías, individuos aislados pertenecientes a culturas distintas.

El Estado occidental moderno, surgido de la paz de Westfalia, está estrictamente conectado con la territorialidad y la estatalidad: con una organización unitaria, ha superado el particularismo medioeval asociado a otras categorías de pluralismo, derivadas de la clase social, del arte practicada, del estatus, etc. En los siglos siguientes el Estado contemporáneo ha recalcado la territorialización de manera especular a sí mismo, creando a veces –desde los Imperios británico y austriaco al otomano– soluciones atentas a la plurinacionalidad y al estatuto personal para la gestión de determinadas materias.

El constitucionalismo ha incluido el concepto de descentralización como valor, pero no supo elaborar soluciones institucionales alternativas a la territorialidad, salvo la tutela general de las minorías étnicas, lingüísticas y culturales, que forman parte de su patrimonio sustancial. De hecho, se acoge a conceptos elaborados por la dogmática clásica, como la ciudadanía o la soberanía¹⁴, o incluso el Estado, que no se pueden comprender fuera de sus confines y a los que la globalización debilita bastante. En el pasado el colonialismo ha uniformado las culturas autóctonas organizándolas en las formas de los Estados occidentales.

La doctrina –como las Constituciones– trata distintamente el tipo de Estado y la tutela de las minorías: la organización territorial y los libros y artículos correspondientes son objeto de particiones normativas y publicaciones incluso “materialmente” separadas. A veces los caminos se entrecruzan, cuando se ponen

9

unitario, el federal y el Estado autonómico, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1986; J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *El Estado unitario-federal*, Tecnos, Madrid, 1985; E. ARGULLOL MURGADAS, *Federalismo y Autonomía*, Ariel, Barcelona, 2004.

12 En cambio, en algunos contextos se puede hablar de “regionalismo” como teoría y de “Estado regional” como su principal manifestación. El Estado regional se diferenciaría del Estado federal o bien por razones esencialmente jurídicas relativas a la dislocación de la soberanía, o bien por razones prácticas: la menor autonomía de la que gozarían los entes descentralizados con respecto a los que participan en la unión federal. “Confederación” indica una organización de Derecho internacional, formada por más de un Estado, que toma sus decisiones por unanimidad y que por eso contempla el poder de secesión en cualquier momento.

13 V. por ej. el art. 2 del Estatuto albertino: “Lo Stato è retto da un Governo Monarchico Rappresentativo”, que la doctrina mayoritaria ha interpretado como definición de una forma de gobierno distinta de aquella de la monarquía parlamentaria, aunque G. LUCATELLO, «Momento fenomenologico e momento sistematico dell’indagine giuridica», en ID., *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1983, p. 264, demuestra, con base en los trabajos preparatorios, que los *conditores* se referían a las experiencias inglesa, belga y de Francia durante la monarquía orleanista.

14 A veces, de “ciudadanía” se propone sin embargo por parte de la doctrina un sentido más amplio (y sociológico): vid. W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle: une théorie libérale du droit des minorités*, Boréal, Montréal, 1999; L. BONET Y E. NÉGRIER (eds), *La fin des cultures nationales? Les politiques culturelles à l’épreuve de la diversité*, La Découverte-Pacte, Grenoble, 2008; F. QUESADA (ed.), *Estado plurinacional y ciudadanía: constitucionalismo y cuestión nacional*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003; sobre minorías, descentralización, globalización y soberanía, M. KEATING, *Plurinational Democracy: Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford U.P., Oxford, 2001. Acerca del multiculturalismo en general v. también, desde una perspectiva sociológica y/o politológica, N. GLAZER, *We are All Multiculturalists Now*, Harvard U.P., Cambridge, 1997; C. GALLI (ed.), *Multiculturalismo. Ideologie e sfide*, il Mulino, Bologna, 2006.

reglas (y se escriben ensayos) sobre la tutela de las minorías en un territorio descentralizado. Las teorías sobre el federalismo plurinacional representan una prueba de ello: en su mayoría, ellas también defienden el “compact”, la naturaleza genuinamente federal de un ordenamiento y la tutela de lenguas, culturas, tradiciones, sociedades distintas (casi) solo si están concentradas en una parte (importante) del territorio “nacional”¹⁵. El resultado es que los Estados basados en un “pacto” entre culturas distintas no se consideran “federales”, aunque otorguen amplia autonomía a las (pequeñas) comunidades que lo componen, si no están organizados según los criterios clásicos de los modelos territoriales llamados “policéntricos” o “compuestos”, en sus declinaciones tradicionales de Estado federal o regional.

Específicamente, el Estado federal se reconoce por algunas características, atribuidas a la génesis, al reparto de la soberanía, a la presencia de una Cámara de representación autonómica, a la participación en los procesos de revisión constitucional, etc. Por ej., Canadá se considera por los juristas tradicionales “federal” porque cumple con las características clásicas del modelo federal; sin embargo, nadie considera “federal” a Ecuador, porque otorga autonomía política a las culturas, lenguas, “naciones”, comunidades campesinas tradicionales en el marco de una organización estatal que no prevé “estados”, “provincias”, “regiones” u otras entidades territoriales titulares de poder normativo primario y otras características propias de los Estados llamados “federales”, si bien esta autonomía, por las razones explicadas en el § X, puede ser a veces incluso más amplia que la que se otorga a los Estados miembros de EE.UU o los Cantones suizos.

Hoy en día, se calcula que la lengua más hablada será el español en los Estados Unidos en los próximos años, pero sobre todo se constata que los *latinos* mantienen sus tradiciones culturales y objetan la asimilación. Ha resurgido la temática de las comunidades indígenas en África y América Latina (normalmente, como se encuentran en Canadá y Australia, dispersas, esparcidas por el territorio sin estar concentradas en una sola o ciertas regiones bien definidas), que reivindican representación en las instituciones territoriales, y a veces logran conseguirla. En cambio, el Islam se ve obligado a enfrentarse a ajustes territoriales, de vez en cuando, centralizados o pseudo-federales (Iraq), junto al problema de agregar tribus o religiones y no tanto territorios en la misma zona implicada.

Al mismo tiempo, los flujos migratorios difunden en Occidente culturas ajenas a sus valores, desconectadas del territorio de regiones específicas y sin ninguna representación¹⁶. Más de 25 millones de musulmanes viven en Europa, así como un millón de chinos habitan en el viejo continente, y muchísimos en el nuevo. El Oriente Medio y Próximo, y África, junto a los migrantes exportan incluso las distintas culturas, que sobreviven en sus comunidades, al margen de los fundamentos territoriales y sociales de Occidente: con las migraciones en masa, el Islam exporta comunidades que viven sus derechos *dentro* de los Estados occidentales, de vez en cuando organizados territorialmente de forma concentrada, regional, federal en sentido estricto. La crisis del Estado-nación (si bien descentralizado) –junto también a un nuevo gobierno mundial de la economía– no se alivia con soluciones transitorias o parciales, ni mucho menos por una imposición de uniformidad.

En las últimas décadas, la historia acentúa las diferencias culturales cada vez más fuertemente. Tras los impulsos globalizadores, que persiguen la unificación de la cultura junto a la uniformización económica y política, corresponden pulsiones centrífugas y reivindicaciones identitarias. Éstas se registran entre sistemas y familias, entre Estados, dentro de los Estados¹⁷.

15 Vid. por ej. A.-G. GAGNON, *Au-delà de la nation unificatrice. Plaidoyer pour le fédéralisme multinational*, Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autonòmics, Barcelona, 2007, trad. it. *Oltre la “nazione unificatrice” (in difesa del federalismo multinazionale)*, Bup, Bologna, 2008; ID., *L’Âge des incertitudes: Essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Les Presses de l’Un. Laval, Québec, 2011, trad. it. *Letà delle incertezze. Saggio sul federalismo e la diversità nazionale*, Cedam, Padova, 2013.

16 Véase R. ZAPATA-BARRERO (ed.), *Immigration and Self-Government of Minority Nations*, Les Presses un. européennes-Lang, Bruxelles, 2009. D. AMIRANTE Y M. PASCALI, *Alien. Immigrazione clandestina e diritti umani*, Ed. scientifica, Napoli, 2015, p. 10, destacan que “Il dibattito politico, la vulgata multimediale e talora anche la ricerca scientifica ignorano o sottovalutano fondamentali contraddizioni dialettiche che impediscono di cogliere nella sua realtà, tutt’altro che ideologica, la presenza degli immigrati nel territorio nazionale”. Cfr. también el análisis histórico y jurídico de A. COLOMER VIADEL, *Inmigrantes y emigrantes. El desafío del mestizaje*, Ciudad Nueva, Buenos Aires, 2016.

17 Remito a mi ensayo «Constitucionalización del derecho y cultura constitucional», en E. BLUME FORTINI (ed.), *XII Congreso nacional de Derecho constitucional. En homenaje a Sigifredo Orbegoso Vanegas y Victor Julio Ortecho Villenas. Desafíos del*

Estas evoluciones sugieren reconsiderar las coordenadas clásicas del federalismo. Esto comporta un cambio de óptica. Pues, hay que dejar ya de preguntarse dónde situar el ordenamiento x, para cuestionarse si es o no “federal”, “regional” o “concentrado”, conforme a las coordenadas clásicas ancladas a los modelos históricos. Ahora, hay que reconstruir los modelos. Por tanto, comporta: en primer lugar, buscar cuáles son hoy los elementos importantes (pertinentes) a considerar; en segundo lugar, analizar cómo se articulan las experiencias concretas; y, en tercer lugar, reagruparlas en función de la importancia que asumen dichos elementos¹⁸.

La temática de la autonomía no puede ser afrontada considerando por separado la territorialidad y la culturalidad, partiendo de los esquemas procedentes de los siglos pasados, elaborados teniendo mentalmente presente experiencias homogéneas, mantenidos en parte a día de hoy, pero que fuera de éstos no encuentran cabida.

Mi propuesta es utilizar el lema “federalismo” en un sentido actualizado, centrado en los cambios desde el “modelo Westfalia” hasta la dispersión y difuminación en los territorios de las culturas (y minorías) distintas. Entonces, considerar no tanto (o no solo) los elementos clásicos (poder normativo primario, bicameralismo representativo de los territorios, participación en la reforma constitucional, etc.), ni solo la índole plurinacional y la representación asimétrica de “naciones” territoriales distintas, sino las más o menos amplias autonomía y representatividad pactadas entre comunidades culturales, aunque no concentradas en una región específica y a pesar del *nomen* y de la amplitud de las instituciones que las representan.

Sin embargo, antes cabe resumir los *topoi* tradicionales del federalismo y el Estado policéntrico.

III. TIPOS DE ESTADO.

El concepto de “forma de Estado” evoca la relación fundamental en el interior del Estado que se determina entre gobernantes y gobernados. Sin embargo, existe una segunda dimensión de esta relación, que focaliza las relaciones entre el aparato central del Estado y las autonomías territoriales. Desde esta perspectiva, a veces se cualifica –para no confundirlo con la forma de Estado en sentido horizontal– con la expresión “tipo de Estado”¹⁹.

Normalmente, se suele oponer el Estado centralizado, o unitario, con el Estado descentralizado, o compuesto, o policéntrico, o autonómico. Por “Estado unitario” se entiende una organización estatal caracterizada por la ausencia de autonomías políticas expresivas de la territorialidad. (Esto no significa

11

constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993, 2 vols, Upao, Trujillo, 2018, II, p. 1321 ss., en *Rev. dominicana der. const.*, n. 1, 2018, p. 17 ss., y en *Rev. der. pol.*, n.104, 2019, p. 13 ss.

18 Para profundizar en los aspectos metodológicos v. mis escritos: *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, trad. esp. L. PEGORARO Y A. RINELLA (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo I, L. PEGORARO, *La ciencia y el método*, Astrea, Buenos Aires, 2016, y Unam-Iij, Ciudad de México, 2016; «Premisas metodológicas para una investigación de derecho comparado de las garantías constitucionales y legislativas de los entes locales», *Letras jurídicas. Rev. investigadores Inst. inv. jur. U.V.*, n. 6, 2002, *Rev. der. const.*, n. 6, 2002, y en L. PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, México, 2006; «Diritto comparato e studio del governo locale», en G. PAVANI Y L. PEGORARO (eds), *Municipi d'occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Donzelli, Roma, 2006, trad. esp. «Derecho comparado y estudio del gobierno local», en ID., *Municipios de Occidente. El gobierno local en Europa y en las Américas*, Un. Libre, Bogotá, 2008, y varios capítulos en L. PEGORARO, *Teoría y modelos de la comparación*, op. cit. Al respecto, he aplicado una metodología similar durante el estudio de la justicia constitucional desarrollada en mi monografía *Sistemi di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, trad. esp. L. PEGORARO, A. RINELLA (eds), *Derecho constitucional comparado*, op. cit., tomo IV, L. PEGORARO, *Sistemas de justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2020. Finalmente, es útil revisar la teoría de Michael Burgess, sobre “los grados de descentralización”, que ha sido adaptada y actualizada en el ámbito doctrinal español por M. E. Seijas Villadangos. Véase M. BURGESS, *Comparative Politics: Theory and Practice*, Routledge, London, 2006, y M. E. SEIJAS VILLADANGOS, «Crisis, federalidad, cultura federal y federalismo asimétrico: odisea constitucional 2013», *Rev. gen. der. const.*, n. 16, 2013, p. 9 ss.

19 Primero, en relación a la Constitución española de 1931, G. AMBROSINI, «Un tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il federale, caratterizzato dall'autonomia regionale», op. cit.; pasado bastante tiempo, F. LANCHESTER, voz «Stato (forme di)», *Enc. dir.*, LXIII, Giuffrè, Milano, 1990, y M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2013, p. 6.

que no existan formas de descentralización del poder, sino que ello siempre se refiere y depende del ordenamiento central.) Al revés, está el Estado que reconoce la descentralización política o institucional para conferir a los principales entes territoriales –o a algunos de ellos– poderes propios, comprensivos de potestades legislativas y de dirección política²⁰.

También donde el Estado no reconoce autonomía política a los entes territoriales periféricos, las funciones nunca o casi nunca son totalmente centralizadas. Se define “descentralización” aquel modelo organizativo que consta en la mera delegación de funciones dentro de la organización administrativa estatal. El centro, sin trasladar la titularidad de las funciones, continúa dirigiendo la actividad de la periferia mediante los poderes de control y de dirección debidos a la relación jerárquica. En un segundo sentido, la descentralización administrativa comporta el traslado de un efectivo poder decisorio, y no solo ejecutivo²¹.

IV. LAS TEORÍAS SOBRE EL FEDERALISMO Y EL ESTADO POLICÉNTRICO.

Las teorías clásicas (estáticas) para clasificar las modalidades organizativas del Estado policéntrico se dividen en tres direcciones: por un lado, se colocaron los que –como en los Estados Unidos de América J.C. Calhoun²²– reputaban que la soberanía competía a los Estados miembros, pero no al Estado central. En una posición intermedia estaban quienes suponían una soberanía dividida entre el centro y la periferia²³. Y al final hay quien sostiene –y la mayoría lo sostiene todavía– que la soberanía, siendo indivisible, pertenece solo al Estado federal: único titular, este, tanto del poder interno como del externo, único también en gozar de personalidad internacional²⁴.

20 Los entes territoriales periféricos de naturaleza política tienen nombres distintos en los distintos países: Estados (Estados Unidos, México, Brasil), Comunidades (Bélgica), Comunidades Autónomas (España), *Länder* (Alemania, Austria), Cantones (Suiza), Provincias (Canadá, Argentina), Regiones (Bélgica, Italia), y equivalentes en otros idiomas.

21 Entre las monografías comparatistas acerca de la descentralización administrativa y los entes locales, en español: G. PAVANI Y L. PEGORARO (eds), *Municipios de Occidente*, op. cit.; G. PAVANI Y L. ESTUPIÑÁN ACHURY, «Mutaciones del Estado unitario en América Latina. Nuevos rasgos metodológicos para el estudio de los procesos de descentralización – Transformations of Unitary State in Latin America. New Methodological Paths to Study Decentralization Processes», *Rev. gen. der. publ. comp.*, n. 19, 2016, y los otros ensayos del mismo número monográfico, coordinado por ellas, «Las tendencias del Estado Unitario en América Latina»; A. M. HERNÁNDEZ, *Derecho municipal. Parte general*, Unam, México, 2003; L. ESTUPIÑÁN ACHURY Y G. GAITÁN BOHÓRQUEZ (eds), *El principio constitucional de autonomía territorial. Realidad y experiencias comparadas*, Un. del Rosario, Bogotá, 2010; en clave histórica R. FERRERO MICÓ, *Autonomía Municipal en el mundo mediterráneo. Historia y perspectivas*, Fundación Broseta, Valencia, 2002; en italiano, L. VANDELLI, *Poteri locali. Le origini nella Francia rivoluzionaria; le prospettive nell'Europa delle regioni*, il Mulino, Bologna, 1990; S. GAMBINO (ed.), *L'organizzazione del governo locale: Esperienze a confronto*, Maggioli, Rimini, 1992; L. BOBBIO, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2004; H. KUDO, G. LADU Y L. PEGORARO (eds), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia, Australia*, Donzelli, Roma, 2008; en alemán, S. VON ZIMMERMANN-WIENHUES, *Kommunale Selbstverwaltung in einer Europäischen Union: deutsche Gemeinden und spanische «Municipios» im europäischen Integrationsprozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997; T. SCHÄFER, *Die deutsche kommunale Selbstverwaltung in der Europäischen Union*, Kohlhammer, Stuttgart, 1998; W. DRECHSLER (ed.), *Die selbstverwaltete Gemeinde: Beiträge zu ihrer Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft in Estland, Deutschland und Europa*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999; A. BOVENSCHULTE (ed.), *Demokratie und Selbstverwaltung in Europa. Festschrift für Dian Schefold zum 65Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2001; en francés S. FLOGÁITIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Lgdj, Paris, 1979; G. J. GUGLIELMI Y J. MARTIN, *Le droit constitutionnel des collectivités territoriales. Aspects de droit public comparé*, Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2015. Acerca del Reino Unido K. B. SMELLIE, *A History of Local Government*, Allen & Unwin, London, 1968; R. ROSE, *Understanding the United Kingdom – The Territorial Dimension in Government*, Longman, London, 1982; G. W. JONES Y J. STEWART, *The Case for Local Government*, Allen & Unwin, London, 1985; J. STEWART Y G. STOKER (eds), *Local Government in the 1990s*, Macmillan, Basingstoke, 1995; D. WILSON Y C. GAME, *Local Government in the United Kingdom*, Macmillan, London, 1998; en italiano A. TORRE (ed.), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Giappichelli, Torino, 2007.

22 J. C. CALHOUN, *A Disquisition on Government and a Discours on the Constitution and Government of the United States (1843-1848)*, Cralle, Charleston, 1851, reimpr. St. Augustines Press, South Bend, 2007, trad. it. *Disquisizione sul Governo e Discorso sul Governo e la Costituzione degli Stati Uniti*, Ist. enc. it., Roma, 1986.

23 El deseo de una “more perfect Union” conducía a A. HAMILTON, J. JAY Y J. MADISON (PUBLIUS), *The Federalist; or, The New Constitution*, McLean, New York, 1788, a sostener que la soberanía estaba dividida.

24 Acerca de las teorías estáticas del federalismo, ver G. LUCATELLO, *Lo Stato federale*, I (1939), reimpr. Cedam, Padova, 1967; ID., voz «Stato federale», *Nss. dig. it.*, XVIII, Utet, Torino, 1971.

La más conocida de dichas teorías dinámicas del federalismo es la de C. Friedrich que no se centra en el concepto de Estado, sino en el de comunidad política, e interpreta el federalismo como un proceso basado en el consenso de la comunidad central y de las comunidades periféricas sobre las normas constitucionales que regulan la distribución de las competencias²⁵. A estas teorías se pueden también juntar otras marcadamente sociológicas, fuertemente ancladas en el concepto de nación²⁶. Este último diferencia las organizaciones federales “territoriales” –que se proponen tratar indistintamente todos los ciudadanos de un mismo país (EE.UU., Alemania, Australia)– de las “multinacionales”. Según estas teorías estamos en presencia del verdadero federalismo cuando se hace referencia “a las diferencias de tradiciones, cultura, espíritu y comportamiento, es decir, a una ideología”. Incluso estas teorías pagan sin embargo el precio del eurocentrismo: casi nunca consideran realidades diversas a las estatales, y parten del presupuesto, frecuentemente pero no siempre, que la base y el punto de partida radica en la estatalidad y en la ciudadanía.

V. PROTOTIPOS Y MODELOS DE ESTADO FEDERAL.

Parece entonces útil analizar cómo estas teorías se desarrollan en la praxis, acompañando o rechazando en los distintos modelos la expulsión del pluralismo y de lo que podríamos llamar “federalismo cultural”.

Se consideran prototipos de Estado federal Estados Unidos, Suiza, y en cierto sentido Alemania²⁷.

El tipo de Estado estadounidense tiene sus orígenes, después de la Revolución, en el otorgamiento de algunas competencias comunes al Congreso continental, en la codificación de éstas en los *Articles of Confederation* aprobados el 15 de noviembre de 1777 y en la posterior ratificación por parte de los 13 Estados.

25 Sobre las teorías dinámicas, C. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Praeger, New York, 1968; ID., «Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals», en A. W. MCMAHON (ed.), *Federalism: Mature and Emergent*, McMahon, New York, 1955, p. 510 ss. y Russell & Russell, New York, 1962. A su vez G. BOGNETTI (voz «Federalismo», *Dig. pubbl.*, Utet, Torino, 1991, IV, p. 273 ss.; ID., *Federalismo*, Utet, Torino, 2001) –centrándose sobre todo en el caso estadounidense– imputa al cambio de la tabla de los valores (el mercado en la fase “liberal”, los valores de la democracia social en la fase “democrática”) la transformación del tipo de Estado que se ha registrado allí, si bien en ausencia de formales revisiones constitucionales.

26 Con respecto a las teorías sociológicas, además de W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon, Oxford, 1995, trad. it. *La cittadinanza multiculturale*, il Mulino, Bologna, 1999, y de A.-G. GAGNON, *Au-delà de la nation unificatrice*, op. cit., e ID., *L'Âge des incertitudes*, op. cit., en particular, atendiendo a las relaciones entre el federalismo, la plurinación y el multiculturalismo: M. FORSYTH (ed.), *Federalism and Nationalism*, Leicester U.P., Leicester, 1989; D. GOLDBERG (ed.), *Multiculturalism*, Blackwell, Oxford, 1994; J. LINZ, *Democracy, Multinationalism and Federalism*, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales, Instituto Juan March, Madrid, 1997; T. FLEINER (ed.), *Federalism and Multiethnic States*, 2ª ed., Institut du fédéralisme, Fribourg, 2000; A.-G. GAGNON Y J. TULLY (eds), *Multinational Democracies*, Cambridge U.P., Cambridge, 2001; M. KEATING, *Plurinational Democracy: Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford U.P., Oxford, 2001; F. REQUEJO (ed.), *Democracy and National Pluralism*, Routledge, London, 2001; M. SEYMOUR (ed.), *États-nations, multinationals et organisations supranationales*, Liber, Montréal, 2002; R. MAIZ Y F. REQUEJO (eds), *Democracy, Nationalism and Multiculturalism*, Routledge, London, 2005; J.-F. GAUDRAULT-DESBIENS Y F. GÉLINAS, *Le fédéralisme dans tous ses états: gouvernance, identité et méthodologie – The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Blais-Bruylant, Montreal-Bruxelles, 2005. En cierta medida, con una perspectiva diversa P. LOGROSCINO, *Spazi macroterritoriali e coesione. Premesse di comparazione costituzionale*, Pensa, Cavallino, 2007; también F. PALERMO Y M. NICOLINI, «La semantica delle differenze e le regole diseguali: dall'egualitarismo nel diritto all'eccezione culturale», en AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedraza Gorlero, I, I diritti fondamentali fra concetti e tutele*, Esi, Napoli, 2014, p. 513 ss.

27 Algunas publicaciones que analizan diversos sistemas federales son: A. W. MCMAHON (ed.), *Federalism: Mature and Emergent*, op. cit.; A. NORTON, *International Handbook of Local and Regional Government: A Comparative Analysis of Advanced Democracies*, Elgar, Aldershot, 1994; N. OLIVETTI RASON Y L. PEGORARO (eds), *Esperienze federali contemporanee*, Cedam, Padova, 1996; R. L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, McGill-Queen's U.P., Montreal, 1999; B. FREY Y R. EICHENBERGER, *The New Democratic Federalism for Europe: Functional Overlapping and Competing Jurisdictions*, Elgar, Cheltenham, 1999; T. H. HUEGLIN Y A. FENNA, *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, Broadview, Toronto, 2006; J. ERK, *Explaining Federalism: State, Society and Congruence in Austria, Belgium, Canada, Germany and Switzerland*, Routledge, London, 2008; N. GUTIÉRREZ CHONG (ed.), *Estados y autonomías en democracias contemporáneas*, Plaza y Valdés, México, 2008; R. BIFULCO (ed.), *Ordinamenti federali comparati. I. Gli Stati federali classici*, Giappichelli, Torino, 2010. En clave teórica y crítica, M. BURGESS, *Comparative Federalism: Theory and Practice*, Routledge, London, 2006; M. BURGESS Y A.-G. GAGNON (eds), *Federal Democracies*, Routledge, London, 2010.

En mayo de 1777 los representantes de los 13 Estados se reunieron en Filadelfia y terminaron aprobando un texto radicalmente nuevo, caracterizado por la inclusión de una *Supremacy clause* que designaba a la Constitución como Ley Suprema. El reparto de las competencias se estableció en la sección VIII del art. 1: al Congreso se atribuyeron pocas pero muy importantes competencias (materia fiscal, de comercio exterior, de acuñación de moneda, de institución de una Corte suprema, de un ejército y de una marina). La clausula de los “poderes implícitos” otorga al Congreso el poder de “elaborar todas las leyes necesarias y oportunas para el ejercicio de los poderes susodichos”. Todo lo demás permanece en las competencias residuales de los Estados miembros²⁸.

La columna portante del sistema se fijó en la institución de dos Cámaras: una (la *House of Representatives*) representativa de los ciudadanos, la otra (el Senado) de los Estados de manera equitativa (dos senadores por cada Estado). Los Estados miembros coparticipan además en las elecciones del Presidente y en el complejo mecanismo de revisión constitucional. El federalismo estadounidense presenta algunas características que se han enfatizado para elevarlo a modelo: en el contexto de una sociedad homogénea, su proceso instituyente es agregativo (“*e pluribus unum*”); el reparto de competencias se estructura sobre los poderes residuales de los Estados; una Cámara los representa equitativamente; siempre los Estados participan en el proceso de revisión constitucional.

Suiza también conoce un proceso de tipo agregativo, que hace de ella un Estado federal aun manteniendo el anterior (y en parte engañoso) nombre de Confederación Suiza (o Helvética), heredado de una antigua experiencia de pactos federativos entre varias ciudades y comunidades rurales que empieza en los siglos XIII-XIV y se consolida en 1815 y en 1874 con una nueva Constitución que otorga al “centro” la disciplina unitaria del mercado y de la moneda, la defensa común y la política exterior²⁹.

El tradicional orden de las competencias residuales a los Cantones se ha ido consolidando en el tiempo a través de posteriores revisiones constitucionales, hasta a la re-escritura de la Constitución vigente de 1999. Estructuralmente, Suiza eligió un sistema bicameral paritario: la Cámara baja (Asamblea Federal, elegida según la población) y la Cámara alta (Consejo de los Estados), donde cada Cantón envía dos representantes (20 en total) más uno de los que hasta la revisión del 1999 se llamaban “medio Cantones”, para un total de 26 unidades territoriales. El poder ejecutivo es un poder colegial (Consejo federal) y la forma de gobierno directorial sigue siendo una peculiaridad de este país. Otros factores jurídicos (pero también extra-jurídicos, como la homogeneidad social) influyen en el federalismo suizo: el amplio recurso a la democracia directa, las prácticas asociativas que supervisan la composición de los órganos federales; pero sobre todo su índole cooperativa y no dual.

El federalismo alemán también tiene sus raíces en la historia: el más reciente antecedente después de la caída del Sacro Imperio Romano fue la Confederación germánica fundada en 1805 por unos cuarenta Estados alemanes. Después de la I guerra mundial, la Alemania de Weimar dejó pronto paso a la trágica

28 Sobre los EE.UU., para el proceso formativo vid. F. MC DONALD, *E Pluribus Unum: The Formation of the American Republic, 1776-1790*, Liberty Press, Indianapolis, 1979. Además J. R. GRAHAM, *Free, Sovereign and Independent States: The Intended Meaning of the American Constitution*, Pelican, Gretna, 2009. Resulta útil la revista *Publius: The Journal of Federalism* (Oxford U.P.). En italiano A. LA PERGOLA, *Residui “contrattualistici” e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1969; ID., *Sistema federale e “compact clause”. Premesse allo studio degli accordi conclusi dagli Stati membri della Federazione statunitense*, Giuffrè, Milano, 1961. Para un examen histórico, político y jurídico de la conquista vid. A. BURATTI, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Ombre corte, Verona, 2016.

29 Para los perfiles históricos, E. R. PAPA, *Storia della Svizzera. Dall’antichità ad oggi. Il mito del federalismo*, Bompiani, Milano, 2004. Sobre federalismo suizo, además de los manuales [J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, 3 vols, Ides et calendes, Neuchâtel, 1967-1993; A. AUER, G. MALINVERNI Y M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, 3ª ed., 2 vols, Stämpfli, Berne, 2013; D. THÜRER, J.-F. AUBERT Y J. P. MÜLLER (eds), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Schulthess, Zürich, 2001], vid. B. KNAPP, *Le fédéralisme*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1984, trad. it. *L’ordinamento federale svizzero*, Giappichelli, Torino, 1994; L. R. BASTA FLEINER Y T. FLEINER (eds), *Federalism and Multiethnic States: The Case of Switzerland*, 2ª ed., Institut du fédéralisme, Fribourg, 2000; V. MARTENET, *L’autonomie constitutionnelle des cantons*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2000; G. GUIGLIA Y B. KNAPP, *L’organizzazione dei poteri e il federalismo in Svizzera secondo la nuova Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2000; A. REPOSO (ed.), *La revisione della Costituzione federale svizzera*, Giappichelli, Torino, 2000; R. L. FREY, G. KREIS, G. R. PLATTNER Y R. RHINOW (eds), *Le fédéralisme suisse. La réforme engagée. Ce qui rest à faire*, Le Savoir suisse, Lausanne, 2006.

experiencia del nazismo que en seguida canceló del escenario del III *Reich* cualquier mínimo resto de descentralización. Actualmente, según el *Grundgesetz*, el reparto de las competencias entre *Bund* y *Länder* se inspira en el principio por el que el *Bund* (Estado central) goza de una posición preponderante en la actividad legislativa y los *Länder* en la actividad ejecutiva. Estructuralmente el federalismo se traduce en la institución de dos Cámaras: la baja representa la población, la alta los *Länder* de manera no uniforme, ni proporcional (cada *Land* tiene de tres a seis votos, dependiendo de la población). En el ámbito legislativo, el *Bundesrat* goza de poder de veto. Ambas Cámaras participan en la revisión constitucional. El federalismo alemán, así como el austriaco, con el que comparte algunas características, es muy poco conflictivo (y por tanto cooperativo), y sobre todo “ejecutivo”³⁰.

En los tres casos –EE.UU., Suiza, Alemania– hubo agregación y transformación de Confederación a Federación. Además de ser simétricos, al menos los dos primeros de modo integral: a una sociedad homogénea debe corresponderle representación, poderes y funciones homogéneas³¹.

VI LA DIFUSIÓN DEL ESTADO FEDERAL.

En el mundo anglosajón (Canadá, Australia, la India, el Suráfrica, y otros ordenamientos de la *Commonwealth*) la circulación del federalismo se debe no tanto a la imitación de la estructura de la madre patria (que es centralizada), si no, a veces (India y Sudáfrica) al influjo del bien conocido modelo de los Estados Unidos, como demuestran los trabajos preparatorios de las respectivas Constituciones. Éstos, a su vez, constituyen objeto de imitación y permean, por razones distintas, América Latina y otros ordenamientos.

A diferencia de los Estados Unidos, en Canadá el elemento nacional, lingüístico y cultural, asume un relieve importante en la interpretación del federalismo y de la construcción del Estado federal. Canadá se desarrolló sobre la base de dos naciones distintas: el Quebec –francófono– y el “*Rest of Canada*”, anglófono; además, la *First Nation* (los indios nativos e inuit)³². Los constitucionalistas francófonos hablan de naturaleza confederativa del *British North American Act* del 1867, con el que el Parlamento inglés instituyó el *Dominion* del Canadá. El reparto de las competencias se basa en una lista de materias provinciales y en otra de materias centrales. La estructura organizativa de representación provincial evidencia la posición no paritaria de los entes descentralizados: el Senado, de hecho, no refleja el sistema de las Provincias. El procedimiento de revisión constitucional, en cambio, incluye las Provincias³³.

Australia no presenta las características plurales del Canadá. La *Commonwealth* australiana se caracteriza por una (si bien mínima) asimetría, incluyendo, además de los seis Estados, también un Territorio y un Distrito federal. El criterio de reparto de las competencias sigue el modelo estadounidense, siendo las residuales

30 Entre los volúmenes sobre el federalismo en Alemania; en alemán, G. ZILLER, *Die bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Bouvier, Bonn, 1990; en francés, C. GREYWE-LEYMARIE, *Le fédéralisme coopératif en République d'Allemagne*, Economica, Paris, 1981; en español, E. ALBERTI ROVIRA, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Cec, Madrid, 1986; en italiano, C. PANARA, *Il federalismo tedesco della Legge Fondamentale*, Aracne, Roma, 2008.

31 Sobre este tema: A. MASTROMARINO, *Il federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Giuffrè, Milano, 2010.

32 R. TODD, *Aboriginal People and Other Canadians*, Un. of Ottawa Press, Ottawa, 2001; J. R. MILLER, *Compact, Contract, Covenant: Aboriginal Treaty-Making Power in Canada*, Toronto U.P., Toronto, 2009; en la doctrina italiana N. OLIVETTI RASON, «Il patrimonio multiculturale dei canadesi»; ID., «Remarks on the Idea of “Aboriginal Peoples of Canada”», ambos en ID., *Scritti 2005-2012*, Cleup, Padova, 2014, p. 151 ss. y p. 247 ss.

33 Acerca del federalismo canadiense cfr. F. ROCHER Y M. SMITH, *New Trends in Canadian Federalism*, 2ª ed., Broadview, Peterborough, 2003; G. STEVENSON, *Unfulfilled Union: Canadian Federalism and National Unity*, 4ª ed., McGill-Queen U.P., Montreal, 2004; A.-G. GAGNON (ed.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2006; en italiano J. FRÉMONT, ET AL., *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Giappichelli, Torino, 1997; T. GROPPPI, *Canada*, il Mulino, Bologna, 2006; ID. (ed.), «Il federalismo canadese», n. espec. de la Revista *Amministrare*, 1-2, 2002. Desde una perspectiva *québécoise*, por ej. (además de los libros de A.-G. GAGNON citados *supra*), A. BURELLE, *Le droit à la différence à l'heure de la globalisation: le cas du Québec et du Canada*, Fides, Montréal, 1966; E. BROUILLET, *La négation de la nation: l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Septentrion, Québec, 2005; H. BAKVIS Y G. SKOGSTAD (eds), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 2ª ed., Oxford U.P., Don Mills, 2008.

atribuidas a los entes periféricos. La Cámara alta, dentro de un bicameralismo paritario, representa de manera igual a todos los Estados³⁴.

Independiente solo desde la segunda posguerra (1947), la Constitución de la India reconoce su extraordinaria y poliédrica variedad lingüística, religiosa, étnica, social y cultural, recurriendo incluso a algunas normas dictadas *ad hoc* para determinados Estados (y las áreas tribales) que la constituyen. El federalismo indio se basa sobre instancias plurales radicadas en el multinacionalismo, con soluciones igualitarias hacia la racionalización propias de la tradición occidental, pero también el reconocimiento de la asimetría (28 Estados y siete Territorios y otras entidades menores)³⁵.

También en más países del ex Imperio se han adoptado (más que nada formalmente) estructuras federales: entre estos se ve el Suráfrica, que desde el 1909 se constituye como *Dominion* de la *Commonwealth* y adopta la estructura de la *Union*, agrupando tanto las ex colonias inglesas (Cape Colony) como las holandesas o bóeres (Natal, Orange, Transvaal). La Constitución del 1996 reconoce autonomía a las Provincias dentro de un Estado declarado multiétnico y multicultural³⁶.

En el *civil law*, el federalismo latinoamericano –que nominalmente caracteriza a México, Brasil, Argentina (y Venezuela)– se inspira bastante en el esquema de Estados Unidos en el marco de sistemas jurídicos, que han imitado también la forma presidencialista y la organización judicial, sin embargo distorsionando la configuración original³⁷. En primer lugar su génesis. En México, “el federalismo no sirvió para conjuntar realidades anteriores y en cierta forma dispersas, sino para crear unidades descentralizadas dentro de un país con tradiciones fuertemente centralistas heredadas del periodo colonial”³⁸; Brasil logra un

34 Acerca de Australia J. A. LA NAUZE, *The Making of the Australian Constitution*, Melbourne U.P., Carlton, 1972; W. G. MCMINN, *Nationalism and Federalism in Australia*, Oxford U.P., Oxford, 1994; J. HIRST, *The Sentimental Nation: The Making of the Australian Commonwealth*, Oxford U.P., Oxford-Melbourne, 2000; G. AITKEN Y R. ORR, *Saver's: The Australian Constitution*, 3ª ed., Australian Government Solicitor, Barton, 2002; N. ARONEY, *The Constitution of a Federal Commonwealth: The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge U.P., Cambridge-New York, 2009; G. APPLEBY, N. ARONEY Y T. JOHN (eds) *The Future of Australian Federalism: Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge U.P., Cambridge, 2012; en italiano, L. SCAFFARDI, *L'ordinamento federale australiano. Aspetti problematici*, Cedam, Padova, 2000.

16 35 Con respecto a la India vid.: V. P. MENON, *The Story of the Integration of the Indian States*, Orient Longman, Kolkata, 1956; K. R. BOMBWALE, *Foundations of Indian Federalism*, Asia Publishing House, Bombay, 1967; B. ARORA Y D. V. VERNEY (eds), *Multiple Identities in a Single State: Indian Federalism in Comparative Perspective*, Konark, New Delhi, 1995; H. M. RAJASHEKARA, «The Nature of Indian Federalism: A Critique», *Asian Survey*, n. 37 (3), 1997, p. 245 ss.; S. N. JHA Y P. C. MATHUR, *Decentralization and Local Politics*, Sage, New Delhi, 1999; L. SAEZ, *Federalism without a Centre: The Impact of Political and Economic Reform on India's Federal System*, Sage, New Delhi, 2002; B. D. DUA Y M. P. SINGH (eds), *Indian Federalism in the New Millennium*, Manohar, Delhi, 2002; M. G. RAO Y N. SINGH, *The Political Economy of Federalism in India*, Oxford U.P., Oxford, 2005. M. NICOLINI, «Regional Demarcation, Territorial Alteration, and Accommodation of Divided Societies», *Rev. der. pol.*, n. 94, 2015, p. 73, recuerda que los constituyentes de la India evitaron emplear la palabra “Federación” (o algo similar) porque la consideraban [citando la expresión de H. BHATTACHARYYA, «Federalism and Competing Nations in India», en M. BURGESS Y J. PINDER (eds), *Multinational Federations*, Routledge, Abingdon, 2007, p. 58] una “recipe for disintegration”.

36 Véase por ej. B. OOSTHUIZEN, «Federalism in South Africa», *Politikon: South African Journ. pol. st.*, n. 13 (2), 1986, p. 66 ss.; L. PEGORARO Y A. RINELLA, «Repubblica del Sudafrica: il *Constitution Act* del 1993 tra “federalismo” e “regionalismo”», *Quad. cost.*, n. 2, 1995, p. 277 ss.

37 Atendiendo a América Latina, J. CARPIZO, *Federalismo en Latinoamérica*, Unam, México, 1973; M. CARMAGNANI (ed.), *Federalismos latinoamericanos: México, Brasil, Argentina*, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, México, 1993; F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El federalismo en América Latina*, Unam-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 2003; E. L. GIBSON (ed.), *Federalism and Democracy in Latin America*, Johns Hopkins U.P., Baltimore, 2004 (y espec. sobre Brasil C. SOUZA, *Constitutional Engineering in Brazil: The Politics of Federalism and Decentralization*, St. Martin's, New York, 1997). Una visión comparada en L. MELICA, *Federalismo e libertà. I modelli di Messico, Argentina e Venezuela*, Cedam, Padova, 2002.

38 F. TENA RAMÍREZ, «La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano», *Rev. Esc. nac. Jurispr.*, n. 25-28, 1945, p. 110 s., y J. CARPIZO Y M. CARBONELL, *Derecho Constitucional Mexicano*, 6ª ed., Porrúa, México, 2009, cap. II, § 5; L. BENSON NETTIE, *La diputación provincial y los orígenes del federalismo mexicano*, 2ª ed., El Colegio de México-Unam, México, 1994; M. CARBONELL, «El Estado Federal en la Constitución Mexicana: Una introducción a su problemática», *Bol. mex. der. comp.*, n. 91, 1998, p. 81 ss. (también en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont91/art/art4.htm); J. CÁRDENAS GRACIA Y M. FARAH GEBARA, «Comentario al artículo 115 de la Constitución»; J. CARPIZO, «Comentario al artículo 124 de la Constitución», ambos en AA.VV., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, II, Unam, México, 1997 (15ª ed., Porrúa-Unam, México, 2000).

orden federal no solo en el nombre después de antiguas experiencias unitarias y alternos acontecimientos constitucionales³⁹; Argentina desde 1852 unió las 14 Provincias ya precedentemente confederadas y teniendo ella también acontecimientos discontinuos hasta la actual Constitución del 1994⁴⁰; Venezuela ha sido precursor del federalismo con la Constitución del 1864, pero en un contexto centralizador de hecho, que, jurídicamente ha conservado solo el nombre “federal”. En segundo lugar, a pesar de la técnica de reparto competencial entre Federación y entes territoriales periféricos, el sistema político no siempre logra configurar el federalismo como freno al poder central: tanto por las cláusulas que de hecho limitan las competencias periféricas, como por la praxis democrática poco uniforme, o porque la división de los poderes está fuertemente desequilibrada a favor del ejecutivo y los partidos⁴¹. En todos estos casos, sin embargo, excepto Venezuela, actualmente se respetan aquellas condiciones generalmente consideradas esenciales para definir un ordenamiento como “federal”: la representación igualitaria de los Estados (o Provincias) y la participación al procedimiento de revisión constitucional por medio de la Cámara alta.

VII. OTROS “FEDERALISMOS”.

El concepto del federalismo circula –aunque de manera distinta– también en algunas experiencias del socialismo real⁴². La Rusia hodierna hereda de la experiencia socialista y ya del Imperio zarista un orden federal muy complejo⁴³. La elección de un Estado compuesto respondía a la exigencia de solucionar el problema de las distintas nacionalidades; sin embargo, en el Imperio y, después de 1917, en la Unión Soviética,

39 Acerca del federalismo brasileño A. CAVALCANTI, *Regime Federativo e a República Brasileira*, Un. de Brasília, Brasília, 1983; D. DE ABREU DALLARI, *O Estado federal*, Ática, São Paulo, 1986; P. BONAVIDES, *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da actualidade, com ênfase no federalismo das regiões*, Malheiros, São Paulo, 1996; ID., *Constituinte e Constituição. A democracia. O Federalismo. A Crise Contemporânea*, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2010; G. BERCOVICI, *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, Max Limonad, São Paulo, 2003; ID., *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004; N. T. DISCONZI RODRIGUES, *O Federalismo e o Desenvolvimento Nacional*, UniRitter, Porto Alegre, 2010; C. E. DIEDER REVERBEL, *O Federalismo numa visão Tridimensional do Direito*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012; diversos ensayos en M. FIGUEIREDO, *Direito Constitucional. Estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública*, Forum, Belo Horizonte, 2012.

40 Con respecto al federalismo argentino: en clave histórica, J. B. ALBERDI, *Elementos del Derecho público provincial*, Imprenta del Mercurio, Valparaíso, 1853; E. H. CELESIA, *Federalismo argentino*, Librería Cervantes, Buenos Aires, 1932; además, P. J. FRÍAS, ET AL., *Derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1985; D. PÉREZ GUILHOU, ET AL., *Derecho Público Provincial y Municipal*, La Ley, Buenos Aires, 2003; A. M. HERNÁNDEZ, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; ID., «Presidencialismo y federalismo en Argentina», en P. HÄBERLE Y D. GARCÍA BELAUNDE (eds), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, op. cit., II, p. 37 ss. (Unam) y p. 883 ss. (Iidc-Un. Inca Garcilaso de la Vega-Iustitia); ID. (ed.), *Derecho Público Provincial y Municipal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008.

41 G. LINARES BENZO, «El sistema venezolano de repartición de competencias»; A. URDANETA, «El Poder Público Municipal en el Estado descentralizado»; M.J. VILLEGAS, «La Autonomía local y su configuración en la Constitución Venezolana de 1999», todos en AA.VV., *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Civitas, Madrid, 2003, I.

42 Acerca de Europa Centro-Oriental, considerando los procesos de transición: AA.VV., *Federalismo e crisi dei regimi comunisti*, La Rosa, Torino, 1993; S. PIERRÉ-CAPS, *La multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Jacob, Paris, 1995; J. ROSE Y J.-CH. TRAUT (eds), *Federalism and Decentralization: Perspectives for the Transformation Process in Eastern and Central Europe*, Lit, Hamburg, 2001.

43 Atendiendo al periodo socialista vid.: T. K. KIS, *Le fédéralisme soviétique: ses particularités typologiques*, Un. of Ottawa Press, Ottawa, 1973; E. M. JACOBS (ed.), *Soviet Local Politics and Government*, Allen & Unwin, London, 1983, y también para la bibliografía, P. BISCARETTI DI RUFFIA (ed.), «L'URSS», en ID., *L'amministrazione locale in Europa, I, URSS, Repubblica socialista cecoslovacca, Repubblica popolare democratica tedesca*, Neri Pozza, Vicenza, 1964, p. 644 ss. El libro más orgánico sobre el tema del federalismo ruso es C. FILIPPINI, *Dall'Impero russo alla Federazione di Russia. Elementi di continuità e di rottura nell'evoluzione dei rapporti centro-periferia*, Giuffrè, Milano, 2004. Vid. también E. GRECO, *Il rapporto tra centro e periferia nella Federazione Russa*, Ist. Affari Internazionali, Roma, 1997; J. TRAUT, *Föderalismus und Verfassungsgerichtsbarkeit in Russland*, Nomos, Baden-Baden, 1997; H. E. HALE, *Why not Parties in Russia?: Democracy, Federalism, and the State*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005; A. B. EVANS Y V. GELMAN (eds), *The Politics of Local Government in Russia*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2004.

los acontecimientos históricos y políticos han determinado una organización territorial de connotación fuertemente centralista. La unidad se puede mantener solo dentro de la entidad que ha representado el elemento de desequilibrio más evidente, o sea Rusia, que siempre ha sido la gran dominadora en el marco de la Federación. En la Rusia post-comunista, las competencias se han repartido a través de tratativas bilaterales entre los sujetos federados y el centro, según un criterio formalmente residual para los sujetos territoriales. Las tendencias son sobre todo centralizadoras, y se favorecen formas de concertación. La representación de los sujetos territoriales se garantiza en la Cámara alta (Consejo de la Federación) de manera paritaria, con dos miembros por cada entidad, uno por el ejecutivo y otro por el legislativo. Sin embargo, el Consejo tiene escasas competencias y la *Duma* (Cámara baja) puede aprobar la mayoría de las leyes sin su consentimiento. Se añaden, además, los desorbitados poderes centrales del Presidente.

A diferencia de la URSS, la ex Yugoslavia no ha renovado la experiencia federativa de la segunda posguerra, cuando, una vez fundada la Federación, las Repúblicas adoptaron Constituciones propias, unificadas en las federales del 1946, 1953, 1963 y 1974⁴⁴. El centralismo, el papel del partido y sobre todo el carisma personal del Mariscal Tito, ascendían a verdaderos elementos unificadores. Una vez liquidado tal elemento y después de los conocidos acontecimientos internos e internacionales, el país estalló. La cuestión del federalismo yugoslavo se solucionó con la guerra y la separación de la Federación de Eslovenia, Croacia, Macedonia y Bosnia.

En otro contexto socialista, como China, la descentralización representa la expresión de una concepción unitaria del poder estatal⁴⁵. Los entes locales derivan directamente del poder central: los gobiernos locales asumen del centro su autoridad y del pueblo su legitimación; las competencias asignadas a las entidades territoriales autónomas meramente se limitan a ejecutar las directivas centrales; cuando se prevé una específica función normativa regional, queda subordinada a la aprobación previa de los órganos centrales del Estado, y la descentralización consiste en la mera ejecución de las directivas centrales por los órganos periféricos.

En el mundo árabe, Iraq representa un federalismo de fachada, impuesto, de tipo multinacional y asimétrico, estructurado en dos Cámaras, entre las cuales el Consejo Federal es la representativa de las Regiones y de las Gobernaciones no organizadas en Región. Dentro de las competencias concurrentes aparece la que ha impulsado la adopción de una fórmula pseudo-federal, es decir la del petróleo y del gas⁴⁶. En los Emiratos Árabes Unidos –que se definen como “Federación”– cada uno de los seis Emiratos tiene un voto en el Consejo Supremo Federal, la más alta autoridad de la Unión y una representación casi paritaria (de cuatro a seis votos) en el Consejo Federal Nacional, Cámara legislativa formada por 40 miembros.

VIII. EL ESTADO REGIONAL.

La primera experiencia de un Estado policéntrico, pero sin algunas características de los Estados federales clásicos, la hay en España, con la breve experiencia de la Constitución de 1931, pronto sofocada por el franquismo, que representó un modelo para los constituyentes italianos en 1946-47. La organización territorial española se caracteriza ahora, conforme a la Constitución de 1978, por la reivindicación del carácter “nacional” por parte tanto del Estado en su totalidad, como por parte de algunas de sus regiones geográficas, lingüísticas y culturales. Por un lado, el art. 2 Const. se refiere a la “indisoluble unidad de la Nación española”; por otro, el carácter de “nación” es fuertemente reivindicado por parte principalmente de Cataluña y País Vasco, en el marco de una organización territorial “autonómica”⁴⁷.

44 En la literatura histórica, vid. C. BOBROWSKI, *La Yugoslavie socialiste*, Colin, Paris, 1956; K. STOYANOVITCH, *Le régime socialiste yougoslave*, Lgdj, Paris, 1961; amplia bibliografía en P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le “forme di Stato” e le “forme di governo”. Le costituzioni moderne*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 1988, p. 500 ss. Vid. ahora M. DICOSOLA, *Stati, nazioni e minoranze. La ex Jugoslavia tra revival etnico e condizionalità europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

45 Sobre la descentralización en China vid. M. MAZZA, *Decentramento e governo locale nella Repubblica Popolare Cinese*, Giuffrè, Milano, 2009.

46 Véase D. FORGET, «La reconstruction juridique de l'Irak et de l'Afghanistan et l'influence des systèmes juridiques occidentaux», *Lex Electronica*, n. 14 (1), 2009, <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/9320>.

47 Sobre las características únicas del Estado autonómico español véase J. SOLÉ TURA, *Nacionalidades y nacionalismos en*

Ello se puede considerar disgregativo pues surge de un orden precedentemente unitario, y porque es la misma Constitución que autoriza el acceso a la autonomía. Al mismo tiempo, sin embargo, se puede considerar en cierta medida agregativo pues siempre el texto constitucional reconoce la preexistencia de nacionalidades y regiones distintas aunque en el marco unitario de la nación española. Los Estatutos de las Comunidades españolas se aprueban por ley orgánica, más allá de la naturaleza pactada. El reparto de las competencias sigue un esquema basado en dos listas de materias: una enumera las materias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas, la otra enumera las materias de competencia exclusiva del Estado. El elemento característico más controvertido, además, es dado por el dinamismo del sistema, que no prevé normas de cierre para definir de una vez, de manera estable, el reparto competencial. Las Comunidades Autónomas no tienen representación paritaria en las instituciones parlamentarias. El Senado, de hecho, no es un órgano de representación regional. Para España no se puede hablar, entonces, de Estado federal. No faltan quiénes, valiéndose del concepto de plurinación, insisten sobre el carácter confederal del país.

Italia se define como un “Estado regional”. Rechazado el modelo federal, Italia quiso al mismo tiempo abandonar el centralismo heredado por el Estado liberal y tan enfatizado por el fascismo. Esto explica la elección de un sistema intermedio: se trata de una descentralización disgregativa, pero donde sus peculiaridades se valorizan sobre todo por la estructuración del territorio nacional en dos tipos de Regiones: Regiones ordinarias y Regiones especiales. En primer lugar, se otorgó a las Regiones la autonomía estatutaria. En el Estatuto se encuentran las principales normas organizativas del ente; además, en los Estatutos especiales se enumeran las materias en las que las Regiones pueden legislar. Para las demás Regiones se optó para una lista de materias, dejando residualmente las demás para el Estado. La competencia, sin embargo, no es exclusiva, sino concurrente, y las leyes se tienen que someter a intensos límites: no pueden instituir aranceles, ni obstaculizar la circulación de los ciudadanos; no podían, además, omitir los compromisos internacionales de Italia, las grandes reformas económicas y sociales, los principios fundamentales del ordenamiento, el interés nacional o el de otras Regiones. Pero sobre todo las Regiones ordinarias estaban obligadas a legislar solo dentro de leyes-marco aprobadas por el Parlamento nacional o, en su defecto, dentro de los principios enunciados por la ley estatal para cada una de las materias. En las materias de su potestad legislativa las Regiones tienen además autonomía administrativa; hoy en día sigue siendo escasa la autonomía financiera y la autonomía organizativa está garantizada solo en parte. Con respecto a los modelos federales, se nota que falta la representación de las Regiones en el ámbito nacional.

A diferencia de Italia, Bélgica representa un mosaico de lenguas y nacionalidades. Esto justifica los impulsos centrífugos hacia la división y la disgregación, hasta los límites de la secesión. Su peculiaridad se debe a la superposición de niveles que no coinciden territorialmente⁴⁸. Hay cuatro áreas lingüísticas: holandesa, francesa, alemana y bilingüe (Bruselas). Hay además tres Comunidades (que antes se definían “culturales”): francesa, flamenca y germanófona. Finalmente, tres Regiones: valona, flamenca y de Bruselas. Ninguno de estos tres niveles coincide con los demás y se superpone a ellos. Las competencias otorgadas a cada nivel son distintas y no igualitarias. Bélgica se autodefine “federal”. Tiene las características propias del federalismo

España, Alianza, Madrid, 1985; AA.VV., *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1985; AA.VV., *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos jurídicos y perspectivas políticas*, Parlamento Vasco, Granada, 1984; E. AJA, *El Estado Autonomo. Federalismo y hechos diferenciales*, 2ª ed., Alianza, Madrid, 2003; ID., *Estado Autonomo y Reforma Federal*, Alianza, Madrid, 2014; P. CRUZ VILLALÓN, «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa», y «La estructuración del Estado en Comunidades Autónomas: 1979-1983», ambos en ID., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Ceps, Madrid, 2006, p. 377 ss. y p. 391 ss.; J. RUIPÉREZ ALAMILLO, *Entre el federalismo y el confederantismo. Dificultad y problemas para la formulación de una teoría constitucional del Estado de las autonomías*, Biblioteca nueva, Madrid, 2010; S. MUÑOZ MACHADO, *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Crítica, Barcelona, 2012; R. L. BLANCO VALDÉS, *Los rostros del federalismo*, Alianza, Madrid, 2012; ID., *El laberinto territorial español*, Alianza, Madrid, 2014. Para una comparación de las dos experiencias, M. B. LÓPEZ PORTAS, *Galicia y Escocia. Dos modelos federales*, Un. De Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009. Un cuadro actualizado de Derecho positivo en E. ÁLVAREZ CONDE, A. GARCÍA-MONCÓ Y R. TUR AUSINA, *Derecho autonómico*, Tecnos, Madrid, 2013.

48 Con respecto a Bélgica, F. DELPÉRÉE (ed.), *La Belgique fédérale*, Bruylant, Bruxelles, 1994; A. LETON Y A. MIROIR, *Les conflits communautaires en Belgique*, Puf, Paris, 1999; M. UYTENDAELE Y M. VERDUSSEN (eds), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'Etat*, Larcier, Bruxelles, 2015.

plurinacional, pero faltan verdaderos mecanismos de participación de las entidades descentralizadas en la estructura parlamentaria central.

También Francia ha atravesado la vía de la descentralización “regional”, pero todavía no ha llegado (con independencia de una autonomía limitada a los Territorios de Ultramar), a conferir poderes de dirección política a las Regiones⁴⁹. Tentativas de regionalización son perseguidas, con escaso éxito, también en algunos países centralizados de América Latina, como Perú y Colombia⁵⁰.

IX DIFERENCIAS ENTRE ESTADO FEDERAL Y ESTADO REGIONAL Y EXPERIENCIAS EXCÉNTRICAS.

La doctrina ha intentado evidenciar las diferencias entre Estados federales y Estados regionales, pero cada criterio tiene excepciones. Así, algunos hacían referencia al procedimiento de formación, por agregación en los Estados federales, por desagregación en los regionales; se ha dicho también que, en los Estados federales, las competencias residuales pertenecen a los Estados, mientras la Federación solo tiene las competencias enumeradas en la Constitución. No falta quien se ha basado y todavía se basa en la autonomía constitucional de los Estados miembros, que no correspondería a las Regiones. En la búsqueda de un carácter distintivo entre Estados federales y Estados regionales es más plausible detenerse sobre la estructura del Parlamento: solo en el primer tipo de ordenamientos una Cámara representa de hecho a la población en toda su complejidad, otra representa a los Estados miembros de modo paritario. La principal diferencia cualitativa que distingue los Estados federales de los regionales es individualizada finalmente por algunos iuspublicistas en la garantía de que los entes periféricos tengan título para participar en la revisión constitucional.

La propia evolución histórica de los distintos ordenamientos a examen lleva aún más a cruzar los modelos. Si en efecto en los ordenamientos considerados federales los entes periféricos gozan de un grado de autonomía constitucional, legislativa, administrativa, financiera, mayor de aquella propia de los ordenamientos regionales, es igualmente incontestable que en los primeros se asiste a una tendencia a reforzar el centro, por exigencias unidas al gobierno de la economía y de la política exterior y a la tutela de los derechos (como sucede en los Estados Unidos); mientras en los segundos prevalecen las tendencias centrífugas (como en Bélgica, en España, en Italia). En ambos modelos organizativos, además, la contraposición entre centro y periferia (*dual federalism*), se ha venido sustituyendo por un sistema cooperativo de gestión de las competencias. Pero, ¿cómo encasillar –si no en clasificaciones dúctiles– los ordenamientos que están al margen de este esquema o que presentan características distintas y casi siempre nuevas?

Un ejemplo son aquellos ordenamientos donde la idea federal tiene una connotación solo formal: los Estados comunistas, los Estados islámicos, otros como por ejemplo Nigeria o Malasia y alguna experiencia latinoamericana, y por lo tanto están lejos de las experimentaciones originales del Estado policéntrico.

El problema, sin embargo, se presenta también dentro de las categorías “occidentales” del federalismo. En primer lugar, algunos Estados son unitarios, pero al mismo tiempo otorgan autonomía política solo a una parte del territorio: el federalismo asimétrico puede establecerse con dos principales

49 Cfr. M. CALAMO SPECCHIA, *Un nuovo “regionalismo” in Europa. Il decentramento territoriale della Repubblica francese*, Giuffrè, Milano, 2004.

50 Vid. algunos volúmenes (críticos) de J. ZAS FRIZ BURGA: en clave comparada, *El Sueño Obcecado. La descentralización política en la América andina*, Fondo editorial del Congreso del Perú, 2001; con respecto a Perú, ID., *La descentralización ficticia: Perú 1821-1998*, Un. del Pacífico, Lima, 1998; ID., *La Insistencia de la Voluntad. El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004)*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2004; ID., *La continuidad crítica. Balance del diseño normativo e institucional del actual proceso peruano de descentralización política (2002-2008)*, Palestra, Lima, 2008. Sobre Colombia, J. L. GARCÍA RUIZ (ed.), *¿Hacia dónde debe orientarse el modelo territorial colombiano?*, Un. Libre, Bogotá, 2007; J. L. GARCÍA RUIZ Y E. GIRÓN REGUERA (eds), *Estudios Sobre Descentralización Territorial: El Caso Particular de Colombia*, Uca, Cádiz, 2006. Y sobre todo el número monográfico coordinado por G. PAVANI Y L. ESTUPIÑÁN ACHURY de la *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 19, 2016, «Las tendencias del Estado Unitario en América Latina», op. cit., y *ivi*, de las mismas autoras, «Mutaciones del Estado unitario en América Latina», op. cit.

variantes⁵¹. Por un lado están los Estados que agrupan más “sociedades” distintas y optan por soluciones diferenciadas por cada una de ellas: todas tienen autonomía, pero con características distintas. Por otro, están los Estados que tienen una matriz cultural prevalentemente unitaria, compacta, pero que engloban también limitadas realidades distintas (periféricas, insulares, *enclaves*). Esto es lo que pasa, por ejemplo, en Portugal (con Azores y Madeira, provistas de potestad legislativa) o en Finlandia (islas Åland) e incluso en Francia, cuyos Territorios de Ultramar gozan de una potestad estatutaria que las leyes ordinarias de la Madre patria no pueden violar: sin autonomía política, excepto si tienen peculiaridades.

Un caso aparte, difícil de catalogar entre los hasta aquí analizados, es el de Reino Unido. En un contexto caracterizado en pasado solo por un sistema de autonomías locales desprovistas de poder de dirección política, el Parlamento de Westminster instituyó respectivamente un Parlamento escocés y una Asamblea galesa. También se creó una *Northern Ireland Assembly* tras el *Good Friday Agreement* de 1998. El reajuste del sistema centralizado logra un Estado asimétrico: Escocia (y, en pequeña parte, Irlanda del Norte) tiene competencias legislativas; Gales tenía solo competencias administrativas hasta 2006 y ahora también organizativas y tributarias; Inglaterra no tiene nada. Por lo que concierne la legislación, en Westminster están los diputados de las “naciones” distintas a Inglaterra, que votan sobre las cuestiones de los ingleses, pero los ingleses no pueden entrar en las cuestiones escoceses, sobre las que decide el Parlamento de Edimburgo. Sobre los casos controvertidos decide ahora la *Supreme Court*. La *devolution* representa un caso peculiar, ni regionalista, ni federalista⁵².

A complicar las clasificaciones contribuyen finalmente las experiencias centrípetas. Las exigencias económicas llevan hacia modelos de organización supranacional que a menudo presentan características distintas de las de la Confederación o del Estado federal. El caso más conocido es el de la Unión europea que, según los esquemas del *federalizing process*, algunos la han definido como una Confederación que va hacia la Federación⁵³. Sin embargo, son muchos los casos de uniones de Derecho internacional, como por ejemplo la Unión de los Estados africanos, la Organización de los Estados Centro-americanos, la Comunidad del Caribe, algunas uniones entre Estados del mundo árabe como la Liga árabe, etc. El fenómeno más llamativo en este ámbito parece ser representado por una especie de “confederalismo sin territorialidad”, que confía a organizaciones internacionales sectoriales el ejercicio de las competencias estratégicas en ámbito monetario, del crédito, del empleo, de la seguridad, etc. (Fondo Monetario Internacional, Banca mundial, WTO ...), desplazando así la dirección política fuera de los Estados.

51 Acerca del federalismo asimétrico/diferenciado, vid. D. TORRECILLAS RAMOS, *O Federalismo Assimétrico*, Plêiade, São Paulo, 1998; L. CARDINAL, *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Ed. Prise de parole, Ottawa, 2008; L. F. SEIDLE (ed.), *À la recherche d'un nouveau contrat politique: options asymétriques et options confédérales*, Inst. de recherche en politiques publiques, Montréal, 1994; P. PERNTHALER, *Der differenzierte Bundesstaat. Theoretische Grundlagen, praktische Konsequenzen und Anwendungsbereiche in der Reform des österreichischen Bundesstaates*, Braumüller, Wien, 1992, trad. it. *Lo Stato federale differenziato*, il Mulino, Bologna, 1998; R. AGRANOFF (ed.), *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Nomos, Baden-Baden, 1999; D. DOMINICI, G. FALZEAY G. MOSCHELLA (eds), *Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Giuffrè, Milano, 2004; R. TONIATTI, F. PALERMO Y M. DANI (eds), *An Ever More Complex Union: The Regional Variable as a Missing Link in the EU Constitution?*, Nomos, Baden-Baden, 2004; F. PALERMO, «“Divided we stand”. L'asimmetria negli ordinamenti composti», en A. TORRE (ed.), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, op. cit., p. 149 ss.

52 Acerca del Reino Unido K. B. SMELLIE, *A History of Local Government*, Allen & Unwin, London, 1968; R. ROSE, *Understanding the United Kingdom – The Territorial Dimension in Government*, Longman, London, 1982; G. W. JONES Y J. STEWART, *The Case for Local Government*, Allen & Unwin, London, 1985; J. STEWART Y G. STOKER (eds), *Local Government in the 1990s*, Macmillan, Basingstoke, 1995; D. WILSON Y C. GAME, *Local Government in the United Kingdom*, Macmillan, London, 1998.

53 A. LA PERGOLA, «Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (Una celebre dicotomia: “Stato federale-Confederazione”, la Confederazione di tipo antico e moderno, l'idea europeistica di Comunità)», *Diritto e società*, n° 3, 1992, p. 491 ss.; F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Cedam, Padova, 2005. Para confrontar con los EE.UU., A. MENON Y M. SCHAIN (eds), *Comparative federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, Oxford U.P., Oxford, 2006.

X. ESTADO UNITARIO Y “FEDERALISMO MUNICIPAL” FUERA DE OCCIDENTE.

Incluso el Estado unitario reconoce formas de articulación territorial a favor de los entes periféricos “menores”, los cuales constan casi siempre de un ente de base (Ayuntamiento, *Parish*, *Town*, *Community Council*, *Freguesia*, etc.) y un ente intermedio (Regiones administrativas, Distritos, Circunscripciones, Ciudades metropolitanas, etc.)⁵⁴, en los sistemas occidentales y aquellos cuyas influencias u organización proceden de la época colonial. Además de la organización plasmada por los modelos occidentales hay otros sistemas de autonomía local –total o parcial de base territorial– que operan o compiten con éste, los cuales valorizan los componentes tradicionales de la sociedad. La colonización ha extinguido casi por completo sus potencialidades expresivas de autogobierno, sustituyéndolas con las estructuras típicas de la potencia hegemónica (según el caso inglesa, francesa –o bien española, portuguesa–, holandesa...) ⁵⁵.

Sobre todo, se observan en el mundo islámico, donde “poder y estatus dependen prevalentemente de la cercanía al centro del poder”, y “el desplazamiento, la organización, la revuelta social y política, se desarrollan hacia dentro y hacia fuera más que desde abajo y hacia arriba como en el mundo occidental”. Así se explica el rechazo, en la cultura islámica, hacia expresiones como “ayuntamiento”, “común”, e incluso “ciudad”; en cambio, se aplica la omnicomprendensiva *dar-al-Islam* (más o menos “casa del Islam”), organizada para nada territorialmente⁵⁶. En Afganistán, por ejemplo, en las zonas rurales las *Jirga* –formadas por ancianos designados por la comunidad según los criterios consuetudinarios– representan los órganos tradicionales autorizados para administrar las comunidades en un nivel social y político y para solucionar los conflictos según el derecho tradicional. En casi el 80% de los casos se recurre a las *Jirga* más que a la justicia ordinaria⁵⁷. Sin embargo, la estructuración territorial y organizativa de las ciudades durante el 800 primero, y la organización del orden territorial local según las categorías formales occidentales –en la mayoría de los países musulmanes– después, hizo que nominalmente en casi todos los países entre Magreb e Indonesia operen modelos de administración local muy parecidos a los modelos occidentales. Así es confirmada por las Constituciones y la legislación ejecutiva de Jordania, Iraq, Palestina y hasta incluso Extremo Oriente.

En la India, se puede observar la recuperación –por lo menos en el *nomen*– de algunos órganos locales (estructurados en distintos niveles y distinguidos entre ciudad y campo) denominados *Panchayat* (Consejos de cinco sabios)⁵⁸. En Sudáfrica el *self-government* organizado sobre bases raciales ha dejado el sitio –en la óptica de la *Rainbow Nation*– a un sistema (de derivación británica, aunque en el ámbito del Estado federal) articulado en Provincias y niveles inferiores anclados a una fuerte distinción ciudad/campo, pero no a la distinción étnico-tradicional⁵⁹.

22

54 Bibliografía en la nota 21. A veces los ayuntamientos más grandes se pueden articular en sub-particiones (Circunscripciones, *Arrondissement*...), y, a menudo, los entes locales se pueden unir en formas asociativas para la gestión y la distribución de servicios en concreto.

55 Obviamente, la circulación de los modelos occidentales ha encontrado bastantes dificultades para penetrar en las áreas refractarias, como Oriente Medio y Magreb: vid. N. LAFI (ed.), *Municipalités méditerranéennes. Les réformes urbaines ottomanes au miroir d'une histoire comparée (Moyen-Orient, Maghreb, Europe méridionale)*, Schwarz, Berlin, 2005.

56 M. OLIVIERO, «Introduzione: il governo locale in Medio Oriente», en H. KUDO, G. LADU Y L. PEGORARO (eds), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia, Australia*, op. cit., p. 181 ss.

57 M. PAPA, *Afghanistan: tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Shari'a, consuetudini e diritto statale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 273 ss.; A. DELEDDA, «La Repubblica islamica di Afghanistan fra modernità e tradizione», en C. DECARO BONELLA (ed.), *Itinerari costituzionali a confronto. Turchia, Libia, Afghanistan*, Carocci, Roma, 2013, p. 281.

58 Sobre el *local government* en la India véase nota 35 y varias obras de D. AMIRANTE, entre ellas: «Il caleidoscopio del diritto indiano: percorsi di comparazione», *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 2014, y *Ann. dir. comp. st. legisl. 2013*; ID., «Origine, struttura e caratteri generali della Costituzione Indiana», en D. AMIRANTE, C. DECARO Y E. PFÖSTL (eds), *La Costituzione dell'Unione indiana*, Giappichelli, Torino, 2013; ID., «Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”», *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2015; ID., *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, Bup, Bologna, 2015, espec. p. 65 ss.; ID., *La democrazia dei superlativi. Il sistema costituzionale dell'India contemporanea*, Esi, Napoli, 2019, y por último P. VIOLA, *Costituzionalismo autoctono. Pluralismo culturale e trapianti giuridici nel subcontinente indiano*, Bup, Bologna, 2020.

59 Además de la nota 36, acerca de Sudafrica véase A. RINELLA, «Il Constitution of the Republic of the South Africa Act 1993:

Otros ordenamientos africanos o asiáticos reconocen la presencia de comunidades indígenas, organizadas en sus formas tradicionales, pero ha sido en América Latina dónde el fenómeno ha alcanzado las connotaciones más interesantes, especialmente cuando la fórmula elegida para la forma y el tipo de Estado (coincidiendo casi) corresponde con el Estado plurinacional.

Así, en Bolivia, las asambleas y los *cabildos* tienen poderes deliberativos (art. 11.2 Const.). La democracia comunitaria se ejerce mediante elección, designación o nombramiento de las autoridades y los representantes de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos (art. 11.3 Const.). El pueblo, mediante la sociedad civil organizada, participa en las propuestas de las políticas públicas y en el control de la gestión de los asuntos públicos, en todos los niveles de gobierno, en las empresas públicas, a participación mixta y en aquellas privadas que administran los recursos financieros (arts. 24.1 y 24.2 Const.).

En Ecuador, la plurinacionalidad comporta prácticas diferenciadas de la democracia. El art. 57 Const. reconoce a los grupos minoritarios el derecho de mantener, desarrollar y reforzar su identidad, el sentido de afiliación, las tradiciones ancestrales, las formas de organización social y el ejercicio de la autoridad sobre los territorios legalmente reconocidos además de las tierras comunitarias. Asimismo, estos pueblos pueden constituir circunscripciones territoriales para preservar su cultura, mediante procedimientos establecidos por ley (art. 60). Y pueden ejecutar el derecho ancestral respetando los derechos constitucionales, sobre todo los de las mujeres, los niños y los adolescentes (art. 57). El art. 171 Const., dedicado a la jurisdicción indígena, especifica que las autoridades ejercen las funciones jurisdiccionales basadas en las tradiciones ancestrales y el derecho en su ámbito territorial. La justicia indígena ofrece a las comunidades una manera para solucionar los conflictos que se generan en su interior y para prevenir los contrastes mediante sanciones morales y simbólicas, empezando por los valores étnicos locales⁶⁰.

Lo que se acaba de describir ha originado que en algunos Estados nominalmente centralizados se entrecruzan (y, se intenten resolver en gran medida) las cuestiones relativas a la descentralización territorial y la participación multicultural. Por el contrario, no siempre sucede lo mismo en los ordenamientos federales o regionales; igualmente porque las teorías que les invisten casi siempre separan los dos perfiles o ignoran uno de los dos.

XI. TERRITORIALIDAD, REPRESENTACIÓN Y ESTATUTO PERSONAL.

23

Hemos dicho en el § 3 que la expresión “tipo de Estado” evoca una de las modalidades de distribución del poder: no tanto la relación fundamental en el interior del Estado que se determina “horizontalmente” entre gobernantes y gobernados, sino la que focaliza (“verticalmente”) las relaciones

una costituzione *in itinere*», *Quad. cost.*, n. 1, 1995, p. 147 ss.; L. PEGORARO Y A. RINELLA, «La nuova Costituzione della Repubblica del Sudafrica (1996-1997)», *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 1998, p. 517 ss.; R. ORRÙ, *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della “rainbow nation”*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 65 ss.; V. FEDERICO Y C. FUSARO (eds), *Constitutionalism and Democratic Transitions. Lessons from South Africa*, Firenze U.P., Firenze, 2006.

60 Para una bibliografía esencial v. B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina*, Inst. Intern. de Der. y Sociedad, Lima, 2010; G. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2, 2011, p. 163 ss.; G. AGUILAR, S. LAFOSSE, H. ROJAS, Y R. STEWARD, *Justicia constitucional y modelos de reconocimiento de los pueblos indígenas*, Porrúa, México, 2011; R. VICIANO PASTOR Y R. MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011; R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; A. PIGRAU SOLÉ (ed.), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; S. BAGNI, «Dal Welfare State al Caring State?», op. cit.; A. TOMASELLI, S. ORDÓÑEZ Y C. WRIGHT (eds), *Justicia y Formas de participación indígena*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2014; S. BALDIN Y M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014; A. C. WOLKMER, I. FERNANDES Y M. LIXA (eds), *Constitutionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, Cenejus Nepe-Un. Fed. Santa Catarina, Aguascalientes-Florianópolis, 2015; S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, Esi, Napoli, 2017; ID. (ed.), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Esi, Napoli, 2011; S. BALDIN, «Lo statuto costituzionale dei popoli autoctoni in Bolivia con particolare riguardo alla giustizia indigena», *Federalismi.it*, 2015; ID., *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Giappichelli, Torino, 2019.

entre el aparato central del Estado y las autonomías territoriales. La distinción entre forma de Estado y tipo de Estado continúa manteniendo su propia lógica, tan sólo porque el estatalismo no ha sido capaz de conjugar dos visiones diversas de la libertad, y ha disociado la libertad cultural de la libertad territorial. La organización del poder exige la organización territorial, y cuando se elige la solución descentralizada, en sus rasgos principales esta está estructurada de forma tal que refleje, a nivel territorial, al “centro”; en los sistemas centralizados las autonomías no territoriales representan una excepción con respecto a la normativa general, en los descentralizados entrecruzan la autonomía territorial como excepción de su sistema normativo. “Descentralización”, “Confederación”, “Estado unitario”, “Estado regional”, así como “federalismo”, “regionalismo”, etc. no pueden prescindir de la dimensión territorial.

Sin embargo, fuera de la doctrina italiana, las modalidades de división del poder entre la sociedad y las instituciones se denominan con expresiones menos detalladas y omnicomprendivas, inclusivas de las relaciones territoriales: forma de Estado, forma política, *form of government*, *régime politique*, etc. La “*form of government*” de la Constitución estadounidense (art. IV, secc. I) incluye sin duda el ordenamiento federal. Destaca así la intersección entre la dimensión territorial y la horizontal de la distribución del poder, que el federalismo en su sentido clásico oculta bastante, porque hace referencia a entidades políticas *más* vecinas a la sociedad civil del “centro”, pero que al mismo tiempo son representativas del aparato del poder, es decir instituciones políticas con su pueblo, su gobierno, su territorio, especulares a la entidad central (Federación, Unión, *Commonwealth*, Estado, etc.)⁶¹.

Federalismo y derechos –incluso los “culturales”– se encuentran a medio camino en las entidades territoriales “menores”, como municipios y entidades correspondientes en los varios sistemas que todas las clasificaciones tendencialmente excluyen del concepto de “federalismo” porque no gozarían de autonomía política. Se supone que la autonomía política se identifica con el poder normativo primario (aunque incluso la ley de las entidades federadas siempre encuentra límites, además de en la Constitución federal, también casi siempre en principios y leyes “centrales”), en la participación en la reforma constitucional (a pesar de ser a veces muy limitada), en la protección constitucional (si bien se garantiza incluso a las entidades menores), en la representación en una segunda cámara (aunque no siempre sea igualitaria), etc.

No se considera, sin embargo, que “También la tradicional calificación de los entes locales como ‘entes autárquicos’ ya es insuficiente y a menudo es desmentida por disposiciones constitucionales que los definen expresamente como ‘entes autónomos’. Se trata [...] de autonomía política, como se infiere del carácter electivo de los órganos, de su naturaleza de entidades representativas de la comunidad local y legitimada a curar sus intereses, del poder de adoptar estatutos de autonomía en el marco de los principios establecidos por la constitución o la ley, por el poder de determinar autónomamente una propia dirección político-administrativa”⁶².

Sobre todo, además de negar la índole federal de las autonomías otorgadas a tales comunidades territoriales, tampoco se incluye en el *compact* federal a las autonomías *no territoriales* a veces reconocidas a grupos/comunidades distintos.

Como ha destacado S. Bagni⁶³, analizando las experiencias de Bolivia y Ecuador, “La territorialidad puede ser una característica de las instituciones, no de los derechos”. A su vez, I. el-Baghdadi, centrándose sobre el Oriente Medio, añade: “L’assunto che ogni etnia possa essere contenuta senza sbavature in una particolare area geografica è una fantasia”⁶⁴.

“Diversamente de los ordenamientos donde el pluralismo jurídico depende de la presencia de

61 Incluso los enfoques sociológicos hacen normalmente referencia –ya lo hemos subrayado– a entidades territoriales amplias, donde las distintas “naciones”, lenguas, identidades, culturas se reagrupan, sean Quebec o Sur-Tirol o Valonia o Cataluña.

62 M. VOLPI, «La distribuzione territoriale dei poteri: tipi di Stato e Unione Europea», en G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA y M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 378.

63 S. BAGNI, «Il ruolo delle Corti costituzionali tra pluralismo giuridico, plurinazionalità e interculturalità», en AA.VV., *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di Roberto Toniatti*, www.robertotoniatti.eu.

64 I. EL-BAGHDADI, *Il triangolo vizioso. Tiranni, terroristi e l’Occidente*, Laterza, Roma-Bari, 2019, p. 18, recordado por F. LATTANZI, “Il diritto dei Curdi all’autodeterminazione: modalità di realizzazione”, *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2020, p. XXIII.

minorías lingüísticas, étnicas o religiosas” –explica la Autora ahora mencionada– en los países analizados (Ecuador y Bolivia, pero podrían ser otros también) “su reconocimiento está subordinado no solo al elemento personal (perteneciente a una nación indígena), sino también a la territorial. Es decir, el alcance de la jurisdicción indígena se limita únicamente a hechos y relaciones que ocurren o producen efectos dentro del territorio de las comunidades. Plurinacionalidad y pluralismo jurídico están vinculados entre sí, aunque como principio de ordenación territorial la constitución de distritos o municipios indígenas es eventual y se da de forma voluntaria. De esta forma, la identidad personal también se parcela territorialmente. Esto produce como consecuencia un menoscabo del principio intercultural, ya que la identidad indígena, incluyendo a su propio ordenamiento jurídico, en realidad existe sólo dentro de ciertos límites territoriales y desaparece cuando el indígena se encuentra fuera de su comunidad.” Recuerda luego las palabras de H. Gómez y C. Gnecco: “No es casual que la consagración legal de estos derechos esté restringida a la jurisdicción territorial, cuyo impacto social es limitado porque no trasciende a esferas intersociales. Estos derechos dejan de existir cuando los indígenas ya no hacen parte o están por fuera de sus territorios: la política multicultural esconde una geopolítica multiterritorial y una segregación espacial de las diferencias culturales. La legalidad multicultural re-espacializa la alteridad étnica al ligarla a territorios específicos: el otro es ahora inseparable (e impensable fuera) de un lugar (su lugar). Esta concepción legal asume que el indígena que vive fuera de la comunidad puede (y debe) regirse por el derecho “universal” e individual”⁶⁵.

Las soluciones escogidas para tutelar las autonomías no territoriales son muy variadas.

En primer lugar, una representación distinta en las cámaras parlamentarias (y/o locales), para grupos minoritarios, sean ellos mujeres, jóvenes, minorías étnicas o lingüísticas, categorías profesionales, etc. Sin embargo, la representación de grupos y clases es algo no común en el constitucionalismo contemporáneo, y casi siempre se basa en la territorialidad de los distritos electorales⁶⁶.

“La superación de la representación clasista a favor de la representación política –destaca Serena Baldin– ha dado lugar que la selección del componente sea hecha sobre la base de sus ideas y no en los intereses relacionados a la condición o clase social a la que pertenece. Por este motivo, hoy en día solo rara vez se valorizan las categorías socio-económicas o profesionales, como es el caso de Irlanda, Eslovenia y Marruecos. En el Senado irlandés 43 escaños electivos están reservados para las entidades vinculadas a grupos específicos de producción; otros seis miembros son elegidos en las *constituencies* de la Universidad Nacional de Irlanda y de la Universidad de Dublín, y los restantes 11 senadores son designados por el *Premier*, previo el consentimiento de estos, después de la primera reunión de la Cámara recién elegida. A pesar de las intenciones originales, casi todos los senadores son elegidos sobre una base partidista. El Consejo Nacional de Eslovenia exalta los intereses profesionales: cuatro senadores son elegidos en representación de la patronal; cuatro de los trabajadores dependientes; cuatro de los agricultores, comerciantes y profesionales en libre ejercicio; y seis provienen de sectores no comerciales. Otros 22 senadores son elegidos en representación de entidades territoriales. En Marruecos, la Cámara de consejeros se compone de 3/5 de elegidos en representación de las entidades territoriales y de 2/5 elegidos en colegios electorales compuestos a su vez por los elegidos de las Cámaras profesionales y los asalariados. En Kenia, los parlamentarios deben representar los intereses de los trabajadores, de las mujeres, de los jóvenes y de las personas con discapacidad”⁶⁷.

65 H. GÓMEZ Y C. GNECCO, *El teatro de la representación: discursos legales e indígenas*, en ID. (eds), *Representaciones legales de la alteridad indígena*, Ed. Un. del Cauca, 2008, p. 21.

66 Sobre las justificaciones de las Cámaras altas (y especial atención para algunos sistemas europeos), P. MARTINO, *Seconde camere e rappresentanza politica*, Giappichelli, Torino, 2009. Con enfoque comparativo general J. LUTHER, P. PASSAGLIA Y R. TARCHI (eds), *A World of Second Chambers*, Giuffrè, Milano, 2006; F. PALERMO Y M. NICOLINI, *Il bicameralismo. Pluralismo e limiti della rappresentanza in prospettiva comparata*, Esi, Napoli, 2013. Con textos sectoriales sobre diversos ordenamientos y áreas S. BONFIGLIO (ed.), *Composizione e funzioni delle seconde camere. Un'analisi comparata*, Cedam, Padova, 2008.

67 Ver S. BALDIN, capítulo IX «La organización del Estado», secc. II, «El Parlamento», § 2.2, en L. PEGORARO Y A. RINELLA (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo II, *Sistemas constitucionales*, vol. B, op. cit., que añade: “El énfasis puesto en los jóvenes y sobre las personas con discapacidad pone el texto keniano a la vanguardia en el ámbito de la tendencia, bastante reciente, de garantizar la participación en la vida política en un espectro cada vez más amplio de categorías de individuos donde un papel principal es asumido por las minorías y por las mujeres”. Sobre los jóvenes por último, S. BALDIN, «Partecipazione dei giovani alla vita pubblica e diritto di voto a sedici anni: una panoramica giuscomparata», en G. BLASUTIG Y G. DELLI ZOTTI (eds), *Di fronte al futuro. I giovani e le sfide della partecipazione*, L'Harmattan, Torino, 2020.

En segundo lugar, en algunas materias se prevé –pero no siempre a nivel constitucional– un estatuto personal, cuando la ley permite que un sujeto aplique su propio derecho tanto en el territorio de su país como fuera de éste⁶⁸. El estatuto personal lleva a gestionar relaciones familiares, matrimoniales, hereditarias, de filiación, de culto, etc. según el derecho de la respectiva comunidad. Se trata en su mayoría de reglas de derecho privado aplicadas con base voluntaria por las personas pertenecientes a distintos grupos religiosos. Es peculiar sobre todo de Estados multiculturales, como el Imperio otomano o Israel, pero se utiliza –sobre todo a través de convenios y acuerdos– también en ordenamientos con presencia limitada de minorías, por ej. en Italia. Importante en particular para reconocer las peculiaridades del mundo islámico, a veces, como en el Reino Unido, la ley prevé incluso jurisdicciones distintas⁶⁹.

En tercer lugar, las minorías lingüísticas gozan a veces de especial protección, aunque, a menudo, solo cuando están concentradas en un territorio, casi siempre en regiones fronterizas⁷⁰.

Ni el Estado centralizado, ni el federalismo uninacional “de asimilación”, ni tampoco el federalismo “de reconocimiento”⁷¹ representan en sus modelos intereses difusos fuera del ámbito territorial, como elementos del *foedus*. En particular, al lado de minorías como rom y sinti⁷², siempre marginalizan a los extranjeros, aunque en el mundo globalizado representen cuotas importantes de las personas residentes en los territorios sujetos a la soberanía estatal⁷³.

Destaca S. Bagni⁷⁴: “Se habla tanto en la doctrina, como en algunas Constituciones, como la ecuatoriana o boliviana, de Estados plurinacionales, no sin un poco de confusión y superposición entre conceptos jurídicos y sociológicos. [...]. La soberanía sigue siendo unitaria, reconocida al pueblo, que no obstante está constituido, en posición de paridad, por una multiplicidad de naciones, originarias, como los indios, y no, como los afrodescendientes. Se trata de un constitucionalismo que debe llegar a hacer las cuentas con el pasado, para que pueda crear un nuevo acuerdo constituyente que finalmente sea compartido por todos los componentes de la sociedad, y por tanto también por aquellos que sean identificados como ‘comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas’ (Ecuador) o ‘naciones y pueblos indígenas originarios campesinos’ (Bolivia), hasta llegar incluso a los extranjeros [...].”

La Constitución ecuatoriana afirma en el art. 9 que los extranjeros que se encuentren en su territorio gozarán de los mismos derechos y tendrán las mismas obligaciones que los ciudadanos. El art. 63.2 reconoce el derecho de voto a los extranjeros solo con el requisito de residencia legal en el territorio por cinco años, sin requerir, por lo tanto, la adquisición de la ciudadanía ecuatoriana. El art. 416, n. 6, afirma que el Estado defiende el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente Norte-Sur. Por imperfectas que puedan ser las aplicaciones prácticas de estas disposiciones constitucionales, se debe reconocer un salto de calidad del lenguaje jurídico, finalmente

68 M. AOUN (ed.), *Les statuts personnels en droit comparé. Évolutions récentes et implications pratiques. Colloque international de la Un. Robert Schuman*, Un. Robert Schuman, Strasbourg, 20- 21 Novembre 2006.

69 J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *Religious Courts, Personal federalism and Legal Transplants*, en R. AHDAR, N. ARONEY (eds), *Shari'a in the West*, Oxford U.P., Oxford, 2010, p. 159 ss.; A. RINELLA, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Stati Uniti d'America e Canada*, il Mulino, Bologna, 2020.

70 La temática ha sido afrontada por T. H. MALLOY Y F. PALERMO (eds), *Minority Accommodation through Territorial and Non-Territorial Autonomy*, Oxford U.P., Oxford, 2015. Vid. también G. A. TARR, R.F. WILLIAMS Y J. MARKO (eds), *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Praeger, Westport, 2004, y (en relación a los perfiles de la protección de las minorías lingüísticas) K. D. MCRAE, “The Principle of Territoriality and the Principle of Personality in Multilingual States”, *Int. Journ. soc. language*, n. 4, 1975, p. 33 ss.; J. MCGARRY Y M. KEATING (eds), *Nations, Minorities and European Integration*, Rutledge, London, 2006.

71 Sobre la distinción v. *infra*, § 12.

72 S. BALDIN, *Le minoranze rom fra esclusione sociale e debole riconoscimento giuridico. Uno studio di diritto pubblico europeo e comparato*, Bup, Bologna, 2012.

73 Vid. ahora D. STRAZZARI, *Federalismo e immigrazione. Un'indagine comparata*, Ed. scientifica, Napoli, 2020.

74 Vid. S. BAGNI, capítulo IX «La organización del Estado», secc. I, «La organización del pueblo (representación, democracia directa, partidos políticos y sistemas electorales)», § 1, en L. PEGORARO Y A. RINELLA (eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo II, *Sistemas constitucionales*, vol. B, op. cit.

explícito y coherente con las implicaciones deducibles de la proclamación de los derechos humanos como fundamentales y universales”. Y concluye: “Si se quiere ser coherentes con la teoría de los derechos humanos, la ciudadanía solo puede ser universal. El concepto de extranjero debe enriquecer los de pueblo y ciudadano, en un tiempo razonable y sobre la base de requisitos limitados, que deberían tender a desaparecer del todo, como en la Constitución ecuatoriana citada o en el ordenamiento uruguayo, que reconoce a los extranjeros el derecho al voto desde 1934, a partir de 15 años de residencia”⁷⁵.

Al lado de otros grupos étnicos, religiosos, lingüísticos, los extranjeros representan un elemento “cuantitativamente” importante para reconsiderar las categorías tradicionales del federalismo territorial, justamente porque no están concentrados en territorios específicos sino distribuidos en áreas distintas.

XII. FEDERALISMOS DE ASIMILACIÓN Y DE RECONOCIMIENTO.

En un ensayo anterior había escrito que, para catalogar las experiencias en uno o en otro modelo, las clasificaciones de las distintas formas de división territorial del poder se basan en varios elementos ya analizados⁷⁶.

Sin embargo, es mucho más importante la distinción, llena de implicaciones históricas, sociales y políticas, entre los procesos federalistas multinacionales y los mono-nacionales, que consiente dividir los federalismos de asimilación respecto a los federalismos de reconocimiento. A veces, el plurinacionalismo se reconoce pero actúa fuera de una organización territorial descentralizada federalmente (Ecuador, Bolivia, Nepal); otras veces conlleva el reconocimiento (también) de una efectiva autonomía institucional asimétrica, realizada en formas federales (Canadá, Suráfrica) o regionales (España, Bélgica y, en menor medida, Italia). A éste se opone el federalismo mono-nacional e igualitario de los Estados Unidos, donde el problema de las minorías autóctonas se soluciona primero con el aniquilamiento y después con un *status* extra-territorial de las reservas indias. Suiza es también pluri-lingüista pero los elementos identitarios de las distintas componentes se diluyen en el igualitarismo, consagrado –así como en los EE.UU.– por la representación paritaria. Entre los Estados plurinacionales y los mono-nacionales (Francia) se pueden situar España, Bélgica, Italia.

27

XIII. FEDERALISMO Y DIFUSIÓN DE LAS GARANTÍAS.

Hoy en día, el problema más grande de los Estados no es tanto la amenaza terrorista⁷⁷, que solo representa la cúspide del choque cultural entre Occidente y otras culturas (especialmente la islámica), sino

75 En la amplia literatura sobre Derecho (y derechos) de los extranjeros, en perspectiva político-filosófica A. COLOMER VIADEL, *Inmigrantes y emigrantes. El desafío del mestizaje*, op. cit.; en perspectiva comparada (aunque centrado sobre todo en España y Europa en general), M. F. MASSÓ GARROTE, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional*, Colex, Madrid, 1997; P. BIGLINO CAMPOS, *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; E. ÁLVAREZ CONDE Y E. PÉREZ MARTÍN (eds), *Estudios sobre Derecho de extranjería*, Idp-Un. Rey Juan Carlos, Madrid, 2005; R. TUR AUSINA (ed.), *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, Iustel, Madrid, 2009; E. ÁLVAREZ CONDE Y A. M. SALAZAR DE LA GUERRA (eds), A. LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO (coord.), *Estudios sobre la integración de los inmigrantes*, Idp et al., Madrid, 2010; sobre Italia, Europa y países europeos, L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Giappichelli, Torino, 1996; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2001; E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE Y M. VRENNNA (eds), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, il Mulino, Bologna, 2013.

76 Los procesos formativos y sus siguientes dinámicas; la distribución de las competencias; la autonomía constitucional de los entes territoriales periféricos; la estructura de las instituciones representativas; la atribución de las funciones del Estado a los entes periféricos y en particular de la función judicial; la participación de los entes territoriales a la revisión constitucional, etc. Véase mi escrito «Para una teoría integradora del federalismo y la plurinación», op. cit.

77 Véanse mis artículos: «El enemigo, la ecuación terrorista-extranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho», *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. especial, 2019, p. 611 ss.; y «Seguridad: un pseudo-valor frente a los valores del Estado democrático de derecho», en J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (ed.), *Democracia y seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

el ataque a la territorialidad, debido a la globalización y el intercambio de bienes y *personas*. En el pasado, se ha intentado solucionarlo (sin éxito) construyendo muros⁷⁸, o a través de la asimilación en la cultura dominante de las otras llegadas con las migraciones; a veces, otorgando parcial autonomía a “naciones” distintas, mayoritarias en algunas áreas sujetas a la soberanía del “centro”.

De que el nivel más idóneo para garantizar la tutela de las minorías difusas sea el federalismo clásico tengo dudas: éste, cuando es “de reconocimiento”, consigue garantizar a minorías amplias concentradas en un territorio específico, pero no siempre a las “minorías de la mayoría” (anglófonos en Quebec, italianos o “ladinos” en el Sur-Tirol, andaluces en Cataluña, etc.), y tampoco a las demás: gitanos, grupos religiosos (ej. islámicos), o étnicos o lingüísticos (como por ej. comunidades albanesas en el Sur de Italia), etc.

El nivel óptimo para asegurar tanto la descentralización territorial como la protección de las minorías podría ser entonces el local, municipal, pues más que cualquier otro une instituciones y sociedad, y permite una representación más capilar y una correspondencia más nítida del pluralismo. Pensar, por un lado, en un fortalecimiento de los municipios, y por otro, en una exportación del modelo, aplicado en muchos países, de otorgar amplia autonomía a las comunidades indígenas⁷⁹, puede ser una solución, aunque no siempre podría ser provechoso en contextos distintos, cuando las minorías “culturales” (por no decir los extranjeros) no se reagrupan en territorios limitados, a veces muy pequeños. La propuesta de América Latina, África austral y en parte Asia puede entonces representar, solo adaptándolo, un modelo comparativo que puede enseñar incluso a Europa el camino hacia una democracia moderna.

Sin embargo, solo donde las comunidades sean, aunque pequeñas, concentradas, homogéneas y compactas, se pueden evitar los riesgos de abusos y opresiones, por parte de las mayorías “locales”, sobre grupos o particulares minoritarios. Paradójicamente, por la regla sociológica NIMBY (“not in my backyard”), la descentralización puede ser hasta más peligrosa para esas minorías, lo que explica por qué muchas veces el “centro” prefiere encomendar la disciplina de los derechos minoritarios a la ley federal o “central”⁸⁰.

Un federalismo moderno y capaz debería entonces fortalecer el nivel local, municipal, comunitario, donde las diferencias sean territorialmente diferenciadas y difusas, y al mismo tiempo aumentar la garantía federal (o central) solicitando un federalismo “funcional” para dar voz –a través de institutos como la silla vacía, la participación, *hearings*, consultas, la convocatoria de los representantes de la sociedad civil, etc.– a los que ni siquiera a nivel municipal tienen voz en el proceso de toma de decisiones.

78 La política, apresuradamente, a menudo resuelve el conflicto construyendo muros y cerrando puertos. Los “muros” romanos, y los otros construidos a lo largo de los siglos, desde la Gran Muralla al Muro Atlántico, a la Línea Maginot, a la línea gótica, todos inútiles, no parecen haber enseñado nada. Remito a V. GABANETTI, *The Wall. Un’analisi di diritto comparato sul concetto di muro*, Tesis Un. di Bologna, Corso di laurea magistrale in sviluppo locale e globale, a.a. 2019-2020.

79 Por ej, 418 municipios sobre 570 del Estado mexicano de Oaxaca aplican el “desarrollo de formas institucionales propias, diferenciadas e inveteradas, que reconocen como principal órgano de consulta a una Asamblea comunitaria y que por decisión propia han optado por este régimen en la renovación de municipalidad”.

80 Muchas veces este tipo de autonomía está protegido, incluso en los ordenamientos federales, por cláusulas de garantía establecidas por la Constitución federal (o del Estado central cuando el sistema es regional). Para dar protección a grupos/comunidades difusos, o “especiales” solo en referencia a un perfil particular (ej.: religión, etnia, lengua, etc.), el federalismo no solo no es suficiente, sino puede ser peligroso. No por casualidad, siempre hay una “garantía federal” para limitar los excesos de la periferia, en favor de las minorías cuyos derechos sean amenazados por las entidades periféricas. En los Estados del Sur de EE.UU., hasta los años 60, la mayoría podía decidir –en nombre de la autonomía y de la democracia– practicar la discriminación racial, a la que sólo el poder federal puso final, por lo menos, jurídicamente. El semi-Cantón suizo de Appenzel Innerrhoden ha negado el voto a las mujeres hasta 1990, cuando la Federación lo impuso, muchos años después que Irán. Francia, hiper-centralizada según el modelo napoleónico, siempre ha garantizado el ejercicio de los derechos.

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN LA ENCRUCIJADA DE LOS POPULISMOS

Jorge Alejandro Amaya*

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA DE DEFINIR LA DEMOCRACIA; II. LA DEMOCRACIA Y SUS MODELOS; III. TRES VARIANTES EQUILIBRADAS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: LA LIBERAL, LA SOCIAL Y LA DELIBERATIVA; IV. DOS VARIANTES CONSTITUCIONALMENTE DÉBILES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: LA ELECTORAL Y LA DELEGATIVA; V. DOS MODELOS REÑIDOS CON EL CONSTITUCIONALISMO: EL POPULAR Y EL POPULISTA; VI. LA REGLA DE LA MAYORÍA Y SUS LÍMITES; VII. ¿LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COMO DERECHO HUMANO? LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA (CDI); VIII. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN LA ENCRUCIJADA DE LOS POPULISMOS; IX. REFLEXIÓN FINAL.

29

* Presidente del Instituto para el Desarrollo Constitucional (IDC) Asociación Civil (Argentina) y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Coordinador del Panel N° 6 *La democracia parlamentaria en la encrucijada de los populismos* del curso *Lecciones constitucionales en tiempos de crisis*.

RESUMEN

Justicia independiente, división de poderes, libertad de expresión, pluralismo y alternancia democrática, elecciones periódicas libres y transparentes (instituciones sólidas) son las características de la Democracia Constitucional como modelo jurídico político completo y complejo que aúna una forma de gobierno (el autogobierno popular) y una forma de Estado (el Estado Constitucional). La Democracia Constitucional tiene un aspecto procedimental y un aspecto institucional. Este modelo adoptado mayoritariamente a través de sistemas presidencialistas o parlamentarios por el mundo occidental, ha sido consagrado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Carta Democrática Interamericana y exige a los países integrantes la vigencia y afianzamiento de dichas características institucionales. Sin embargo, coexisten en Latinoamérica - en teoría y práctica - modelos de democracia que otorgan distinta importancia a los elementos procesales y sustanciales que definen la Democracia Constitucional. Para el autor, los populismos que acechan hoy la democracia constitucional, se enrolan en un modelo democrático no constitucional en el sentido histórico y filosófico del movimiento de origen liberal.

Palabras clave:

Democracia Constitucional, modelos, aspectos procesales y sustanciales, regla de la mayoría, Carta Democrática Interamericana, Populismos.

ABSTRACT

CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AT THE CROSSROADS OF POPULISMS

Independent justice, division of powers, freedom of expression, pluralism and democratic alternation, free and transparent periodic elections (solid institutions) are characteristics of Constitutional Democracy as a complete and complex political legal model that unites a form of government (popular self-government) and a form of State (the Constitutional State). The Constitutional Democracy therefore has a procedural aspect and an institutional aspect. This model adopted mainly through presidential or parliamentary systems by the Western world, has been enshrined by the Inter-American Democratic Charter, requires the member countries to apply and strengthen these institutional characteristics. However, in Latin America - in theory and practice - models of democracy coexist that give different importance to the procedural and substantial elements that define Constitutional Democracy. For the author, the populisms that threaten constitutional democracy today are enlisted in a non-constitutional democratic model in the historical and philosophical sense of the movement of liberal origin.

Key Words:

Constitutional Democracy, models, procedural and substantial aspects, majority rule, Inter-American Democratic Charter, Populisms.

I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA DE DEFINIR LA DEMOCRACIA.

Podemos afirmar que la palabra *democracia* es una de las palabras más amplias del lenguaje jurídico político, y por cierto un concepto multívoco. Como plantea Sartori¹, definir la democracia es importante porque implica conocer qué esperamos de ella, ya que si la definimos en términos irreales o ficticios no encontraremos nunca realidades democráticas que se encuadren en nuestra definición.

Pero el problema de definir la democracia es mucho más complejo que su raíz etimológica², ya que entre el nombre y el objeto la distancia es amplia y con matices.

Por un lado, la democracia es una realidad palpable en el mundo occidental. Pero esta realidad no es igual en los distintos países que se definen como democráticos. ¿Es igual la democracia inglesa, que la rusa, la sueca o la china? ¿La norteamericana y la boliviana? ¿La venezolana, la cubana, la española, la mejicana, la colombiana o la argentina? No requerimos ser expertos o estudiosos de la teoría de la democracia, ni conocedores en profundidad del funcionamiento institucional de estos países, para afirmar instintivamente que en muchos de estos casos no parecen iguales, sino muy por el contrario se vislumbran como diferentes.

Lo afirmado nos conduce a que una realidad democrática no puede ser desligada de aquello que la democracia entendemos que debería ser. De ello se deriva que el problema de definir la democracia se desdobra, porque si por un lado la democracia requiere de una definición prescriptiva (el deber ser)³, por el otro no se puede ignorar la definición descriptiva (el ser). Sin la verificación, la prescripción es irreal, pero sin el ideal una democracia no es tal.

Lo cierto, es que en la segunda mitad del siglo XX el concepto de democracia ha conocido una amplia diversificación de formulaciones. Tan amplias formulaciones que al final de los años ochenta no había todavía una teoría central de la democracia, y no se podía hablar todavía de una teoría de la democracia plenamente desarrollada⁴.

Si aún en el siglo XXI no podemos hablar de una teoría de la democracia plenamente desarrollada, significa que no hay unanimidad sobre los principios básicos de la teoría democrática, sea en su normatividad o en su aplicación. La realidad expone crudamente esta afirmación.

Muchos países latinoamericanos, asiáticos y africanos se consideran gobiernos democráticos y, sin embargo, muchos de nosotros no titubearíamos en calificarlos de otra manera o en destacar, al menos, una mala calidad del funcionamiento de la democracia en dichos países o de la normatividad en que se basa.

Pero esta afirmación está condicionada siempre por nuestro concepto de democracia, o sea por lo que entendemos por democracia.

II. LA DEMOCRACIA Y SUS MODELOS.

Si bien el sufragio popular constituye un punto común en la teoría democrática, y entonces podremos hablar de *democracia* en singular, corresponde referirnos a los modelos en forma plural, ya que, desde la interrelación entre *democracia* y *constitución* se configuran distintos modelos democráticos que pueden encontrar una mediana coherencia entre el ideal y la praxis, o entre la prescripción y la descripción.

Esto evidencia la existencia en el mundo de distintos *modelos*, cuyas diferencias han sido destacadas desde distintas perspectivas por varios autores⁵.

La clasificación de los *modelos de democracia* a los que nos referiremos en este trabajo, se elabora desde la perspectiva de la relación entre *democracia* y *constitución*, es decir, desde la interacción entre la aspiración

1 G. SARTORI, *¿Qué es la Democracia?*, Altamir ediciones, Bogotá, 1994, capítulo I, págs. 3-10.

2 Etimológicamente la palabra proviene de las voces griegas “demos” (pueblo) y “kratos” (gobierno); y se ha teorizado sobre la misma desde antes de Pericles (s. V ac) hasta nuestros días.

3 G. SARTORI, *op. cit.*, pp. 3-5.

4 G. SARTORI, *Teoría de la democracia. I. El debate contemporáneo*, Trad. cast., Madrid, Alianza 2007, p. 13.

5 Pueden verse, además de la obra de Sartori citada en la nota anterior, D. HELD, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza 1991; R. DEL AGUILA, F. VALLESPIN y otros, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza, 1998.

del autogobierno popular y los límites que el propio autogobierno se impone normativamente en un texto que denomina Constitución y al que se le otorga *supremacía* a efectos de operar como regla de referencia, reconocimiento, o validación de todo el sistema jurídico.

La noción de *constitucionalismo o constitución* es, por cierto, compleja y abraza una notable variedad de orientaciones⁶ y, si bien se trata de un fenómeno moderno afianza sus raíces en la edad pre-moderna y encuentra su modelo en el ideal clásico del *gobierno de las leyes* contrapuesto al *gobierno de los hombres*.

¿Porque el *estado constitucional* es aquel que reconoce derechos fundamentales y al mismo tiempo divide el poder político?

La conexión entre ambos elementos se ilustra a partir que los derechos individuales son los límites principales del poder político e inviolables por el mismo, tanto en el sentido negativo como positivo, es decir en el sentido que no puede adoptar decisiones que lesionen esos derechos, como en el sentido que está obligado a asegurar su disfrute por parte de los individuos.

En la noción de *abuso de poder político* se encuentran implicadas distintas dimensiones, ya que el poder comete abusos cuando excede los límites que le han sido prescriptos; cuando realiza actos no autorizados; cuando se impone arbitrariamente a la voluntad de los administrados; y cuando actúa por interés propio o privado y no por interés público.

La división o separación de los poderes es aquel diseño constitucional destinado a prevenir los abusos del poder y proteger los derechos fundamentales del individuo que constituyen los principales límites del poder político. Esta creación constitucional se materializa mediante dos operaciones:

- a) la distinción de las funciones en las que se articula el poder político (legislativa, ejecutiva y judicial);
- b) creación de los órganos separados en los que se distribuyen, dosificando las competencias de dichos órganos para permitir su control recíproco (los checks and balances norteamericanos)

Como señala Bobbio *se podría afirmar que la separación de los poderes tiende al aislamiento del poder ejecutivo*⁷ como uno de sus efectos más importantes. Por un lado la limitación del poder contra los abusos es solamente ilusoria si el sujeto que detenta la facultad de ejercer el poder coactivo es el mismo sujeto que establece las reglas que deberían limitar su ejercicio; por otro lado, el límite es ilusorio cuando el mismo sujeto que ejerce la coacción determina si la coacción debe aplicarse en el caso concreto, es decir, si es el mismo sujeto que determina cuando se ha cometido un ilícito⁸.

Siguiendo entonces esta línea de pensamiento, constitución en un sentido estricto y propio, es la norma o conjunto de normas que, por un lado, reconoce derechos fundamentales y, por otro, instituye poderes públicos articulando sus competencias y regulando su ejercicio en función de la protección de la garantía y de la tutela de los derechos.

En síntesis, adherimos al modelo de *Democracia Constitucional* que, como veremos, incluye distintos sub-modelos democráticos (liberal, social, deliberativo) y rechaza otros (electoral, delegativo, popular, populista).

III. TRES VARIANTES EQUILIBRADAS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: LA LIBERAL, LA SOCIAL Y LA DELIBERATIVA.

Dentro de las variantes que presenta en el mundo occidental la concepción de la democracia constitucional, podemos incluir a la democracia liberal; a la democracia social; y a la democracia deliberativa.

Las tres variantes promueven, con distintos matices, las siguientes características:

- Una constitución suprema que reconoce derechos individuales y limita el poder del Estado a través de algún esquema de división del poder.

6 Algunas de estas orientaciones coinciden con los modelos democráticos, ejemplo el constitucionalismo liberal o clásico y el social. En otros no se da esta coincidencia, como en el caso del constitucionalismo popular.

7 N. BOBBIO, *Diritto e Stato nel pensiero di Emmanuele Kant*, Giappichelli, Turín, 1969, págs. 38-51.

8 J.A. AMAYA *Control de Constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2013, capítulo II, A) punto 11, pp. 38-51.

- El derecho de todos los ciudadanos a votar y ser votado en elecciones libres y transparentes.
- El status de inviolabilidad del derecho de propiedad privada.
- La existencia de un sistema político pluralista.
- La vigencia de la libertad de expresión y de prensa, así como el acceso a fuentes de información alternativa a las propias del gobierno que garanticen el derecho a la información de los ciudadanos.
- El respeto de las mayorías en la toma de decisiones dentro de un marco institucional de protección de los derechos de las minorías.

Giovanni Sartori es, sin duda, uno de los más fervientes defensores contemporáneos del modelo liberal⁹ que, desde Tocqueville¹⁰ a De Ruggiero¹¹, pasando por Kelsen¹² o Raymond Aron¹³, intenta discernir – en esencia - sobre la relación entre la libertad y la igualdad. La democracia liberal refuerza la individualidad frente al contexto social¹⁴.

El modelo liberal es ante todo la técnica de limitar el poder del Estado; mientras que el social se preocupa por la inserción del poder popular en el Estado¹⁵. O, en otras palabras, mientras el liberal se preocupa por la forma del Estado, el demócrata social se interesa por el contenido de las formas emanadas del Estado.

Y estas características de la democracia liberal y social no son menores, tienen enorme relevancia en resguardo de los derechos humanos.

La democracia social, que han adoptado la gran mayoría de los países europeos y latinoamericanos, fortalece los derechos sociales entendiendo los mismos como aquellos que tienen que ver con la protección de los más desfavorecidos, son derechos que obligan al Estado a actuar. La educación, el derecho a una vivienda digna, el derecho a la salud, etc. Se incorporan como sociales el derecho de participación social y participación política, implementado, por ejemplo, para los trabajadores a través de sus sindicatos nacionales. La democracia y el capitalismo de mercado son considerados como dos aspectos esenciales de la teoría de la democracia social que se han desarrollado en una relación de tensión recíproca.

La Teoría de la democracia social se diferencia – sin duda - de la teoría de la democracia liberal, pero cabe destacar que las raíces de ambas teorías se encuentran en la democracia liberal desarrollada desde la Ilustración en los siglos XVII y XVIII.

Presenta una concepción diversa respecto a los tres valores fundamentales de la sociedad occidental: libertad, igualdad y solidaridad, los cuales, si bien están vinculados particularmente con la cultura, intentan explicar cuál es la relación del individuo frente a la sociedad y cómo debe representarse la vida en sociedad. En este sentido, la democracia social refuerza los valores de la igualdad y la solidaridad, frente a la libertad priorizada por la democracia liberal.

De acuerdo con Isaiah Berlín, es posible establecer una diferenciación entre derechos de libertad negativa (formales, defensivos) y derechos de libertad positiva (sociales, posibilitadores)¹⁶. Ambos modelos asignan una importancia muy diferente a la interrelación que existe entre los derechos de libertad positiva y negativa. Para la democracia liberal el otorgamiento de derechos de libertad positiva recorta (y elimina) derechos de libertad negativa, por lo que los derechos de libertad negativa tienen prioridad. Para la democracia social los derechos de libertad negativa y positiva deben equipararse si tienen validez formal y efectividad real para todos.

9 G. SARTORI, *Teoría de la Democracia*, Alianza Universidad, Madrid, 2007 (2 tomos).

10 A. TOCQUEVILLE *La democracia en América*, Editorial Alianza, Madrid, 1980.

11 G. DE RUGGIERO *Política y Democracia*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1960.

12 H. KELSEN *De la esencia y valor de la democracia*, Valor, Barcelona, 1977 y KRK, ediciones, Oviedo, 2006.

13 R. ARON *Democracia y totalitarismo*, Seix Barral, Barcelona, 1968.

14 G. SARTORI, Op. cit. tomo 2, *Los problemas clásicos*, p. 467.

15 *Ibidem*, p. 470.

16 I. BERLÍN *Dos conceptos de libertad*, Alianza Editorial, 2005.

De este modo, el Estado adquiere un papel activo y una obligación de actuar, sobre todo para establecer una red de servicio público y una infraestructura que ofrezcan libre acceso, protección y oportunidades a todos; para crear oportunidades mediante la redistribución social, a fin de que las personas puedan participar activamente y de forma autónoma en la sociedad y en la democracia; para integrar formalmente la economía de mercado de manera tal que se garanticen las estructuras democráticas y puedan verse representados los intereses de los trabajadores.

El modelo deliberativo es también una forma política que aspira a convertirse en modelo normativo de la política contemporánea, prescribiendo la política que conviene a la sociedad postmoderna, la cual – según su visión - no debe renunciar a la construcción racional del mundo humano de manera autónoma, reflexiva y secular, en medio de la crisis del Estado nacional de derecho y la formación de una sociedad global.

Las piezas que forman la teoría de la democracia deliberativa están finamente engarzadas en un sistema de pensamiento, idealista y pragmático a la vez, montado sobre la razón y la acción comunicativas, de las que emerge un modelo político filosófico (la política deliberativa) y una propuesta política y constitucional democrática, la deliberativa.

Habermas, su principal gestor, sostiene que la democracia deliberativa es dependiente de procedimientos y presupuestos comunicativos que institucionalizan el discurso público. Se aparta de los teóricos participativos que como Macpherson o Dhal, han centrado su reflexión en la creación de modelos organizacionales de participación política y social. Ha orientado sus esfuerzos a mostrar las potencialidades ínsitas en los procesos comunicativos, pues mientras no haya consenso sobre la necesidad de realizarlos la discusión sobre los modelos organizacionales sería prematura.

El autogobierno no consiste en el ejercicio de la soberanía por el pueblo, sino en la realización de la voluntad popular como procedimiento. Habermas cuestiona la representación clásica y sostiene que debe hacerse procedimental. Esto es, ya no se trata de oponer el gobierno de la minoría al del pueblo como mayoría o como conjunto de ciudadanos, como lo hacía la teoría clásica de la democracia desde Aristóteles, sino más bien de democratizar los procesos de toma de decisiones públicas y de racionalización social¹⁷.

Esto significa una valoración a los movimientos sociales, de los grupos que llama “auto organizados” los cuales convierten en temas sociales situaciones particulares: por ejemplo, de las mujeres, las minorías étnicas, la paz, o el medioambiente, para citar algunos ejemplos. De este modo, ciertos intereses particulares pueden universalizarse y por esa vía contribuir a realizar los valores normativos de la modernidad: autogobierno, autonomía y autorrealización, los cuales están íntimamente ligados a la libertad, la paz, la disminución de las desigualdades, la ciudadanía amplia, el reconocimiento del pluralismo social y cultural y la igual dignidad de todos los hombres y sus culturas.

34

IV. DOS VARIANTES CONSTITUCIONALMENTE DÉBILES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: LA ELECTORAL Y LA DELEGATIVA.

La teoría de la democracia electoral de Shumpeter¹⁸ se construye a partir de la idea que la democracia es un método de combate político entre grupos, por medio de las elecciones para formar gobierno. Para este economista austriaco los políticos se comportan como negociantes, donde lo único que cuenta es arribar al poder. El método es la lucha electoral, y a ello se le llama democracia. Por consiguiente, las convicciones ideológicas no juegan un papel relevante en la teoría de la democracia electoral.

El pueblo es un actor más bien pasivo, sin una clara identidad, que reacciona a los estímulos de la propaganda política y donde la participación ciudadana se cristaliza en el acto de votar.

Shumpeter acepta tácitamente que el régimen democrático puede coexistir con la exclusión de grupos en base a raza, género o religión, pero su modelo de libre competencia electoral “requiere la

17 J. HABERMAS, “La soberanía popular como procedimiento. Un concepto normativo de lo público”, en María Herrera (coord.), *Jungen Habermas: moralidad, ética y política*, Ed. Alianza, México D.F, 1989, p. 49.

18 J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, volumen I, Marcial Pons, Barcelona, 2015.

aceptación de ciertos residuos del liberalismo clásico [...] presupone algunas libertades políticas básicas¹⁹.

Para el modelo de democracia electoral, la lucha es por el poder, no por alternativas u opciones en las estrategias estatales o las políticas públicas. Es como si la lucha fuera una cuestión en la que la ideología tiene un papel subsidiario o nulo. Por ello, no hay duda de que en Schumpeter prevalece la idea que las demandas políticas ciudadanas pueden ser restringidas, manipuladas, aumentadas y frenadas por la oferta de los políticos profesionales.

Es un sistema donde los que mandan, mandan por su posición privilegiada, o dicho crudamente, por su poder previamente adquirido, no derivado de alguna norma democrática²⁰.

La teoría electoral tiene una baja estima de la conducta de la ciudadanía moderna, ya que para esta el pueblo se comporta irracionalmente ante las decisiones políticas, le gusta ser dirigido y adora a los líderes carismáticos autoritarios, e incluso tolera el engaño abierto y el descaro de sus líderes²¹.

Por consiguiente, parecería que la propuesta del modelo de democracia electoral se reduce a un mecanismo plebiscitario regular, no entre opciones ideológicas, sino entre líderes o caudillos

El modelo delegativo corresponde al prestigioso politólogo Guillermo O'Donnell, quien planteara inicialmente en un artículo²² esta nueva especie o modelo de democracia, sobre la cual aún no se ha teorizado mayoritariamente.

Para el autor nacional los factores más decisivos en la generación de este nuevo modelo de democracia se centran en factores históricos y en la gravedad de los problemas socioeconómicos que heredan aquellos gobiernos democráticos que sobrevienen a los gobiernos dictatoriales.

Así, sostiene que algunas democracias jóvenes²³ si bien constituyen poliarquías, no son democracias consolidadas, es decir institucionalizadas, aunque pueden ser duraderas. En muchos casos, no se observan señales en sus territorios de una amenaza inminente de regresión autoritaria, pero tampoco progresos hacia una democracia representativa, ya que la crisis social y económica que la mayoría de estos gobiernos heredaron de sus predecesores autoritarios refuerza ciertas prácticas y concepciones acerca del ejercicio de la autoridad política, que conducen hacia la democracia delegativa, no a la representativa.

Una democracia no institucionalizada se caracteriza por el alcance restringido, la debilidad y la baja intensidad de cualesquiera que sean las instituciones políticas existentes. El lugar de las instituciones lo ocupan otras prácticas no formalizadas, pero fuertemente operativas, a saber: el clientelismo, el patrimonialismo y la corrupción.

Las democracias delegativas se basan en la premisa de (quien sea que gane una elección presidencial) tendrá el derecho a gobernar como considere apropiado, restringido sólo por la realidad de las relaciones de poder existentes y por un período en funciones limitado constitucionalmente, que inevitable y recurrentemente tratará de sortear.

El presidente es considerado como la encarnación del país, principal custodio e intérprete de sus intereses. Las políticas de su gobierno no necesitan guardar ninguna semejanza con las promesas de su campaña, ¿o acaso el presidente no ha sido autorizado para gobernar como estime conveniente?

Debido a que a esta figura paternal le corresponde encargarse de toda la nación, su base política debe ser un movimiento: la vibrante superación del faccionalismo y de los conflictos asociados a los partidos.

Generalmente, en el modelo Delegativo, los candidatos presidenciales ganadores se sitúan a sí

19 W. SCHEUERMAN, *Carl Schmitt. The End of Law*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999, p. 202, citado por Vidal de la Rosa Godofredo, "Teoría Democrática, Joseph Schumpeter y la síntesis moderna", *Argumentos*, vol. 23, n° 62, México, p. 180.

20 Schumpeter no examina estos orígenes, pero en otras partes de su obra deja ver, coincidiendo con Marx y hasta con Max Weber, que las fuentes del poder en la sociedad moderna no dimanan de la voluntad popular sino del acceso de las clases sociales a los medios de producción, coerción y administración. Cfr. G. VIDAL DE LA ROSA, op. cit. p. 186.

21 Muchos estudios concuerdan en que a mayor nivel educativo los públicos prefieren elecciones entre ofertas políticas, y entre públicos atrasados cívicamente prefieren elecciones entre imágenes personales y afectivas, como las que describe Schumpeter.

22 Publicado originalmente como "Delegative Democracy", *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1, January, págs. 55-69, 1994.

23 Argentina, Brasil, Perú, Ecuador, Bolivia, Filipinas, Corea y muchos países poscomunistas.

mismos tanto sobre los partidos políticos como sobre los intereses organizados. ¿Cómo podría ser de otro modo para alguien que afirma encarnar la totalidad de la nación?

De acuerdo con esta visión, otras instituciones, por ejemplo los Poderes Legislativo y Judicial, constituyen estorbos a un presidente democráticamente elegido por amplia mayoría popular.

La rendición de cuentas a dichas instituciones aparece como un mero obstáculo a la plena autoridad que le ha sido delegada al presidente.

La democracia delegativa no es ajena a la tradición democrática, por el contrario es fuertemente mayoritaria y democrática, pero mucho menos constitucional que la democracia representativa.

Consiste en constituir mediante elecciones limpias una mayoría que faculta a alguien para convertirse, durante un determinado número de años en la encarnación y el intérprete de los altos intereses de la nación.

V. DOS MODELOS REÑIDOS CON EL CONSTITUCIONALISMO: EL POPULAR Y EL POPULISTA.

El modelo de la democracia popular se expresó en los estados socialistas desarrollados principalmente durante el siglo XX en Europa del Este, bajo la influencia de la denominada entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, producto de la distribución geográfica política que dejó la finalización de la segunda guerra mundial. Solían disponer en el nombre oficial del Estado la expresión República Popular o República Democrática.

Estos regímenes han sido institucionalmente variados, aunque en todos ellos el pluralismo fue limitado o prácticamente inexistente, ya que los regímenes políticos se constituyeron con un partido político único, o, en algunos casos, con dos: uno urbano y otro agrario, unidos por el Estado y sin competir entre ellos.

El modelo de la democracia popular inspira su diseño conceptual en las ideas de Marx y Engels. Estos teóricos siempre destacaron que la democracia consistía en un poder colegiado de los obreros en alianza con los campesinos, artesanos, trabajadores de los servicios, profesionales e intelectuales. Sostienen que hace falta en las sociedades un período de eliminación de las diferencias de clases, de establecimiento de condiciones económicas nuevas donde se cumpla la satisfacción plena material y espiritual de los individuos. Para ellos la concepción del socialismo sólo podía darse en sociedades desarrolladas y no en sociedades con bajo desarrollo de las fuerzas productivas, porque entonces no era posible garantizar el progreso y las aspiraciones de una sociedad donde se diera el salto de la necesidad a la libertad más plena de la democracia verdadera.

Con posterioridad a las ideas comunistas de Marx, Engels y Lenin, otro gran teórico de esta corriente, Antonio Gramsci²⁴, formula una crítica aguda al autoritarismo y a los métodos burocráticos de la Unión Soviética, avizorando el fracaso del modelo de socialismo soviético y exponiendo la necesidad de una construcción teórica y práctica más dialéctica y democrática del mismo.

Gramsci plantea como tarea necesaria en la preparación de la revolución un intenso trabajo crítico que permita la elevación del nivel cultural e ideológico de las mayorías inconformes con el sistema de dominación imperante. Estas ideas del filósofo marxista italiano tienen relación con el concepto de hegemonía, ya que para él la dominación de clases en los tiempos modernos necesita de una legitimación que la dominación perdurable debe implicar. No sólo se debe garantizar el elemento de fuerza de coerción, sino también la construcción y conservación del consenso.

Esto lo lleva a ampliar el concepto marxista de Estado como aquel que además del aparato de Estado y de las fuerzas represivas tome en cuenta la vitalidad de la sociedad civil. En esta concepción de la sociedad civil se concibe al individuo como un sujeto social activo. La idea esencial de Gramsci en relación con la sociedad civil y la democracia gira en torno de la funcionalidad de la misma dada en la organización del consenso, es decir, el sistema parlamentario debe llevar a la práctica en la sociedad la riqueza de las

24 A. GRAMSCI, *Cuadernos de la Cárcel*. https://ses.unam.mx/docencia/2018I/Gramsci1975_CuadernosDeLaCarcel.pdf

energías públicas, y pone énfasis en la hegemonía permanente de las clases urbanas sobre la totalidad de la población. Para él los intelectuales son los que llevan el peso fundamental en la hegemonía social y en el gobierno político.

Para lograr estos fines, el grupo básico dominante tiene que tener el consenso de las grandes mayorías, Este consenso brotaría espontáneamente y sería el resultado del prestigio que el grupo dominante alcanza en el mundo de la producción con su posición y su función, y del aparato coercitivo del Estado que asegura la disciplina de los grupos que no dan su respaldo.

La significación de Antonio Gramsci para el pensamiento de izquierda en América Latina ha sido y es notorio porque ha servido para reformular una teoría que, en la práctica, dejó en evidencia su notorio fracaso expuesto en las repúblicas democráticas de Europa del Este, América Latina y Asia.

Esta actualización o reformulación teórica tiene proyección en el modelo democrático populista que ha ganado terreno entre muchos teóricos de América y Europa que identifican este modelo con movimientos políticos mundiales, radicados con fuerza en algunos países de América Latina²⁵.

Ernesto Laclau constituyó un referente no solo del populismo teórico²⁶, sino también de sus implicancias prácticas y de la aplicación concreta de sus postulados en un sistema de gobierno²⁷.

Para este pensador marxista y posmarxista²⁸, crítico del liberalismo y su discurso individualista partidario de una economía de mercado y del gobierno limitado, el populismo es una “dimensión constante de la acción política” donde se articulan ideas, intereses, conocimientos y afectos del “pueblo” como sujeto²⁹. El carácter post-marxista del pensamiento de Laclau radica en que no comparte la visión de la lucha de clases del pensamiento marxista tradicional, ni su énfasis en el protagonismo del proletariado, pero permanece fiel a otros elementos de esa perspectiva, como son la preeminencia del antagonismo social, el método holista (en todas sus formas en que el individuo queda subordinado a una unidad colectiva) y el acento en la praxis dado por la función del discurso para transformar, el decir en hacer.

En el populismo predomina una relación emocional tanto entre el líder y su pueblo, como entre los diversos grupos que constituyen el pueblo, quienes independientemente de las comunes necesidades o creencias estarían principalmente unidos por lazos de solidaridad³⁰, por eso la operación política por excelencia sería construir y definir una identidad popular³¹.

25 M. CARRERAS, *Los partidos importan. Democratización y evolución del sistema de partidos en América Latina*, en Revista Nueva Sociedad, Fundación Friedrich Ebert, no 240, julio-agosto de 2012; F. LARIA ALEARDO, *Calidad institucional y presidencialismo. Los problemas no resueltos de Argentina*, Nuevohacer, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 2008; T. TODOROV *Los enemigos íntimos de la democracia*, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Buenos Aires, 2012; A. KOEN y S. RUMMENS, *Populism versus Democracy*, political studies, vol 55, 2007; G. AGUILA y M.C. VIANO, “¿El cielo protector?: Revisando el significado del populismo latinoamericano”, *Investigaciones Históricas, época moderna y contemporánea*, n° 19, p. 219-237, Salamanca, 1999; M. CONNIFF, “Neopopulismo en América Latina. La década de los ‘90 y después”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. XXIII, n°. 1, pp. 31-38, 2003; A. FERNANDEZ, “El populismo latinoamericano: realidades y fantasmas”, *Colección, Revista del Instituto de Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires, Año 12, n° 17, pp. 13-34. 2006; A. KNIGHT, “Populism and Neo-populism in Latin America, especially Mexico”, *Journal of Latin American Studies*, n° 30, 1998, pp. 223-248.

26 E. LACLAU, *La razón populista*, Fondo de cultura Económica, México, 2009.

27 Fue pública la adhesión del gobierno argentino entre 2007 y 2015 a la teoría de Laclau, su participación como ideólogo del movimiento político-social denominado *kichnerismo* y de su estrategia de gobierno.

28 Se señala una primera etapa en el desarrollo de la filosofía política de Laclau, situada entre los años 1960 y 1970 que denota su pensamiento marxista, y a partir de 1986 se observa la adopción de una perspectiva post-marxista inspirada por diversos autores y nociones, entre las cuales el propio Laclau resalta el concepto de hegemonía de Gramsci, el post-estructuralismo de Derrida, el simbolismo de Lacan y los juegos del lenguaje de Wittgenstein. Cfr. E. VERGALITO *Devenires de la teoría del populismo: marxismo, post-estructuralismo y pragmatismo en Ernesto Laclau*, en L. Mendoza (coord.), *Evolución de las ideas filosóficas: 1980-2005. XIII Jornadas de pensamiento filosófico argentino*, Buenos Aires: FEPAL, pp. 36-46; E. LACLAU, “Construyendo la universalidad”, en J. Butler, E. Laclau, E. y S. Zizek, (comps.), *Contingencia, hegemonía y universalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pp.281-306.

29 E. LACLAU, op. cit. p. 33.

30 E. LACLAU, ibídem, pp. 153/156.

31 E. LACLAU, Ibídem p. 151.

Los supuestos metodológicos y filosóficos de esta aseveración descansan en los aportes de la teoría del discurso, la cual en lo político se traduce en la existencia de un sistema de identidades colectivas cuya unión o lazo no se construye en torno a ciertas características compartidas sino que nace de la oposición a un enemigo (“otro antagónico”).³²

Así retratada, la política se convierte en la arena donde se suscita una competencia entre distintos discursos que luchan por encarnar la hegemonía: “Quien gane la lucha política, decidirá cuál será la identidad del pueblo”³³.

La relación líder-pueblo que destaca Laclau como esencia de su visión del populismo, se acerca a otras definiciones que asocian el populismo a un estilo, estrategia o discurso, como Weyland quien define al populismo como “una estrategia política a través de la cual un líder personalista busca ejercer o ejerce el poder de gobierno con el apoyo no institucionalizado, directo e inmediato de un gran número de seguidores en su mayoría no organizados”³⁴, acercando de esta forma el concepto al modelo delegativo de O’Donnell que revisáramos en el punto anterior.

Efectivamente, estos dos rasgos principales del populismo: la supremacía de la voluntad popular y la relación emocional y directa de un líder con el pueblo, asemejan la democracia delegativa a la democracia populista conforme la clasificación que hemos decidido elaborar en este trabajo.

Ahora bien, de acuerdo con la visión populista, los derechos son reclamos sujetos a una heterogeneidad indeterminada: “Los discursos que intentan cerrar un contexto en torno a ciertos principios o valores tendrán que hacer frente a los discursos sobre derechos, que tratan de limitar el cierre de cualquier contexto”³⁵.

Por ello, cualquier régimen de gobierno puede ser populista, siempre y cuando respete la “fuerza hegemónica”³⁶ y en todas ellas se hace necesario el liderazgo para efectuar la universalización del movimiento hegemónico.

Como vemos, estos últimos modelos democráticos se tensionan claramente con el modelo de la democracia constitucional que consagra a la división del poder y a los derechos como límites del mismo para evitar el autoritarismo, y al pluralismo y la tolerancia como principios protectores de la individualidad de la persona y del sistema político.

38

VI. EL ASPECTO PROCESAL DE LA DEMOCRACIA. LA REGLA DE LA MAYORÍA Y SUS LÍMITES.

El aspecto material o sustancial de la democracia, es permanentemente destacado por muchos autores, aludiendo en su vertiente material a un sistema político que intenta hacer efectivos los principios de igualdad y libertad entre los ciudadanos. Esta vertiente material ha inducido a sostener que la democracia no es solamente una manera de ser de las instituciones sino también una exigencia moral³⁷.

Pero la democracia como forma de gobierno, posee un intenso, decisivo y relevante aspecto formal o procesal³⁸. Esta característica está constituida por un aspecto técnico procedimental o sea el conjunto

32 Es el antagonismo el que marca todas las relaciones sociales y políticas: los oponentes impiden la realización plena de las identidades mutuas, de modo que la presencia del otro “me impide ser plenamente yo”. Cfr. E. LACLAU, “Ideology and post-Marxism”, *Journal of Political Ideologies*, Volume 11, 2006, pp. 104-108.

33 C. MOUFFE, “Carl Schmitt and the paradox of Liberal Democracy”, en Chantal Mouffe (ed.), *The Challenge of Carl Schmitt*, London: Verso, London, 1999, p. 50.

34 K. WEYLAND, “Clarifying a contested concept: Populism in the study of Latin American politics”, *Comparative Politics*, Vol. 34, n° 1, 2001, pp. 1-22.

35 E. LACLAU, *Subject of Politics, Politics of the Subject, Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies*, 1995, pp.146-164.

36 E. LACLAU, op. cit., 2009, p. 238.

37 Ver “La notion de “société démocratique” dans la jurisprudence de la CEDH, RTDH, N° 35, 1998, p. 465.

38 En torno al aspecto procedimental de la democracia ver J. ELY *Democracia y Desconfianza* Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

de procedimientos de decisión que implica la democracia como forma de gobierno. No podemos reducir la democracia a los procedimientos, pero tampoco podemos olvidar que necesita y exige de técnicas de decisión, de procedimientos y de reglas concretas³⁹.

Y en este sentido podría equivocadamente sostenerse la absoluta validez de la regla de la mayoría que rige indiscutible y centralmente los procedimientos de la democracia, olvidando que desde mediados del siglo XIX, el concepto de mayorías y minorías en la democracia ha venido dando un vuelco valorativo radical. Madison en *El Federalista* había anticipado esta nueva visión, al señalar que tan peligrosa para la república es la minoría detentadora del poder, como la mayoría que lo ejerce sin límites constitucionales sobre la minoría (tiranía de la mayoría)⁴⁰.

Por consiguiente, los derechos fundamentales constituyen una materia a la que no es legítimo aplicar la regla de la mayoría. Los derechos son derechos contra la mayoría que escapan a su ámbito de decisión. No es legítimo suprimir ningún derecho fundamental mediante una decisión mayoritaria, incluso esta concepción valdría para la unanimidad. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son un “coto vedado” en el lenguaje de Garzón Valdés⁴¹; una “esfera indecidible” en la terminología de Ferrajoli⁴² o el “as de la baraja” en el juego de las razones jurídicas, según Dworkin⁴³.

La idea de los límites de “aplicación” a la regla de mayoría entra en conflicto con todas aquellas concepciones democráticas que otorgan un valor axiológico a la regla misma, para las cuales esta constituye la única forma de expresión del principio de autogobierno que otorga legitimidad a las decisiones colectivas.

Es que la regla de la mayoría guarda relación con un muy delicado equilibrio que requiere especial cuidado en su aplicación en el Estado Democrático Constitucional: la del ajuste del ejercicio de un derecho individual y un proceso social de carácter colectivo.

Por lo expuesto, la praxis democrática en las que se tiende a concebir, montar y practicar un juego político que atribuye todo el poder al vencedor (modelos electoral, delegativo, popular y populista) fundándolo en mayorías pre constituidas, ajenas - con mayor o menor intensidad - a los límites del estado constitucional y reproduciendo el paradigma del gobierno de los hombres (o del hombre) resultan ajenas al modelo democrático constitucional que, como veremos, adoptó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A su vez, los vínculos entre la democracia y la ley destacan la relación procesal de la democracia y los distintos modelos. Tengamos en cuenta que las leyes también se pueden emplear para establecer y mantener prácticas violatorias de derechos. No hay más que recordar las leyes que establecieron y mantuvieron el apartheid en Sudáfrica y el racismo y la esclavitud de los negros en los Estados Unidos.

No obstante, hay aspectos de la ley que tienen una relación especial con la democracia. Esto se hace evidente cuando advertimos el aspecto formal de la democracia, es decir los procedimientos y las instituciones que rodean la edificación de la decisión política en sus aspectos material y formal.

Cuando la democracia se concibe de esta forma, sus exigencias se convierten casi por necesidad en materia de derecho. El Derecho Constitucional Procesal y el Derecho Procesal Constitucional al comprender – principalmente - el conjunto de principios y de normas procesales tendientes a lograr la eficacia de la supremacía constitucional y, por consiguiente, la tutela efectiva de los derechos fundamentales, proporciona los recursos procesales apropiados para hacer efectiva la justicia constitucional como objetivo primordial de la democracia constitucional.

Un sistema democrático enfocado en el hombre y en la vigencia de sus derechos fundamentales no puede prescindir de un sistema legal – sustancial y procesal - que comparta y asista a estos fines.

39 J.A. AMAYA “De mayorías y minorías en la democracia”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, debates de actualidad*, año XXI, n° 197, julio-diciembre 2006. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 7-17.

40 J. MADISON, A. HAMILTON y J. JAY *El Federalista* (1787), Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1957, Apartado LI, p. 222.

41 E. GARZÓN VALDÉS, op. cit.

42 L. FERRAJOLI, op. cit.

43 R. DWORKIN *Los Derechos en serio*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1995.

VII. LA DEMOCRACIA COMO DERECHO HUMANO. LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA (CDI).

La Carta Democrática Interamericana (CDI) aprobada el 11 de septiembre de 2001 en sesión especial de la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Lima, Perú, es un instrumento que proclama como objetivo principal el fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática, al establecer que la ruptura del orden democrático o su alteración, que afecte gravemente el orden democrático en un Estado miembro constituye “un obstáculo insuperable” para la participación de su gobierno en las diversas instancias de la OEA. Ahora bien, ¿define la CDI a la democracia como un derecho? ¿Establece un modelo específico de democracia? En caso afirmativo ¿Qué modelo? ¿Y con qué características?

En este contexto, el capítulo I se refiere al derecho a la democracia. A la jerarquía de la forma democrática de gobierno en la escala de valores de la OEA; a los *elementos esenciales* y a los *componentes fundamentales del ejercicio* de la Democracia; y a otros ingredientes del sistema político cuyo desarrollo y perfeccionamiento son necesarios para el florecimiento pleno de las instituciones democráticas. Los capítulos I y IV encuentran, según nuestro razonamiento, respuestas a los interrogantes planteados.

El artículo 1º de la CDI dice: *Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.* Claramente refleja a la democracia como un derecho y una obligación exigible a los Estados, aunque no surge del mismo una definición de democracia.

Sin embargo, interpretando la Convención Interamericana la luz de su articulado; de otros componentes del sistema interamericano y de la interpretación que de los derechos políticos han efectuado los órganos del sistema, se concluye contundentemente que el modelo al que alude la CDI reforzado con características participativas (artículo 2 CDI) constituye alguno de los sub-modelos de democracia constitucional que hemos clasificado.

Esta afirmación se deduce, al sostener la CID en su artículo 3º: *Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos; y en su artículo 4º que Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.*

Así, constituyen elementos esenciales y componentes fundamentales de la democracia interamericana:

1) El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El artículo 7 de la CDI se inclina por un concepto de amplio espectro sobre lo que el instrumento entiende por derechos humanos: *La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.*

Sin embargo, la interrogante fundamental no está dirigida a determinar cuáles son los derechos humanos y cómo se define su contenido, sino más bien a dilucidar en qué supuesto su violación es de tal entidad que debe considerarse afectada la esencia del sistema democrático de gobierno. Violaciones singulares a los derechos humanos, incluso si no son remediadas mediante los recursos de la Jurisdicción interna, no son tema para la aplicación de la CDI, sino para la actuación de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, dentro de sus respectivas esferas de competencia.

En el caso, debería tratarse de una situación que revele un cuadro persistente de violaciones graves, manifiestas y fehacientemente comprobadas de los derechos humanos que se corresponden con una política gubernamental incompatible con el respeto y la garantía que se deben a los derechos humanos en una sociedad democrática.

2) El acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho. La celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo.

En lo que corresponde al acceso al poder con sujeción al estado de derecho, se trata de un postulado inseparable con el de la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo.

Asimismo, la noción de ejercicio del poder con sujeción al estado de derecho, debe entenderse referido por un lado a los límites que se imponen al poder público en una sociedad democrática, los cuales vienen dados por la intangibilidad de los derechos humanos y el respeto a la reserva legal, como garantía formal de la legitimidad de las restricciones que puedan afectarlos; y, por otro, por el principio de legalidad, según el cual la esfera de la competencia de los diversos órganos del poder público debe estar delimitada por la Constitución y las leyes.

3) El régimen plural de partidos y organizaciones políticas.

Pluralismo y democracia son conceptos que aparecen estrechamente vinculados. Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia constitucional. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, y deben asegurar el valor de la oposición democrática, conforme ha establecido la CorteIDH en el caso “Manuel Cepeda Vargas c/ Colombia”⁴⁴.

4) La separación e independencia de los poderes públicos.

Este es uno de los aspectos más relevantes para la legitimidad del ejercicio del poder público dentro de los estándares democráticos. La cuestión de la independencia del órgano judicial se ha revelado como un punto especialmente sensible, que ha sido factor desencadenante de varias crisis políticas y que se mantiene vigente en la agenda de varios países.

La Corte ha dicho en “Yatama”⁴⁵ que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución.

Puede así afirmarse que un sistema judicial subyugado por el poder ejecutivo o el legislativo vulnera la esencia del ejercicio legítimo del poder, dentro de un concepto democrático del Estado. Sin embargo, también en este supuesto es difícil definir *a priori* un cuadro de lesiones a la independencia de los poderes públicos y a la separación entre éstos que destruya la esencia de la democracia, por lo que se trata de una materia que debe estudiarse caso por caso, para determinar si se ha operado una vulneración radical de la forma democrática de gobierno.

5) La transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública.

La inclusión de este tema en conexión con el ejercicio democrático refleja la preocupación.

6) El respeto por los derechos sociales.

La alusión a los “derechos sociales” es incompleto respecto de la categoría de los “derechos económicos, sociales y culturales” presente en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y podría interpretarse como una alusión imprecisa a los derechos de los trabajadores referidos en el artículo 10 de la CDI: Artículo 10 CDI: “La promoción y el fortalecimiento de la democracia requieren el ejercicio pleno y eficaz de los derechos de los trabajadores y

44 CorteIDH Manuel Cepeda Vargas c/ Colombia, sentencia del 26 de mayo de 2010.

45 CorteIDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005.

la aplicación de normas laborales básicas, tal como están consagradas en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998, así como en otras convenciones básicas afines de la OIT. La democracia se fortalece con el mejoramiento de las condiciones laborales y la calidad de vida de los trabajadores del Hemisferio”.

7) La libertad de expresión y de prensa.

La dimensión institucional de la libertad de expresión, ha sido reiterado en diversas ocasiones por la Corte: *Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia*⁴⁶.

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre⁴⁷.

La jurisprudencia ulterior ha continuado enfatizando la jerarquía de la libertad de expresión en una sociedad democrática. En diversas ocasiones ha subrayado la vinculación entre la difusión de información e ideas con los valores de pluralismo y tolerancia que deben prevalecer en el contexto democrático: [...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue⁴⁸.

8) La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad.

Este enunciado, aunque se sitúa en el artículo referente a los “*componentes fundamentales de la democracia*”, no es más que un corolario de uno de los que ya la CDI ha definido como *elementos esenciales de la democracia representativa*, como lo es el ejercicio del poder *con sujeción al estado de derecho*.

El propósito de la CDI se dirige hacia el apuntalamiento de las instituciones propias de una sociedad democrática; para atender situaciones en las cuales el atentado contra éstas alcance tal gravedad que altera, desvirtúa, menoscaba o destruye el gobierno democrático como tal.

46 21 Corte I.D.H., Caso *La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 65 y 66. Conceptos similares habían sido vertidos antes por la Corte: *cf.* Corte I.D.H. *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5; párr. 31 y 32

47 *La colegiación obligatoria de periodistas...*; cit.; párr. 70.

48 23 Corte I.D.H. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107; párr. 113. La Corte sintetizó así su jurisprudencia anterior sobre el tema: Corte I.D.H. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; párr. 152; Caso *La Última Tentación de Cristo*; cit.; párr. 69. El mismo lenguaje fue reiterado por la Corte en: Corte I.D.H. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia del 31 de agosto de 2004. Serie C, No. 111; párr. 83

VII. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN LA ENCRUCIJADA DE LOS POPULISMOS.

Bobbio explica que cualquier teoría de las formas de gobierno presenta dos aspectos: uno descriptivo y otro prescriptivo. En la actualidad, como vimos a lo largo de este trabajo, los regímenes políticos de todo tipo dicen ser *Democracias*, sin embargo, lo que cada uno de estos regímenes dice y hace es radicalmente distinto.

La *Democracia* parece dotar de un *aura de legitimidad* a la vida política moderna: normas, políticas, leyes y decisiones parecen estar justificadas y ser apropiadas si se autodefinen como *democráticas*. Es que si bien el término *Democracia* es un concepto que adquiere múltiples significados y constituye una de las palabras más amplias del lenguaje político, en los últimos tiempos hemos asistido a continuos y fuertes debates en torno a la extensión, contenido y límites de la *democracia representativa constitucional* que exceden los parámetros de los modelos liberal o social.

Estos debates, propios de la política y la academia, se han trasladado con intensidad al ámbito público y se han expresado a través de fuertes reclamos grupales, en muchos casos muy violentos, que han ocasionado enormes daños y pérdidas de vida, a lo que se ha sumado el tsunami sanitario e institucional que nos trajo la pandemia del Covid-19 en el mundo.

Por supuesto que, si bien podríamos identificar características comunes derivadas de la actual crisis representativa: como la corrupción; la impunidad; la desigualdad social; y las malas administraciones económicas y sus consecuencias, sería imprudente – a mi criterio - sostener que todas se asimilan y responden a las mismas realidades.

En este contexto, distintos autores y desde distintas perspectivas tales como el francés Pierre Rosanvallon o el filósofo sur-coreano Byung-Chul plantean a la luz de estos acontecimientos contemporáneos algo alarmante: que el sistema se encuentra atravesando una profunda crisis, y si bien la idea de crisis representativa ha sido planteado casi desde la aparición de la teoría de la representación, ya que la misma encierra el desafío de la cohesión entre la voluntad de una persona ausente y la conducta y acción de una persona presente, el planteo ahora es que el modelo democrático liberal parece agotado.

Para estos autores la actual crisis tiene dos orígenes: una social y otra institucional. La democracia no está cumpliendo con su promesa de que cada uno encuentre su lugar en la sociedad y, al mismo tiempo, lo único que se cumple es el aumento de la desigualdad. Existen claras tensiones entre la mayor demanda igualitaria y la insatisfacción que surge de ella.

Hay muchos países en que se ha desplomado el porcentaje de personas que dicen que es esencial vivir en democracia, particularmente las generaciones jóvenes. Muchos autores sostienen, además, que la democracia representativa está en crisis, y que esto se refleja en la crisis de los partidos políticos. Las alternativas posibles de renovación son un modelo participativo, esperando alcanzar una democracia deliberativa o una democracia directa con nuevas tecnologías.

Se sostiene que el ciudadano del siglo XXI de la mano de un teléfono inteligente ha cobrado un poder inusitado. Siente que no necesita ser representado, sino que él puede y debe tomar la decisión. La relación entre los líderes y los electores cambia en cada etapa del desarrollo tecnológico. La cultura de la radio se limitaba a la escucha, la televisión creó espectadores que observaban imágenes y no pretendían recibir ninguna consulta, más tarde, los medios electrónicos han despertado la permanente expectativa de interacción en tiempo real.

Las democracias latinoamericanas particularmente, luego de sus periodos de transición democrática, se enfrentaron a los retos que implicaba la consolidación de sus instituciones. Sin embargo, en las últimas décadas, las expectativas que se habían generado en torno a que con la democracia no solo se vota sino también *se come, se educa y se cura* una célebre frase del primer Presidente Argentino de la recuperación de la democracia en 1983 el Dr. Raúl Alfonsín, han encontrado una realidad que está muy lejos de ser alentadora. Para muchos la democracia constitucional simplemente no estaría funcionando, por la pérdida de la legitimidad que implica la falta de confianza en el sistema de los ciudadanos y en las instituciones que los representan: partidos políticos, gobiernos, medios de comunicación, iglesia católica.

Se plantea a la política como una corporación de clase que vive y funciona bajo un acuerdo cerrado o como en un club, reduciendo la democracia al acto eleccionario o a un modelo electoral como describía *Shumpetter*. Para los ciudadanos no hay canales, salvo salir a la calle y encontrarse con la policía. Ocurre así

un proceso que va desde el descreimiento en la política a la indignación con la política.

Por tanto, como el sistema político no permite entradas hay desbordes que se expresan en conflictos sociales y protestas masivas. Los dirigentes emergentes que tienen éxito electoral llegan a ocupar instituciones que critican y en las que en realidad no creen, tales los casos de *Trump*, *Bolsonaro* o *Salvini* en Italia.

Frente a esta situación, cobra fortaleza la reacción populista, cuyo concepto tiene una enorme vaguedad e imprecisión pues no es una palabra que se haya utilizado inequívocamente, habiendo sido utilizada para designar fenómenos diversos y diferentes elementos y procesos sociales y políticos.

Las relaciones entre democracia y populismo han sido tema de debate desde hace tiempo y, en la actualidad, la discusión se encuentra en pleno auge. Algunos autores sostienen que esta tensión va más allá de ambigüedades sino que se trata de dos modelos diferentes de democracia: la democracia liberal-republicana y la democracia-populista.

En realidad, la *democracia representativa y republicana (la constitucional)* no es parte del ideario populista. Por ello, su propuesta es suplantarla por otra institucionalidad, una suerte de nueva versión de *Democracia Radical o Democracia Directa*.

Para *Laclau*, cuyas ideas calaron hondo en varios gobiernos latinoamericanos e incluso europeos, existen dos tipos de demandas sociales: las diferenciales y las equivalentes.

En tanto las instituciones estatales resuelvan satisfactoriamente las demandas y los ciudadanos perciban que estas actúan de modo eficiente, se encontraran dentro del primer modelo. En cambio, la insatisfacción de cada una de ellas de modo desagregado, da lugar al surgimiento de un cúmulo de demandas insatisfechas que las convertirá en equivalentes. La construcción discursiva del *pueblo* va a ser el intento por nombrar a ese sector que se percibe afectado por el estado de cosas. Así se construirá una frontera social que separa a la sociedad en dos polos. De un lado el *pueblo* y del otro el *anti-pueblo*.

La lógica que se aplica es que los *responsables* no pueden ser parte legítima de la comunidad, la brecha con ellos es *insalvable*. El populismo, conforme Laclau, se presenta a *sí mismo como subversivo del estado de cosas existente y también como el punto de partida de una reconstrucción más o menos radical de un nuevo orden una vez que el anterior se ha debilitado*.

El sistema institucional debe estar (más o menos) fracturado para que la convocatoria populista resulte efectiva. Se detecta así un elemento esencial para una articulación populista exitosa: un estado de crisis en la antigua estructura.

Se desprende entonces que, en una dinámica político-institucional que se encuentre estable con niveles de aceptación y legitimidad en sus decisiones no habrá margen para que discursos críticos con esa estructura prosperen ante la sociedad.

Entendiendo que el populismo no es, siguiendo estos postulados, una ideología podrán surgir liderazgos de distinto tipo. La realidad política identifica tres prototipos de líderes populistas que, en distintos momentos o países han tenido éxito: 1) el militar patriota (Chávez en Venezuela); 2) el dirigente social (Morales en Bolivia) y 3) el empresario exitoso (Trump en EEUU).

Asimismo, y por sobre si el populismo puede identificarse con una *ideología* o no, hay dos repertorios discursivos principales que se corresponden a grandes rasgos con *populismos de izquierda y derecha*. En un caso, el de los *populismos de izquierda* la elite se define como *los de arriba* en términos socioeconómicos (sectores financieros, empresarios, grandes propietarios agropecuarios, bancarios, grandes medios) siempre articulados o funcionales a los intereses extranjeros.

En el otro, la elite se da en términos *socio-étnico- culturales*: una conjunción de intelectuales con minorías étnicas o regionales, migrantes y extranjeros en general. Podemos decir que las sociedades actuales muestran altos niveles de fragmentación, con intereses contradictorios, cuando no excluyentes entre sí. Al mismo tiempo, asistimos a un periodo de enorme innovación tecnológica, que ha alterado las estructuras económicas y el modo de producción a escala global. Estos fenómenos generan una profunda incertidumbre en términos de estabilidad laboral y ello ligado a la sostenibilidad económica de los individuos.

La distancia entre las *consagraciones normativas y las promesas democráticas* con las *posibilidades materiales* de sectores amplios en términos sociales conducen a una desazón que pretende, en primer término, la satisfacción por parte del sistema político e institucional. Ocurre que las instituciones representativas atraviesan una etapa extremadamente crítica. Por un lado por sus propias falencias (corrupción, clientelismo, etc.) y comportamientos corporativistas y, por otro, por el surgimiento permanente de nuevas categorías de

demandas que están acompañadas con la pretensión de inmediatez en su satisfacción.

El escenario se plantea entonces propicio para el surgimiento de todo tipo de articulaciones críticas al sistema institucional. Conforme a la dinámica e interacción social de los conflictos en cada sociedad, parece poder constituirse una lógica discursiva que señale a los responsables. La crisis de la *legitimidad representativa* es condición necesaria para que el surgimiento *populista* aparezca con seducción amplio en diversas sociedades.

Puede advertirse que las estructuras institucionales están iniciando una etapa de reconstrucción muy profunda que está atravesada por una fuerte inestabilidad e incertidumbre hasta tanto se consolide un nuevo modelo con altos índices de aprobación. Distintos factores en puja y variados en cada realidad geográfica determinarán la magnitud y resultados de cambios que se pretenden y declaman, pero que aún no aparecen claros.

Puede especularse con que estos cambios oscilaran, a mi criterio, entre dos caminos: a) una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones con mayor control sobre actos públicos y diseño de consensos por procesos de diálogo y cooperación; o; b) un marcado decisionismo y discrecionalidad acompañado de un fuerte rasgo autoritario en los discursos y comportamientos.

IX. REFLEXIÓN FINAL.

En el ámbito del ordenamiento jurídico de una *democracia constitucional*, las reglas procedimentales que construyen la decisión pública están sujetas a normas material y/o formalmente supra ordenadas, por lo cual la *mayoría* no puede tomar cualquier decisión sobre cualquier cuestión.

Los derechos, como limitaciones al poder público resultan *indecidibles para la regla mayoritaria*, al menos en su eliminación o restricción irrazonable; y la división del poder - real y efectiva - constituye el otro *núcleo duro de la democracia constitucional*, que se edifica sobre los valores del pluralismo, la tolerancia, la alternancia y la protección de las minorías.

Como vimos en este texto, existen muchos *modelos de democracia* en la teoría y en la praxis, pero no todos tienen como finalidad la construcción de instituciones sólidas y limitaciones a las mayorías en el sentido que requiere la Carta Democrática Interamericana (CDI).

No existe una relación directa entre democracia y constitucionalismo, entendido éste como la corriente con raíces históricas, filosóficas, institucionales y sociales, nacida, construida y desarrollada, para controlar el ejercicio del poder, como muchas veces equivocadamente se cree.

Muchos modelos democráticos no persiguen ni fomentan la institucionalidad sino la personalidad. Países como Venezuela; Nicaragua; o Cuba en Latinoamérica, son modelos democráticos reñidos con el constitucionalismo, y por consiguiente, con la limitación del poder personal, partidario, o mayoritario. En ellos la regla de mayoría, la más de las veces artificial o fraudulentamente construida, es motivo suficiente de validación de decisiones públicas que violentan derechos humanos.

No son democracias constitucionales, ya que la división del poder es una quimera y los derechos individuales se encuentran fuertemente limitados cuando no suprimidos. Los valores del pluralismo, la alternancia y la tolerancia, si existen en sus textos jurídicos, son meras declaraciones de papel sujetas a la voluntad del líder o del régimen.

ENTRE PANDEMIA Y POSVERDAD: EL AUJE DE LOS POPULISMOS

Juan Manuel de Faramiñán Gilbert¹

Sumario:

I. A MODO DE PROEMIO. II. UNA CRISIS SANITARIA A NIVEL GLOBAL. III. UN RELATO INTENCIONADO DE FALSAS NOTICIAS. IV. UN RAMPANTE POPULISMO. V. IDEAS FINALES.

47

¹ Catedrático emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén (España). (jmfarami@ujaen.es)

RESUMEN

La comunidad internacional se ha visto conmocionada por el azote de una pandemia generada por el coronavirus que ha desestructurado las reglas habituales de la convivencia, dando lugar al confinamiento obligatorio de la población, a medidas de limitación temporal de las libertades individuales y a tener que lamentar numerosos fallecimientos en todo el planeta. Además, el malestar y la incertidumbre generada por la peste ha provocado en el desarrollo de falsas noticias que, generalmente de origen no contrastado, han ido provocando mayor inseguridad y miedos irracionales sobre la naturaleza de la pandemia. A todo ello, con intenciones torticeras, algunos gobiernos de corte totalitario y populista han aprovechado la confusión reinante para limitar aún más los derechos individuales y debilitar el modelo democrático y el Estado de derecho, frente a lo cual se hace necesaria una reflexión seria y ponderada con el fin de poner en evidencia estas corrientes antidemocráticas que se están parapetando en el modelo de democracia iliberal.

Palabras clave:

Pandemia, posverdad, fake news, populismos, democracia iliberal.

ABSTRACT

BETWEEN PANDEMIC AND POST-TRUTH: THE RISE OF POPULISMS

The international community has been shocked by the scourge of a pandemic generated by the coronavirus that has disrupted the usual rules of coexistence, leading to the mandatory confinement of the population, measures of temporary limitation of individual freedoms and having to regret numerous deaths all over the planet. In addition, the unease and uncertainty generated by the plague has led to the development of false news that, generally of unverified origins, have been causing greater insecurity and irrational fears about the nature of the pandemic. To all this, with tortious intentions, some totalitarian and populist governments have taken advantage of the prevailing confusion to further limit individual rights and weaken the democratic model and the rule of law, in the face of which serious and considered reflection is necessary. in order to expose these anti-democratic currents that are hiding themselves in the iliberal model of democracy.

48

Key Words:

Pandemic, post-truth, fake news, populisms, illiberal democracy.

I. A MODO DE PROEMIO.

En pleno siglo XXI cuando, después de superadas dos guerras mundiales y un genocidio intolerable, la comunidad internacional parecía haber retomado la vía de la cordura institucional y política con el fortalecimiento de la democracia parlamentaria y el multilateralismo democrático, el planeta en su conjunto se ha visto asolado por tres lacras que están convulsionando los cimientos de las libertades individuales y la convivencia ciudadana. En efecto, una crisis sanitaria a nivel global, un relato intencionado de falsas noticias y un rampante populismo parecen socavar los fundamentos de nuestro modelo democrático y del Estado de derecho. Por lo cual se hace necesario reflexionar nuevamente sobre “la banalidad del mal”, como Hannah Arendt¹ nos advertía hace unos años, con el fin de retomar la senda de la democracia parlamentaria en los sistemas estatales y del multilateralismo democrático en el marco de la comunidad internacional.

Con el propósito de conjurar estos tres males me propongo reflexionar en este análisis sobre su etiología para poder debilitar sus argumentos y fortalecer el retorno a los cauces de la democracia y del respeto a los derechos humanos.

II. UNA CRISIS SANITARIA A NIVEL GLOBAL.

La pandemia provocada por la COVID-19 ha convulsionado a la comunidad internacional desde los más variados ángulos de estudio, ya sea como una crisis sanitaria de alcance global, como una crisis económica de imprevisibles efectos, como una crisis social y de comunicación, como consecuencia del confinamiento obligatorio, del toque de queda nocturno y otro tipo de limitaciones de derechos y libertades. La incontrolada expansión de los contagios del coronavirus ha generado, por parte de las autoridades nacionales de los países en las distintas áreas del planeta, un complejo abanico de medidas de control social que, bajo la comprensible lucha contra la propagación del patógeno, en algunos casos han violentado ciertas libertades individuales.

Entendemos que estas normativas estatales no deberían prolongarse más allá de la curva de incidencia y, en la medida en que el proceso viral haya ido menguando, resulta conveniente retornar a la normalidad anterior a la pandemia. No obstante, si bien se ha calculado que los efectos nocivos del virus podrían haberse controlado como consecuencia de las medidas excepcionales de control que se han aplicado, la realidad ha sido más cruda de lo esperado y se ha podido constatar que, pasados varios meses de aislamiento y ante la comprobación de que la curva de incidencias había mermado, se relajaron las medidas precautorias y se ha producido lo que se ha dado en llamar “una segunda ola” de contagios. La llegada de lo que se entendió como el advenimiento de una “nueva normalidad”² no ha resultado tan positiva como se preveía y los fallecimientos por coronavirus han aumentado de manera alarmante.

Si tenemos en cuenta que la COVID-19 registra sus primeros brotes en diciembre de 2019 y que se apunta la llegada de la “nueva normalidad” para septiembre de 2020, sin embargo, en noviembre de ese

1 H. ARENDT, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Ed. Lumen, Barcelona, 2003.

2 J.M. DE ARAMIÑÁN GILBERT: “La protección de la salud pública y el respeto a las libertades individuales ante la Covid-19” en *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies. Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo de libertà, sicurezza e giustizia*, 2020, n° 2, pp. 1-21. Se habla de que, una vez terminada la desescalada, nos enfrentaremos ante una “nueva normalidad”, pero cabe preguntarse de qué “normalidad” estamos hablando puesto que este término implica recuperar los comportamientos habituales, pero al agregar el prefijo de “nueva” estamos aseverando que no se trata de lo mismo que antes, por tanto, se desdibuja con términos ambiguos la verdadera realidad y esto resulta inquietante. Se trata de una terminología desafortunada, porque ¿va a ser normal que los ciudadanos en ese “universo post-COVID-19” tengamos durante meses que salir obligatoriamente con mascarillas a la calle o a sitios públicos, que las relaciones sociales deban circunscribirse en aforos controlados y limitados por las autoridades, que se nos aplique sistemas de video vigilancia y control de la temperatura corporal, que se nos geolocalice, que se nos catalogue por razón de la edad o el sexo, etc.? Entonces, podemos admitir que nos estamos refiriendo a algo “nuevo”, pero en todo caso cuesta admitir de que sea “normal”, al menos si entendemos como normal un modelo orwelliano de control riguroso de la intimidad de los ciudadanos.

año se produce la “segunda ola”, se calcula una “tercera ola” de contagios para el año 2021. Por tanto, nos estamos enfrentando a un fenómeno de dimensiones insospechadas que amenaza con prolongarse más allá de lo previsto. Según los sanitarios y expertos en epidemiología, solo la elaboración de una vacuna eficaz podría acabar con estas curvas de ascenso. Sin embargo, no existe un criterio uniforme sobre la eficacia de la vacuna, puesto que, en casos anteriores, como la vacuna contra el Ébola, o la tuberculosis, o la varicela, se necesitaron varios años de ensayos, cabe preguntarse, entonces, ¿cuánto tiempo va a necesitar la vacuna del coronavirus para alcanzar su eficacia?

Si bien, la comunidad internacional se está enfrentado a un fenómeno sin precedentes en los dos últimos siglos, conviene recordar que no significa que no haya habido situaciones similares en otros momentos de la historia y que no solo asolaron y diezmaron la población, sino que tuvieron una duración de casi veinte años como el caso de la peste Antonina del 165 al 180 anterior a nuestra era, que se atribuyó a la viruela y que, en su pico más alto llegó, según las crónicas, a exterminar en Roma alrededor de cinco mil personas al día. Se piensa que el emperador estoico Marco Aurelio murió víctima de esta peste. En esta línea, y anterior a la Antonina, recordemos a Tucídides en su obra “La guerra del Peloponeso” en la que describe con lujo de detalles la peste, de la que no se conoce a ciencia cierta su origen, aunque se atribuye a la fiebre tifoidea, que asoló a Atenas en el 430 antes de nuestra era y que se llevó a la tumba a la cuarta parte de la población, duró cuatro años y el propio Pericles y parte de su familia sucumbió ante su embate. Posteriormente, en el 541 surge la peste llamada de Justiniano, provocada por la pulga de las ratas, la bubónica, que comienza en Egipto y alcanza Constantinopla, llegando a matar a diez mil personas al día, según nos narra Procopio de Cesarea. En el siglo XIV también la peste bubónica dio lugar a la pandemia conocida como la “peste negra” que llega a Europa en el 1348, probablemente traída desde Asia al Mediterráneo y luego a Europa exterminando en seis años a veinte millones de europeos.

La gripe también ha sido causa de muchas pandemias mortales, como el caso de la “gripe rusa” que surge en San Petersburgo entre el 1889 y 1890, asola a Europa y luego se desplaza a América causando la muerte a más de un millón de personas en el mundo. La mal llamada “gripe española” que surge en Kansas en los Estados Unidos y se expande por todo el planeta entre 1918 y 1919 acabando con la vida de alrededor de veinticinco millones de personas. Sin olvidar, la “gripe asiática” de 1957, la “gripe de Hong Kong de 1968, la “gripe rusa” de 1977, la “gripe aviar” de 2003, o la “gripe A” de 2009 y ahora la pandemia del coronavirus a partir de 2019.

Más allá de los loables esfuerzos que se están realizando para combatir y redimir esta crisis sanitaria no debe pasarnos desapercibido el hecho de que existen determinadas líneas rojas que no debe cruzarse en materia de libertades y derechos fundamentales. Durante estos últimos meses se han ido adoptando una serie de medidas que pueden llegar a conculcar derechos básicos sobre la intimidad de los ciudadanos. Por ejemplo, la aplicación de la selección por “triaje”³ con relación a los mayores de las residencias de ancianos en lo que en ciertos casos se aplicó una discriminación intolerable⁴. La censura realizada en ciertos países con el fin de ocultar la información sobre los peligros que representaba para la salud pública, lo que se ha denominado como “censura temprana”, como cuando el Gobierno chino silenció y castigó a sanitarios que llamaron la atención sobre determinados pacientes con síntomas parecidos al brote del síndrome respiratorio agudo grave (SRAG), que comenzó en el sur de China en el año 2002 y que atajado a tiempo hubiese evitado muchos males posteriores⁵. Se han producido discriminaciones importantes, relativas a la libre circulación como los casos de Papúa Nueva Guinea o Australia. En Papúa se cerraron las fronteras al

3 Término procedente del francés (*triage*) que hace referencia al método utilizado en situaciones de emergencia donde los sanitarios seleccionan a los pacientes que van a ser atendidos con prioridad.

4 Amnistía Internacional ha denunciado el trato vejatorio y discriminatorio en las residencias de ancianos en Bélgica. En efecto, según Amnistía Internacional, en Bélgica “se violaron los derechos humanos de los residentes en las residencias de mayores”, dado que las autoridades belgas “abandonaron” a miles de ancianos que murieron en estos centros. <https://www.amnesty.org/es>.

5 *Ibidem*. <https://www.amnesty.org/es> “Los profesionales médicos de China trataron de dar la alarma sobre el virus. Si el gobierno no hubiera intentado minimizar el peligro, el mundo podría haber respondido más rápidamente a la propagación del virus”, ha manifestado Nicholas Bequelin.

resto de los países asiáticos estuviesen o no infectados de coronavirus o en Australia donde se han recluso a nacionales australianos en la isla de Navidad en un centro para detención de inmigrantes en condiciones consideradas inhumanas por la Asociación Médica Australiana⁶.

En el ámbito de la comunidad internacional, una limitación de los derechos individuales y que implique el control riguroso de los desplazamientos fronterizos durante las cuarentenas solo se encuentra justificada en virtud del derecho internacional en la medida en que sean proporcionadas, sujetas a límites temporales y no se apliquen de forma discriminatoria. Es decir que las cuarentenas se deben imponer de una manera segura y respetuosa, “garantizando los derechos de las personas a la atención médica, alimento y otras necesidades”⁷, puesto que ya hemos señalado como en algunos países europeos se ha restringido este acceso a la atención médica adecuada a los mayores generando una discriminación inadmisibles.

Por ello, ha advertido la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, que es importante que no se violen los derechos humanos con el pretexto de implantar medidas de excepción o de emergencia, dado que “las facultades de emergencia no deben ser armas que los gobiernos puedan usar para aplastar la disidencia, controlar a la población o prolongar su estancia en el poder”, puesto que solo “esos poderes deben usarse para afrontar eficazmente la pandemia; nada más, aunque tampoco nada menos”. Agrega que “numerosos informes, procedentes de diversas regiones, indican que la policía y otros cuerpos de seguridad han estado usando un volumen de fuerza excesivo, a veces letal, para obligar a la población a cumplir con las normas de confinamiento y los toques de queda. A menudo esas violaciones de derechos humanos se han cometido contra miembros de los segmentos más pobres y vulnerables de la población”⁸.

Numerosas instituciones internacionales han llamado la atención sobre el peligro que supone una prolongación excesiva de las limitaciones a las libertades individuales, más allá de las necesarias medidas precautorias ante la propagación del virus. Nicholas Bequelin, director regional de Amnistía Internacional, ha manifestado que “la censura, la discriminación, la detención arbitraria y las violaciones de derechos humanos no tienen cabida en la lucha contra la pandemia del coronavirus”, dado que “las violaciones de derechos humanos obstaculizan, en lugar de facilitar las respuestas a las emergencias de salud pública, y reducen su efectividad”⁹.

III. UN RELATO INTENCIONADO DE FALSAS NOTICIAS.

Como resultado de esta pandemia de corte universal, han surgido una serie de teorías conspiratorias que intentan ver en su origen planteamientos totalitarios sobre el control de los seres humanos, o la limitación demográfica a través del exterminio de los más débiles, en este caso los ancianos y las personas con padecimientos crónicos y bajas defensas naturales, o el establecimiento de un gobierno mundial a la sombra y que utilizan a las redes sociales y la internet para difundir sus teorías confabuladoras sin el menor rigor científico. Todas estas corrientes han ido generando a través de las redes sociales un efecto de difusión exponencial y han creado modelos de propaganda basados en noticias falsas (*fake news*). Provocando corrientes de opinión, que se han ido enraizando entre la ciudadanía en el marco de la posverdad, basadas en mentiras o en medias verdades, como un fenómeno que ha ido tomando carta de ciudadanía. Como se ha señalado, “por todo ello, estimamos que es necesario regular esta nueva situación considerando como bien jurídico protegido, no solo a la persona, sino a la sociedad en su conjunto. Un aspecto que, en una sociedad globalizada y altamente mediatizada como la nuestra, constituye uno de los principales factores de riesgo e inestabilidad. La ausencia de un criterio único de verdad, consecuencia inevitable de la libertad de pensamiento y la autodeterminación individual del ser humano, supone un elemento distintivo de nuestro

6 *Ibidem*. <https://www.amnesty.org/es>.

7 *Ibidem*. <https://www.amnesty.org/es>.

8 <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25828&LangID=S>

9 <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/02/explainer-seven-ways-the-coronavirus-affects-human-rights/>

tiempo que el derecho no ha sabido aún regular convenientemente. La libertad de expresión e información obvia a menudo los tremendos efectos colectivos que una sola afirmación manipulada puede llegar a tener en la sociedad. Como si los dos grandes conflictos mundiales que nos preceden no nos hubieran dado ya muestras suficientes de hasta dónde puede llegar la manipulación humana y la posverdad¹⁰. Como apuntara Joseph Göbbels durante el Tercer Reich, “una mentira repetida mil veces se convierte en verdad” y es con esa inspiración maquiavélica como funciona en la actualidad la posverdad.

Tanto los términos de posverdad como *fake news* son neologismos que encierran ambigüedades y generan incertidumbre. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define a la posverdad como “distorsión deliberada que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública” y, si bien durante el siglo XX la información y la desinformación se encontraban en manos de los Estados y de la prensa, en el siglo XXI, con el advenimiento de la internet y de las redes sociales, un hacker parapetado en las redes de la interfaz puede manipular la información y generar corrientes de opinión que en minutos se difunden exponencialmente en tiempo real. Además, la influencia de las creencias y las emociones distorsiona la realidad objetiva y con la posverdad nos sumergimos en el universo de la subjetividad, sin realizar el esfuerzo necesario de contrastar las fuentes de información, en un banal dejarse estar por la inercia de la molicie.

En este sentido, resultan muy oportunas las referencias que realiza Eloy García López¹¹ cuando analiza la evolución del concepto de verdad, partiendo del dogma de las verdades religiosas, con su carga de verdades absolutas, hasta el advenimiento de corrientes racionalistas, de la mano de Locke o Condorcet. En la actualidad, con el surgimiento de modelos “postdemocráticos” han emergido lo que podría calificarse, a partir de Ingolfur Blühdorn, “verdades simulativas”¹² definidas como artificios de la tecnología que generan una hiperrealidad virtual en la que la fantasía se sobrepone sobre la realidad.

Alega Eloy García López que “se ha explicado ya acudiendo a Baudrillard y a Blühdorn, lo que implica todo esto y no es preciso reiterarlo. Sin embargo, para poder hacerse cargo de dónde nos encontramos, interesa poner el acento en lo que la ilusión virtual comporta para el gobierno de la política en forma de petrificación de una realidad artificial (...) pero manteniéndonos ahora muy alerta porque en el mundo posmoderno lo simulado y lo veraz tienden a presentarse virtualmente como si fueran la misma verdad”¹³.

-
- 10 J.M. DE FARAMIÑÁN FERNÁNDEZ-FÍGARES, “Consecuencias jurídicas de la posverdad”, p. 363, *Diálogo Filosófico, Revista cuatrimestral de reflexión, crítica e información filosófica*, n° 105, 2019. Agrega que “esta capacidad casi ilimitada de forjar noticias ha hecho de las *fake news* un instrumento más de la propaganda que ha alcanzado también el plano de la política, poniendo en peligro incluso los pilares básicos de la democracia. No se trata empero de una nueva coyuntura, sino de una vieja arma de desinformación que, en su nueva versión, ha desarrollado un par de alas que le permiten hoy llegar aún más lejos que antes”.
- 11 E. GARCÍA LÓPEZ, *¿Hay derecho a mentir? La polémica Inmanuel Kant-Benjamin Constant, sobre la existencia de un deber incondicionado a decir la verdad*, Editorial Tecnos, Segunda edición, Clásicos del pensamiento, Madrid, 2021. Se señala en la obra que las realidades virtuales que se han desarrollado en la actualidad ya se habían apuntado en “un mundo presentido por Walter Benjamin, en el que lo virtual domina a lo real sin que el hombre parezca tener conciencia de lo que está ocurriendo, ni disponga de suficiente capacidad activa para enmendarlo”. Vid. nota 46 en p. CXLVI y sobre el término virtual vid. nota 49 en p. CXLVIII.
- 12 I. BLÜHDORN, *La democracia simulativa. Nueva política tras el giro posdemocrático*. Editorial Temis, Bogotá, 2020. En el Prefacio de la obra, Eloy García López, analiza el concepto de simulacro que plantea Blühdorn y sugiere que, en la actualidad, frente a los estallidos financieros y las pandemias globales no puede haber Constitución sin autenticidad que destierre la tentación de adorar la mendicidad, de las *fake news*, a la que nos constriñen las tecnologías virtuales que están logrando trasmutar la ideología en fantasía al recrear simuladamente la realidad, provocando pasividad en la ciudadanía. Eloy García López, frente a este descontrol de las ensoñaciones de lo virtual, propone “un obrar crítico dispuesto a exorcizar la falsedad de la política y a reemplazarla por una veracidad que dé credibilidad a la democracia”.
- 13 E. GARCÍA LÓPEZ, *¿Hay derecho a mentir? La polémica Inmanuel Kant-Benjamin Constant, sobre la existencia de un deber incondicionado a decir la verdad*, cit. Estudio de contextualización, pp. CLXXV a CLXXVIII. Apunta, también, que “lo que sucede en la sociedad posmoderna es que la hiperrealidad creada virtualmente alimenta una *Fantasía* que, al ser producto de un artificio sin atmósfera destinado a cubrir las deficiencias de las instituciones, en el fondo niega cualquier forma de pensar y banaliza el obrar de unos seres que operan movidos por ilusiones individuales. Lo que deriva tanto en una destrucción de la vieja idea de verdad, como en la sustitución de la veracidad por una recreación virtual alimentada desde artificios que tientan nuestra imaginación haciéndonos incapaces de prestar atención a la realidad”.

Las consecuencias pueden ser nefastas para los modelos sociales en los cuales se han apoyado las sociedades civilizadas como son el modelo democrático y el Estado de derecho. Dos ejemplos recientes muestran hasta qué punto las falsas noticias (*fake news*) pueden alterar el sino de los acontecimientos, como han sido las patrañas manipuladas en ocasión del referéndum del Brexit para la salida del Reino Unido de la Unión Europea, cuando el conocido político británico Nigel Farage admitió ante la opinión pública que él mismo, en la campaña por el “*leave*”, había exagerado sobre el dinero que el país pagaba a la Unión Europea¹⁴, o el caso de las elecciones de Donald Trump en los Estados Unidos contra Hilary Clinton, en las que se manipularon torticeramente notas personales de la candidata a través de las redes sociales.

De tal manera, las falsas noticias se van enquistando en la opinión pública y con el juego de las medias verdades la ciudadanía ya no logra distinguir la verdad de la mentira; y, de este modo, los grupos radicales son los que se van enseñoreando con las corrientes de opinión y generan el deterioro de la democracia y el surgimiento de los populismos que encuentran en la posverdad su mejor caldo de cultivo.

Esta es una de las principales cuestiones con las que se enfrenta la sociedad actual, pues, como bien se ha apuntado, “las noticias falsas menudean también desde el sector público, sobre la base de argumentos falaces, como puso de relieve la ocupación de Irak en 2003. La visión contraria, de la conspiración permanente que justificaría unos hechos alternativos, también se produce en las relaciones internacionales. Otra cosa, también muy frecuente, consiste en manipular el lenguaje, deformando términos como ‘fascista’ o ‘terrorista’”¹⁵.

Cabe señalar que los conceptos de *fake news* y de posverdad no son sinónimos, si bien se encuentran dentro del mismo campo semántico “pues podríamos decir que la posverdad hace referencia a problemas más generales, por ejemplo, epistemológicos”, en cambio, “las *fake news* se refieren a fenómenos más específicos y cabría inscribirlas en el mundo de la comunicación”¹⁶. Esto nos lleva a considerar que la posverdad se convierte en un instrumento para generar una supremacía ideológica, intentando influir sobre un determinado tipo de creencias en la colectividad a la que van dirigidas, mientras que las *fake news* estarían más relacionadas con actividades que buscan una distorsión y desinformación de la opinión pública utilizando sobre todo los medios digitales.

A pesar de que las técnicas de desinformación han sido utilizadas ideológicamente a lo largo de la historia, la irrupción desmedida de las falsas noticias fomentada en el universo de la internet y la falta de control de las redes sociales hace sospechar un deterioro importante de la calidad de la comunicación humana y el advenimiento de una “era de la posverdad” basada en la mentira o en las medias verdades, con el fin de manipular a la ciudadanía en beneficio de sistemas políticos basados en el populismo, centrándose sobre las emociones en detrimento de la razón, siendo la razón la fuente de la buena gobernanza y del Estado de derecho. Nos estamos enfrentando a una sociedad banal que se limita a absorber las noticias que recibe sin ningún tipo de filtro crítico o de espíritu de comprobación sobre la veracidad de la información que le llega a mansalva.

La perversión sobre la que se asienta la posverdad es que utiliza las *fake news* para dar la sensación de que las noticias que se desean difundir tienen visos de realidad, pues, aunque parezca un contrasentido, la mentira necesita tener visos de realidad. Para ello utiliza marcos de comportamiento social y psicológico que buscan apoyarse en fuentes de prestigio o en sucesos reales a los que se distorsiona en su contenido o interpretación. Así, se atribuyen citas a pensadores o personajes públicos que jamás las enunciaron o a catástrofes o pandemias atribuyendo culpables inexistentes, pero que, por lo general, nadie realiza el esfuerzo de corroborar la información recibida y, presa de la emoción o del interés partidista, se difunde en el acto a través de las redes digitales transformándola en viral con un impacto sorprendente.

Como muy bien se ha apuntado, estos modelos deterioran el ejercicio democrático puesto que,

14 https://www.abc.es/internacional/abci-farage-admite-campana-leave-mintio-sobre-dinero-pagan-union-europea-201606241339_noticia.h

15 J. ROLDÁN BARBERO, “El principio de prohibición del uso de la fuerza y la posverdad”, p. 94, en *Principios y justicia en el derecho internacional, Libro homenaje a Antonio Remiro Brotons*, Ed. Dykinson, S.L, 2018 Madrid.

16 M. RODRIGO-ALSINA y L. CERQUEIRA, “Periodismo, ética y posverdad” en *Cuad.inf. n.º 44, Santiago, junio 2019*. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0719-367X2019000100225&script=sci_arttext&tlng=en

“la posverdad amenaza de manera seria la democracia. Si bien es cierto que la mentira forma parte estructural de la política, hasta muy recientemente el papel en la conformación de la opinión pública de otros elementos como la diversidad de actores políticos, la defensa efectiva del derecho a la información y el papel de los medios de comunicación, permitía mantener un equilibrio imprescindible para el desarrollo de la democracia. El impacto de la tecnología, y su transformación de las lógicas comunicativas rompe en gran medida estos equilibrios, poniendo en cuestión una serie de pilares democráticos. Las estrategias de desinformación inciden no sólo en la capacidad de distribución, sino también en el tiempo de la misma, la sentimentalización de las decisiones políticas, la fragmentación de la opinión pública, la creación de esferas públicas paralelas, y su consiguiente polarización, la ausencia de referencias informativas válidas y la creación de un clima de sospecha general que pone en cuestión el papel de la verdad y pone en peligro la democracia, más allá de los periodos electorales”.¹⁷

IV. UN RAMPANTE POPULISMO.

Llama la atención que durante este primer cuarto de siglo han comenzado a surgir movimientos políticos apoyados en discursos populistas que blasonan mentiras o medias verdades sin el menor escrúpulo, debilitando las estructuras democráticas de los Estados, con la aquiescencia de buena parte de la población que asume las propuestas de líderes auto-iluminados sin la menor reflexión crítica. Se trata de una oleada populista “que está recorriendo el mundo desde los Estados Unidos, el Reino Unido, Hungría, Italia y Alemania, hasta Bolivia, Ecuador, Venezuela, Turquía, Israel, India o Filipinas”¹⁸. Estamos hablando de una oleada global que se ha ido alimentando por el nacionalismo xenófobo o el supremacismo étnico de los *Wasp* (*white, anglosaxon and protestant*) o el fundamentalismo religioso y que busca generar un discurso construido para ser creído, es decir, de una realidad verosímil, pero falsa, basado en modelos distópicos que se nutren en las arengas demagógicas.

Definir el concepto de populismo no resulta sencillo, dado que se trata de un fenómeno poliédrico y proteico que como una hidra de cien cabezas cuando desaparece una nace otra. Por ello, tampoco se lo puede asimilar con un exponente político de la izquierda o la derecha dado que, según las circunstancias, se transfigura al ritmo de sus mutabilidades. La dialéctica del poder ya no se estructura de izquierda o derecha, sino de arriba-abajo. Normalmente se apoya en la figura de un líder carismático que estimula los sentimientos populares y las emociones elementales de forma directa, evitando intermediarios ya sean instituciones o partidos políticos, utilizando una estrategia netamente personalista.

Se caracteriza por un discurso simplista, destacando enemigos internos y externos, ya sean estos reales o ficticios puesto que la masa no confronta la veracidad del discurso. Además, el advenimiento de las redes sociales se ha convertido en el instrumento idóneo para evitar interferencias institucionales entre el líder y el pueblo.

De este modo, se está dando pábulo a movimientos que se apoyan en modelos reciclados de populismo como es la llamada democracia iliberal¹⁹ que si bien utiliza para su acceso al poder en el modelo democrático liberal al uso, una vez aposentado el líder lo transforma en un régimen autoritario, con claro deterioro de las claves constitucionales del Estado de derecho que, aunque se ha bautizado como democracia iliberal, no deja de ser un modelo populista enmascarado.

Otro de los argumentos sobre los que se apoyan los movimientos populistas es el uso de símbolos (banderas, anagramas, etc.) o slogans (*Make America great again* (USA), *Rusicidad* (Fed. Rusa), etc.). Se trata

17 R. RUBIO NÚÑEZ, “Los efectos de la posverdad en la democracia”, *Revista de Derecho Político*, n° 103, septiembre-diciembre, 2018, p. 227.

18 C. UNGUREANU e I. SERRANO, (coords.) “Introducción”, p. 8, ¿La nueva era del populismo? Perspectivas teóricas, empíricas y comparativas, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Nueva época, septiembre, 2018, n° 119.

19 El neologismo de democracia iliberal fue creado por Fareed Zakaria para definir a gobiernos que asumen el poder democráticamente pero que ignoran las bases constitucionales del Estado y no respetan los derechos individuales. *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, WW Norton & Company, 2003.

de un lenguaje simplificado y simplista, pero cargado de emotividad que resulta sencillo difundir en la brevedad e inmediatez de las redes sociales que desplaza al paradigma de la complejidad en el que se nutren los modelos ortodoxos del Estado de derecho, con argumentos más sesudos y elaborados desde Montesquieu o Tocqueville.

Resulta inquietante observar la proliferación de líderes políticos que señalan al modelo populista como el único posible con una clara deriva hacia el pensamiento único. Como apuntamos, los conceptos de izquierdas y derechas se han difuminado en el marco de este espacio de ideología unitaria que ya no cuenta con las instituciones de representación democrática ni con el modelo de división de poderes. Se utiliza un lenguaje antiliberal, soberanista y antiglobalizador, aderezado con un discurso maniqueo de “buenos y malos”, de “aliados y enemigos”. Con un lenguaje identitario se sigue utilizando el término de democracia, transfigurándolo como una cobertura formal, pero con una agenda autoritaria de gobierno. Se enfrenta al modelo racionalista y deliberativo de la verdadera democracia, con ardides de ofuscación de las masas, sin grandes argumentos, pero con imágenes impactantes y simplificadoras.

El dilema se plantea en colegir en qué medida las democracias parlamentarias tendrán la fortaleza suficiente como para soportar sin debilitarse el embate de los movimientos populistas cuyo rampante crecimiento se destaca a nivel global.

V. IDEAS FINALES.

En base a las reflexiones que hemos realizado, caben plantearse algunos argumentos en defensa de la democracia parlamentaria. Ha costado muchos esfuerzos y sacrificios alcanzar modelos de comportamiento ejemplar en los que la ciudadanía pueda obrar en concordia y en libertad, como para que movimientos reaccionarios y retrógrados intenten, bajo distintas excusas, volver a cercenar las libertades y los derechos de los individuos.

1. En primer lugar, ante la inminencia de acontecimientos o desastres imprevisibles o fortuitos cabe admitir, desde un punto de vista jurídico y político, el estado de excepcionalidad y de fuerza mayor, con el fin de tomar determinadas medidas de control, como ha ocurrido en el reciente caso de la pandemia originada por el coronavirus. No obstante, estas medidas deben ser no solo excepcionales sino también reguladas temporalmente, con el fin de que no se enquisten y sea muy difícil volver a la normalidad, una vez superada la crisis. El control de las libertades individuales, las limitaciones horarias de la libre circulación, como los toques de queda, los registros obligatorios y el control de la intimidad no deben pasar determinadas líneas rojas en las que se estarían conculcando elementales derechos de los seres humanos. Puesto que, a través de sutiles disposiciones se pueden violentar derechos de los que luego resulta muy difícil recuperar su ejercicio y finalmente debilitar los modelos democráticos.

2. En segundo lugar, en lo que se ha dado en llamar la era de la posglobalización y de la posmodernidad, se ha encaramado la figura de la posverdad que apoyándose en falsos argumentos o falsas noticias (*fake news*) están alterando el verdadero conocimiento de los fenómenos sociales generando incertidumbre y desconcierto. En este magma de medias mentiras y medias verdades se puede manipular a la opinión pública, como ya hemos señalado, determinando corrientes de pensamiento basadas en falsos argumentos, deteriorando la imagen de instituciones o personas, desarrollando teorías de la conspiración que sirven para generar fobias y miedos. Las redes sociales y la internet han ido contribuyendo a la expansión este sistema de “opiniones sin fundamento” que se desplazan instantáneamente y en tiempo real y su difusión exponencial las convierte en virales. Se trata de la *doxomanía*, del imperio de la opinión (*doxa*) sin criterio ni contrastación de las noticias que como tal está deteriorando la misma libertad de expresión, al provocar el descreimiento en la población que finalmente no es capaz de captar quién miente o quién dice la verdad. Siendo la libertad de expresión una de las mayores conquistas de la democracia el descontrol de las mentiras genera desconfianza en el modelo.

3. En tercer lugar, el resurgimiento de movimientos de corte totalitario y populista completa el trípode sobre el que estamos reflexionando y aprovechando la excusa de circunstancias

excepcionales, hoy lo es la pandemia, mañana serán otras catástrofes o peligros o enemigos elaboran discursos soteriológicos con el ánimo de enardecer a la población. Por medio de las *fake news* se encaraman en el poder político utilizando, para colmo de males, las propias instituciones democráticas, para luego travestirlas y llamarlas democracias iliberales. En la actualidad, grandes potencias mundiales se encuentran dirigidas por líderes populistas, muchos de ellos han accedido al poder con el uso torticero de las redes sociales y de las *fake news*, otros se han infiltrado en organismos internacionales como la Unión Europea y en el Parlamento Europeo donde hemos tenido que oír discursos xenófobos; o, también, en los parlamentos nacionales, con claro deterioro al sistema de la democracia parlamentaria que en su modelo abierto les ha dado cobijo y desde allí socavan las libertades con el discurso del odio.

4. En estos tiempos complejos que nos han tocado en suerte, cabe realizar un doble esfuerzo de resistencia con el fin de fortalecer el sistema de democracia parlamentaria. Por un lado, denunciar estas circunstancias, tal como lo estamos haciendo en estas páginas, conjurando, como decía, estos males de la democracia que aprovechan sus libertades para corroer el sistema y, por otro lado, fortalecer el ejercicio democrático, afianzando el orden social, la verdad de las informaciones y la justicia como soporte fundamental de la democracia.

ESTADOS DE EMERGENCIA Y CRISIS PANDÉMICA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Francesco Biagi*

*Profesor de Derecho Público Comparado
 Universidad de Bolonia
 Departamento de Estudios Jurídicos
francesco.biagi4@unibo.it*

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ESTADOS DE EMERGENCIA EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS: TENDENCIAS COMPARADAS. 2.1. ¿Quién tiene el poder de declarar y prorrogar el estado de emergencia?. 2.2. ¿Cuáles son las garantías contra los posibles abusos cometidos durante un estado de emergencia?. III. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES RELATIVO A LA REVISIÓN DE LA DECLARACIÓN Y PRÓRROGA DEL ESTADO DE EMERGENCIA. 3.1. Constituciones que no otorgan ningún papel al Tribunal Constitucional. 3.2. Constituciones que solo otorgan al Tribunal Constitucional un papel débil. 3.3. Constituciones que otorgan al Tribunal Constitucional un papel fuerte y activo. 3.4. Argumentos en contra y a favor de atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de revisar la declaración y/o prórroga del estado de emergencia. IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES ESTATALES: UN ENFOQUE SOBRE LA CRISIS DE COVID-19. 4.1. El control formal/procedimental sobre las medidas de emergencia. 4.2. El control sustancial de las medidas de emergencia: sopesar los derechos fundamentales con los intereses del Estado (en particular, la salud pública). 4.3. El control sustancial de las medidas de emergencia (continuación): la necesidad de respetar el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos. V. CONCLUSIONES FINALES.

 57

* Nuestro agradecimiento a Giovanni Boggero, Giacomo Delledonne, Josu de Miguel Bárcena, Javier Tajadura Tejada y a los dos evaluadores anónimos por sus valiosas aportaciones al borrador de este estudio.

RESUMEN

En este artículo se analiza el papel de los tribunales constitucionales durante los estados de emergencia desde una perspectiva comparada. El objetivo es comprender si, cómo y hasta qué punto estos órganos pueden ejercer un control efectivo sobre el poder ejecutivo, contribuyendo así a la protección contra el abuso de los poderes de emergencia. El ensayo estudia, en particular, la revisión por parte de los tribunales constitucionales de la declaración y prórroga del estado de emergencia, así como de las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales durante los periodos de crisis, centrándose en la pandemia COVID-19. El artículo sugiere que los tribunales constitucionales pueden representar un baluarte importante para la defensa de los principios del constitucionalismo en tiempos de emergencia.

Palabras clave:

Tribunales constitucionales, estados de emergencia, pandemia COVID-19, abuso de poderes, protección de los derechos fundamentales.

ABSTRACT

STATES OF EMERGENCY AND THE PANDEMIC CRISIS: SOME REMARKS ON THE ROLE PLAYED BY CONSTITUTIONAL COURTS

This article examines the role of constitutional courts in times of emergency from a comparative perspective. In particular, it aims at understanding if, how and to what extent these bodies can place effective checks on the executive branch, thus contributing to protecting against the abuse of emergency powers. The article discusses the constitutional courts' review of the declaration and extension of the state of emergency, as well as the review of the emergency measures adopted by state authorities during periods of crisis, with a focus on the COVID-19 pandemic. The article suggests that constitutional courts can represent an important bulwark for the defence of the principles of constitutionalism in times of emergency.

58

Key Words:

Constitutional courts, states of emergency, COVID-19 pandemic, abuse of powers, protection of fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN.

En este artículo analizamos el papel de los tribunales constitucionales durante los estados de emergencia desde una perspectiva comparada. El objetivo es comprender si, cómo y hasta qué punto estos órganos pueden ejercer un control efectivo sobre el poder ejecutivo, contribuyendo así a la protección contra el abuso de los poderes de emergencia. Primero ofreceremos una visión general de cómo las constituciones modernas regulan los estados de emergencia. Más concretamente, nos centramos en las instituciones encargadas de declarar y prorrogar el estado de emergencia, así como en el análisis de las garantías procedimentales, temporales y sustanciales contra los posibles abusos cometidos durante estos tiempos de crisis. En la segunda parte del artículo, examinamos el papel que desempeñan los tribunales constitucionales en la revisión de la *declaración y prórroga* del estado de emergencia, evidenciando que en la mayoría de los casos estos órganos no ejercen ningún papel, en algunos casos ejercen un papel débil, y en otros casos ejercen un papel fuerte y activo. En este apartado también trataremos los argumentos a favor y en contra de conferir a los tribunales constitucionales la facultad de revisar la declaración y/o prórroga de dicho estado. En la tercera parte del artículo, analizamos el papel de los tribunales constitucionales relativo al control de las *medidas de emergencia* adoptadas por las autoridades estatales en tiempos de crisis, argumentando que estos órganos tienen el potencial de ser eficaces defensores de los principios del constitucionalismo. En particular, nos centramos en la pandemia COVID-19, evidenciando que en algunos casos los tribunales constitucionales han mostrado un grado excesivo de deferencia hacia el poder ejecutivo, pero en muchas otras circunstancias, al llevar a cabo un control tanto formal/procedimental como sustancial de las medidas de emergencia, han ejercido una función de vigilancia sobre la acción del ejecutivo, asegurando la proporcionalidad de las restricciones de los derechos. Por último, expondremos algunas observaciones finales.

II. LOS ESTADOS DE EMERGENCIA EN LAS CONSTITUCIONES MODERNAS: TENDENCIAS COMPARADAS.

El estado de emergencia puede describirse como “una categoría paraguas que abarca acontecimientos extraordinarios que pueden ejercer una presión anómala sobre el funcionamiento ordinario de una constitución”.¹ Estas situaciones varían enormemente, e incluyen acontecimientos como guerras, invasiones, secesiones, agitación interna, terrorismo, catástrofes naturales (terremotos, inundaciones o pandemias), así como crisis económicas y financieras.

Las constituciones suelen contener disposiciones relativas al estado de emergencia. Por un lado, algunos textos constitucionales solo incluyen algunas referencias a esta situación. La Constitución de los Estados Unidos de 1787, por ejemplo, solo contiene una prescripción clara para las emergencias, a saber, la sección 9 del artículo 1: “El privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión”. En cambio, otras constituciones son más contundentes a la hora de regular estas circunstancias extraordinarias.² El conocido artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919, por ejemplo, regulaba con más detalle cómo debía actuar el Estado cuando “la seguridad y el orden público” estuvieran “gravemente amenazados o perturbados”.³ En la actualidad, muchas constituciones (como las de Alemania, España y Colombia, por citar algunas) contienen un conjunto detallado de prescripciones para la

1 G. DELLEDONNE, «History and Concepts of Emergency», en R. Grote, F. Lachenmann, y R. Wolfrum (coords.), *The Max Planck Encyclopaedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 2.

2 Para un análisis comparado acerca de cómo se regulan los estados de emergencia, véase J. FERREJOHN, y P. PASQUINO, «The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 2, 2004, pp. 210 ss.; A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 301 ss.; D. DYZENHAUS, «States of Emergency», en M. Rosenfeld, y A. Sajó, (coords.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 442 ss.

3 Sobre el artículo 48 y el papel del presidente del Reich, véase J. DE MIGUEL BÁRCENA, y J. TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt: Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, 2018, pp. 245 ss.

respuesta de las autoridades estatales ante una emergencia. Está claro que hoy en día la *constitucionalización* del estado de emergencia se ha convertido en la norma, mientras que las constituciones que no contienen ninguna disposición relativa a dicho estado (como por ejemplo la Constitución de Italia de 1948, que solo regula la declaración de guerra)⁴ representan la excepción. De hecho, según un reciente estudio cuantitativo, nueve de cada diez constituciones actualmente en vigor contienen disposiciones centradas en el estado de emergencia.⁵

No obstante, hay que señalar que, además de los estados de emergencia regulados por la constitución, algunos países prevén incluso regímenes de emergencia específicos regulados a nivel legislativo. El caso de Francia es emblemático. De hecho, la Constitución de 1958 prevé el estado de excepción (art. 16) y el estado de sitio (art. 36), mientras que el estado de emergencia (*état d'urgence*) – en el que las autoridades francesas, hasta el momento, más han confiado en tiempos de crisis – está regulado por la Ley 55-385 de 3 de abril de 1955. Además, tras el estallido de la pandemia COVID-19, el Gobierno francés, en lugar de recurrir a uno de estos regímenes de emergencia, ha preferido adoptar una ley *ad hoc*, a saber, la Ley 2020-290, de 23 de marzo de 2020, sobre el estado de emergencia sanitaria (*état d'urgence sanitaire*).⁶

2.1. ¿Quién tiene el poder de declarar y prorrogar el estado de emergencia?

Un análisis comparado de las constituciones modernas muestra que, en lo que respecta a la facultad de declarar y prorrogar el estado de emergencia, se pueden identificar tres modelos: el modelo “unilateral”, el modelo “bilateral” y el modelo “participativo”.

En el modelo “unilateral”, únicamente una persona/institución – normalmente el ejecutivo (el presidente de la República, el Rey, el Gobierno...) – tiene la facultad de declarar y prorrogar el estado de emergencia, mientras que el papel que desempeñan otras instituciones es inexistente o muy limitado. Así ocurría en el norte de África y en Oriente Medio antes de la “Primavera Árabe”, donde la declaración unilateral del estado de emergencia por parte del jefe del Estado (Rey o presidente) era muy frecuente. El papel desempeñado por el Parlamento era extremadamente limitado, y el poder judicial estaba completamente excluido. Basta con considerar la Constitución siria de 1973, que establecía que “el presidente de la República puede declarar y poner fin al estado de emergencia en la forma prevista en la ley” (art. 101), y que “en caso de peligro grave o de situación que amenace la unidad nacional o la seguridad e independencia de la patria o que impida a las instituciones del Estado cumplir con sus responsabilidades constitucionales, el presidente de la República puede tomar las medidas inmediatas que exijan estas circunstancias” (art. 113). Tras las revueltas árabes, algunos países (por ejemplo, Túnez, como se verá más adelante) han implicado, además de al jefe del Estado, a otros poderes del Estado en el proceso que conduce a la declaración y/o prórroga del estado de emergencia (el Parlamento y/o el poder judicial), introduciendo así un modelo “bilateral” o “participativo”. Sin embargo, otros países – como Siria y Jordania – han mantenido el modelo “unilateral”.⁷

En el modelo “bilateral”, la decisión de declarar y/o prorrogar el estado de emergencia implica a dos poderes del Estado, el ejecutivo y el legislativo. Normalmente, el primero es el que declara el estado de emergencia, mientras que el segundo tiene que aprobar dicha declaración y/o su prórroga. La Constitución española de 1978, por ejemplo, regula tres situaciones de emergencia: el estado de alarma, el estado de

4 Sin embargo, debe subrayarse que la Constitución italiana estipula que “en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia” el Gobierno puede adoptar decretos con fuerza de ley (*decreti legge*) (Art. 77). Sobre el régimen de emergencia en Italia, véase P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna, 2006; G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016.

5 Véase C. BJØRNSKOV, y S. VOIGT, «The Architecture of Emergency Constitutions», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, n° 1, 2018, pp. 101 ss.

6 Sobre el hecho de que para hacer frente a la crisis de la pandemia algunos países han preferido adoptar leyes de emergencia *ad hoc*, o modificar las existentes, véase A. VEDASCHI, «Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato», *DPCE online*, n° 2, 2020, pp. 1463 ss. y 1485 ss.

7 Véase F. BIAGI, «The Separation of Powers and Forms of Government in the MENA Region Following the “Arab Spring”: A Break with the Past?», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° 2, 2018, pp. 397-400.

excepción y el estado de sitio. Para declarar y/o prorrogar cada uno de estos estados, tanto el Gobierno como el Congreso desempeñan un papel fundamental (art. 116).⁸ El estado de alarma, por ejemplo, es declarado “por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo” (Art. 116(2)).⁹ Incluso en Egipto, el ejecutivo y el legislativo participan en el proceso de declaración y prórroga del estado de emergencia. De hecho, según la Constitución de 2014, la proclamación del estado de emergencia por parte del presidente debe ser confirmada por el Parlamento, y este también es responsable de aprobar su prórroga (art. 154).

Por último, en el modelo “participativo”, además de los poderes ejecutivo y legislativo, también los tribunales – a menudo incluso los tribunales constitucionales – participan en el proceso de declaración y/o prórroga del estado de emergencia, ya que se les confiere la tarea de revisar la declaración y/o prórroga de este estado. Este modelo (que se analizará con más detalle en el apartado 3.3.) es el más reciente, y se puede encontrar en países como Colombia, Sudáfrica, Francia y Túnez. Como se verá más adelante, el modelo “participativo” parece ofrecer las garantías más eficaces contra el abuso de los poderes de emergencia.

2.2. ¿Cuáles son las garantías contra los posibles abusos cometidos durante un estado de emergencia?

Las constituciones modernas suelen prever diferentes garantías contra los posibles abusos cometidos por el ejecutivo durante un estado de emergencia, a saber, garantías procedimentales, temporales y sustanciales.

En cuanto a las *garantías procedimentales*, algunas constituciones estipulan que el Parlamento no puede ser disuelto durante un estado de emergencia (por ejemplo, en Francia, Túnez, Alemania y Marruecos). Esta garantía es muy importante por, al menos, dos razones. En primer lugar, el Parlamento es tradicionalmente la institución representativa por excelencia, que debe ser protegida especialmente en tiempos de emergencia. En segundo lugar, el Parlamento no solo es el órgano más importante encargado de adoptar los actos legislativos, sino que también representa – junto con el poder judicial – un “centro de resistencia potencial”¹⁰ al poder ejecutivo. En otras palabras, el Parlamento debe mantener siempre bajo control las acciones del poder gobernante, incluso durante una emergencia. Es significativo, por ejemplo, que en algunos países (como Francia y Túnez) el Parlamento juega un papel clave en la destitución del presidente de la República.

Otra importante garantía procedimental se refiere al funcionamiento de los tribunales constitucionales. El artículo 115G de la Ley Fundamental alemana, por ejemplo, establece que durante un estado de defensa “no podrá ser menoscabada la posición constitucional y el cumplimiento de las tareas constitucionales del Tribunal Constitucional Federal ni de sus jueces”.

Otro ejemplo de garantía procedimental consiste en exigir un consenso más amplio del Parlamento cuando se renueva el estado de emergencia. En Sudáfrica, por ejemplo, la Constitución de 1996 estipula que “[...] La primera prórroga del estado de emergencia deberá realizarse mediante una resolución adoptada con el voto favorable de la mayoría de los miembros de la Asamblea. Toda prórroga posterior deberá realizarse mediante una resolución adoptada con el voto favorable de al menos el 60% de los miembros de la Asamblea [...]” (Art. 37(2)(b)). Un requisito similar se encuentra también, por ejemplo, en la Constitución egipcia

8 Véase F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, n° 11, 1981, pp. 83 ss.; J. M. LAFUENTE BALLE, «Los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, n° 31, 1990, pp. 27 ss.

9 Véase C. VIDAL PRADO, y D. DELGADO RAMOS, «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga», *Revista española de derecho constitucional*, n° 92, 2011, pp. 243 ss.; V. PIERGIGLI, «L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell' *estado de alarma*. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti», *DPCE online*, n° 2, 2020, pp. 1533 ss.

10 G. BOGNETTI, *Dividing Powers. A Theory of the Separation of Powers*, edición en inglés de A. Baraggia y L. P. Vanoni, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2017, pp. 62.

(Art. 154 Const.). Este mecanismo recuerda la teoría de la “*supermajoritarian escalator*” de Bruce Ackerman,¹¹ según la cual se requiere un consenso más amplio del Parlamento para cada prórroga de un estado de emergencia, lo que aumenta progresivamente el poder de la oposición para poner fin a la emergencia si fuera necesario.¹²

En cuanto a las *garantías temporales*, hay que destacar que varias constituciones estipulan claramente los plazos de duración y prórroga de un estado de emergencia. En algunos casos, sin embargo, esta limitación temporal ha demostrado no ser efectiva y, por tanto, no ha impedido que los estados de emergencia duren indefinidamente. En Egipto, por ejemplo, la Constitución de 2014 dispone que la declaración presidencial del estado de emergencia se establece por un periodo determinado que no excede de tres meses, que solo puede ser prorrogado por otro periodo similar previa aprobación del Parlamento (art. 154). Sin embargo, el presidente Abdel Fattah al-Sisi ha superado este obstáculo fácilmente al volver a declarar el estado de emergencia unos días después de que expirara el periodo de emergencia.¹³ Declarado por primera vez en abril de 2017, el estado de emergencia en Egipto se ha renovado continuamente hasta octubre de 2021.

En cuanto a las *garantías sustanciales*, algunas constituciones prohíben la adopción de reformas constitucionales durante un estado de emergencia (por ejemplo, Francia, España y Brasil). Modificar la constitución durante un periodo en el que el poder está más concentrado en manos de una sola persona/institución aumenta considerablemente las posibilidades de que se produzcan modificaciones unilaterales. Además, estas circunstancias extraordinarias suelen impedir o reducir drásticamente la implicación y la participación activa de la sociedad civil en el proceso de reforma constitucional.¹⁴

Otra garantía sustancial muy importante se refiere a la protección de los derechos y libertades fundamentales. Algunas constituciones estipulan que durante un estado de emergencia solo se pueden suspender o limitar *determinados derechos*. Por ejemplo, la Constitución de Ecuador de 2008 establece que “durante el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información [...]” (Art. 165). Algunas constituciones indican el *tipo de restricciones* que pueden imponerse a los derechos fundamentales durante un estado de emergencia. Por ejemplo, el artículo 111 de la Ley Fundamental palestina de 2003 establece que “no se permite imponer restricciones a los derechos y libertades fundamentales al declarar el estado de emergencia, salvo en la medida necesaria para cumplir el objetivo indicado en el decreto por el que se declara el estado de emergencia”. Además, algunas constituciones estipulan que el *núcleo*, el *contenido esencial* de los derechos fundamentales debe preservarse siempre, incluso en circunstancias extraordinarias. Probablemente el ejemplo más famoso es el de la Constitución alemana de 1949, que estipula que “*en ningún caso* un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (art. 19(2)) (énfasis añadido).

62

III. EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES RELATIVO A LA REVISIÓN DE LA DECLARACIÓN Y PRÓRROGA DEL ESTADO DE EMERGENCIA.

Al analizar el papel que desempeñan los tribunales constitucionales en tiempos de emergencia, es importante establecer una distinción entre la revisión de la *declaración y prórroga* del estado de emergencia, por un lado, y la revisión de las *medidas de emergencia* adoptadas por las autoridades estatales durante este

11 B. ACKERMAN, «The Emergency Constitution», *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, pp. 1047 ss.

12 Véase también E. BULMER, *Emergency Powers*, International IDEA, 2018, p. 19, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/emergency-powers-primer.pdf>

13 Véase Y. AUF, «The State of Emergency in Egypt: An Exception or Rule?», *Atlantic Council*, 2 febrero 2018, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/the-state-of-emergency-in-egypt-an-exception-or-rule/>

14 De forma más general, sobre la compleja relación entre los estados de emergencia y las reformas constitucionales, véase G. DELLEDONNE, «Crises, Emergencies and Constitutional Change», en X. Contiades, y A. Fotiadou (coords.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge, London, 2020, pp. 245 ss.

período, por otro. Mientras que esta última es extremadamente común y parece representar la norma desde una perspectiva comparada, la primera, por el contrario, solo se reconoce expresamente en unas pocas constituciones. De hecho, cuando se trata de la revisión por parte de los tribunales constitucionales de la declaración y prórroga del estado de emergencia, se puede observar que en la gran mayoría de los casos las constituciones modernas no otorgan ningún papel a estos órganos (apartado 3.1.); en unos casos solo les conceden un papel débil (apartado 3.2.); y en otros casos les confieren un papel fuerte y activo (apartado 3.3.).

3.1. Constituciones que no otorgan ningún papel al Tribunal Constitucional

La mayoría de las constituciones modernas no otorgan (al menos explícitamente) ningún papel ni a los tribunales ordinarios, ni a los tribunales constitucionales en el proceso que lleva a la declaración y/o extensión del estado de emergencia. Este silencio ha sido interpretado normalmente por los tribunales como una prohibición de llevar a cabo un control judicial. En algunos casos, la declaración del estado de emergencia ha sido considerada como un acto *político* y, por lo tanto, fuera del ámbito de la revisión judicial. Por ejemplo, en una sentencia dictada el 3 de abril de 1976, el Tribunal Supremo de Egipto argumentó que no podía controlar la declaración de un estado de emergencia ya que este era un “acto de soberanía” (en árabe, *a'mal al-siyada*), es decir, un acto del poder ejecutivo que queda fuera de la jurisdicción del poder judicial. No es una coincidencia que la “doctrina de los actos de soberanía”,¹⁵ bastante común en el mundo árabe, recuerde claramente a la *political question doctrine* típica de Estados Unidos.

También conviene recordar el caso de Malasia, donde la Constitución de 1957 prohíbe *expresamente* la revisión judicial. De hecho, el apartado 8 del artículo 150 de la Constitución de 1957 estipula que “ningún tribunal será competente para conocer o resolver ninguna solicitud, cuestión o procedimiento, cualquiera que sea su forma, sobre la validez de una Proclamación [de Emergencia]” (énfasis añadido).

En algunos países, sin embargo, el silencio de la Constitución no ha impedido que el tribunal constitucional se declare competente para revisar la constitucionalidad de la declaración y prórroga del estado de emergencia. En una importante sentencia, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha establecido que “todos los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de cada uno de los tres estados de excepción ex art. 116 CE quedan sometidos, en razón de su condición de actos y disposiciones con fuerza o rango de ley, a un mismo régimen de control jurisdiccional ante este Tribunal”.¹⁶ El problema, sin embargo, es la lentitud en la respuesta que erosiona la efectividad del control. Por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox contra el Real Decreto n.º 463/2020, de 14 de marzo, por el que fue declarado el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional solamente más de un año después a través de la sentencia 148/2021 de 14 de julio de 2021.¹⁷ Como bien ha explicado Manuel Aragón Reyes, para que este control jurisdiccional sea eficaz, “una fórmula útil sería la de atribuir al Tribunal Constitucional el conocimiento de un nuevo proceso para añadirlo a los que ahora tiene (los del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, cuya larga sustanciación e ineludible tardía resolución pueden restar eficacia al control). Se trataría de establecer una vía sumaria y urgente de recurso frente los decretos de declaración y prórroga que permitiese, en muy pocos días desde la impugnación, que el Tribunal Constitucional pudiera dictar sentencia”.¹⁸

15 Véase M. M. ABOUELENEN, «Judges and Acts of Sovereignty», en N. Bernard-Maugiron (coord.), *Judges and Political Reform in Egypt*, The American University in Cairo Press, Cairo – New York, 2008, pp. 181 ss.

16 Sentencia 83/2016, fundamento jurídico n.º 11.

17 Sobre esta sentencia véase más en detalle el apartado 4.2.

18 M. ARAGÓN REYES, «Epílogo», en P. Biglino Campos, y J. F. Durán Alba (coords.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, pp. 16-17.

3.2. Constituciones que solo otorgan al Tribunal Constitucional un papel débil

Algunas constituciones solo otorgan un papel débil al tribunal constitucional en el proceso que conduce a la declaración y/o prórroga del estado de emergencia. Esto sucede cuando la constitución establece que antes de declarar el estado de excepción, el jefe de Estado tiene que *consultar* al tribunal constitucional. Este era el caso, por ejemplo, de Francia antes de la reforma constitucional de 2008 (véase con más detalle el apartado 3.3). Otro ejemplo es el de Marruecos, donde la Constitución de 2011 establece que “[...] el Rey, *previa consulta* al jefe de Gobierno, al presidente de la Cámara de Representantes, al presidente de la Cámara de Consejeros, así como al *presidente del Tribunal Constitucional*, [...] puede proclamar por Dahir el estado de excepción [...]” (art. 59) (énfasis añadido). Asimismo, la Constitución de Argelia de 1996 (modificada en 2020) establece que “el presidente de la República proclamará el estado de excepción [...]. Dicha medida se adoptará *previa consulta* al presidente del Consejo de la Nación, al presidente de la Asamblea Nacional Popular y al *presidente del Tribunal Constitucional* [...]” (Art. 98) (énfasis añadido).

Estos ejemplos muestran una débil implicación del tribunal constitucional, ya que los dictámenes emitidos por este órgano (o por el presidente del mismo) *no son vinculantes* y, por lo tanto, el jefe del Estado es libre de ignorarlos.

3.3. Constituciones que otorgan al Tribunal Constitucional un papel fuerte y activo

En el marco del modelo “participativo” descrito anteriormente (apartado 2.1.), además de los poderes ejecutivo y legislativo, también los tribunales – a menudo incluso los tribunales constitucionales – participan en el proceso que lleva a la declaración y/o prórroga del estado de emergencia, ya que están investidos de la tarea de *revisar la constitucionalidad* de la declaración y/o prórroga de dicho estado. Esto significa que el tribunal constitucional está facultado para *invalidar* un decreto de proclamación del estado de emergencia. Esto es precisamente lo que ocurre, por ejemplo, en Colombia, donde la Constitución de 1991 establece que el Gobierno debe presentar a la Corte Constitucional los decretos de proclamación del estado de emergencia al día siguiente de su promulgación, para que la Corte decida sobre su constitucionalidad. En caso de que el Gobierno no lo haga, la Corte está facultada para revisarlos automáticamente (arts. 214(6) y 215). Los jueces constitucionales se han tomado muy en serio esta responsabilidad: entre 1991 y 2011 el ejecutivo ha emitido veinticinco decretos sobre el estado de emergencia, siete de los cuales han sido anulados por la Corte por motivos tanto formales como de fondo.¹⁹ La Corte ha afirmado en repetidas ocasiones que el presidente únicamente puede declarar un estado de excepción cuando se han cumplido objetivamente los requisitos fácticos precisos señalados por la Constitución.²⁰ En la sentencia C-466 de 1995, por ejemplo, la Corte invalidó un decreto que declaraba el estado de conmoción interior. La Corte afirmó que como los hechos de violencia ocurridos en Colombia a mediados de los años 90 no tenían “el carácter de coyunturales, transitorios ni excepcionales” sino que reflejaban “patologías arraigadas”, no había razón para darles un tratamiento especial. En la sentencia C-122 de 1997, la Corte anuló un decreto que declaraba el estado de emergencia económica. En este caso, la Corte observó que la crisis económica en la que se encontraba la nación era totalmente previsible, y que la adopción de medidas ordinarias habría sido suficiente para hacer frente a la crisis. Este control *material* sobre la declaración del estado de emergencia ejercido por la Corte Constitucional ha sido muy importante para reducir el estado de emergencia permanente en el que se encontraba el país: de hecho, “el tiempo que los colombianos vivieron bajo un régimen de emergencia pasó del 80% en los años 80 a menos del 20% en los años 90”.²¹ En otras palabras, la Corte Constitucional

19 Véase A. KATZ, *Taming the Prince: The Colombian Constitutional Court and Rights Review of Executive Emergency Power*, p. 15, artículo presentado en la mesa redonda de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional sobre «*Constitutional Adjudication: Traditions and Horizons*», Roma, 5-6 mayo 2017.

20 Véase M. J. CEPEDA-ESPINOSA, «Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court», *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, 2004, p. 632.

21 R. UPRIMNY, *The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia*, 2005, p. 21, <https://www.>

colombiana contribuyó a resolver el problema – magistralmente analizado por Giorgio Agamben – de la “normalización de la excepción”.²²

Durante la década de 1990, incluso la Sudáfrica posterior al *apartheid* decidió otorgar un papel clave a los tribunales – incluido el Tribunal Constitucional – en tiempos de emergencia. De hecho, el apartado 3 del artículo 37 de la Constitución de 1996 establece que “cualquier tribunal competente puede decidir sobre la validez de: a) una declaración de estado de emergencia; b) cualquier prórroga de una declaración de estado de emergencia; c) cualquier ley u otra medida adoptada como consecuencia de una declaración de estado de emergencia”. Cabe señalar que el sistema de garantías muy detallado que establece la Constitución sudafricana en materia de estados de emergencia está claramente destinado a evitar que se repitan los abusos de los poderes de emergencia cometidos durante la época del *apartheid*.

El caso de Francia es especialmente interesante. Este país se ha caracterizado durante mucho tiempo por el modelo “unilateral” que se ha descrito anteriormente (apartado 2.1.), ya que el artículo 16 de la Constitución de 1958 otorgaba al presidente de la República la facultad exclusiva de declarar el estado de excepción “cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave e inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido”. El presidente solo estaba obligado a *consultar* a determinados actores institucionales, como el Primer Ministro, los presidentes de las dos Cámaras del Parlamento y el Consejo Constitucional, pero sus opiniones *no eran vinculantes*. La autoridad exclusiva del presidente para declarar el estado de excepción se confirmó en el famoso *arrêt “Rubin de Servens”* del 2 de marzo de 1962, en el que el Consejo de Estado argumentó que esta decisión del presidente era un “*acte de gouvernement*” que no podía ser objeto de recurso.²³

Este sistema “unilateral” ha cambiado radicalmente tras la aprobación de la reforma constitucional de 2008. De hecho, para contrarrestar el predominio del ejecutivo en la declaración del estado de excepción, se ha añadido un nuevo apartado al artículo 16, que establece que treinta días después del ejercicio de los poderes excepcionales, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado, sesenta miembros de la Asamblea Nacional o sesenta senadores pueden dirigirse al Consejo Constitucional con el fin de verificar si las circunstancias siguen siendo excepcionales. El Consejo debe pronunciarse lo antes posible. Además, sesenta días después del ejercicio de los poderes excepcionales o en cualquier momento posterior, el Consejo procede de pleno derecho a revisar las circunstancias y toma una decisión. Así pues, la reforma constitucional de 2008 ha transformado radicalmente el proceso de declaración del estado de excepción, convirtiendo al Consejo Constitucional en uno de los actores clave.

No obstante, cabe señalar que el artículo 16 de la Constitución francesa solo se ha aplicado hasta ahora en una circunstancia, a saber, tras el intento de golpe de Estado en Argel (del 23 de abril al 29 de septiembre de 1961). En todos los demás casos, las autoridades francesas han preferido recurrir a los regímenes de emergencia regulados a nivel legislativo, a saber, la Ley 55-385 de 3 de abril de 1955 sobre el *état d’urgence* (que puede ser declarado por el Consejo de Ministros en caso de peligro inminente que pueda obstaculizar gravemente el orden público, o en caso de catástrofe pública), y la Ley 2020-290, de 23 de marzo de 2020, sobre el *état d’urgence sanitaire* (que puede ser declarado por el Consejo de Ministros, previo informe del Ministro de Sanidad, en caso de un desastre sanitario que ponga en peligro la salud de la población por su naturaleza y gravedad). A diferencia del “nuevo” artículo 16 de la Constitución, estas leyes no prevén ninguna forma de control por parte del Consejo Constitucional sobre la declaración y prórroga del régimen de emergencia.

En Túnez, la Asamblea Constituyente se ha basado ampliamente en el modelo francés posterior a 2008 y, de hecho, el artículo 80 de la Constitución de 2014 es muy similar al “nuevo” artículo 16 de la Constitución francesa. El artículo 80 identifica las condiciones en las que se puede declarar el estado de excepción y establece que el presidente de la República solo puede declarar dicho estado tras consultar al

dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_26.pdf

22 G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer. Vol. II.1*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 9 ss.

23 Véase S. PLATON, «Vider l’article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l’état de droit contemporain?», *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5 (HS n° 2), p. 101.

jefe de Gobierno y al presidente del Parlamento, y tras informar al presidente del Tribunal Constitucional. Además, treinta días después de la entrada en vigor de las medidas excepcionales, y en cualquier momento posterior, el presidente del Parlamento o treinta de sus miembros pueden dirigirse al Tribunal Constitucional con el fin de verificar si las circunstancias siguen siendo excepcionales.

Sin embargo, casi ocho años después de la promulgación de la Constitución de 2014, el Tribunal Constitucional todavía no ha sido establecido. Las implicaciones prácticas de la falta de establecimiento de este órgano son evidentes. En julio de 2021, el Presidente de la República Kaïs Saïed ha declarado el estado de excepción, destituyendo al jefe de Gobierno y suspendiendo las actividades del Parlamento. Además, en septiembre del mismo año ha adoptado un decreto presidencial con el que ha instaurado un régimen híperpresidencial caracterizado por una excesiva concentración de poderes en las manos del presidente. Como el Parlamento ha sido “congelado” y el Tribunal Constitucional todavía no ha sido establecido, la duración de este estado de excepción depende enteramente de la discreción de Saïed.²⁴

3.4. Argumentos en contra y a favor de atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de revisar la declaración y/o prórroga del estado de emergencia

Como ha señalado la Comisión de Venecia, “no existe un acuerdo general sobre la idoneidad de la revisión judicial de la declaración de emergencia. Debido a su naturaleza política, la justiciabilidad de una declaración de emergencia presenta cuestiones y problemas especiales y complicados. Hay quienes dicen que no debería haber ningún control por parte del poder judicial y otros que afirman que un cierto control sería conveniente”.²⁵

Uno de los argumentos en contra de conceder al tribunal constitucional la facultad de revisar la declaración y prórroga del estado de emergencia está estrictamente relacionado con la teoría del estado de excepción de Carl Schmitt. Como se sabe, de acuerdo con el teórico del derecho alemán “el soberano es quien decide sobre el estado de excepción”. Esto significa que la decisión de asumir los poderes de emergencia, la naturaleza y el alcance de dichos poderes y su duración es una *decisión política* que depende exclusivamente del presidente (jefe de Estado). De hecho, el soberano decide si existe una emergencia extrema, así como lo que debe hacerse para eliminarla. Además, según Schmitt durante una emergencia el derecho está suspendido, incluidos todos los mecanismos de frenos y contrapesos, para garantizar la supervivencia de la nación. Su punto central es que todas las decisiones relativas a los poderes de emergencia son de naturaleza política y, por tanto, en estas circunstancias el derecho cede ante la política.²⁶ Es evidente que, si se adopta el punto de vista de Schmitt, el tribunal constitucional no puede desempeñar ningún papel cuando se trata de la declaración y prórroga del estado de emergencia.

Sin embargo, en realidad este argumento puede cuestionarse haciendo hincapié en el hecho de que a los tribunales constitucionales se les pide muy a menudo que intervengan en cuestiones “políticas”. Por ejemplo, en varios países tienen que resolver disputas electorales, decidir sobre la destitución del presidente de la República, resolver conflictos entre los poderes del Estado (por ejemplo, entre el presidente y el primer ministro),²⁷ así como revisar la constitucionalidad de leyes altamente “políticas”, como las leyes electorales. Por lo tanto, revisar la declaración y prórroga de un estado de emergencia sería sin duda una tarea delicada, pero no lo sería más que una de las *muchas* decisiones con “carga política” que tendrían que tomar los tribunales constitucionales. Además, hay que tener en cuenta que la composición y la justificación

24 Véase F. BIAGI, «Tunisia: stato di eccezione, concentrazione dei poteri e rischio di deriva illiberale», *Quaderni costituzionali*, n° 4, 2021 (en prensa).

25 COMISIÓN DE VENECIA, *Emergency Powers*, 1995, p. 26, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-e)

26 Véase C. SCHMITT, «Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía» (obra original de 1922), en C. Schmitt, *Teología política*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 13 ss.

27 Sobre estas funciones auxiliares de los tribunales constitucionales véase T. GINSBURG, y Z. ELKINS, «Ancillary Powers of Constitutional Courts», *Texas Law Review*, vol. 87, 2008, pp. 1431 ss.; A. VEDASCHI, «La giustizia costituzionale», en P. Carrozza, A. Di Giovine, G. F. Ferrari (coords.), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 1120 ss.

de la designación de los miembros de los tribunales constitucionales suele ser no solo técnica, sino también política. Gracias a esta combinación de “conocimientos jurídicos y pericia política”²⁸ estos órganos no parecen adolecer de ninguna carencia para pronunciarse sobre estas cuestiones “políticas”.

Otro argumento en contra de atribuir al tribunal constitucional la facultad de revisar la declaración y prórroga del estado de emergencia es que, al obligar a esta institución a tomar una decisión que tiene un carácter altamente político, su imagen de órgano técnico, neutral e independiente podría verse socavada. Este hecho también podría tener un impacto negativo en la legitimidad del tribunal. Aunque se trata de un riesgo grave y concreto, no parece que sea una consecuencia inevitable. En Colombia, por ejemplo, las decisiones de la Corte Constitucional que invalidaban los decretos que proclamaban el estado de excepción fueron muy controvertidas (incluso entre los magistrados de la Corte): “algunos afirmaron que era una decisión embarazosa para la Corte, otros temían que el gobierno careciera de medios para hacer cumplir esas sentencias y luchar contra la violencia, mientras que otros sostenían que la Corte había invadido las competencias del presidente. *A pesar de las críticas, las decisiones fueron aceptadas y respetadas por el gobierno, lo que sin duda fue una de las razones por las que la Corte tuvo tanto éxito en los años posteriores.*”²⁹ (énfasis añadido).”

En otras palabras, el control sustancial (y no solo formal) ejercido por la Corte Constitucional colombiana sobre las declaraciones de estado de emergencia no solo contribuyó a reducir los riesgos relacionados con el abuso de los poderes de excepción por parte del poder ejecutivo, sino que también ayudó a fortalecer la reputación, el prestigio y la legitimidad de la propia Corte.

IV. EL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA ADOPTADAS POR LAS AUTORIDADES ESTATALES: UN ENFOQUE SOBRE LA CRISIS DE COVID-19.

Como se ha mencionado anteriormente, mientras que el control de la *declaración y prórroga* del estado de emergencia no es muy común desde una perspectiva comparada, a menudo se solicita a los tribunales – incluidos los constitucionales – que revisen las *medidas de emergencia* adoptadas por las autoridades estatales en tiempos de crisis. Sin embargo, en los últimos años, algunos destacados académicos han cuestionado duramente el papel que estos órganos pueden desempeñar en esas situaciones. Por ejemplo, George J. Alexander, Oren Gross y Mark Tushnet han argumentado que el único control real y efectivo contra los posibles abusos en tiempos de emergencia es de naturaleza política. En su opinión, las constituciones y, por extensión, los tribunales no deberían desempeñar ningún papel en la revisión de los poderes de emergencia del gobierno. Alexander, por ejemplo, ha subrayado que, dado que los tribunales tienden a funcionar mal en las situaciones de emergencia, no deberían involucrarse en absoluto, y que “el remedio debe lograrse políticamente si se quiere que sea efectivo”.³⁰ En una línea similar, Gross ha señalado que el pueblo (y no los tribunales) debe controlar, directa o indirectamente (por ejemplo, a través de sus representantes elegidos en Parlamento), las acciones adoptadas por el poder ejecutivo durante la emergencia.³¹ Como explica Tushnet, este enfoque “político” se fundamenta de la siguiente manera: “es mejor que los poderes de emergencia se ejerzan de forma extraconstitucional, para que todo el mundo entienda que las acciones son extraordinarias, a que las acciones se racionalicen como coherentes con la Constitución y, por tanto, se normalicen”. Según Tushnet, esto ayudaría a “evitar la normalización de la excepción”.³²

67

28 G. DELLEDONNE, «Appointing and Electing Constitutional Judges. An Evolving Comparative Landscape», en M. Belov (coord.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven International Publishing, The Hague, 2019, p. 163.

29 K. MERHOF, «Building a Bridge Between Reality and the Constitution: The Establishment and Development of the Colombian Constitutional Court», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, 2015, p. 719.

30 G. J. ALEXANDER, «The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During Periods of Emergency», *Human Rights Law Journal*, vol. 5, 1984, p. 65.

31 O. GROSS, «Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?», *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, pp. 1023 ss.

32 M. TUSHNET, «Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime», *Wisconsin Law Review*, vol. 2003, 2003,

Eric A. Posner y Adrian Vermeule parecen haber dado un paso más allá. De hecho, han argumentado que “las condiciones y limitaciones políticas, incluidas las demandas de acción rápida por parte de un público alterado, la incertidumbre masiva y la conciencia de su propia ignorancia, no dejan a los legisladores y jueces [...] otra opción real que entregar las riendas al ejecutivo y esperar lo mejor”.³³ En su opinión, un “*Unbound Executive*”³⁴ sería la mejor opción de garantizar una respuesta rápida y decisiva ante una emergencia.

En el contexto estadounidense, esta postura crítica hacia el papel de los tribunales en tiempos de guerra y emergencia puede explicarse también a la luz de algunas sentencias muy controvertidas dictadas por el Tribunal Supremo, como *Schenck contra Estados Unidos*,³⁵ *Korematsu contra United States*,³⁶ o *Dennis contra United States*,³⁷ por citar solo algunas de las decisiones más conocidas. Esto ha contribuido a reforzar la “sabiduría convencional” según la cual “los tribunales funcionan mal como guardianes de la libertad en tiempos de crisis”.³⁸

Sin embargo, las críticas mencionadas parecen ser demasiado duras. Si bien es cierto que el control jurisdiccional sobre medidas de emergencia no siempre ha demostrado estar a la altura de la tarea, muchos otros ejemplos comparados demuestran que los tribunales pueden ser eficaces defensores de los principios del constitucionalismo durante los períodos de crisis. En la India, por ejemplo, el Tribunal Supremo “ha controlado repetidamente la declaración de emergencia y ha establecido su poder de revisar las decisiones de emergencia del presidente”.³⁹ En particular, hay que recordar la sentencia histórica en *S.R. Bommai contra Union of India*,⁴⁰ en la que el Tribunal Supremo dictaminó que el poder del presidente de declarar un estado de emergencia, de acuerdo con el artículo 356 de la Constitución, es un poder *condicionado* que no puede ser ejercido a discreción del presidente.⁴¹ Otro ejemplo interesante procede de Francia. En los primeros meses que siguieron a los atentados terroristas de 2015 en París, el Consejo Constitucional adoptó una postura bastante prudente con respecto a las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno. Sin embargo, con el paso del tiempo, el Consejo optó por un enfoque más estricto.⁴² En la sentencia del 16 de marzo de 2017,⁴³ por ejemplo, argumentó que la decisión de prolongar el arresto domiciliario más allá de doce meses (aunque esta decisión estaba sujeta a un control del Consejo de Estado), entraba en conflicto con la Constitución, ya que violaba el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo (*recours juridictionnel effectif*).

Durante la actual crisis de COVID-19, se les ha pedido con frecuencia a los tribunales – incluidos los tribunales constitucionales – que se pronunciaran sobre la constitucionalidad de las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales. Lo que se desprende de este análisis es que en algunos casos los

pp. 306-7.

33 E. A. POSNER, y A. VERMEULE, «Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008», *The University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009, p. 1614.

34 E. A. POSNER, y A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

35 *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). El Tribunal sostuvo que las críticas del acusado al servicio militar obligatorio no estaban protegidas por la Primera Enmienda, ya que tenían la intención de provocar un delito y creaban un peligro claro y presente para el alistamiento y el servicio de reclutamiento de las fuerzas armadas de Estados Unidos durante un estado de guerra.

36 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). El Tribunal declaró que la orden de exclusión del presidente que condujo al internamiento de los japoneses-estadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial no estaba en conflicto con la Constitución.

37 *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). El Tribunal sostuvo que las condenas de los acusados por conspirar para derrocar al gobierno de Estados Unidos por la fuerza mediante su participación en el Partido Comunista no violaban la Primera Enmienda.

38 D. COLE, «Judging the Next Emergency: Judicial Review and Individual Rights in Times of Crisis», *Michigan Law Review*, vol. 101, 2004, p. 2565.

39 N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJÓ, S. BAER, S. MANCINI, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, West, St. Paul, 2016, p. 1603.

40 *S.R. Bommai v. Union of India* – 1994 AIR 1918, 1994 SCC (3) 1.

41 Véase D. KUMAR SINGH, «An Analysis of Pre and Post S.R. Bommai Scenario with Reference to President’s Rule in States», *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, vol. 6, n° 6, 2017, pp. 5 ss.

42 DELLEDONNE, «Crises, Emergencies and Constitutional Change», *op. cit.*, p. 256.

43 Sentencia 2017–624 QPC del 16 de marzo de 2017.

tribunales constitucionales han mostrado una deferencia excesiva al poder ejecutivo, pero en muchas otras circunstancias estas instituciones, al llevar a cabo un control tanto formal/procedimental como sustancial de las medidas de emergencia, han ejercido una función de vigilancia sobre la acción del ejecutivo, asegurando que las restricciones a los derechos y libertades fundamentales eran necesarias, razonables y proporcionadas. Esto confirma el hecho de que los tribunales pueden desempeñar un papel clave en la limitación del poder ejecutivo en tiempos de crisis.⁴⁴

4.1. El control formal/procedimental sobre las medidas de emergencia

Los tribunales han ejercido a menudo un control de tipo formal/procedimental sobre las medidas de emergencia, estableciendo, en particular, que las decisiones tomadas por el poder ejecutivo que limitan o restringen los derechos fundamentales que no tienen ningún fundamento jurídico son inválidas. Más concretamente, los derechos fundamentales deben estar siempre restringidos por la ley. Una situación de emergencia no representa una excusa válida para derogar esta norma.

El caso de Nueva Zelanda es un ejemplo interesante. Entre el 26 de marzo y el 3 de abril de 2020, se exigió a la población que se quedara en casa para contener la propagación del Coronavirus. La *High Court* declaró que esta decisión del Gobierno era razonable pero ilegal porque no estaba prescrita por la ley. Las autoridades se habían limitado a hacer *anuncios públicos* que recomendaban a la población que permaneciera en casa. Concretamente, la Corte argumentó que estos anuncios “habían limitado ciertos derechos y libertades expresados en el *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, incluso, en particular, los derechos a la libertad de circulación, de reunión pacífica y de asociación. Aunque no cabe duda de que la medida era una respuesta necesaria, razonable y proporcionada a la crisis de COVID-19 en aquel momento, la medida no estaba prescrita por la ley y, por tanto, era contraria al artículo 5 del *New Zealand Bill of Rights Act*.”⁴⁵

Este problema se corrigió el 3 de abril, cuando se dictó una nueva Orden en virtud de la Ley de Sanidad.

El caso de Kosovo fue bastante similar. El Gobierno adoptó la Decisión 01/15, de 23 de marzo de 2020, por la que se limitaban algunos derechos fundamentales (incluida la libertad de reunión) para contener la propagación del Coronavirus. En el caso KO 54/20, el Tribunal Constitucional declaró que esta Decisión violaba, en particular, el artículo 55 de la Constitución de 2008, que en su primer apartado establece que los derechos y libertades fundamentales garantizados por la Constitución solo pueden limitarse por ley. El Tribunal especificó que “el Gobierno no puede restringir ningún derecho y libertad fundamentales mediante Decisiones, a menos que la ley de la Asamblea establezca una restricción del derecho correspondiente. El Gobierno puede hacer cumplir una ley de la Asamblea que restrinja un derecho y una libertad fundamentales solo en la medida específica autorizada por la Asamblea a través de la ley correspondiente”. Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, la “Ley de Prevención y Lucha contra las Enfermedades Infecciosas” y la “Ley de Sanidad” no autorizaban al Gobierno a limitar los derechos y libertades constitucionales. La cuestión clave subrayada por el Tribunal es que *solo una ley del Parlamento* – y no una decisión del ejecutivo – puede limitar los derechos fundamentales.

En otros casos, sin embargo, el control formal/procedimental ha dado lugar a decisiones controvertidas. Por ejemplo, el Consejo Constitucional francés argumentó que el proyecto de ley orgánica que ampliaba los plazos de decisión para la *question prioritaire de constitutionnalité* era conforme a la Constitución, a pesar de que se había adoptado infringiendo las normas de procedimiento previstas en el artículo 46 de la Constitución. Según el Consejo, esta infracción estaba justificada por las “*circonstances particulières de l’espèce*”.⁴⁶

44 Para una valoración positiva del papel desempeñado por los tribunales (y los Parlamentos) durante la crisis de COVID-19 véase también T. GINSBURG, y M. VERSTEEG, «The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic», *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52 – University of Chicago, Public Law Working Paper No. 747*, 2020, pp. 27 ss., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974

45 Sentencia del 19 de agosto de 2020.

46 Sentencia 2020-799 DC del 26 de marzo de 2020.

4.2. El control sustancial de las medidas de emergencia: sopesar los derechos fundamentales con los intereses del Estado (en particular, la salud pública)

Los tribunales constitucionales también han tenido que llevar a cabo controles de tipo sustancial sobre las restricciones de los derechos fundamentales, sopesando estos derechos con los intereses del Estado (en particular, la salud pública). En términos generales, estos órganos han concedido a las autoridades estatales un margen de discrecionalidad bastante amplio. Esto no resulta sorprendente, especialmente si se tienen en cuenta los nuevos, graves y difícilmente predecibles retos que ha planteado la pandemia. Además, también se ha solicitado a los tribunales constitucionales que, a menudo, tomaran decisiones extremadamente rápidas, algo que ha contribuido probablemente a explicar este enfoque prudente. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español resolvió en un solo día (rechazándolo) el recurso de amparo interpuesto por el sindicato “*Central Unitaria de Trabajadores/as*” (CUT), para que tuviera efecto útil para el 1 de mayo, día en el que el sindicato pretendía celebrar una manifestación en Vigo.⁴⁷

El *Bundesverfassungsgericht* alemán ha sido uno de los tribunales constitucionales que más sentencias ha dictado en respuesta a la crisis de COVID-19. En muchos casos, el Tribunal ha confirmado las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales, pero en otras sentencias los jueces constitucionales han decidido anular dichas medidas o instar a las autoridades a reconsiderar el caso por sí mismas sobre la base de los principios señalados por el Tribunal.⁴⁸ Una de estas sentencias se refiere a la decisión de la ciudad de Gießen de prohibir una manifestación, ya que habría infringido las medidas impuestas por el Gobierno del Estado de Hesse para contener la propagación del Coronavirus. Las autoridades habían decidido prohibir la manifestación a pesar de que los organizadores habían dejado claro que habrían seguido las normas de distanciamiento social. El Tribunal Constitucional argumentó que las autoridades habían asumido incorrectamente que las medidas adoptadas por el Gobierno del Estado de Hesse incluían una prohibición *general* de las reuniones públicas. Al asumir tal prohibición general, las autoridades no habían reconocido que tenían un cierto margen de discrecionalidad para decidir si permitían la reunión o no. Por ello, el Tribunal instó a las autoridades a reconsiderar el caso.⁴⁹ Poco después de la sentencia del Tribunal, el alcalde de Gießen decidió permitir la manifestación.

Un caso similar alude a la decisión de la ciudad de Stuttgart de no tramitar las solicitudes de celebración de reuniones masivas, ya que estas estaban prohibidas por el Estado de Baden-Württemberg para contener la propagación de COVID-19. El Tribunal Constitucional sostuvo que la decisión de las autoridades locales violaba la libertad de reunión, porque las medidas impuestas por el Estado de Baden-Württemberg sí contenían normas de limitación de contactos, pero concedían a las autoridades locales la posibilidad de adoptar un margen de discrecionalidad para decidir si permitían o no la manifestación pública. Las autoridades debían tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, así como las medidas alternativas disponibles para encontrar un justo equilibrio entre la libertad de reunión y la protección contra las enfermedades infecciosas.⁵⁰

Otro caso interesante hace referencia a la protección de la libertad religiosa. Tras la decisión del Estado de Baja Sajonia de prohibir los servicios religiosos como medio para luchar contra la epidemia de COVID-19, una asociación musulmana interpuso un recurso al Tribunal Constitucional con el fin de celebrar las oraciones del viernes en la mezquita durante el Ramadán. La asociación subrayó que habría limitado a 24 el número de participantes en una mezquita en la que cabían 300 fieles y habría impuesto normas estrictas

47 Auto del 30 de abril de 2020. Sobre esta sentencia, véase L. COTINO HUESO, «La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el COVID-19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional», en Asociación de constitucionalistas de España, 1 mayo 2020, <https://www.acoes.es/blog/2020/05/01/la-possible-constitucionalidad-de-las-manifestaciones-bajo-el-covid-19-y-del-decreto-de-alarma-para-el-tribunal-constitucional/>

48 Véase J. WOELK, «La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”», *DPCE online*, n° 2, 2020, pp. 1732 ss.

49 Sentencia 1 BvR 828/20, del 15 de abril de 2020.

50 Sentencia 1 BvQ 37/20, del 17 de abril de 2020.

de distanciamiento social. La asociación sostuvo que se le debería haber permitido abrir la mezquita en condiciones similares a las de los comercios. Por un lado, el Tribunal Constitucional se basó en la sentencia del Tribunal Administrativo Superior al rechazar la apertura de todas las mezquitas durante el Ramadán. Sin embargo, por otra parte, el Tribunal Constitucional observó que una prohibición general de los servicios religiosos habría representado una grave limitación de la libertad religiosa. Además, el Tribunal subrayó que el riesgo de contagio dependía de una serie de factores, como por ejemplo el tamaño y la estructura de la mezquita. Por ello, los magistrados del Constitucional establecieron que no podía justificarse una prohibición general de los servicios religiosos, y que podían concederse excepciones en caso de haberse tomado suficientes precauciones.⁵¹

Estas tres sentencias dictadas por el *Bundesverfassungsgericht* nos dejan algunas lecciones importantes. En primer lugar, a pesar de la amplia discrecionalidad concedida al poder ejecutivo para evitar la propagación del Coronavirus, debe evitarse una suspensión general de los derechos fundamentales (incluidas la libertad de reunión y la libertad de religión). Por lo tanto, el núcleo, el contenido esencial de los derechos fundamentales debe preservarse siempre. En segundo lugar, las autoridades deben realizar evaluaciones contextualizadas al limitar los derechos fundamentales. En otras palabras, estas decisiones deben tomarse siempre teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. En tercer lugar, las medidas de emergencia deben ser siempre proporcionales a la crisis, es decir, deben ser lo menos restrictivas posible, con lo que solo se perjudica el derecho en la medida en que sea absolutamente necesario (principio de proporcionalidad).⁵²

La necesidad de realizar evaluaciones contextualizadas es uno de los principios fundamentales en los que se basa la sentencia 148/2021 del Tribunal Constitucional español, de 14 de julio de 2021, a través de la cual ha sido resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que fue declarado el estado de alarma. Según el Tribunal, la pandemia alcanzó dimensiones “desconocidas” e “imprevisibles” que provocaron una alteración del orden público constitucional. Esta situación “hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción *atendiendo a las circunstancias realmente existentes*, más que a la causa primera de las mismas” (énfasis añadido), legitimando, con ello, la adopción de medidas materialmente suspensivas de derechos, por lo que habría sido posible declarar el estado de excepción (que permite suspender derechos fundamentales), en lugar del estado de alarma (que no admite dicha suspensión).⁵³ A la luz de esta concepción material de suspensión de derechos, el Tribunal Constitucional determinó que se había violado la libertad de circulación (y de residencia), ya que este derecho estaba condicionado a restricciones generales de altísima intensidad, hasta el punto de que la posibilidad de circular ya no podría considerarse como una regla, sino como una excepción. Dichas restricciones, según el Tribunal, no estaban permitidas bajo el estado de alarma. Hay que subrayar el hecho de que los jueces constitucionales no cuestionaron “ni la existencia del supuesto de hecho que justificaba la declaración del estado de alarma ni la utilidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones impuestas, sino únicamente el instrumento jurídico utilizado para establecerlas”⁵⁴, es decir, el estado de alarma. Solo el estado de excepción habría justificado restricciones de este tipo.⁵⁵

51 Sentencia 1 BvQ 44/20, del 29 de abril de 2020. Sobre estas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional alemán, véase H. HESTERMEYER, «Coronavirus Lockdown-Measures Before the German Constitutional Court», *ConstitutionNet*, 30 abril 2020, <https://constitutionnet.org/news/coronavirus-lockdown-measures-german-constitutional-court>

52 HESTERMEYER, «Coronavirus Lockdown-Measures Before the German Constitutional Court», *op. cit.*

53 Véase artículo 55 de la Constitución.

54 G. DOMENÉCH, «La conversión del estado de alarma en un estado de excepción», *Almacén de Derecho*, 22 julio 2021, <https://almacenederecho.org/la-conversion-del-estado-de-alarma-en-un-estado-de-excepcion>

55 Sobre luces y sombras de esta sentencia véase P. GARCÍA MAJADO, y M-Á. PRESNO LINERA, «La sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre el primer estado de alarma», *IberICONnect*, 26 julio 2021, <https://www.ibericonnect.blog/2021/07/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-espana-sobre-el-primer-estado-de-alarma/>; G. M. TERUEL, «Derecho de excepción: el incompleto y confuso manual de instrucciones ofrecido por el Constitucional», *Hay Derecho*, 20 julio 2021, <https://www.hayderecho.com/2021/07/20/derecho-de-excepcion-el-incompleto-y-confuso-manual-de-instrucciones-ofrecido-por-el-constitucional/>; DOMENÉCH, «La conversión del estado de alarma en un estado de

Otro órgano de justicia constitucional que ha emitido unas importantes sentencias durante la pandemia COVID-19 es el Consejo Constitucional francés. En algunos casos este órgano ha mostrado una deferencia excesiva hacia el poder ejecutivo. El ejemplo más representativo de esta actitud lo tenemos en la Sentencia 2020-800, de 11 de mayo de 2020, sobre la ley de ampliación del *état d'urgence sanitaire*. A pesar de recoger un contenido bastante controvertido (especialmente en la parte relativa a las medidas de cuarentena y aislamiento, y en la parte relativa a la recogida y puesta en común de datos médicos sin el consentimiento de los afectados), el *Conseil Constitutionnel* declaró la Ley constitucional casi en su totalidad, limitándose a una censura mínima y a unas “reservas de interpretación”. Esta sentencia fue duramente criticada por la literatura también a la luz de su débil motivación. De hecho, las motivaciones de la sentencia fueron calificadas de “elípticas o incluso inexistentes”, y el uso del control de proporcionalidad fue considerado “cuestionable”.⁵⁶

Más recientemente, en la Decisión 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, el Consejo constitucional francés se ha ocupado de la legitimidad constitucional del “pase sanitario” (*pass sanitaire*) (introducido por la Ley n° 2021-689 de 31 de mayo de 2021, así como modificada por la Ley del 25 de julio de 2021), que representa la última frontera por lo que se refiere a la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección de la salud pública, por un lado, y la protección de los derechos y libertades, por otro lado. Como es sabido, el pase sanitario consiste en un certificado que prueba o una pauta de vacunación completa, o un test negativo de Coronavirus, o acreditar la recuperación de la enfermedad. En Francia este “pasaporte sanitario” es necesario para acceder a numerosas actividades culturales y sociales, así como para entrar en restaurantes, centros comerciales, hospitales y en los viajes en avión, tren y autobús de larga distancia. En esta Decisión, el Consejo declaró la legitimidad constitucional de casi todas las disposiciones relativas al pase sanitario, subrayando el hecho de que la ley establecía una “conciliación equilibrada” entre libertades individuales y protección de la salud pública. Sin embargo, fue declarada inconstitucional por violación del principio de igualdad, aquella disposición de la ley que discriminaba a los trabajadores con contratos temporales, ya que podían ser despedidos si no presentaban el pase sanitario. El legislador, al obligar a una serie de trabajadores a presentar el *pass sanitaire*, tenía como propósito limitar la propagación del virus y el riesgo de contaminación o transmisión, riesgo al que están potencialmente expuestos todos los trabajadores, independientemente de la naturaleza del contrato de trabajo, temporal o fijo. Por tanto, según el Consejo esta disciplina establecía “una diferencia de tratamiento entre empleados en función de la naturaleza de su contrato de trabajo que no guarda relación con el objetivo perseguido.” La decisión del *Conseil Constitutionnel* de validar el uso del pase sanitario (excepto por la disposición relativa a los trabajadores con contratos temporales) es correcta, aunque sus argumentaciones no parecen muy convincentes. En particular, el Consejo se ha limitado, *de facto*, a comprobar que la norma no era manifiestamente irrazonable, dejando, en línea con su doctrina, un amplio “*pouvoir général d'appréciation et de décision*” al Parlamento.⁵⁷

72

4.3. El control sustancial de las medidas de emergencia (continuación): la necesidad de respetar el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos

Los tribunales constitucionales han subrayado, a menudo, la necesidad de respetar el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos, incluso en tiempos de emergencia. Este ha sido el

excepción», *op. cit.*

56 D. FALLON, «Prolongation de l'état d'urgence sanitaire: le Conseil Constitutionnel reste confiné dans sa zone de confort», *Jus Politicum Blog*, 20 mayo 2020, <http://blog.juspoliticum.com/2020/05/20/prolongation-de-letat-durgence-sanitaire-le-conseil-constitutionnel-reste-confine-dans-sa-zone-de-confort-par-damien-fallon/>

57 Véase G. GRASSO, «Il *pass sanitaire* e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del *Conseil constitutionnel*», *DPCE online*, n° 3, 2021, pp. 2831-2832. S. BENZINA, «La “petite décision” du Conseil constitutionnel relative au “pass sanitaire”», *Le club de juristes*, 1 septiembre 2021, https://blog.leclubdesjuristes.com/la-petite-decision-du-conseil-constitutionnel-relative-au-pass-sanitaire-par-samy-benzina/?fbclid=IwAR25AD1NDWaHA16I9HMGtN5wkUtlrcHb_gItmgZAJMy6AiBHx6E6MqW0, en particular, ha subrayado el hecho de que el Consejo no ha ejercido un verdadero “control de necesidad” para verificar si el objetivo del legislador, es decir, la reducción de la circulación del virus, no se podía perseguir a través de la introducción de otras medidas menos lesivas de derechos y libertades fundamentales e igualmente efectivas.

caso, por ejemplo, de Colombia, donde la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los numerosos decretos expedidos por el Gobierno para combatir los efectos de la pandemia de Coronavirus en el país, a menudo ha hecho referencia al derecho internacional de los derechos humanos. En la sentencia C-193 de 2020, por ejemplo, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto n° 567 de 2020, por el cual se adoptaban medidas para proteger los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes y se asignaban a los procuradores judiciales de familia funciones para adelantar los procesos de adopción, como autoridades jurisdiccionales transitorias, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivado de la pandemia por COVID-19. Según el Tribunal, la investidura de funciones jurisdiccionales transitorias para adelantar estos procesos a los procuradores como medida de excepción constituía un desconocimiento de los principios definitorios del estado social de derecho, una alteración de las funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación y una violación de cláusulas de derechos fundamentales. La Corte se basó, *inter alia*, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en el principio del interés superior del menor, proclamado explícitamente por esta Convención. Estas referencias frecuentes al derecho internacional de los derechos humanos – que habían caracterizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana también durante los anteriores estados de excepción⁵⁸ – pueden explicarse también por el hecho de que la Constitución de 1991 establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (Art. 93(1)), y que durante un estado de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso, se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” (Art. 214(2)).

Otro caso interesante procede de Bosnia-Herzegovina, donde durante la primera ola de la crisis de COVID-19 las autoridades exigieron a los menores y a las personas mayores de 65 años que se quedaran en casa, ya que se consideraba que estos grupos de personas tenían un mayor riesgo que otras de contraer o transmitir el Coronavirus. En el caso AP-1217/20 del 22 de abril de 2020, el Tribunal Constitucional sostuvo que esta medida violaba la libertad de circulación reconocida en la Constitución de 1995 (art. 2(3)(m)) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (art. 2, Protocolo n° 4). La referencia a este parámetro supranacional era inevitable, sobre todo si se tiene en cuenta que el apartado 2 del artículo 2 de la Constitución bosnia estipula que “los derechos y libertades establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos se aplicarán directamente en Bosnia y Herzegovina. Estos tendrán prioridad sobre cualquier otra ley”. El Tribunal consideró que no existía proporcionalidad entre las medidas impuestas por la Orden impugnada y el interés público (protección de la salud pública), ya que no se había considerado previamente la posibilidad de adoptar medidas más blandas y porque las medidas impuestas no estaban estrictamente limitadas en el tiempo. Además, la Orden no obligaba a las autoridades a revisar periódicamente estas medidas y a prorrogarlas solo si eran “necesarias en una sociedad democrática”, como exige el artículo 2 del Protocolo 4 del CEDH. El Tribunal no revocó inmediatamente estas medidas, sino que dio a las autoridades bosnias un margen de tiempo para “armonizarlas” con la Constitución y el CEDH.

La necesidad de respetar el derecho supranacional de los derechos humanos fue subrayada también por la Corte Constitucional de Ecuador. Durante el estado de emergencia proclamado en respuesta a la crisis de COVID-19, el Consejo de la Judicatura había cerrado varias de sus oficinas y había restringido el acceso de los ciudadanos a la justicia. En particular, el 15 de abril de 2020, la dirección provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, que abarca la capital de Ecuador, Quito, emitió un memorando en el que se establecía que en caso de violaciones de derechos fundamentales los únicos recursos que podían interponer las personas eran los de habeas corpus. En respuesta a estas drásticas decisiones, la Corte Constitucional ordenó al Consejo de la Judicatura que adoptara “directrices claras y oportunas” para garantizar el acceso de las personas a la justicia. En particular, la Corte señaló que, incluso durante un estado de emergencia, no se puede restringir el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva a través de las garantías jurisdiccionales, tal como lo establecen el artículo 165 de la Constitución de 2008 y el artículo 29(c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁹

58 Véase CEPEDA-ESPINOSA, «Judicial Activism in a Violent Context...», *op. cit.*, pp. 634-635.

59 Auto n° 1-20-EE/20, del 28 de abril de 2020.

V. CONCLUSIONES FINALES.

Como bien ha señalado David Cole “los tribunales son sin duda altamente imperfectos” en tiempos de emergencia, “pero las alternativas son peores”.⁶⁰ De hecho, conceder un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades estatales (y en particular al poder ejecutivo) durante los períodos de crisis es perfectamente legítimo y comprensible, pero dicha discrecionalidad no puede estar privada de ninguna forma de control. Excluir al poder legislativo y a los tribunales del proceso de toma de decisiones en tiempos de emergencia (como sugieren algunos estudiosos)⁶¹ parece muy peligroso, y se corre el riesgo de permitir abusos de poder. Los tribunales constitucionales se encuentran entre las instituciones que pueden contribuir a establecer controles efectivos sobre el poder ejecutivo. Por un lado, obviamente hay que ser consciente de los límites que tienen estos órganos. De hecho, la revisión judicial “es a menudo un proceso lento y complejo, que puede tardar en ponerse al día con las presuntas violaciones de derechos. Los jueces, además, son funcionarios del Estado y suelen pertenecer a la misma élite que los miembros del ejecutivo y del legislativo. Pueden, por costumbre o por inducción, ceder ante el ejecutivo, especialmente en tiempos de emergencia”.⁶²

Sin embargo, por otro lado, los tribunales constitucionales tienen el potencial de ser actores clave en estas circunstancias extraordinarias, contribuyendo a la preservación de los principios constitucionales en los que se basan las sociedades democráticas. Algunas constituciones recientes, por ejemplo, han conferido a los tribunales constitucionales la facultad de revisar la constitucionalidad de la declaración y/o prórroga del estado de emergencia. Particularmente el caso de Colombia ha demostrado que esta tarea puede ser muy eficaz para impedir un abuso del poder de emergencia. La otra forma de imponer controles al poder ejecutivo en tiempos de crisis es revisar la constitucionalidad de las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales. Incluso durante la pandemia de COVID-19, se les ha pedido a menudo a los tribunales constitucionales que revisaran estas medidas. Aunque en algunos casos han mostrado un grado excesivo de deferencia hacia el poder ejecutivo, en muchas otras circunstancias estos órganos han ejercido un control efectivo a la acción del Gobierno y han garantizado la proporcionalidad de las restricciones de derechos. Se trata de una tarea muy importante también a la luz de la naturaleza y de la duración de la emergencia en cuestión. De hecho, la pandemia COVID-19 es un “híbrido” – en el sentido de que es una emergencia técnica y política al mismo tiempo⁶³ – y como tal requiere un control de la misma naturaleza. Como ya se ha explicado anteriormente,⁶⁴ gracias a la combinación de conocimientos técnicos-jurídicos y políticos, los miembros de los tribunales constitucionales parecen los sujetos adecuados para ejercer este tipo de control. Además, una emergencia – como la de COVID-19 – cuya duración no es solamente de días o semanas, sino de meses y años, requiere aún más la participación constante de todos los principales actores institucionales, incluso los tribunales constitucionales. Estos órganos, por lo tanto, aunque no sean la panacea para todos los males, pueden representar un baluarte importante para la defensa de los principios del constitucionalismo en tiempos de crisis tan complicados como estos.

74

60 COLE, «Judging the Next Emergency...», *op. cit.*, pp. 2590.

61 Véase apartado IV.

62 BULMER, *Emergency Powers*, *op. cit.*, p. 31.

63 Véase A. VEDASCHI, «COVID-19 and the Notion of “Emergency”: Towards New Patterns?», *IACL-AIDC Blog*, 7 septiembre 2021, <https://blog-iacl-aidc.org/covid19-future-constitutionalism/2021/9/7/covid-19-and-the-notion-of-emergency-towards-new-patterns>

64 Véase apartado 3.4.

ESTUDIOS

JUSTICIA, JUICIOS TELEMÁTICOS Y TECNOLOGÍA PARA AFRONTAR LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA

Joaquín Delgado Martín

Sumario:

I.- LA JUSTICIA ANTE LA PANDEMIA. II.- TECNOLOGÍAS PARA AFRONTAR LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA. 2.1.- Crisis sanitaria: medidas para proteger la salud de quienes se relacionan con la Administración de Justicia y de quienes trabajan en ella. 2.2.- Crisis económica: medidas para afrontar la nueva demanda de justicia. 2.3.- Crisis social: medidas para abordar el acceso a la justicia de las personas vulnerables. III.- LA RELACIÓN TELEMÁTICA CON LA JUSTICIA. 3.1.- Mapa de la relación telemática con la justicia. 3.2.- Teletrabajo. 3.3.- Deliberaciones telemáticas y otras actuaciones internas de los órganos judiciales. IV.- MEDIDAS PARA AFRONTAR LA NUEVA DEMANDA DE JUSTICIA. 4.1.- Inteligencia artificial. 4.2.- Resolución online de litigios. V.- TECNOLOGÍA Y ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS VULNERABLES. 5.1.- Tecnología para facilitar el acceso a la justicia. 5.2.- Brecha digital. VI.- ASISTENCIA TELEMÁTICA A ACTOS JUDICIALES. LOS JUICIOS TELEMÁTICOS. 6.1.- Concepto y modalidades. 6.2.- Asistencia telemática y Covid-19. 6.3.- Respeto de las garantías procesales. 6.4.- Asistencia telemática del sujeto pasivo en el proceso penal. 6.5.- Protección de datos personales en la asistencia telemática. 6.6.- Condiciones materiales de la asistencia telemática. 6.7.- Cooperación judicial internacional. VII.- EPÍLOGO: LA TECNOLOGÍA Y EL FUTURO DE LA JUSTICIA

75

RESUMEN

Este trabajo analiza las medidas tecnológicas para afrontar los efectos que la pandemia por Covid-19 está teniendo sobre el sistema judicial, que cabe agrupar en tres categorías. En primer lugar, para afrontar la *crisis sanitaria*: medidas para proteger la salud de quienes se relacionan con la Administración de Justicia y de quienes trabajan en ella (realización de trámites y suministro de información por vía electrónica, juicios telemáticos, teletrabajo y deliberaciones telemática). En segundo lugar, para hacer frente a la *crisis económica*: medidas para afrontar la nueva demanda de justicia, es decir, las nuevas necesidades de respuesta judicial derivadas de la pandemia (automatización de actuaciones procesales, inteligencia artificial y plataformas online de resoluciones de litigios) Y, por último, para abordar la *crisis o dislocación social*: medidas para facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables, a quienes está afectando de manera desproporcionada la justicia, abordando la brecha digital. Y la segunda parte de este trabajo profundizará en la problemática ligada a la asistencia telemática a juicios y otros actos judiciales, que ha realizarse respetando los principios y garantías procesales, pero también en unas condiciones materiales que permitan la adecuada celebración del acto.

Palabras clave:

Pandemia Covid-19. Crisis sanitaria, económica y social. Justicia. Tecnología. Juicios telemáticos. Trámites telemáticos. Teletrabajo. Inteligencia artificial. Plataformas online de resolución de litigios. Acceso a la justicia personas vulnerables. Brecha digital

ABSTRACT

JUSTICE, REMOTE HEARINGS AND TECHNOLOGY TO FACE THE IMPACT OF THE PANDEMIC

This work analyzes the technological measures to face the effects that the Covid-19 pandemic is having on the judicial system, which can be grouped into three categories. In the first place, to face the health crisis: measures to protect the health of those who are related to the Administration of Justice and of those who work in it (carrying out procedures and supplying information electronically, telematic trials, teleworking and telematic deliberations) . Secondly, to face the economic crisis: measures to face the new demand for justice, in other words, the new needs for judicial response derived from the pandemic (automation of procedural actions, artificial intelligence and online platforms for litigation resolutions) And finally, to address the crisis or social dislocation: measures to facilitate access to justice for vulnerable people, who are being disproportionately affected by justice, addressing the digital gap. And the second part of this work will dive into the problem linked to telematic assistance to trials and other judicial acts, which has to be carried out respecting the values and procedural guarantees, but also under material conditions that allow the proper celebration of the act.

Key Words:

Covid-19 pandemic. Health, economic and social crisis. Justice. Technology. Telematic trials. Telematic procedures. Telecommuting. Artificial intelligence. Online Dispute Resolution Platforms. Access to justice vulnerable people. Digital gap

I. LA JUSTICIA ANTE LA PANDEMIA.

La pandemia originada por el Covid-19 está suponiendo una emergencia que afecta a tres capas de las relaciones sociales¹: en primer lugar, se trata de una *emergencia de salud pública* que durará hasta que se produzca y distribuya una vacuna o hasta que se haya infectado suficiente gente para que las sociedades adquieran inmunidad de rebaño; en segundo lugar, asistimos a una *crisis económica* que llevará años desarrollarse plenamente y que podría durar gran parte de este decenio; y, en tercer lugar, está produciendo una *dislocación política, social y cultural más amplia*, que transformará las sociedades a lo largo de una generación, alimentada por la pandemia que expone duras desigualdades, y que corre el riesgo de debilitar nuestra capacidad de trabajar juntos, para resolver los problemas actuales y futuros.

Pues bien, la justicia ha de estar plenamente presente en cada una de estas dimensiones, contribuyendo a dar una *respuesta justa a la pandemia*.

II. TECNOLOGÍAS PARA AFRONTAR LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA.

Aunque la mayoría de los poderes judiciales cuenta con un cierto grado de utilización de las tecnologías aplicadas a la justicia, la crisis del Covid-19 necesariamente está suponiendo un salto cualitativo hacia un uso continuado y general de estas herramientas² y, con ello, una transformación definitiva de la administración de justicia (transformación digital o Judicial-Tech).

Vamos a analizar las *soluciones tecnológicas que han pasado a resultar necesarias con motivo de la pandemia, pero que van a quedarse de forma definitiva en nuestros sistemas judiciales*. y que dan respuesta a las necesidades derivadas de cada una de las tres dimensiones de la pandemia originada por el Covid19:

1. Crisis sanitaria: medidas para proteger la salud de quienes se relacionan con la justicia;
2. Crisis económica: medidas para afrontar la nueva demanda de justicia, es decir, las nuevas necesidades de respuesta judicial derivadas de la pandemia; y
3. Crisis social: medidas para facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables, a quienes está afectando de manera desproporcionada la justicia

77

2.1. Crisis sanitaria: medidas para proteger la salud de quienes se relacionan con la Administración de Justicia y de quienes trabajan en ella

La situación de crisis sanitaria originada y la normativa excepcional que se está aplicando para combatirla han determinado la necesidad de adoptar medidas para evitar, en lo posible, el desplazamiento de los ciudadanos y profesionales, así como la concentración de personas en las oficinas judiciales. Ello está determinando la necesidad de profundizar con rapidez en el uso de elementos tecnológicos que permitan limitar la presencia de personas en los órganos judiciales.

- *La relación telemática con la justicia*. En este ámbito destaca la celebración telemática de juicios y otros actos judiciales, en cuyo análisis profundizaremos posteriormente. Pero existen otras posibilidades de relación telemática de los ciudadanos y los profesionales con los órganos judiciales, que se recogerán en un mapa.
- *El teletrabajo*
- *Deliberaciones telemáticas* en órganos jurisdiccionales colegiados
- *Formación virtual*, para todos los que prestan servicio en la Administración de Justicia y se relacionan con ella.

1 Pioneros para Sociedades Pacíficas, Justas e Inclusivas, La justicia en una pandemia – Segundo Documento Informativo: Justicia para Todos/as y la Crisis Económica. (Nueva York: Centro de Cooperación Internacional, 2020). Consultar en <https://www.justice.sdg16.plus/>

2 Informe de la Cumbre Judicial Iberoamericana “El Covid19 y la Administración de Justicia Iberoamericana”, 2020, página 50.

2.2. Crisis económica: medidas para afrontar la nueva demanda de justicia

La pandemia Covid-19 está determinando que la necesidad de intervención de la justicia aumente (*incremento del número de asuntos*) y se modifique (*nuevas necesidades*). De esta manera, hay que encontrar formas innovadoras de atender a la demanda de justicia derivada de la pandemia, de tal manera que se otorgue un acceso efectivo a la justicia de los ciudadanos y empresas con problemas de deudas y de insolvencia; a las personas que pierden sus empleos y/o se ven compelidas hacia la economía sumergida o informal; a quienes tienen dificultades para atender a sus compromisos financieros o arrendaticios de la vivienda; a los ciudadanos que esperan unos servicios públicos de calidad cuyo funcionamiento se ve afectado por la pandemia; a las víctimas de los fraudes y usurpaciones de identidad online; a quienes sufren una crisis conyugal generadora de conflictos familiares; a las víctimas de violencia de género o de violencia intrafamiliar.... Las soluciones tecnológicas también están llamadas a desempeñar un papel fundamental para abordar adecuadamente estas nuevas necesidades de la justicia.

- *Automatización* de actuaciones procesales; y utilización de soluciones de *inteligencia artificial*
- *Plataformas online de resoluciones de litigios*

2.3.- Crisis social: medidas para abordar el acceso a la justicia de las personas vulnerables

Y se puede constatar que la pandemia está afectando de manera desproporcionada a las poblaciones vulnerables, que son precisamente quienes cuentan con unos mayores obstáculos de acceso a la justicia. En el ámbito tecnológico, esta realidad ha de ser tenida en cuenta en dos direcciones diferentes: por un lado, analizando las soluciones tecnológicas que pueden facilitar su acceso a la justicia; y, otra parte, abordando el problema de la brecha digital.

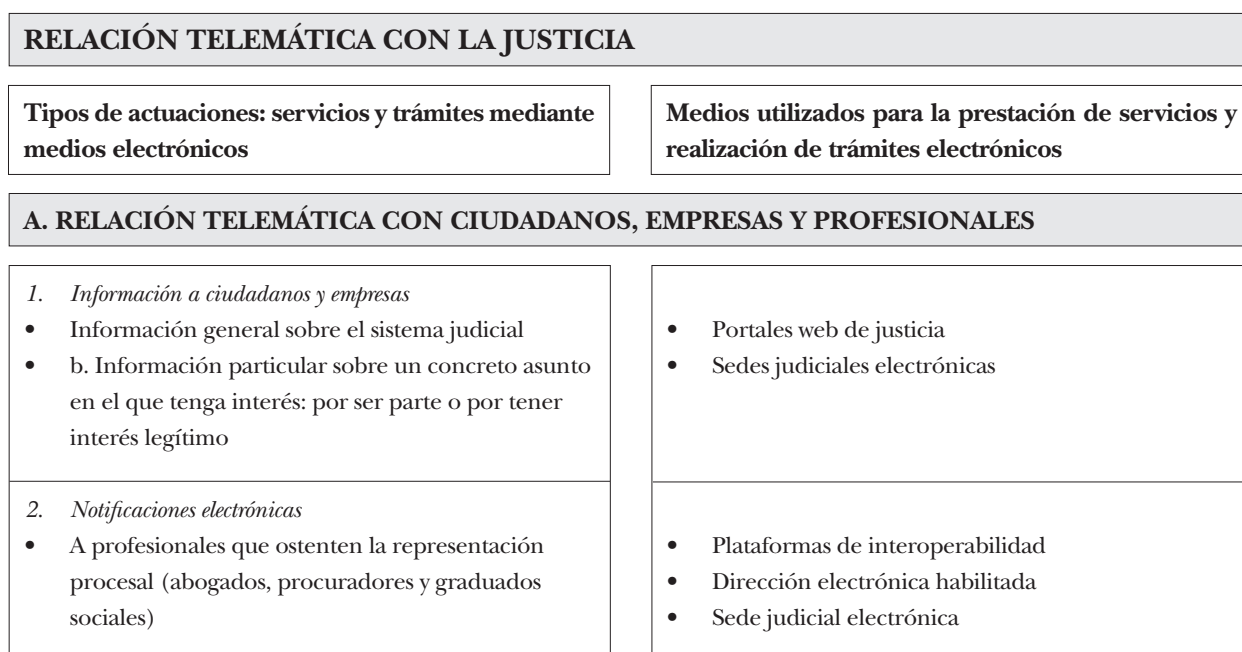
- Tecnología para *mejorar el acceso a la justicia*
- Análisis de la *brecha digital*

III. LA RELACIÓN TELEMÁTICA CON LA JUSTICIA.

78

3.1. Mapa de la relación telemática con la justicia

Como hemos afirmado, la situación de pandemia y la necesaria transformación de la justicia exigen desarrollar un modelo de relación digital a todos los niveles, que puede ser sistematizado en el siguiente mapa:



<ul style="list-style-type: none"> • A personas jurídicas • A personas físicas y personas jurídicas 	
<p>3. <i>Realización de trámites</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Presentación telemática de escritos • Apoderamientos electrónicos • Subastas electrónicas • d. Ingresos y pagos 	<ul style="list-style-type: none"> • Plataformas de interoperabilidad (Lexnet, Cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, Portal de Subastas) • Sedes judiciales electrónicas
<p>4. <i>Asistencia telemática a actos judiciales</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Por partes, testigos, peritos y víctimas (pruebas y diligencias) • Por profesionales (alegaciones) • Por el sujeto pasivo del proceso penal (pruebas y diligencias) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sistema de videoconferencia o similares
<p>5. <i>Pruebas</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Pruebas personales • Pruebas documentales: prueba digital 	<ul style="list-style-type: none"> • Pruebas personales: videoconferencia o similar • Pruebas documentales: incorporación de documento electrónico (prueba digital)

B. INTEROPERABILIDAD ENTRE SISTEMAS DE INFORMACIÓN DEL SECTOR JUSTICIA

Comunicaciones con otras entidades que se relacionan con los órganos judiciales	Plataformas de interoperabilidad
Servicios prestados a los órganos judiciales por medios telemáticos	Plataformas de interoperabilidad

C. TELETRABAJO Y FORMACIÓN VIRTUAL

Teletrabajo para quienes prestan servicio en la Administración de Justicia	<ul style="list-style-type: none"> • Medios técnicos adecuados • Directamente ligado al expediente judicial electrónico
Deliberaciones telemáticas en órganos jurisdiccionales colegiados	Medios técnicos adecuados y que garanticen la confidencialidad
Formación virtual	Medios

3.2. Teletrabajo

Es una forma de trabajo que se realiza a distancia, es decir, en una ubicación alejada de una oficina central o de las instalaciones de producción con la ayuda de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, que facilitan al mismo tiempo la separación física y la comunicación (Organización Internacional del Trabajo-OIT).

En la situación excepcional ligada al Covid-19, el teletrabajo genera indudables beneficios para la protección de la salud de quienes prestan servicio en la Administración de Justicia, mitigando el riesgo de contagios.

Lo más relevante para la implantación del teletrabajo para estas personas no es el marco normativo, sino la *efectiva dotación de medios materiales adecuados* por parte de la Administración competente.

La implantación del teletrabajo genera elementos positivos para los empleados (mayor flexibilidad

horaria, reducción del estrés y facilitación de la conciliación entre la vida familiar y profesional), para la entidad (mejora de la productividad e incluso reducción de costes al minimizar el espacio y la logística de la oficina) y para la propia sociedad (reducción de la contaminación al haber menos desplazamientos y disminución de los accidentes de tráfico); lo que obliga a reflexionar sobre el mantenimiento de medidas de teletrabajo una vez finalizada la pandemia.

Esperemos que los responsables públicos procedan a la implantación efectiva de sistemas tecnológicos adecuados para el teletrabajo, porque ello redundará necesariamente en la mejora de la justicia y, por tanto, en la prestación de un mejor servicio al ciudadano. A título de ejemplo, cabe destacar las mayores posibilidades de realización de servicios por parte de los Fiscales, sin los tiempos dedicados a múltiples desplazamientos. Téngase en cuenta que no solamente se trata de implantar sistemas tecnológicos óptimos, sino también de gestionar adecuadamente el cambio cultural inherente.

3.3. Deliberaciones telemáticas y otras actuaciones internas de los órganos judiciales

En esta categoría se incluyen las deliberaciones de los órganos colegiados, pero también todas aquellas actividades de los órganos judiciales en las que no participan ciudadanos ni operadores jurídicos: reuniones de los órganos de gobierno, juntas de jueces, plenos no jurisdiccionales, comunicaciones que jueces y magistrados hayan de sostener con la oficina judicial y actuaciones de contenido similar³.

Lo relevante radica en utilizar medios técnicos en los que está garantizada la *seguridad y confidencialidad* en su utilización. La «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas» (CGPJ) afirma que «la confidencialidad y reserva se asegura mediante los requerimientos técnicos de los medios que se utilicen. También mediante el comportamiento de los magistrados que participen en las comunicaciones, que procurarán asegurarse de que las llevan a cabo en entornos adecuados para evitar el quebrantamiento de la reserva. Ello implica realizar las comunicaciones en estancias no compartidas con otras personas, utilizar los equipos y programas que se les proporcionen por la Administración prestacional y abstenerse de llevar a cabo ningún tipo de grabación de las sesiones diferente de la que lleve a cabo quien tenga competencia para ello y en los estrictos supuestos previstos en las leyes procesales» (apartado 34).

80

IV. MEDIDAS PARA AFRONTAR LA NUEVA DEMANDA DE JUSTICIA.

4.1. Inteligencia artificial

Una primera definición se refiere a la inteligencia artificial (IA) como «la ciencia e ingeniería para crear máquinas inteligentes (en el sentido humano)» (McCarthy, 1955). La Comunicación de la Comisión UE sobre Inteligencia Artificial para Europa (COM/2018/237) se refiere a la IA como concepto aplicado «a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción -con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos».

En definitiva, por inteligencia artificial cabe entender el conjunto de ciencias, teorías y técnicas que tienen como objetivo reproducir por una máquina las capacidades cognitivas de un ser humano. Los principales elementos utilizados por la IA son los siguientes: aprendizaje automatizado (machine learning); y tratamiento del lenguaje natural (natural language processing). Se distingue entre IA «fuerte», que es capaz de contextualizar problemas especializados muy diferentes de forma totalmente autónoma; e IA «débil» o «moderada», que se caracteriza por el diseño de sistemas inteligentes para resolver problemas reales en dominios específicos.

Según el Estudio sobre el uso de IA en sistemas judiciales (Anexo a la Carta Ética Europea sobre utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno aprobada por el plenario de CEPEJ en diciembre 2018), la clasificación de utilidades actuales de la IA en el ámbito de la justicia: motor de búsqueda avanzado de jurisprudencia; resolución de litigios online; ayuda en la redacción de resoluciones;

3 Apartado 17 de la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas» (CGPJ).

análisis (predictivo, baremos); categorización de contratos según diferentes criterios y detección de cláusulas contractuales divergentes o incompatibles; y Chatbots de información del litigante o apoyo del mismo en su enfoque litigioso.

La Inteligencia Artificial afectará antes o después a todas las áreas del sistema judicial, así como al trabajo de las diferentes profesiones del sector justicia, tanto en el ámbito público (jueces, fiscales, LAJs, funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores...), como en el ámbito privado (abogados, procuradores y graduados sociales). Las soluciones de Inteligencia Artificial pueden resultar de gran utilidad en relación con los siguientes ámbitos del sistema de justicia:

1. Para las consultas jurídicas por parte de los profesionales y quienes prestan servicio en la Administración de Justicia, mediante la detección y clasificación inteligente de información; para servir de orientación a los justiciables y a los profesionales (chatbots y asistentes virtuales), tanto para la elección de la forma de solucionar un conflicto, como para la toma de decisiones en el seno del procedimiento elegido;
2. Para ayudar a la redacción de resoluciones y documentos jurídicos; para agilizar la tramitación de los procedimientos judiciales, mediante la automatización de tareas previsibles, mecánicas, estandarizadas o rutinarias;
3. Para la dirección y gestión de la oficina judicial, proporcionando elementos para las decisiones de política judicial y de gestión recursos humanos y materiales;
4. Para el proceso de toma de decisión en el proceso judicial, prestando asistencia al juez a la hora de resolver el conflicto planteado, sin perjuicio del desarrollo futuro de mecanismos de decisión automatizada en determinados tipos de asuntos y con sometimiento pleno a las exigencias derivadas de los derechos fundamentales.

Por último, cabe destacar la enorme potencialidad de la combinación de la integración soluciones IA en plataformas online (*Intelligent ODR Services*).

4.2. Resolución Online de Litigios

4.2.1. Concepto y modalidades

Se trata de iniciativas que tienen como fundamento común la realización en internet (online) de todas las actuaciones conducentes de la resolución del conflicto de un particular o de una empresa, desde su inicio hasta la decisión final. Sin embargo, dentro de esta categoría cabe distinguir dos concepciones⁴: una primera (estricta) que recoge la tramitación y resolución del conflicto online; y una segunda (amplia) relativa a la prestación online de un servicio integral de asesoramiento y resolución de conflictos.

Desde una concepción estricta, nos referimos a aquellos supuestos en las que la resolución del conflicto tiene lugar online, de forma judicial o extrajudicial, de tal manera que su *inicio, desarrollo y resolución se realiza íntegramente a través de internet* (ODR-On Line Dispute Resolution). Se trata de la puesta en red de todos los actores de la cadena de información y de decisión en el marco de los procesos judiciales⁵.

Desde una concepción más amplia, hacemos referencia a la *prestación online de un servicio integral de asesoramiento y resolución de conflictos*; en el que se integran elementos de asesoramiento, de facilitación de la resolución de la disputa por las partes, y de resolución por un tercero imparcial (juez). Frente a la concepción estricta, se ofrecen a los usuarios instrumentos para comprender sus derechos y deberes, así como para conocer las opciones que se les ofrecen; para asistir a los litigantes a reunir sus pruebas y exponer

4 R. SUSSKIND considera que la idea de tribunales online admite dos dimensiones: una primera que denomina «online judging» (juzgar en línea) en el que se presentan pruebas y argumentos a los jueces a través de algún tipo de servicio en línea y los jueces luego emiten sus decisiones a través de una plataforma en línea; y una segunda que llama «extended court» (tribunal extendido), en la que la tecnología nos permite proporcionar un servicio con un alcance mucho más amplio que el tribunal tradicional; en «My case for online courts»; <https://www.legalcheek.com/2019/12/richard-susskind-my-case-for-online-courts>

5 K. BENYENHLEF y R. DUASO CALÉS, «Ciberjusticia, métodos alternativos de resolución de controversias y tecnología», Capítulo 38 de la obra *Sociedad Digital y Derecho*, editada por BOE, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y Red.es, 2018, página 795.

sus argumentos; o incluso para formularles recomendaciones o facilitarles un acuerdo extrajudicial. En esta dimensión adopta un protagonismo especial el uso de soluciones de Inteligencia Artificial.

Los responsables de políticas públicas judiciales deberían plantearse la posibilidad de impulsar la implementación de plataformas online de resolución de conflictos, buscando alianzas con aquellas corporaciones públicas y entidades de la sociedad civil relacionadas con el concreto sector afectado.

4.2.2. Prestación online de un servicio integral

Se trata de un sistema integral de resolución del conflicto vía internet que cuenta con tres niveles básicos: evaluación online; facilitación online; y decisión por jueces online.

1. En el primer nivel (*evaluación online*) se ayuda al usuario que tenga un conflicto a evaluar el problema, es decir, clasificar sus dificultades y comprender tanto sus derechos como las opciones disponibles para ellos. Se trata, pues, de una forma de información y servicio de diagnóstico. Es posible aplicar inteligencia artificial a través de chatbots y elementos similares.
2. Si los problemas no se resuelven en el primer nivel, los usuarios pasan a una segunda etapa: la *facilitación online*, donde se recogen instrumentos de facilitación, e incluso puede estar prevista la participación de facilitadores capacitados y experimentados que trabajen online.
1. Si el conflicto no se soluciona por las partes en el nivel dos, se puede pasar al tercer nivel: la *resolución del conflicto por un juez online*, tras una tramitación también online sobre la base de documentos remitidos electrónicamente, y con un debate estructurado de argumentación online. También es posible aplicar inteligencia artificial para ayuda a la decisión del juez online (humano), o incluso para una decisión automatizada (permitiendo recurso ante un juez humano)

4.2.3. Experiencias destacables

A nivel internacional, nos encontramos con diferentes iniciativas en este ámbito, muchas de las cuales se documentan en el Informe de 28 de enero de 2020 de la Joint Technology Committee (JTC) compuesta por Conference of State Court Administrators (COSCA), National Association for Court Management (NACM) y National Center for State Courts (NCSC). Este informe se encuentra disponible en el siguiente enlace:

<https://www.ncsc.org/~media/Files/PDF/About%20Us/Committees/JTC/2020-01-28%20ODR%20case%20studies%20v2%20FINAL.ashx>

Como experiencia destacable cabe señalar, en primer lugar, el sistema de *Small Claims British Columbia* en Canadá (<https://civilresolutionbc.ca/>), resueltas por el Civil Resolution Tribunal (CRT), que puede conocer de las siguientes materias: disputas por lesiones automovilísticas hasta \$ 50,000; reclamaciones menores de \$ 5,000; disputas de propiedad (condominio) de cualquier cantidad; sociedades y asociaciones cooperativas disputas de cualquier cuantía; y alojamiento compartido y algunas disputas de vivienda de hasta \$ 5,000.

En Quebec (Canadá) está en funcionamiento desde 2016 la plataforma *PARLe -Platform to Assist in the Resolution of Litigation electronically* (<https://www.cyberjustice.ca/logiciels-cyberjustice/nos-etudes-de-cas/opc>), creada por el Cyberjustice Laboratory de la Universidad de Montreal, para resolver las controversias entre consumidor y vendedor: primero mediante negociación; y si fracasa, puede intervenir un mediador. Los mediadores que participan en la misma están acreditados, poseen gran experiencia en materia de Derecho del consumidor y pertenecen al Colegio de Abogados o a la Cámara de los Notarios de Quebec

En Holanda cabe destacar la *Rechtwijzer Uit Elkaar para divorcios* (<https://rechtwijzer.nl/uit-elkaar>). La Dutch Legal Aid Board creó esta plataforma de resolución de conflictos en colaboración con HiiL Innovating Justice (HILL-The Hague Institute for Innovation of Law) y la Plataforma Modria. Esta iniciativa, que recibió el Premio Crystal Scale of Justice 2015, consiste en una plataforma de negociación de los cónyuges que pretenden divorciarse sobre reparto de bienes, alimentos y visitas: online describen su situación y hacen propuestas; pueden solicitar la ayuda de un mediador. Si llegan a un acuerdo: un abogado lo revisa desde el punto de vista jurídico; y si lo valida, pasa a un tribunal para su aprobación.

Y en Gran Bretaña existe la *Online Dispute Resolution for low value civil claims* Civil Justice Council (<https://www.judiciary.uk/reviews/online-dispute-resolution>)

V. TECNOLOGÍA Y ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS VULNERABLES.

Uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 de la ONU) se refiere específicamente a la justicia: “*promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, la provisión de acceso a la justicia para todos y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles*” (ODS 16). Se trata de conseguir una **justicia para todos**, de tal manera que nadie se quede atrás, instaurando soluciones que permitan vencer los obstáculos de acceso a la justicia de las personas vulnerables (menores, discapacitados, personas en situación de pobreza, colectivo LGTBI, inmigrantes, víctimas de violencia de género...). Las **100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de las personas vulnerables**⁶ (Cumbre Judicial Iberoamericana⁷) constituyen su complemento axiológico (principios) y práctico (recomendaciones y soluciones adaptadas a cada grupo vulnerable) indispensable⁸.

Como hemos afirmado anteriormente, la pandemia está afectando de manera desproporcionada a las poblaciones vulnerables, que son precisamente quienes cuentan con unos mayores obstáculos de acceso a la justicia. Examinemos sus relaciones con las soluciones tecnológicas.

5.1. Tecnología para facilitar el acceso a la justicia

La tecnología digital proporciona la posibilidad del acceso a la información y servicios de la Administración de Justicia *desde cualquier lugar y en cualquier tiempo* (24 por 7), al igual que ocurre con el consumo de contenidos (películas, series, eventos deportivos...online) y servicios digitales prestados por las empresas (comercio electrónico). Esta evolución también tenderá a facilitar la utilización por el usuario (*usabilidad*), que se concreta en una doble vía: el usuario no tiene que entender la complejidad de la estructura judicial para interactuar con la Administración de Justicia; y se han de hacer fáciles y sencillos los medios tecnológicos utilizados para su relación con la Administración de Justicia.

Esta facilitación de la realización de trámites telemáticamente ha de pivotar sobre tres ejes:

- *Facilidad de acceso* al servicio digital
- *Sencillez del trámite*, complementado con el uso de formularios electrónicos
- *Facilidad de identificación del usuario*; a tal efecto puede resultar importante el papel de los prestadores de servicios de confianza regulados en el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior

La interacción de los elementos señalados anteriormente redundará en una mejora del *acceso a la justicia*. Esta línea de evolución irá ligada, entre otros elementos, a la utilización de plataformas online integradas de resolución de conflictos, chatbots de información y asesoramiento a los ciudadanos, así como inteligencia artificial aplicada a la resolución de conflictos.

En todo caso, cuando el responsable de política judicial se plantee la posibilidad de establecer la obligatoriedad de realización de un trámite de forma telemática, deberá tener muy en cuenta el fenómeno de la brecha digital, de tal forma que la tecnología no devenga un obstáculo de acceso a la justicia.

6 Texto disponible en web: <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/reglas-de-brasiliasobre-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad/>

7 Aprobadas por la XVI Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia 2008); también han sido aprobadas por la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDF), la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA). Han sido objeto de actualización en 2018.

8 Véase J. DELGADO MARTÍN, “Guía Comentada de las Reglas de Brasilia”, Herramientas Eurosociales, 2019; <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/guia-comentada-de-las-reglas-de-brasilias>

5.2. Brecha digital

Pese a que las tecnologías digitales ofrecen enormes oportunidades para abordar el desafío de una justicia que satisfaga las necesidades de los ciudadanos, también es cierto que puede llegar a exacerbar las desigualdades. En este sentido, la resolución A/RES/73/17, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁹, sobre impacto del cambio tecnológico rápido en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas, «*alienta a los Estados Miembros a que sigan examinando el impacto de los cambios tecnológicos rápidos y fundamentales en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas a fin de poder aprovechar las oportunidades que generan y hacer frente a los problemas, promover la formulación de estrategias nacionales y políticas públicas, las hojas de ruta en materia de ciencia, tecnología e innovación, el fomento de la capacidad y la participación de los científicos, e intercambiar las mejores prácticas*» (apartado 1).

El sistema de justicia (al igual que el conjunto de la Administración Pública¹⁰) se enfrenta al reto de reducir la brecha digital (separación entre quienes tienen acceso efectivo a las tecnologías digitales y de la información frente a quienes tienen un acceso muy limitado o carecen de él), promoviendo la alfabetización digital especialmente en relación con las personas en situación de vulnerabilidad. Recordemos que esta brecha puede venir determinada por distintas variables como el nivel de renta, el estado de salud, el nivel educativo, la edad, etc¹¹.

En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos («Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente» 2017)¹² destaca que «...el acceso a Internet es particularmente importante para las personas en situación de vulnerabilidad incluyendo los más pobres. Sin acceso a Internet las personas en situación de pobreza extrema corren el riesgo de quedar marginados, perpetuando la exclusión y la vulnerabilidad...» y considera que «los beneficios de los medios tecnológicos en el ejercicio de los derechos humanos pueden materializarse en la medida que las personas tengan acceso a Internet. Y este acceso a Internet no se satisface únicamente con una conexión a ella, es necesario que las personas cuenten con la calidad, la información y los conocimientos técnicos necesarios para poder utilizar esta herramienta y sacarle el mayor provecho. En este sentido recuerda que la alfabetización digital hace al conjunto de destrezas, conocimientos y actitudes que necesita una persona para poder desenvolverse funcionalmente dentro de la sociedad de la información y tiene por objetivo el desarrollo de habilidades y conocimiento que les permitan utilizar la tecnología de manera efectiva, desarrollando nuevas oportunidades sociales y económicas en el marco de su sociedad» (apartado 42); y añade que «las diferencias en las capacidades para usar y crear información y tecnologías de la comunicación constituyen una brecha en el conocimiento que perpetúa la desigualdad. La “alfabetización digital” es un proceso de fundamental importancia en la garantía de los derechos humanos, y una medida particularmente necesaria para proteger y garantizar los derechos a la igualdad y no discriminación» (apartado 43).

La brecha digital se refiere a dos dimensiones¹³. Por un lado, el acceso a un software, un hardware y un acceso a internet (ancho de banda) adecuados para la realización de la actuación online, aplicable tanto a la realización de trámites escritos (notificación electrónica, presentación telemática de escritos...) como a la asistencia de actos judiciales (asistencia telemática mediante videoconferencia o sistema similar¹⁴). Y, por otra parte, la tenencia de habilidades suficientes para el uso de los instrumentos tecnológicos

9 <https://undocs.org/es/A/RES/73/17>

10 J.G., CORVALÁN se refiere a la existencia de tres grandes desafíos para la Administración Pública: reducir la brecha digital, promover la alfabetización digital y garantizar la asistencia digital a las personas en condición de vulnerabilidad digital; en «Hacia una Administración Pública 4.0: Digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de Tramitación digital completa», publicado en: LA LEY 17 de agosto de 2018. <http://laley.thomsonreuters.com/nota/837>

11 Informe de la Cumbre Judicial Iberoamericana “El Covid19 y la Administración de Justicia Iberoamericana”, 2020, página 51

12 http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf

13 A. FOX CAHN, ESQ. & M. GIDDINGS se refieren a que existen dos grandes brechas digitales: una brecha de acceso y una brecha de habilidades; en «Virtual Justice: Online Courts During Covid-19», de 23 de julio de 2020, página 9

14 Sobre los efectos de la brecha digital en la asistencia telemática a actos judiciales, es muy interesante el trabajo de A. ABELLÁN, “Brecha digital y derecho a la asistencia jurídica gratuita”, Conflegal.com, 19-11-20 <https://conflegal.com/20201119-opinion-brecha-digital-y-derecho-a-la-asistencia-juridica-gratuita/>

La brecha puede afectar tanto a la propia posibilidad de realización del acto (acceso a la justicia) como a las probabilidades de éxito de la pretensión ejercitada (acción) ante los tribunales: en primer lugar, por la falta de realización de un trámite o su práctica defectuosa; y, en segundo lugar, porque puede tener consecuencias negativas sobre la valoración judicial de la asistencia telemática a actos judiciales, ya que puede afectar a la capacidad de la parte de trasladar veracidad y persuasión al juez, así como a la propia capacidad de transmitir emociones y sentimientos

Esta problemática ha de ser enfrentada mediante políticas públicas destinadas a mejorar las infraestructuras de acceso a internet; y a promover la alfabetización digital, entendida como el conjunto de destrezas, conocimientos y actitudes que necesita una persona para poder desenvolverse funcionalmente dentro de la sociedad de la información y tiene por objetivo el desarrollo de habilidades y conocimiento que les permitan utilizar la tecnología de manera efectiva, especialmente en relación con las personas en situación de vulnerabilidad

En todo caso, las distintas medidas de reforma judicial deberán tener en cuenta esta realidad para no afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, contemplando vías que posibiliten el ejercicio de los derechos.

VI. ASISTENCIA TELEMÁTICA A ACTOS JUDICIALES. LOS JUICIOS TELEMÁTICOS.

6.1. Concepto y modalidades

Cuando se habla de asistencia telemática se hace referencia a la intervención de una persona en un acto judicial, sin encontrarse físicamente en la sede del juzgado o tribunal, a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes.

La asistencia a un acto judicial a través de medios telemáticos presenta diferentes posibilidades. En primer lugar, nos encontramos con la posibilidad de *asistencia telemática de una o varias personas a un juicio o acto judicial celebrado en la sede judicial* de forma presencial. Y, en segundo lugar, cabe la *celebración telemática de la totalidad de un juicio o acto judicial*, esto es, todos los intervinientes asisten de forma telemática; se trata de la creación de una «sala de vistas virtual», a la que todos los participantes se conectan de forma remota: el juez/magistrado (uno o varios dependiendo de si el tribunal es unipersonal o colegiado), el letrado de la Administración de Justicia, los miembros del Ministerio Fiscal, los operadores jurídicos y sus clientes y el público en general; constituyendo de esta forma lo que se ha entendido como un «juicio totalmente virtual»¹⁵.

Caben dos posibilidades técnicas. Por un lado, se encuentran los llamados *sistemas de videoconferencias de calidad*, que permiten a los intervinientes conectarse de forma remota con la sede física donde está constituido el tribunal. Y, por otra parte, se hallan las *salas virtuales o videoconferencias de baja calidad* (*Skype, Teams, Zoom, etc.*), que simulan una sala física en el mundo virtual; siendo especialmente necesario un moderador que gestione la sala: invitaciones, anulación de sonido, dar uso de palabra, etc.¹⁶. Todo ello sin perjuicio de otras soluciones tecnológicas que en el futuro puedan aparecer.

La utilización de sistemas que permitan la asistencia telemática a actos judiciales de abogados, testigos, peritos, intérpretes, fiscales, víctimas y otras personas puede aportar indudables ventajas tanto en relación con quienes han de asistir al juicio (*evitando gravámenes innecesarios ligados al desplazamiento a la sede judicial donde se celebra el acto*), como en lo relativo a los *costes para el Estado* (ahorro en relación a gastos

15 Anexo de la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas» denomina «la integridad y calidad epistémica de la prueba de las que dependen la convicción del juez o tribunal» apartado 4). Esta Guía ha sido elaborada por Victoria Cinto Lapuente (vocal del CGPJ) José Antonio Ballester Pascual (vocal del CGPJ), José María Macías Castaño (vocal del CGPJ) y Juan Carlos Garcés Pérez (letrado del CGPJ); y ha contado con la participación y opiniones de Antonio del Moral García, Joaquín Delgado Martín, David Ordóñez Solís, Javier Ercilla García, José Ramón de Blas Jabaloyas y Antonio Jesús Rodríguez Castilla

16 Anexo de la «Guía de celebración de actuaciones...».

de asistencia física de peritos de entidades públicas, o de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado destinados a otro lugar). Y su utilización puede resultar especialmente útil para proteger a las personas que se encuentran en una *situación de vulnerabilidad*, cuya asistencia al acto judicial de forma presencial puede suponer un perjuicio o bien pueda incrementar la victimización (menores, personas con su capacidad judicialmente modificada o que sufran algún tipo de discapacidad, víctimas de determinados tipos de delitos como la trata de personas con fines de explotación sexual o la violencia de género en la pareja, entre otros). Y en la situación actual ligada a la pandemia por COVID-19 puede resultar relevante para la protección de la salud, mitigando el riesgo de contagio

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite la utilización de la videoconferencia en los procesos judiciales siempre que se cumplan dos requisitos: en primer lugar, ha de perseguir una finalidad legítima; y, en segundo lugar, en su concreta aplicación se han de respetar los derechos de la defensa. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las finalidades legítimas son «*la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respecto de la exigencia de un plazo razonable en la duración de los procesos judiciales*» (apartado 72 de la STEDH de 5 de octubre de 2006, caso Marcello Viola c. Italia).

6.2. Asistencia telemática y Covid-19

En primer lugar, la necesidad de protección de la salud derivada de la crisis sanitaria constituye *causa legítima* para justificar la asistencia virtual de las personas en las diferentes actuaciones procesales orales.

En segundo lugar, la participación no presencial no ha de ser objeto de interpretación restrictiva, sino que *ha de ser fomentada* siempre que se respeten adecuadamente las garantías y principios procesales.

En tercer lugar, la concreta modalidad elegida ha de respetar las *garantías y principios procesales* en los términos que se examinan posteriormente, para lo cual se tendrán en cuenta tres elementos:

- Dimensión objetiva. Se habrá que atender a la complejidad y naturaleza de cada acto procesal: no es igual una audiencia previa en un proceso civil, que la declaración del sujeto pasivo de un proceso penal.
- Dimensión subjetiva. Se tendrá que considerar la concreta naturaleza de la intervención de la persona que lo hace telemáticamente (no es lo mismo las alegaciones de un abogado que el testigo que responde telemáticamente a un interrogatorio).
- Se tendrá en cuenta la postura procesal de las diferentes partes, que en la práctica puede resultar determinante.

En cuarto lugar, resultará necesario que cuenten con los *medios técnicos adecuados* tanto el órgano judicial (medios dotados por la Administración prestacional) como la persona que interviene telemáticamente.

6.3. Respeto de las garantías procesales

La concreta modalidad de participación telemática utilizada y sus condiciones de ejecución han de respetar el contenido esencial de los derechos y garantías procesales, sin perjuicio de adaptaciones a la realidad tecnológica.

La Sala Penal del Tribunal Supremo de España, en la STS 331/19, de 27 de junio, repasa el cumplimiento por la videoconferencia de los principios del proceso penal:

1. *Inmediación*. En cuanto a la fase de instrucción, la utilización de la videoconferencia, lejos de suponer un obstáculo para la inmediatez, permite un mejor cumplimiento de este principio, en cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie directamente la práctica de la prueba, en los casos de auxilio judicial, tanto nacional como internacional (incluso, en este último caso, posibilitando la directa aplicación de la legislación nacional en la práctica de la diligencia de que se trate). En relación con el juicio oral, el asunto es aún más sencillo en cuanto, en realidad, se produce una equiparación jurídica de la presencia física con la presencia virtual.
2. *Publicidad*. No existe la más mínima afectación. Más bien pueden mejorar las condiciones de publicidad de las actuaciones judiciales, en cuanto las nuevas tecnologías garantizan la «asistencia» a las actuaciones judiciales de un número mayor de personas y permite seguimiento especializado (prensa) en mejores condiciones.

3. *Principios de oralidad, concentración y unidad de acto.* No existe la más mínima afectación en cuanto, como anteriormente se ha indicado, existe una equiparación jurídica entre la presencia física y la virtual.
4. *Contradicción.* El principio de contradicción está asegurado en cuanto las posibilidades de interrogatorio y contrainterrogatorio son exactamente iguales para las partes con la presencia física del acusado o del testigo que con la virtual. Es cierto que colocar al testigo inmerso en la parafernalia formal de la justicia, en cuanto aumenta la tensión o presión ambiental, es un método para asegurar que se aproxima más a la verdad en su declaración, mientras que en un lugar remoto podría hacerle disminuir la importancia de la situación, o hacerle sentir más seguro. Pero también puede argumentarse justamente lo contrario: muchas veces los medios electrónicos pueden revelar más acerca de la credibilidad y honestidad de un testigo que lo que puede descifrarse físicamente y en directo (puede visualizarse varias veces el testimonio, desde diferentes ángulos, puede aumentarse la imagen, etc.).

6.3.1. Derecho de defensa

En relación con el derecho de defensa, se ha de respetar la asistencia letrada efectiva, así como la igualdad de partes. No puede generar *situaciones de indefensión*, de tal manera que las partes puedan alegar y probar, contradictoriamente (principio de contradicción) y en situación de igualdad, con posibilidad de interrogar a testigos y peritos así como a los acusados y víctimas.

6.3.2. Principio de inmediación

También ha de ser salvaguardado el principio de inmediación, que en este ámbito despliega tres tipos de efectos:

1. La concurrencia de un control judicial del marco escénico de la actuación procesal, garantizando la espontaneidad de quien declara y el cumplimiento de los requisitos procesales aplicables;
2. Que la asistencia telemática sea seguida por el tribunal en los mismos términos que se produzca (las alegaciones, el interrogatorio y las respuestas han de poder ser objeto de seguimiento en su totalidad por el juez o tribunal) y en tiempo real;
3. Y que sea posible la adecuada valoración por el juez de la prueba personal¹⁷.

Resulta importante abordar los *efectos de la asistencia telemática de una parte, testigo o perito en relación con la valoración de la prueba por parte del juez o tribunal*. La participación telemática desde un lugar distinto a la sede judicial no afecta a la nulidad/validez de la prueba, siempre que concurran los requisitos anteriormente mencionados, pero sí que puede desplegar efectos sobre el otorgamiento de eficacia probatoria en aquellos supuestos en los que no haya quedado garantizada la espontaneidad y libertad de la persona que declara. A estos efectos, resultan relevantes las condiciones del lugar donde se encuentra la persona cuando presta la declaración.

6.3.3. Principio de publicidad

La publicidad puede entenderse como el acceso de una colectividad humana indeterminada tanto a la existencia de una actuación judicial como a su desarrollo y contenido. Al posibilitar el control por la sociedad de las actuaciones del Poder Judicial, constituye no solamente una garantía de la independencia y la imparcialidad de la justicia, sino también una salvaguarda de los derechos de las partes del proceso.

La publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: el derecho a un proceso público, así como el derecho a recibir libremente información sobre las actuaciones de las entidades públicas (acceso a la información). De esta manera, las facultades de restricción de la publicidad que las leyes procesales atribuyen a los jueces han de ser interpretadas de forma que se deje a salvo su vigencia¹⁸.

17 Es lo que la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas» denomina «la integridad y calidad epistémica de la prueba de las que dependen la convicción del juez o tribunal» apartado 4).

18 J. PICO i JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1997, p. 117.

El juez puede restringir la publicidad en caso de que concurra una causa justificada. Sin embargo, en un acto sometido al principio de publicidad celebrado telemáticamente, *no es posible su restricción por el solo hecho de la asistencia telemática*; sin perjuicio de que puedan concurrir otras razones que justifiquen una restricción, como puede ocurrir para la protección de la salud en la situación excepcional ligada al COVID-19. En todo caso, la publicidad se ha de garantizar adoptando medidas tecnológicas necesarias: circuito cerrado; asistencia vía web en streaming, para lo cual pueden utilizarse las sedes judiciales electrónicas. Por ejemplo, mediante anuncio en la sede electrónica de la información relativa a la fecha y hora de celebración, tipo de actuación y número de procedimiento. En tales casos, el programa que se utilice para la sesión telemática deberá permitir el acceso de terceros mediante clave o invitación, que se facilitará una vez que la persona interesada se acredite, física o virtualmente, ante el juzgado o tribunal.

En estos casos resulta necesaria la adopción de medidas para evitar la grabación por terceros: medidas técnicas (el programa informático correspondiente incorporará, hasta donde sea técnicamente posible, las medidas para impedir la grabación por los usuarios invitados o que puedan compartir video, audio o cualquier otro tipo de archivo) y medidas organizativas (las personas que asistan virtualmente a los actos judiciales han de ser informadas de la prohibición de obtener copias de la sesión o de realizar grabaciones con dispositivos externos de la pantalla en la que visualicen la sesión telemática)

En la relación con los *medios de comunicación*, resulta relevante el Protocolo de Comunicación de la Justicia (27 de septiembre de 2018) adaptado a las consecuencias de la pandemia por Coronavirus COVID-19 (12 de mayo 2020)¹⁹. Este Protocolo establece que, mientras se mantengan las medidas de prevención adoptadas como consecuencia de la pandemia de coronavirus COVID-19, las Oficinas de Comunicación del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia se guiarán por los siguientes criterios para garantizar el principio constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales:

- En las salas de vistas en que vaya a celebrarse un acto procesal en audiencia pública, y una vez fijado el aforo máximo por la Sala de Gobierno, se establecerá una reserva expresa de plazas destinadas a los medios de comunicación. Esa reserva será del 50 por ciento cuando el aforo máximo de público sea igual o inferior a diez personas, pudiendo reducirse ese porcentaje a partir de esa cifra.
- En caso de que la demanda de plazas por parte de los medios de comunicación supere el número de las reservadas, la asignación de estas se realizará por la Oficina de Comunicación siguiendo criterios de servicio público y audiencia. Para ello, se advertirá con antelación a los medios del número de plazas disponibles y se les solicitará que manifiesten su interés por asistir a la vista, comunicándoles a continuación si disponen o no de plaza en la sala. La lista de medios que accederán a la sala será pública y solo se asignará una plaza por medio. En caso de no cubrirse todas las plazas reservadas, se comunicará al juez o tribunal el número de sitios disponibles para que puedan ser destinados al público general.
- En aquellos actos procesales en los que se acuerde la toma de imágenes por parte de los medios de comunicación, esta se realizará siempre en régimen de «pool», garantizando el acceso de al menos un/a fotógrafo/a y un/a cámara de televisión, pudiendo establecerse un turno rotatorio entre los medios por días o semanas, en caso de ser necesario.
- En aquellas sedes judiciales en las que exista una sala de prensa en la que se reciba la señal institucional de los actos procesales, los medios de comunicación asistirán a los mismos preferentemente desde esta dependencia, siempre que la misma cumpla los requisitos ambientales (ventilación) y de espacio adecuados. La Oficina de Comunicación determinará en este caso el aforo máximo, debiendo mantenerse la distancia interpersonal de dos metros y siguiendo los criterios ya expuestos para la asignación de plazas.
- Los representantes de los medios de comunicación que asistan a una actuación procesal deberán acudir a la sede judicial provistos de los medios de protección personal necesarios (mascarilla, guantes, etc.). En caso contrario se denegará su acceso.

¹⁹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Oficina-de-Comunicacion/Protocolo-de-Comunicacion-de-la-Justicia/>

6.4. Asistencia telemática del sujeto pasivo en el proceso penal

6.4.1. Principio general: presencia física en la sala del órgano judicial

El acusado tiene *derecho a participar de forma activa en el juicio* y ello se cumple, como principio general, mediante su asistencia física a la sala del órgano judicial. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene considerando que el artículo 6, interpretado en su conjunto, reconoce el derecho del acusado a participar en su juicio, lo que incluye, en principio, el derecho no sólo a asistir sino también a escuchar y seguir los debates (apartado 26 de la STEDH Stanford c. Reino Unido, no 16757/90, 23 de febrero de 1994). En la STEDH de 5 de octubre de 2006 (caso Marcello Viola c. Italia) se afirma (apartado 50) que «la comparecencia de un acusado es de crucial importancia para un juicio penal justo y equitativo (Lala v. Países Bajos, sentencia de 22 de septiembre de 1994, serie A no 297-A, p. 13, § 33, Poitrimol v. Francia, sentencia de 23 de noviembre de 1993, serie A no 277-A, p. 15, § 35, y De Lorenzo v. Italia (dec.), No 69264/01, 12 de febrero de 2004), por razón tanto por su derecho a ser escuchado como por la necesidad de verificar la exactitud de sus declaraciones y confrontarlas con las declaraciones de la víctima, cuyos intereses deben ser protegidos, así como de los testigos (Sejdovic v. Italia [GC], no 56581/00, § 92, 1 de marzo de 2006)».

6.4.2. Excepción: asistencia telemática

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite la utilización de los sistemas de videoconferencia u otros análogos para la intervención de las personas acusadas en el proceso penal, siempre que se persiga una *finalidad legítima* y sus *modalidades de desarrollo sean compatibles con las exigencias de respeto de los derechos de la defensa* (apartado 29 de la STEDH Zagaria c. Italia, de 27 noviembre 2007). Como afirma el apartado 67 de la STEDH de 5 de octubre de 2006 (caso Marcello Viola c. Italia): «Si la participación del acusado en los procedimientos por videoconferencia no es, en sí misma, contraria a la Convención, corresponde a la Corte asegurarse de que su aplicación en cada caso individual persiga un objetivo legítimo y que sus procedimientos son compatibles con los requisitos de respeto de los derechos de defensa, según lo establecido en el artículo 6 de la Convención».

La utilización de la videoconferencia o sistema similar para la asistencia a un acto judicial de la persona contra la que se dirige el proceso penal ha de responder a una razón excepcional, y en todo caso ha de practicarse con pleno respeto al derecho de defensa y garantías procesales en la concreta modalidad de presencia telemática utilizada. Veamos cada uno de estos elementos de forma individualizada.

El papel activo del acusado o inculpado en el acto judicial, así como la relevancia de la asistencia letrada efectiva en estos supuestos, determinan que la *asistencia telemática solamente pueda producirse en aquellos casos en los que concurra una razón con especial intensidad de tal forma que evite perjuicios graves para el propio acusado y/o para los intereses públicos*.

La STS (penal) 161/2015, de 17 de marzo (Roj: STS 812/2015) afirma lo siguiente: «cuestión distinta, ajena al recurso que nos ocupa, es la prevención referida a la utilización de la videoconferencia para el interrogatorio del acusado. En este caso, parece evidente que el sacrificio de la comunicación directa de aquél con su Abogado puede encerrar, como regla general, una inevitable erosión del derecho de defensa. De ahí que, pese a la mención específica que el art. 731 bis de la LECrim hace al imputado entre aquellos cuyo testimonio puede ser ofrecido mediante videoconferencia, es lógica la exigencia de fundadas razones de excepcionalidad que, mediante el adecuado juicio de proporcionalidad, respalden la decisión de impedir el contacto visualmente directo del órgano de enjuiciamiento con el imputado (cfr. STS 678/2005, 16 de mayo)».

6.4.3. Pleno respeto del derecho defensa y garantías procesales

El cumplimiento de los derechos y garantías procesales ha de exigirse con un *especial rigor*, de tal manera que los mismos sean *efectivos en la concreta modalidad de presencia telemática utilizada*. En relación con el *respeto de los derechos de la defensa*, la STEDH de 5 de octubre de 2006 (caso Marcello Viola c. Italia) razona lo siguiente:

- a) «El Tribunal observa que, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 146 bis de las disposiciones de aplicación de la CPP, el solicitante pudo beneficiarse de un vínculo audiovisual con la sala del tribunal, que le permitió ver a las personas que estaban allí y escuchar lo que se dijo. También fue visto y escuchado por las otras partes, por el juez y por los testigos, y fue libre de hacer declaraciones ante el tribunal desde su lugar de detención» (apartado 73).

- b) Y «el Tribunal destaca que el abogado del solicitante tenía derecho a estar presente en el lugar donde se encontraba su cliente y a hablarle confidencialmente. Esta posibilidad también se reconoció para el defensor presente en la sala del tribunal (véase el párrafo 4 del artículo 146 bis de las disposiciones de aplicación del CPP). No hay nada que demuestre que en el presente caso se infringió el derecho del solicitante a comunicarse con su abogado sin ser escuchado por un tercero» (apartado 75). A estos efectos, es necesario tener presente que el apartado 4 del artículo 146 bis del Código de Procedimiento Penal italiano contempla que «el defensor o su adjunto presente en la sala del tribunal y el acusado pueden consultarse de manera confidencial, utilizando herramientas técnicas adecuadas».

En este sentido, la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas», elaborada por CGPJ (25 de mayo de 2020) considera que «en las circunstancias excepcionales en las que el abogado y el acusado no se encuentren en la misma estancia durante la celebración de un juicio penal, el acusado, mientras no preste declaración, deberá contar con la posibilidad de mantener contacto permanente y reservado con su abogado por vía telemática» (apartado 38).

Cabe destacar la STS español (penal) 678/2005, de 16 de mayo (ROJ: STS 3116/2005), que anuló un juicio por haberse celebrado sin la asistencia personal de los acusados, quienes se encontraban en Centros Penitenciarios y estuvieron comunicados durante el plenario con la Sala de Audiencia en la que eran juzgados a través de videoconferencia. Razona la sentencia que «no puede ignorarse que la proyección de los principios básicos del procedimiento es, en esta materia, diferente según que nos hallemos ante la declaración distante de un testigo o la práctica del informe de un perito, que tan sólo requieren garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el Juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes, que cuando estamos ante la participación de los propios acusados, especialmente en el momento cumbre del Juicio oral, a los que ha de permitírseles intervenir activamente en el ejercicio de su propio derecho de Defensa». En relación con la intervención de los acusados, utiliza dos argumentos:

- «Mientras que otros elementos probatorios, como los testimonios y las pericias, tan sólo ofrecen una posición pasiva, que permite la posibilidad de su correcta percepción a pesar de la distancia, el acusado no sólo puede ser «objeto» de prueba, a través del contenido de sus manifestaciones, sino que también representa un papel de «sujeto» activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio Juicio».
- «Y, para ello, adquiere gran relevancia tanto su presencia física en él, como también la posibilidad constante de comunicación directa con su Letrado que, de otro modo, podría ver seriamente limitadas sus funciones de asesoramiento y asistencia».

En el caso concreto, la utilización de la videoconferencia se fundamentó en *razones de seguridad, atendiendo a la elevada peligrosidad* apreciable en alguno de los acusados. Razona la STS que «aunque pudiera encontrar inicialmente un soporte normativo en los preceptos antes indicados, no se ha justificado adecuadamente, visto el aporte de su escasa, por no decir nula, fundamentación, más allá de la mera afirmación de su concurrencia, al extenderla por añadidura y sin discriminación alguna a todos los acusados, máxime si tenemos en cuenta, por otro lado, la existencia de medios más que suficientes para neutralizar ese peligro, sin necesidad imperiosa de suprimir derechos fundamentales de los juzgados. Piénsese, si no, en los numerosos Juicios que se celebran en órganos especializados en el enjuiciamiento de individuos acusados de pertenencia a organizaciones terroristas, bandas armadas u otros supuestos semejantes, para los que, a pesar de su indudable peligrosidad potencial, no por ello se les restringe su derecho a estar presentes en la Sala de Audiencia, sino que se adoptan las medidas oportunas, incluso mediante la especial adecuación de la Sala, para la celebración del acto con su asistencia al mismo». Y concluye que «esta Sala no puede permitir la apertura generosa de tan discutible portillo, facilitando una interpretación amplia de las posibilidades del Juicio mediante videoconferencia que, antes al contrario, deben ser entendidas desde planteamientos rigurosamente restrictivos».

Por último, cabe recordar que el artículo 197 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, se refiere a emisión de la *orden europea de investigación* para que la declaración del investigado o encausado que se encuentra en otro Estado miembro de la UE se realice «por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual».

Con carácter general, la necesidad de *proteger la salud* del investigado o acusado y de los otros participantes en el acto judicial, derivado del peligro de contagio, ha de ser uno de los elementos que han de ser tenidos en cuenta por el juez o tribunal a la hora de valorar y motivar la concurrencia de una causa excepcional (juicio de proporcionalidad) la posible presencia telemática del acusado.

6.5. Protección de datos personales en la asistencia telemática

Cabe recordar que dato personal es «toda información sobre una persona física identificada o identificable» (art. 4.1 del Reglamento UE 2016/679-RGPD). De esta manera, la *imagen y el sonido son datos personales* (Dictamen 4/07 GT 29 sobre concepto de datos personales).

Entre las obligaciones del responsable y del encargado del tratamiento (responsabilidad proactiva) cabe destacar el deber de confidencialidad del artículo 5.1.f) del RGPD, por el que deben evitar que el dato personal sea conocido indebidamente por un tercero (evitar el acceso indebido al acto telemático y/o la difusión indebida de la imagen y el sonido), debiendo adoptar medidas para evitar violaciones de seguridad del artículo 4.12 RGPD (especialmente por ataques procedentes del ciberespacio); en definitiva *ha de evaluar riesgos y adoptar medidas para evitarlos* (principio de minimización).

La *participación telemática supone un incremento del riesgo*, no solamente por el acceso indebido por terceros (hackers), sino también por grabaciones por parte de asistentes u otros que lo visualicen (peligro de ulterior difusión), por lo que el responsable y el encargado del tratamiento han de adoptar medidas de minimización del riesgo en una doble dimensión:

- *Medidas técnicas de minimización del riesgo* (ciberseguridad): me refiero a mecanismos de control de acceso, medidas de segmentación de la red, aplicación que impida la grabación...Corresponde su adopción al Administración competente para la dotación de medios materiales, sin perjuicio de las funciones de la autoridad de control de protección de datos personales.
- *Medidas organizativas en relación con el acto concreto*: prohibición de grabaciones distintas a la oficial, o de grabaciones por quien asiste al acto en sede judicial. Su adopción corresponde al juez que preside el acto.

6.6. Condiciones materiales de la asistencia telemática

91

6.6.1. Aportación de documentos

Resulta recomendable, para evitar interrupciones y suspensiones, que en los juicios a celebrar de manera telemática en los que se tenga intención de presentar prueba documental, ésta se facilite con antelación al juzgado o tribunal mediante un sistema de «nube privada» o similar²⁰, y que se cuente con un programa similar para facilitar los traslados a las partes.

Asimismo, resulta conveniente que los documentos se presenten adecuadamente ordenados y paginados, de tal forma que sea fácil su utilización en juicio y su referencia a los mismos durante las intervenciones; a tal efecto puede resultar útil, entre otras cosas, el uso de índices hipervinculados. Esta idea se recoge en el apartado 30 de la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas» (CGPJ-mayo de 2020) que añade que «el volumen de documentos que se tenga previsto presentar es un factor de complejidad para valorar la oportunidad de la celebración de los juicios y vistas de manera telemática».

6.6.2. Disponibilidad de medios técnicos

En primer lugar, se ha de contar con un *sistema o aplicación de videoconferencia o similar* adecuado; que en todo caso ha de ser suministrado por la Administración prestacional quien se responsabilizará, por tanto, de la adopción de todas las medidas técnicas de ciberseguridad y destinadas a garantizar la confidencialidad e integridad de la comunicación telemática de la imagen y el sonido.

En segundo lugar, quien intervenga de manera no presencial ha de contar con *medios técnicos*

²⁰ Jont Technology Committee (JTC) USA, «Strategic Issues to Consider when Starting Virtual Hearings», JTC Quick Response Bulletin, Version 1.0 Presented 7 April 2020.

adecuados para el acceso telemático: un dispositivo electrónico de conexión (smartphones, tables, ordenadores) con suficiente potencia; adecuada velocidad de acceso a la red; y garantía de suministro de electricidad/baterías del dispositivo utilizados.

Por último, para *evitar interrupciones y suspensiones* de las actuaciones judiciales, resulta recomendable que, con tiempo suficiente, se realicen las comprobaciones técnicas necesarias en relación con el funcionamiento del sistema y de los dispositivos utilizados para la conexión. Con esta finalidad, la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas» (CGPJ-mayo de 2020) aconseja que «...con tiempo suficiente se compruebe la efectiva posibilidad técnica de llevar a cabo los actos procesales correspondientes, verificando el funcionamiento de los equipos de todos los intervinientes y la calidad de la conexión» (apartado 29). Sería conveniente que la aplicación suministrada por la Administración competente habilitara una sala de espera virtual en la que la persona permanezca conectada, al menos 15 minutos antes del inicio del acto, y hasta el comienzo efectivo del mismo²¹. También resulta adecuado que una persona que vaya a participar telemáticamente en un acto comunique con prontitud al órgano judicial si prevé alguna dificultad en dicha participación, de tal forma que pueda encontrarse una solución de manera conjunta.

6.6.3. Lugar desde el que se realiza la conexión telemática

El lugar desde el que se realice la asistencia telemática ha de reunir una serie de características para garantizar su adecuación: ha de tratarse de un lugar tranquilo, con buena iluminación, evitando distracciones y perturbaciones de ruido, utilizando un ángulo de cámara y un fondo apropiados; y procediendo al apagado del micrófono cuando no se está hablando²².

6.6.4. Prohibición de grabación del juicio

Las personas que intervengan en el acto judicial o que asistan al mismo, tanto si es presencialmente en la sede judicial como si lo hacen telemáticamente, han de tener prohibida la grabación del acto, sin perjuicio de la grabación realizada para su documentación oficial²³. Así se deduce de las obligaciones de los responsables y encargados del tratamiento de datos personales para minimizar el riesgo, tal y como se ha examinado anteriormente.

Desde esta perspectiva, lo más adecuado resultaría la implementación de *medidas técnicas* que impidan la grabación. En este sentido, la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas», elaborada por CGPJ (25 de mayo de 2020), establece lo siguiente: «la confidencialidad se asegura mediante los requerimientos técnicos de los medios que se utilicen. Los programas y dispositivos que se emplean deberán impedir que puedan realizarse grabaciones de los actos diferentes de las que corresponda para su documentación oficial. También deberán permitir, en la medida de lo posible, el rastreo o trazabilidad de grabaciones diferentes a la autorizada para dejar constancia de la autenticidad e integridad de los actos» (apartado 36).

6.6.5. Instrucciones sobre la celebración del acto

Como recoge la «Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas» (CGPJ-mayo de 2020) «previo al inicio del acto o en el mismo momento del inicio, se considera aconsejable que el juez o presidente del tribunal imparta a las partes e intervinientes las instrucciones relativas al desarrollo de la sesión, con mención especial a la necesidad de desenvolverse con el respeto que exige el carácter institucional del acto» (primer inciso del apartado 32).

6.7. Cooperación judicial internacional

El uso de la videoconferencia está muy extendido en la cooperación judicial internacional para testigos, peritos, víctimas e inculpados que se encuentran en el extranjero. La Comisión Rogatoria Internacional o

21 Guía de procedimientos remotos de Provincial Court de British Columbia (Canadá) de 7 de mayo de 2020.

22 Guía de procedimientos remotos de la Provincial Court de British Columbia (Canadá) de 7 de mayo de 2020.

23 En el mismo sentido, Civil Justice in England and Wales, «Protocol Regarding Remote Hearings», 26 de marzo de 2020.

solicitud de asistencia judicial mutua deberá fundamentarse en un instrumento internacional aplicable.

La asistencia telemática desde fuera del país requiere necesariamente la utilización de instrumentos de cooperación jurídica internacional, que se examinarán posteriormente. De esta manera, no es posible la realización de diligencias (declaraciones de testigos, peritos, investigados, etc.), de modo directo y autónomo, con sedes diplomáticas del país, sedes de sociedades mercantiles o domicilios privados sin la autorización expresa de la autoridad judicial competente correspondiente a esa jurisdicción.

Si la autoridad judicial competente de la jurisdicción lo autoriza expresamente o indica, también expresamente, que no existe inconveniente para su práctica, la diligencia sí puede organizarse y practicarse en sedes diplomáticas españolas (si hay la disponibilidad), en sedes privadas (sedes de empresas privadas que ofrezcan servicios de telecomunicación, o en las sedes o domicilio de los interesados), con o sin la presencia de las autoridades judiciales competentes locales a su conveniencia o decisión.

6.7.1 Unión Europea

En relación con *testigos, peritos o investigados/encausados que se encuentran en otro Estado miembro de la UE*, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, contempla la posibilidad de práctica mediante videoconferencia (artículo 24) o incluso por conferencia telefónica (artículo 25). Esta Directiva fue transpuesta en el ordenamiento interno español por la Ley 3/2018, de 11 de junio, que añadió un Título X a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. En este sentido, el artículo 197 de la Ley 23/14 se refiere a emisión de la orden para que la declaración del investigado o encausado o de un testigo o perito se realice «por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual»; y el artículo 216 de dicha Ley regula la ejecución en España de una orden europea de investigación para una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual.

La videoconferencia se contempla como medio para la *declaración de la víctima residente en el extranjero*, según dispone el artículo 17.1.b) de 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. Este precepto establece que las Autoridades del Estado miembro «*deberán recurrir en la medida de lo posible, cuando se deba oír a las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000*». Hoy esta última referencia debería entenderse realizada a la Orden Europea de Investigación, regulada por la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

6.7.2. Iberoamérica

Cuando la autoridad judicial estime necesario examinar a una persona en el marco de un proceso judicial, en calidad de parte, testigo o perito, o en diligencias preliminares de investigación, y ésta se encontrare en otro Estado de Iberoamérica, podrá solicitar su declaración por videoconferencia con fundamento en el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010 (BOE de 13 de agosto de 2014).

6.7.3. Otros ámbitos territoriales

También existen disposiciones que contemplan la videoconferencia en diferentes convenios internacionales ratificados por el país. A título de ejemplo, cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, cuyo artículo 18.18 establece lo siguiente: «Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido».

VII. EPÍLOGO: LA TECNOLOGÍA Y EL FUTURO DE LA JUSTICIA.

Tras la situación excepcional de pandemia, nos encontraremos con una *intensificación* de la utilización de los medios electrónicos en la relación de ciudadanos, empresas y profesionales con la Administración de Justicia. Esta intensificación vendrá de la mano de la implantación de las *tecnologías emergentes* tales como el big data, la inteligencia artificial, la realidad digital, la ciberseguridad y el blockchain. Como afirma Richard SUSSKIND «debemos aprovechar el momento y unirnos para acelerar el desarrollo de nuevas formas de continuar entregando resultados justos para los usuarios de los tribunales».

Por un lado, el uso masivo de las TIC determinará una modificación radical de las nociones de espacio y tiempo en la realización de las actuaciones procesales. Por otra parte, se están desarrollando nuevas formas de procesar los datos sobre la base de la combinación e incremento exponencial de dos factores: la capacidad de almacenamiento y la velocidad de procesamiento de la información. Todo ello afectará necesariamente a la propia configuración del proceso judicial (nuevo paradigma), aportando elementos de disrupción en la Administración de Justicia (transformación digital o Judicial-Tech), que deberemos afrontar desde una perspectiva de respeto a las garantías del proceso, a los derechos fundamentales y al principio de independencia judicial.

LOS DERECHOS-DEBERES CONSTITUCIONALES EN ÉPOCA DE PANDEMIA

Helder Domínguez Haro*

Sumario:

1. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA. 2. LOS DERECHOS-DEBERES CONSTITUCIONALES, IMPLICANCIAS Y OTRAS ANGUSTIAS EN UN ESTADO “COVID-19”. 3. A MODO DE CONCLUSIÓN. HACIA EL FORTALECIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y HUMANISTA

95

* Abogado y Máster en Derecho Constitucional y Jurisdicción Contencioso Administrativo, Universidad Jaén-España, con estudios de especialización en la Escuela Judicial de España y en el Instituto Nacional de la Judicatura de Canadá. Director del Centro de Investigaciones Judiciales y representante técnico del Poder Judicial ante el Consejo Técnico para la Reforma del Sistema de Justicia. Ha trabajado en proyectos de la Comunidad Europea, Banco Mundial (BM), Banco Interamericano para el Desarrollo (BID), Cooperación Canadiense, entre otras. Asociado ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional e integrante de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho.

RESUMEN

Desde la perspectiva constitucional de la democracia y tomando como referencia el caso peruano, se analiza el ejercicio de los derechos y la exigencia de los deberes en situaciones de emergencia constitucional en un escenario desconocido y de incertidumbre ante la pandemia del coronavirus. La ecuación derechos-deberes constitucionales sirve de premisa para priorizar la protección de la vida y la salud en un contexto de emergencia sanitaria donde las precariedades de los servicios del Estado resultan también parte del problema. Dentro del constitucionalismo democrático es indispensable el rol del Estado constitucional y de la responsabilidad que ello supone, ante situaciones que afectan la propia existencia del ser humano, un desafío que alcanza y compromete también a la ciudadanía.

Palabras clave:

Democracia constitucional, estado de emergencia, derechos y deberes constitucionales, derecho a la vida, derecho a la salud, pandemia.

ABSTRACT

TERRITORIAL FEDERALISM, IDENTITY FEDERALISM AND INTERCULTURAL FEDERALISM. A CRITICAL INTRODUCTION

From the constitutional perspective of democracy and taking the Peruvian case as a reference, this report analyzes the exercise of rights and the requirement of duties in situations of constitutional emergency in an unknown scenario and of uncertainty in the face of the coronavirus pandemic. The constitutional rights-duties equation serves as a premise to prioritize the protection of life and health in a context of health emergency where the precariousness of State services is also part of the problem. Within democratic constitutionalism, the role of the constitutional state and the responsibility that this entails is indispensable, in light of situations that affect the very existence of the human being, a challenge that also reaches and commits to citizenship.

96

Key Words:

Constitutional democracy, constitutional right-duties, right to life, right to health, state of emergency, pandemic.

I. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA.

Definir a la democracia es una labor complicada ante la existencia de diversas teorías o posiciones ideológicas, como puede ocurrir en términos constitucionales. No obstante, y asumiendo los riesgos, y sobre la base de posiciones racionalmente aceptables se manejará una opción pauteada a favor del ser más especial del planeta: el ser humano. “Como todo en el Derecho, la Democracia debe ser entendida en función de la Persona. En la medida que el único absoluto existente y reconocido como tal es la Persona, todo lo demás será correctamente entendido y formulado en la medida que se parta de ella concebida como fin en sí misma. Partir de la Persona significa necesariamente partir de aquello por lo cual un ser es Persona y no es otra cosa diferente, es decir, partir de su esencia o naturaleza. En este punto es preciso formular conceptos lo más básicos posible con el propósito de generar el mayor consenso posible también”¹.

Expuesto lo anterior, con el sano propósito de aproximarnos a una definición y contenido -lo más claro posible- se puede evidenciar que la democracia de cuño constitucional, tiene determinados presupuestos reunidos mínimamente en las siguientes dimensiones: como una forma política-constitucional, un estilo de vida y una forma de emancipación del ser humano. Si bien el fenómeno democrático tiene raíz política, ha asumido gradualmente un plano *iuspolítico* ligado a aspectos socio-económicos dentro de un “mundo constitucionalizado” o dentro de los rieles de una “Constitución”, esto es, una organización del binomio libertad/igualdad cuyo eje es la persona, sus deberes y derechos, ni más ni menos. En consecuencia, la democracia además de un principio democrático-constitucional (fuente-legitimidad-organización-participación), es un derecho marco bajo la ecuación “derecho a tener y ejercer derechos”, allí donde se despliega el conjunto de derechos humanos garantizados (a través de la tutela de derechos o procesos constitucionales) y su notoria relación/control con los poderes públicos, sintonizado dentro de un Estado democrático constitucional o un Estado de deberes y derechos constitucionales y fundamentales, o como literalmente aparece en los textos constitucionales “Estado social y democrático en derecho” (artículo 1.1. de la Constitución española) o “Estado democrático de derecho” (artículo 3 de la Constitución peruana).

La positivización de la democracia en el orden constitucional de los distintos Estados contemporáneos no significa que basta un texto formal etiquetado como “Constitución” para hablar de una democracia realmente existente, o de una gama de valores y principios democráticos que enarbola -explícita o implícitamente- un Texto Constitucional sean lo suficientemente necesarios para su cumplimiento en el plano coexistencial; empero es un muy buen inicio, si de lo que se trata es de promover y proteger el libre desenvolvimiento de las personas en sus variadas facetas. Asimismo, al plano formal-jurídico de la democracia (o su juridificación) corresponderá a los altos tribunales de justicia de cada país perfilar y aproximarse a su contenido y alcances, lo que contribuirá -evidentemente- a la construcción constitucional del fenómeno democrático; tenemos así que el Tribunal Constitucional español señala que la democracia es un principio fundacional del propio Estado Constitucional (STC 259/2015, fundamento jurídico 5) y es un valor superior de del ordenamiento reflejado en el artículo 1.1 de la Constitución española (STC 204/2011, fundamento 8); y el Tribunal Constitucional peruano precisa el principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho, la Constitución como juridificación de la democracia y se emplea literalmente la expresión democracia constitucional como democracia estable, jurídica, reglada y desarrollada conforme a los límites de la Constitución (STC 0030-2005-PI, fundamento 19), y la persona humana y su dignidad como fundamento de la democracia (STC 4677-2004-PA, fundamento 12)².

Importa mucho en todo intento por darle contenido a la democracia el nivel de conciencia de los ciudadanos -como elemento fundamental de un Estado- y de los detentadores del poder político -autoridades- en torno al valor de la Constitución. Para el éxito del sistema democrático-constitucional, de una convivencia humana tendiente a disminuir la vulneración de los derechos y fortalecer los deberes personales e institucionales, de promover ciudadanos de militancia democrática, se debe apuntalar siempre a sumar esfuerzos para la

1 L. CASTILLO CÓRDOVA, “La democracia como bien humano esencial”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, n° 3, 2010, p. 71.

2 H. DOMÍNGUEZ HARO, *Democracia constitucional. Elementos teóricos, desarrollo jurisprudencial e introducción bibliográfica*, Grijley, Lima, 2018, pp. 97-104.

construcción de un sentimiento o patriotismo constitucional³, esto es, lealtad a la Constitución democrática, sobre todo en épocas duras y de incertidumbre sanitaria como está aconteciendo en nuestro planeta.

Bajo ese espectro, de conexión entre la experiencia democrática y la Constitución, o la democracia y su relación con la dimensión expansiva del constitucionalismo, nos permitirá conducir -a una velocidad lenta o rápida según las condiciones, barreras o rompemuelles de cada sociedad o país- y llegar a afrontar las disímiles situaciones que surgen cuando de aplicar y garantizar los derechos constitucionales y fundamentales se trata, cuando de exigir también -sin duda alguna- la concreción de deberes constitucionales y fundamentales, ya sea en estados o contextos de normalidad o anormalidad. En este último caso con todo lo que está sucediendo a causa de la pandemia de Covid-19 -un virus en plena mutación- y cuyo impacto en los sistemas democráticos somos testigos. Ciertamente, ante este escenario, analizar los derechos y deberes constitucionales, el rol de la justicia constitucional y aquello que corresponde a los parlamentos resulta propicio como ha ocurrido con el curso *on line* “Lecciones Constitucionales en tiempo de crisis”, específicamente en el módulo “Derechos constitucionales en épocas de pandemia y post-pandemia”, organizado por el Grupo de Investigación, Derechos Fundamentales, Andalucía y la Unión Europea, Universidad de Jaén, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Sur de Europa, entre otras instituciones⁴.

II. LOS DERECHOS-DEBERES CONSTITUCIONALES, IMPLICANCIAS Y OTRAS ANGUSTIAS EN UN ESTADO “COVID-19”.

El sustento democrático en clave constitucional nos permite con mayor razón justificar y argumentar a favor del ejercicio legítimo de los derechos constitucionales y de los deberes que la Constitución exige -y es que la democracia se fortalece no solo con los derechos, sino también con los deberes como hizo referencia el profesor Marcos Francisco Massó en el curso antes señalado-, ante una situación inesperada que toca y trastoca a todos -sin excepción- en pleno siglo XXI, la llamada enfermedad infecciosa Covid-19, y es que la era de la globalización lo es también de las pandemias que trasciende su expansión continental de antaño, ahora a escala mundial. Si bien los gobiernos están tratando de minimizar los riesgos de contagio y mitigar los efectos nefastos de dicho virus, al amparo de aquel instrumento fundamental como lo es siempre la Constitución, la dación de normas legales, acciones sanitarias, etc., se debe también hacer una gran dosis de quehacer interpretativo acudiendo a la interpretación *pro homine*, descartando moldes rigurosos y literales de la normatividad. Esto es, no ser indiferentes a la calidad de seres humanos, al sentido común y al contexto donde nos movemos y cuyo escenario es -lamentablemente- de muerte y desolación. En otras palabras, el mayor virus puede ser la indiferencia y ante ello incumbe actuar desde los variados roles donde nos encontremos.

En ese sentido, pongo en el tapete, el caso peruano por ser un espacio donde me desenvuelvo y creo conocer mejor el ejercicio de los derechos-deberes constitucionales, máxime si en esta época de crisis sanitaria se sumó la crisis política, tres presidentes de la República en el Perú en los últimos tres meses, es decir, un presidente vacado, un presidente que renunció y un presidente elegido por el Congreso de la República, configurándose un gobierno transitorio constitucional (por primera vez en la historia política del Perú) y cuyo mandato termina en julio del presente año. Panorama de oscilaciones, que a la luz de los acontecimientos ocurridos desde la declaratoria del estado de emergencia nacional, el aislamiento social obligatorio de marzo hasta junio (cuarentena) y la inmovilización social obligatoria por determinadas horas desde el mes de diciembre del año 2020, y del estado de emergencia sanitaria, el gobierno transitorio constitucional y, en general, los diferentes actores en medio de esta crisis de salud pública, deben reflexionar sobre determinados tópicos sustantivos “desde” los derechos-libertades y “desde” los deberes-obligaciones que telegráficamente se repasa en los siguientes párrafos⁵:

3 C. RUIZ MIGUEL. “El patriotismo constitucional”, *Revista Peruana de Derecho Público*, n.º 20, 2010, pp. 39-50.

4 Actividad realizada el 24 de setiembre de 2020 y cuyo primer módulo contó con la participación de los profesores Juan José Ruíz Ruiz (España), Marcos Francisco Massó Garrote (España), Eduardo Andrés Velandia Canosa (Colombia) y Gustavo Gutiérrez Ticse (Perú) bajo la coordinación de Helder Domínguez Haro (Perú).

5 Una mirada preliminar se puede ubicar en: H. DOMINGUEZ HARO, “Constitución democrática interpretada al servicio

- a) Queda claro que el estado constitucional de emergencia tal como se nos ha impuesto en los meses del 2020 y a inicios del corriente año, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del Covid-19, fue un acto de necesidad con sus propias particularidades y extensión material, como último recurso estatal para la protección de los derechos o bienes constitucionales que a través de los procedimientos ordinarios no se podrían haber hecho. Si bien no encajaría bajo los supuestos de un estado de emergencia técnica y rigurosamente hablando según el artículo 137 de la Constitución peruana⁶, compartimos su invocación vía interpretación porque la realidad nos lo exigía en ese momento, pese a la zona gris generada o los clarososcuros puestos al debate. A futuro debe pensarse en una mejor regulación constitucional como estado de alarma y su respectiva normatividad infraconstitucional, como está plasmado en el artículo 116.2 de la Constitución española reguladora del estado de alarma⁷, aunque también no está exenta de ciertos problemas en su aplicación; y que está generando debates y discusiones propias de las instituciones que comprenden el derecho constitucional de emergencia.

Ciertamente, si los derechos constitucionales correlativamente generan deberes constitucionales: deberes ciudadanos y deberes de los poderes públicos, merecen también un tratamiento importante en situaciones de emergencia como la descrita en el párrafo anterior. Volviendo nuevamente al profesor Massó, la emergencia sanitaria significa el cumplimiento y obligación de los poderes del respeto de la legalidad y adecuación del Estado de Emergencia al respeto de las garantías y los derechos fundamentales como también de los deberes civiles de los ciudadanos en régimen de reciprocidad y solidaridad social. Igualmente, en el marco del curso virtual “Lecciones Constitucionales en tiempo de crisis”, el profesor Juan José Ruíz reafirmaba que la pandemia origina responsabilidad social de las personas, en cuanto activa ciertas obligaciones

de los derechos fundamentales en un estado de emergencia” en E. Blume Fortini, y L. Saénz Dávalos, (coords.), *Emergencia sanitaria por Covid 19. Retos al constitucionalismo peruano*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Adrus Editores, Lima, 2020, pp. 39-50.

- 6 Artículo 137 de la Constitución de 1993: “El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan: 1) Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República. 2) Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso”.
- 7 Artículo 116 de la Constitución de 1978: “1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes; 2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración. 3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos. 4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. 5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente. 6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes”.

legales dirigidas al ciudadano para cuidar la salud de los demás y no poner en riesgo la salud pública, utilizando la mascarilla, asumiendo el distanciamiento social y otras medidas de prevención.

Al respecto, por ejemplo, el artículo 44 de la Constitución peruana prescribe como deberes primordiales del Estado: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación; y el artículo 7 establece que todos tienen el derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

- b) Asimismo, tras la culminación del confinamiento severo, la vuelta a la nueva “normalidad” y ahora desde fines del año pasado el estado de emergencia nacional, lamentablemente debemos afirmar que la práctica supero a la teoría, la arrinconó. Las medidas adoptadas por el gobierno para la prevención y control con el objeto de evitar la propagación del Covid-19 no fueron eficaces o no produjo los resultados esperados. Seguimos en ese ritmo, con una creciente tasa de mortalidad en la región, y cuya responsabilidad también comprende a la población, ante el incumplimiento progresivo de los deberes ciudadanos en esta pandemia. Evidentemente no se pensó o se imaginó la magnitud que ocasionaría la aplicación del estado de emergencia nacional que terminaría restringiendo en la práctica o en los hechos, otros derechos constitucionales además de los que naturalmente están permitidos su suspensión, esto es, a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, a la libertad de reunión y de tránsito en el territorio (incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y el inciso 24, apartado f del artículo 2 de la Constitución peruana).

Es infrecuente en las emergencias constitucionales, naturalmente previstas en el Texto Fundamental vigente, la conculcación de derechos, como el derecho a la salud (otras enfermedades o situaciones diferente al Covid-19 que menoscaban la salud), a la educación, al trabajo y consiguientemente a una remuneración para su bienestar y el de su familia, a la alimentación, a la empresa, al libre comercio, el derecho del consumidor, a la tutela procesal efectiva, libertad religiosa, la práctica deportiva individual al limitarse el uso de los espacios públicos, entre otros; empero lo que se está viviendo es un muy grave problema sanitario de gruesas dimensiones inimaginables. Dadas las circunstancias propias de una pandemia expansiva e invisible resultaría, entonces en relación con el ejercicio de los derechos-deberes, su modulación razonable a partir de las llamadas regulaciones de tiempo, lugar y modo; sin embargo, también es de apreciarse limitaciones por parte del Poder Ejecutivo a través de medidas normativas y administrativas distantes de ser idóneas, necesarias y ponderadas en perjuicio del libre ejercicio de los derechos.

Dicho esto, estamos válidamente ante la posibilidad de activar además de los procesos penales por algún hecho ilícito tipificado como delito cometido por personal de la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas, procesos constitucionales de la libertad (esencia de la justicia constitucional-democrática) en la medida que los plazos sean expeditivos dado la naturaleza de la “normalidad” y consiguientemente, de llegar al Poder Judicial y/o al Tribunal Constitucional los lineamientos interpretativos podrían ser esclarecedores para una eficiente actuación de los poderes públicos, ministerios y otras instituciones dentro de un estado de emergencia “*sui generis*”; y sobre todo o con bastante razón, ante la falta de una ley de desarrollo constitucional que “contemple los casos en los cuales se habilita un estado de excepción y las condiciones en que este puede llevarse a cabo y sus límites”⁸.

Mientras estemos o no ante determinados procesos de tutela de derechos o se trabaje en una propuesta de ley como la citada línea arriba, debemos ser persistentes y llamar la atención a las autoridades y funcionarios a actuar con bastante sentido común, guiándose por criterios de proporcionalidad y razonabilidad en aras de salvaguardar la vida y la integridad de las personas.

8 D. GARCÍA BELAUNDE, “Constitución, Estado de Emergencia y Covid-19” en E. BLUME FORTINI, y L. SAÉNZ DÁVALOS, (coords.), *Emergencia sanitaria por Covid 19. Retos al constitucionalismo peruano*, op. cit., p. 84.

- c) El horizonte jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano es elocuente cuando enfatiza la naturaleza del derecho a la salud como derecho fundamental porque compromete al derecho a la vida, al derecho a la integridad (STC 1429-2002-HC, fundamento 14, y STC 2945-2003-AA, fundamento 6) y además también ha reconocido que estamos ante una categoría ius-fundamental autónoma (STC 5842-2006-PHC, fundamento 48). Si bien de su contenido se desprende tener en cuenta políticas públicas nacionales de protección y desarrollo del derecho social a la salud, conlleva la obligación de los poderes públicos y en particular del gobierno, de materializar y concretizar el acceso a los servicios de salud sin discriminación alguna y bajo un mínimo de calidad en el servicio. Si bien la atención debe ser prioritaria a las personas infectadas por el nuevo coronavirus, más aún cuando tiene efectos diferenciados en los grupos que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad (adultos mayores, personas con discapacidad, pueblos indígenas, incluso personas privadas de libertad, etc.), ello no necesariamente ocurre en la mayoría de los casos por la grave problemática hospitalaria y las deficiencias en el sistema de protección a la salud, sùmese la restricción del acceso al sistema sanitario por otras enfermedades graves.

Por tanto, donde está en juego el bien humano esencial como la salud, y por ende la vida de las personas por las razones harto conocidas como consecuencia de los efectos asimétricos de la pandemia, corresponde en una democracia constitucional el acceso a los centros de salud privados como extensión de su función social y la reducción significativa de los costos; echando mano -de ser el caso- a una norma legislativa o a una interpretación “a favor de la vida humana” sensibilizando y contextualizando el artículo 62 de la Constitución⁹ y otros preceptos constitucionales; aplicándose también a aquellos servicios y comercialización de bienes directamente vinculados con el rubro salud; sin perjuicio del rol subsidiario del Estado. Un ejercicio y alcance razonable del contenido constitucional del derecho a la vida y del derecho a la salud en relación con el derecho de los contratos y la seguridad jurídica es necesario en esta situación concreta de emergencia constitucional y extremadamente vital, apelando a los principios de interpretación de unidad de la Constitución, teleológica, entre otros principios hermenéuticos; por cuanto si la Constitución considera márgenes de interpretación, es tolerable que una alternativa racional es constitucional en la medida que se derive de la dignidad humana, una buena razón para no invocar el nombre de la Constitución en vano¹⁰.

Si a ello añadimos, el artículo 58 de la Carta Fundamental al prescribir la libre iniciativa privada y su ejercicio dentro de una “economía social de mercado”¹¹, entonces hagamos sentir lo “social” y el principio de solidaridad en épocas de pandemia, y porque todos los seres humanos tienen el derecho a la protección de su salud y a no ser discriminados.

Atañe a los poderes del Estado, según sus competencias y funciones, cumplir con sus obligaciones y deberes (“todos” sus deberes” y no “algunos” deberes en beneficio de los “derechos de algunos”) en una situación de “guerra contra la enfermedad del coronavirus”, y de un modo rápido y a la vez eficiente, por cuanto la pandemia ha recreado una “nueva y repudiable especie humana” por el excesivo costo de los medicamentos, los balones de oxígeno, los servicios de los centros de salud privados, la vuelta de prácticas de especulación y acaparamiento de productos y

9 Artículo 62 de la Constitución de 1993: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

10 Cfr. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “Derechos, democracia y justicia constitucional” en AA.VV., *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 124.

11 Artículo 58 de la Constitución de 1993: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

bienes, etc. La realidad grafica -penosamente- la presencia de sicarios en épocas de pandemia, esto es, si el sicario es un individuo dedicado a asesinar a cambio de dinero, lo es también, aquel dedicado a no asesinar a cambio de dinero, de elevadas y exorbitantes sumas de dinero por los servicios, prácticas y productos antes referidos. En consecuencia, además de la lucha contra el coronavirus, hay que también combatir contra esa “nueva y repudiable especie humana”.

Finalmente, las carencias de las prestaciones advertidas a la que está obligado el Estado, y que se constata con un nefasto indicador expresado en el número de fallecimientos por las deficiencias de los servicios públicos, no exime al Estado de la responsabilidad civil y patrimonial ante el incumplimiento de la ley -como bien dejará constancia el profesor Massó en la actividad académica donde se trató estos puntos neurálgicos-. Un régimen de consecuencias por el incumplimiento total y parcial debe ser parte de las estructuras propias de una democracia constitucional; sin olvidar también en el caso de presentarse excesos en un estado de emergencia, la interposición de las respectivas demandas civiles por daños y perjuicios¹².

d) La alarmante situación en que nos desenvolvemos, pone en el atril la idea siempre presente y ahora con bastante sensatez, compatible con los principios constitucionales presupuestarios básicos, la asignación presupuestaria constitucionalmente estatuida, garantizada y suficiente en temas de salud o, en otras palabras, positivizar un porcentaje mínimo de presupuesto en la Constitución a favor de la salud pública con un alto grado de prioridad de recursos por tratarse del valor de la persona en su dimensión vida-salud. Ello permitiría primero reducir la brecha existente entre lo solicitado versus el presupuesto asignado para cada ejercicio fiscal -que siempre es reducido- y en segundo lugar prever futuros recursos para una mejor atención de la población. Se espera que el Parlamento peruano siga con dicha tendencia, por cuanto, a fines del año pasado se reformó la Constitución peruana consagrándose en el último párrafo del artículo 16 el siguiente texto: “La educación es un derecho humano fundamental que garantiza el desarrollo de la persona y la sociedad, por lo que el Estado invierte anualmente no menos del 6 % del PBI”.

e) La pandemia ha evidenciado la insuficiente regulación jurídica de la muerte y del cuerpo del fallecido, y más allá de aspectos técnicos que todavía perduran (teorías de la semipersona, personalidad residual, de la *res*, etc.) y de la posición del ordenamiento civil nacional al considerar a la muerte como fin de la persona dejando de ser sujeto de derecho o el difunto no puede ser titular de derecho según el Tribunal Constitucional peruano (STC 0256-2003-HC, fundamento 2), debemos repensar el reconocimiento *post mortem* a partir de una cobertura constitucional-legal flexible a las circunstancias actuales que estamos padeciendo. El cadáver, por un lado, merece el respeto y la consideración por su sola condición previa de persona (no es un simple material de desecho) y, por otro lado, lo que significa para los familiares y el derecho al adiós a través de una sepultura digna, ritual que forma parte de la libertad de culto (STC 0256-2003-HC, fundamento 19). En esa línea explicativa, no es una cuestión sencilla decir que el difunto pase de “sujeto” a un “mero objeto”¹³, como tampoco aceptar arbitrariamente la vulneración del derecho al adiós y del derecho a la sepultura.

En consecuencia, se tiene la oportunidad de tomar conciencia no sólo de los efectos jurídicos que desencadena la muerte y el cuerpo -sin sus funciones vitales- en decadencia, también de obrar con sentido humanista y de mejorar las normas de protección, inclúyase a los familiares o a los suyos del difunto.

12 D. GARCÍA BELAUNDE, “Constitución, Estado de Emergencia y Covid-19”, op. cit., p. 84.

13 R. CÁRDENAS KRENZ, “Tienen derecho los muertos”, *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, n.º 1, 2020, p. 175.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN. HACIA EL FORTALECIMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y HUMANISTA.

La historia de la civilización es también el recorrido de las distintas formas de organización política, de gobierno y estadual, y dentro de dicha gama la democracia -no obstante su juventud- también se ha mostrado de múltiples maneras, por ejemplo, democracia política, social, económica, industrial, ambiental, entre otros experiencias, hasta llegar a nuestros días en su versión denominada democracia constitucional o anclada dentro del constitucionalismo democrático abordado al inicio del presente texto. Es en ese modelo de Estado constitucional y democrático del siglo XXI, donde se debe ahondar y acentuar, de un modo gravitante, la presencia de los derechos sociales y prestacionales y los deberes constitucionales por parte del Estado y de los ciudadanos, en aquello que corresponda (correlatividad entre derechos y deberes), y que incluya también -probablemente- deberes que no dependan de otros derechos diseminados en las Constituciones. Es en esta tarea que las defensorías del pueblo -amparándose en el control democrático a través del poder de persuasión inherente a su naturaleza- juegan un rol significativo en la defensa de los derechos y la eficacia de los deberes relativos a la salud pública por ejemplo¹⁴.

Conviene poner en relieve que la pandemia del tercer milenio nos hace recordar que “(...) la calidad de una sociedad organizada en la forma de Estado que se dice a si mismo social y democrático de derecho se mide por las prestaciones que produce, por los rendimientos que genera y por la medida en que hay correspondencia entre lo que dice ser, y se proclama, y lo que en efecto es. El estado social y democrático de derecho se legitima precisamente por las prestaciones en favor de quienes viven en su órbita (...)”¹⁵. Las consideraciones anteriores permiten señalar que el derecho a la salud universal debe marcar el rumbo de las acciones gubernamentales y de los estudios sobre el constitucionalismo democrático, como contenido esencial de una democracia de estirpe constitucional y humanista; y que pasa también, por superar las falencias de la “constitución económica”, ya sea por medio de una operación intelectual de interpretación, lo más sólida posible y permanente, para evitar ser derrotado por posturas autoritarias y descontextualizadas, o ya sea por medio de reformas o enmiendas constitucionales.

14 Artículo 162 de la Constitución de 1993: “Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. (...)”.

15 M. REVENGA, “Presentación” en G. RUIZ-RICO RUIZ, A. PORRAS NADALES y M. REVENGA SÁNCHEZ, (coords.), *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Sur de Europa, Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 14.

EL ESTADO SOCIAL SOMETIDO A PRUEBA

Antonio Porras Nadales

*Universidad de Sevilla
CESJ "Sur de Europa"**

Sumario:

I. EL ESTADO SOCIAL INTERVENCIONISTA SOMETIDO A PRUEBA. II. LAS APORTACIONES DEL CONOCIMIENTO EXPERTO. III. LA CENTRALIDAD GUBERNAMENTAL Y SUS RIESGOS. IV. LOS SONIDOS DEL SILENCIO PARLAMENTARIO. 1. Los parlamentos como instancias de control 2. Los parlamentos como instancia legislativa 3. La esfera del control judicial V. Entre el populismo y la gobernanza. VI. ¿PAUTAS DE EVOLUCIÓN?

105

* Lecciones constitucionales en tiempo de crisis”, Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Sur de Europa, 2020. Sesión: Estado social y globalización de la vulnerabilidad.

RESUMEN

El Estado social se ha desarrollado históricamente a partir de mediados del siglo XX poniendo en práctica todo un instrumental intervencionista cuya operatividad está sometida a prueba con la gran crisis del Covid-19. La centralidad adquirida por el ejecutivo implica una tensión sobre el equilibrio de poderes que se refuerza en situaciones extraordinarias, implicando algunos riesgos sobre la evolución futura. En todo caso podemos detectar algunas de las posibles pautas de evolución del Estado social para el siglo XXI.

Palabras clave:

Estado social, intervencionismo, equilibrio de poderes, rule of law, gobernanza, gobermedia.

ABSTRACT

THE WELFARE STATE UNDER STRESS

The welfare State has been historically developed from the mid-20th century, putting in practice a whole range of interventionist instruments whose operability was put to the test by the great crisis of Covid-19. The centrality acquired by the executive implies a tension in the balance of powers that is reinforced in extraordinary situations, implying some risks on future developments. In any case, we can detect some of the possible patterns of evolution of the Welfare state for the 21st century

Key Words:

Estado social, intervencionismo, equilibrio de poderes, rule of law, gobernanza, gobermedia.

I. EL ESTADO SOCIAL INTERVENCIONISTA SOMETIDO A PRUEBA.

La proyección globalizada de la pandemia se configura, en pleno siglo XXI, como un auténtico banco de pruebas para el Estado social contemporáneo, que parece enfrentado a su mayor tensión de crisis desde su propia aparición histórica tras la II Guerra Mundial. Un banco de pruebas que viene a agudizar las tensiones y dificultades ya enfrentadas a partir de la gran crisis económica desencadenada en el año 2008, configurando así un complejo panorama histórico que, para algunos, recuerda las dificultades a las que hubieron de enfrentarse las democracias a comienzos del siglo XX.

Junto a la proyección dogmática más conocida del Estado social de Derecho como defensor y garante de los nuevos derechos sociales y de bienestar, podemos considerar como la otra característica esencial del mismo el hecho de que se trata de un Estado intervencionista: es decir, un Estado que tiene la responsabilidad activa de atender demandas sociales y resolver problemas colectivos mediante el desarrollo de todo un amplio instrumental público de medidas intervencionistas orientadas en último término a hacer efectivo el sistema de valores y de propuestas programáticas que se contienen en las Constituciones. Y parece evidente que el derecho a la vida y a la salud constituyen una de sus principales tareas.

Para desarrollar con éxito tal actividad intervencionista, el Estado social necesita asegurar un cierto grado de eficacia en sus actuaciones: algo que, aunque en principio puede presumirse de todo Estado, constituye en realidad un amplio y complejo panorama problemático donde se nos despliega toda una diversidad de elementos instrumentales de tipo jurídico, de políticas públicas, y de recursos burocráticos y financieros que conforman el complejo entramado del intervencionismo público contemporáneo, tal y como se desenvuelve desde mediados del siglo XX. Lo que ha constituido en términos históricos la gran alternativa al Estado abstencionista liberal del siglo XIX, que operaba sobre la ficción del gran orden armónico de la sociedad de mercado.

Es cierto que el concepto de “crisis” del Estado social no constituye en absoluto una novedad, teniendo ya un amplio recorrido doctrinal, al menos desde los años setenta del pasado siglo a partir de James O’ Connor¹. Aunque generalmente el debate doctrinal ha discurrido hasta ahora en unas coordenadas que se referían más bien a: (a) los problemas de sostenibilidad, en términos de disponibilidad de recursos y equilibrio financiero; así como (b) los aspectos relacionados con el desarrollo de los instrumentos operativos sobre los que debe apoyarse el intervencionismo público con el objetivo de alcanzar sus fines; es decir, todo el instrumental necesario para el logro del sistema de fines o de valores programáticos formulados en las Constituciones, asegurando una adecuada eficacia en sus actuaciones.

Ambos elementos (soporte financiero e instrumentos de acción pública) constituyen el bagaje operativo con el que debe actuar el Estado social intervencionista contemporáneo si pretende alcanzar resultados satisfactorios.

Pero ante una situación de crisis apocalíptica de dimensión planetaria, está claro que las diversas posibilidades de organización y puesta en marcha del intervencionismo público pueden venir dramáticamente condicionadas no sólo por la intensidad de la propia crisis sino también por la propia funcionalidad del bagaje instrumental disponible; el cual ha debido desenvolverse con anterioridad a lo largo de un itinerario problemático de aprendizaje que, como mínimo, se puso en marcha desde mediados del siglo XX. Lo que acabaría suscitando de forma paradójica la aparición de respuestas variadas y de consecuencias heterogéneas: pues el desarrollo del Estado social intervencionista no ha sido ciertamente un proceso homogéneo en términos comparados. Y así, podrán existir países cuyo instrumental intervencionista, bien conformado y actualizado a lo largo del más de medio siglo de evolución y consolidación del Estado social, conduzca finalmente a respuestas de razonable éxito o de mayor resiliencia. Pero también pueden existir países lastrados de ineficiencias políticas, legales o burocráticas, cuyas respuestas conduzcan finalmente hacia un

1 J. O’CONNOR, *The fiscal crisis of the State*, St Martin’s Press, Nueva York, 1973, También OCDE, *L’Etat protecteur en Crise*, OCDE, París, 1981; MISHRA, Ramesh, *The welfare state in crisis, Social Thought and Social Change*, Londres, 1985, Harvester; C. OFFE, *Contradictions of the welfare state*, Hutchinson, Londres, 1984; N. LUHMANN, *Teoría política en el Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993. A. PORRAS NADALES, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, Barcelona, 1988, P. ROSANVALLON, *La crise de l’Etat-providence*, Seuil, Paris, 1992.

desastroso fracaso. La inexorable tipología de los llamados “estados fallidos” se nos aparece ahora como una amenazante realidad que pone al descubierto muchas de nuestras debilidades, largamente criticadas o desatendidas.

Estamos pues ante un momento decisivo en el que se nos reactualizan dramáticamente algunas de las grandes interrogantes que desde hace más de medio siglo han condicionado la evolución comparada del Estado social, enfrentándonos a diversas hipótesis alternativas; hipótesis que merecen nuestro estudio ante un momento de máxima prueba de carga del intervencionismo público. ¿Se consigue mayor eficacia intervencionista desde un Estado centralizado, o desde un sistema de tipo regional o federal donde las esferas públicas estén más próximas a la ciudadanía? ¿Se responde mejor a una emergencia como la del Covid-19 desde una forma de gobierno de tipo presidencial, o desde los tradicionales sistemas parlamentarios de corte europeo? ¿Constituyen las garantías constitucionales propias del Estado de Derecho un posible obstáculo a la eficacia de la actividad intervencionista en momentos críticos, obligando a una transitoria suspensión de las garantías constitucionales? ¿Existen acaso experiencias comparadas de distintas regiones del planeta que nos pueden ofrecer mejores resultados? ¿Acaso nos enfrentamos a la siniestra constatación de que sistemas no democráticos, o de corte autoritario, puedan conseguir una mayor eficacia en la lucha contra la pandemia? En consecuencia ¿constituye al final la pandemia una auténtica amenaza a nuestro Estado democrático de Derecho, preludivando el desarrollo expansivo de las potencialidades populistas y autoritarias preexistentes?

Naturalmente, también es posible que el aprendizaje institucional adquirido a lo largo de más de medio siglo de vigencia normalizada del Estado social pueda acabar siendo insuficiente ante contextos de emergencia sobrevenida: lo que situaría a los ordenamientos democráticos ante el supuesto anómalo de los estados o situaciones de excepción, donde el funcionamiento ordinario del sistema quedaría transitoriamente interrumpido. ¿Son tales interrupciones momentos de ruptura completa en el manejo del instrumental intervencionista que preside el funcionamiento ordinario del Estado social? ¿O, más bien al contrario, tales momentos excepcionales serían precisamente aquellos en que la “muscultura” estatal, desarrollada y engrasada en momentos anteriores de relativa normalidad, debe demostrar su mayor grado de eficiencia y eficacia? En cierta manera parecería pues que la prueba de esfuerzo que impone la pandemia supone la confirmación definitiva del grado de eficacia adquirido por los aparatos públicos propios del Estado social en el desarrollo de su complejo instrumental intervencionista.

II. LAS APORTACIONES DEL CONOCIMIENTO EXPERTO.

En Europa, como en el resto del mundo, la prueba del coronavirus ha supuesto la puesta en marcha de uno de los principales instrumentos de apoyo a la capacidad decisional que debe implicar todo intervencionismo público con pretensiones de eficacia: el uso del conocimiento experto, o del conocimiento científico, considerado como un instrumento superador de los sesgos ideológicos propios de la política y como una base segura sobre la que orientar las pautas finalistas del intervencionismo público². Ha sido, en efecto, un angustioso episodio de gloria para numerosos “expertos” en ámbitos sanitarios cuya voz, cuajada a menudo de resonancias bíblicas, ha sido oída y atendida con la máxima atención colectiva.

Había sin embargo un problema: y es que, en rigor, a comienzos de la pandemia en 2020, no existían auténticos “expertos” en Covid-19, al tratarse de un tipo vírico nuevo o desconocido. Cabe decir que, al cabo de al menos un año, ya han comenzado a existir, tras el seguimiento de los diversos episodios de propagación del virus y sus consecuencias. Es cierto que había, no obstante, expertos en virología o en otras disciplinas próximas, cuya voz podíamos oír con toda la legitimidad que dan la autoridad académica y el conocimiento científico. Pero, naturalmente, al final resultaban ser expertos en el ámbito sanitario: es decir, no se trataba de expertos en decisiones públicas o en intervencionismo público general, con sus numerosas y complejas implicaciones burocráticas y consecuencias sociales. Lo que significa que constituían ciertamente

2 S. JASSANOFF, *The Fifth Branch. Science advisors as policymakers*, Harvard UP, 1994. M. THATCHER, “The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 18, n° 3, 2005.

un precioso instrumento de apoyo para las decisiones públicas: aunque éstas, en último término, debían ser adoptadas por los gobernantes legítimos en el ejercicio de sus competencias y mediante el manejo de sus respectivos instrumentos jurídicos, políticos y burocráticos.

El segundo problema, que en rigor no es tan nuevo, sería el de cuál es el grado de autonomía o independencia del conocimiento científico o experto que tratamos de usar como soporte. A lo que se une la necesidad adicional de que tal conocimiento adopte un grado mínimo de uniformidad o una ausencia de discrepancias y alternativas en su seno. Se trata pues de dudas razonables que afectan a la capacidad de instrumentación efectiva del conocimiento experto: o sea, si tal conocimiento es suficientemente homogéneo y sin discrepancias internas; y si los expertos son auténticos científicos independientes o más bien simples marionetas del entramado burocrático o partidocrático preexistente, actuando al final como una voz de su amo al servicio de las mayorías gobernantes. Nos encontraríamos así ante el desafío problemático del papel que pueden cumplir determinados organismos independientes, titulares de un conocimiento experto, en el marco de las decisiones generales que debe encarar cualquier Estado en momentos de crisis.

Pero junto a los expertos sanitarios, apoyando medidas más o menos rigurosas de confinamiento social para evitar la propagación vírica, bien pronto comenzaron a emerger otro tipo de expertos cuyo conocimiento exigía también una presencia igualmente prioritaria y protagonista. De entrada, los expertos en economía que anunciaban un hundimiento apocalíptico de las economías mundiales si la parálisis social generada por los confinamientos se prolongaba más allá de un cierto plazo de tiempo. O los expertos en enseñanza, que defendían la necesidad de continuar las pautas académicas establecidas, pese a las limitaciones que exigía la lucha contra la pandemia. U otros expertos en las distintas áreas que conforman las diferentes políticas públicas que sostienen a nuestras sociedades a comienzos del siglo XXI.

La pluralidad de racionalidades alternativas que surgen de cada uno de esos conocimientos venía pues, al final, a acentuar la centralidad subsidiaria de las instancias de gobierno, desde donde debe pilotarse la nave del Estado en momentos de crisis, adoptando decisiones capaces de ponderar adecuadamente los distintos tipos de valores o de racionalidades en liza. La única duda sería si tal circunstancia de emergencia permite ciertamente la puesta en práctica de complejos ejercicios de ponderación o si, por el contrario, ante la inmediatez de las circunstancias urgentes se abriría más bien el camino fácil y siniestro del despliegue de liderazgos carismáticos de estilo populista, capaces de generar respuestas simplificadas e instantáneas proyectadas a través del circuito mediático.

III. LA CENTRALIDAD GUBERNAMENTAL Y SUS RIESGOS

Naturalmente, cuando en un momento de emergencia nos confiamos a nuestros gobernantes legítimos, exigiendo decisiones ponderadas y urgentes, sólo nos queda esperar que Dios les mantenga iluminados: es decir, en que no se dejen vencer, en estos momentos críticos, por las conocidas deficiencias que desde hace décadas afectan al circuito de la política y sus esferas de gobierno.

Lo que equivale a proponer que la coyuntura de crisis no sea aprovechada para consolidar el poder de las mayorías en detrimento de las minorías, acentuando la deriva retórica y populista con que muchos gobernantes se enfrentan a la realidad; que no se caiga en los conocidos riesgos de no-acción o de mera acción cosmética que caracterizan a los sistemas políticos contemporáneos; o que no se pretendan desbordar las barreras propias del *rule of law* o Estado de Derecho, dentro de las que tradicionalmente se mueven los instrumentos de la acción pública de las democracias contemporáneas.

Es seguramente también un momento adecuado para comprobar el relativo desfase de nuestras visiones tradicionales del ejecutivo³, entendido como centro supremo de acción y respuesta estatal a los problemas sociales sobrevenidos.

De entrada, cabría aceptar como mínimo que las viejas teorías del impulso político se nos habrían quedado a estas alturas definitivamente obsoletas: se trata de aquellas concepciones dominantes durante

3 A. PORRAS NADALES, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, Trotta, Madrid, 2014, A. PORRAS NADALES, "La agenda del gobierno", *Revista de Fomento Social*, 2015, n° 70, pp. 245-279.

la segunda mitad del siglo XX⁴, que entendían al ejecutivo como un programador estable de políticas intervencionistas, o como un formulador de promesas racionales y unificadas que deben cumplirse a posteriori; es decir, como el protagonista directo de esa función nuclear de impulso (o *indirizzo politico* en su originaria visión italiana) que, diseñada globalmente desde el momento inicial de la investidura, debe canalizarse sistemáticamente al conjunto del Estado durante todo el periodo de la legislatura, manteniendo una pauta de acción política estable y continuada más allá de las coyunturas.

Al contrario, del choque ante la realidad emerge ahora con mayor contundencia una visión del gobierno como instancia encargada de responder a las necesidades y demandas emergentes, acaso imprevistas con antelación; en un entorno donde las viejas estrategias planificadoras y apriorísticas decaen ante la necesidad de respuestas instantáneas que a veces deben improvisarse o coordinarse sobre la marcha, sometiendo a prueba la capacidad instrumental de la instancia gubernamental y sus aparatos burocráticos.

Esa centralidad gubernamental, entendida como el principal instrumento de respuesta ante emergencias, constituye ciertamente uno de los más conocidos aportes históricos del Estado social intervencionista, aunque en la práctica su eje de gravedad tienda a desplazarse hacia la esfera burocrática a la hora de canalizar sus políticas intervencionistas⁵. Pero sin olvidar que la posición constitucional del ejecutivo no implica su configuración como una instancia autónoma o separada sino como una esfera que debe integrarse en el marco de un adecuado equilibrio de poderes: es decir, operando en un entorno institucional donde el protagonismo del ejecutivo cuenta siempre con los conocidos frenos y equilibrios que aportan tanto el legislativo y el judicial, como el conjunto de elementos que conforman la opinión pública o la propia voz de la ciudadanía. Lo que significa que cualquier situación de emergencia, así como la respuesta ante la misma, afectará o debe afectar por igual al ejecutivo y a los restantes poderes del Estado, asegurando el mantenimiento en el tiempo del equilibrio institucional, además del protagonismo activo de la propia ciudadanía. Pues al final, la capacidad instrumental de respuesta del Estado social no se configura sólo como una responsabilidad activa del propio ejecutivo, sino del conjunto del sistema.

Sería en efecto un error dramático considerar que la respuesta correcta ante una emergencia significa al final dejar sólo al ejecutivo, con las manos libres para usar poderes excepcionales de forma más o menos indefinida. Pues los estados excepcionales no sólo deben implicar garantías para los derechos fundamentales, colocados transitoriamente en un estado de precariedad, sino también para los restantes poderes del Estado, que deben mantener en todo caso su funcionalidad. Como ha recordado recientemente Martin Lughlin, las Constituciones no son sólo declaraciones de derechos, sino equilibrio entre poderes⁶.

Una deriva transitoria del equilibrio entre poderes a favor del ejecutivo determina el riesgo inmediato de que tal reforzamiento gubernamental se convierta en una pauta de evolución estructural o permanente, desbordando o rompiendo con los equilibrios institucionales existentes. Y las alternativas operativas ante esta amenaza no parecen ser muy numerosas: o bien se acude a la formación urgente de gobiernos de concentración, con presencia de todas las fuerzas representativas; o bien se adopta la vía de salida de constituir órganos “externos” (y se supone que transitorios) que asuman la responsabilidad directa de lucha contra la pandemia.

4 En general en la doctrina del “indirizzo político” se suele aludir como documento originario a propia la voz “Indirizzo politico” de T. MARTINES, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXI, 1972, Milán, Giuffrè. También A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977. En castellano L. LÓPEZ GUERRA, “Funciones de Gobierno y dirección política”, *Documentación Administrativa*, n° 215, julio-septiembre 1988. R. CANOSA USERA, “La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 67, enero-marzo 1990. J.L. PÉREZ FRANCESCH, “Notas acerca del Gobierno como órgano de dirección política en la Constitución Española de 1978 (En especial su incidencia en el ejercicio de las potestades normativas)”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 79, 1993. Una completa panorámica histórica en I. FERNANDEZ SARASOLA, “Dirección política y función de Gobierno en la Historia Constitucional”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n° 4, junio 2003. Una visión crítica desde perspectiva más actual en M. DOGLIANI, “L’indirizzo politico nei moderni ordinamenti policentrici”, en G. ROLLA (a cura di), *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici*, Giuffrè, Milán, 1991.

5 J. SUBIRATS, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, MAP, Madrid, 1989; M. BARZELAY, *Atravesando la burocracia*, FCE, México, 1999.

6 M. LOUGHLIN, “The contemporary crisis of constitutional democracy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 0, n° 0, 2019, pp. 1–20.

Decían los estudiantes de mayo del 68 que debajo de los adoquines de París se encontraba la arena de la playa. Medio siglo después, ya sabemos más bien que debajo de los adoquines de nuestras ciudades no está la arena de la playa, sino la larga sombra del autoritarismo populista que se asoma a los mismos pies de nuestra democracia. Y las coyunturas de crisis pueden ser un motor impulsor decisivo en ese riesgo de deriva autoritaria, del mismo modo que, como decía Lenin, las malas cosechas son el mejor prelude para una revolución.

La centralidad gubernamental, que ha constituido uno de los aportes más consistentes del Estado social intervencionista durante más de medio siglo, se configura dramáticamente en una situación de emergencia no sólo como el instrumento fundamental de acción sino también, al mismo tiempo, como el principal factor potencial de riesgo en la evolución histórica de las democracias.

IV. LOS SONIDOS DEL SILENCIO PARLAMENTARIO.

El riesgo de un predominio excesivo del ejecutivo tiene naturalmente una vía inmediata de reequilibrio potencial: el reforzamiento paralelo del papel de las instancias legislativa o judicial. Pero tal reequilibrio se torna precario cuando los sonidos que emanan del legislativo son más bien, como decía Laurence Tribe, los sonidos del silencio⁷.

4.1. Los parlamentos como instancias de control

La labor de los legislativos puede canalizarse, especialmente en sistemas parlamentarios, hacia las habituales funciones de control político: lo que en la práctica equivale a configurarse como una fuerza de proyección crítica o *negativa*, que en principio apenas se ajusta a las exigencias de actuación urgente y unificada que trae consigo toda situación excepcional. Parece pues que, cuando se trata de actuar con urgencia, toda instancia de control que trate de limitar actuaciones intervencionistas será percibida desde la opinión pública como un obstáculo de freno que corre el riesgo de bloquear la eficacia de las actuaciones urgentes que deben ponerse en marcha.

Una hipótesis diferente se plantea sin embargo cuando el Parlamento asume funciones de autorización, generalmente en términos habilitantes a favor del ejecutivo: donde lo que estaría en juego sería el puro equilibrio institucional. El riesgo de que el ejecutivo “salte” por encima de los límites y procedimientos de la autorización legislativa se configura pues como una amenaza evidente que afecta en primer lugar a las propias coordenadas sobre las que, constitucionalmente, se desencadena la declaración de estados de excepción.

En general la experiencia comparada parece mostrar que el uso de los instrumentos excepcionales más o menos “ordinarios”, como el Decreto-Ley, se configura como la pauta de actuación más habitual y consistente; aunque en ocasiones no se utilice sólo con fines directamente relacionados con la crisis sanitaria sino también en relación con otras circunstancias emergentes o contextuales de la política del gobierno. Lo que demostraría pues el riesgo evidente que se esconde tras esta deriva favorable al ejecutivo: aprovechar la circunstancia excepcional de la pandemia para introducir en el ordenamiento productos normativos que en rigor son extraños o ajenos a la estrategia de lucha contra la misma.

Es cierto que el uso y abuso de los decretos-leyes no constituye un sesgo nuevo u original, sino toda una tendencia general que cuenta ya con un largo recorrido histórico y que particularmente se había reforzado ya durante la crisis económica desencadenada a partir de 2008⁸: sólo que en la anterior etapa se

7 L. H. TRIBE, *Constitutional Choices*, Massachusetts, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

8 A. CARMONA CONTRERAS, “Los efectos de la convalidación parlamentaria del Decreto-Ley. Análisis crítico”, en F. PAU I VALL, *Parlamento y control del Gobierno, V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Pamplona, 1998. “Decreto-Ley y crisis económica. O cuando la necesidad (política) no hace virtud (constitucional)”, *Diritto & Questione Pubbliche*, núm. XVII, 2017. “Artículo 86”, en P. PÉREZ TREMPES y A. SAIZ ARNAIZ, (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española, 40 Aniversario (1978-2018), Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

trataba más bien de la arena económica, o la socioeconómica, la que focalizaba el uso de los Decretos-leyes, mientras que el contexto de la pandemia parece ofrecer un panorama mucho más difuso y generalizado.

Tal proceso problemático tiene particulares consecuencias cuando opera sobre estados de tipo federal o autonómico. Así, en el caso de España, el ejecutivo ha optado por apoyarse en el circuito de gobernanza territorial, coordinando sus políticas con las Comunidades Autónomas, al mismo tiempo que salta por encima del Congreso, que quedaría así desarmado en términos de control indirecto sobre las actuaciones gubernamentales referidas a la pandemia, así como sobre la autorización de los plazos de duración de la misma. La lógica mayoría-oposición queda así diluida al proyectarse sobre la esfera de la gobernanza territorial, sin que aparentemente la opinión pública perciba en ningún momento los riesgos de ruptura del sistema.

En definitiva, las tareas de control parlamentario corren el riesgo evidente de perder su sustancialidad en contextos históricos de emergencia que deben atenderse mediante estados de excepción acudiendo al uso de instrumentos extraordinarios en manos del ejecutivo.

4.2. Los parlamentos como instancia legislativa

Existe naturalmente la alternativa de preguntarse por la labor estrictamente legislativa de los parlamentos, donde sin duda avanzamos con dificultad hacia la hipótesis de una *Ley-Covid*, es decir, a la posibilidad de creación de una normativa ad hoc, a modo de auténtica “ley omnibus”, que estableciera los marcos habilitantes adecuados para las esferas gubernamentales comprometidas, así como sus límites y garantías.

Ciertamente la hipótesis de dar respuesta a la crisis mediante el desarrollo de una ley específica implica una considerable prueba de esfuerzo para la actividad legislativa de los Parlamentos, necesitada siempre de un bagaje previo de conocimientos y de un cierto ambiente de serenidad deliberativa; aunque también de una efectiva función de impulso. Pero los momentos de emergencia lo son, o lo deben ser, también para las propias cámaras legislativas, poniendo en marcha las previsiones reglamentarias de actuación urgente con el objetivo de neutralizar así la consabida acusación al legislativo de constituir una instancia de actuación lenta e inadecuada para todo tipo de actuaciones de emergencia que deben llevarse a cabo con rapidez. La “lentitud” de las cámaras no debería ser un obstáculo absoluto, cuando en rigor los parlamentos suelen disponer de mecanismos de actuación urgente perfectamente disponibles.

En todo caso, es posible que no se haya explorado adecuadamente la relativa sencillez de una norma puramente habilitante, encargada de establecer al mismo tiempo los límites y garantías correspondientes para la actuación intervencionista en un contexto de grave crisis sanitaria.

4.3. La esfera del control judicial

Pero el silencio parlamentario contiene igualmente un segundo factor de riesgo: el de dejar relativamente desarmada a la esfera judicial a la hora de poner en marcha sus circuitos de control que, en ausencia de soportes legales actualizados, o bien no tienen más remedio que moverse dentro de una hipótesis de normalidad, o bien necesitan acudir a instrumentos extraordinarios de ponderación que probablemente rebasan los límites razonables de un justificable activismo judicial.

En otras palabras: la instancia judicial carecerá de marcos operativos adecuados para actuar desempeñando sus funciones de control si no opera sobre la base de unos soportes legales suficientemente actualizados. Y el silencio parlamentario se convierte en estas circunstancias en un obstáculo fatal que, en parte, viene a bloquear las posibilidades de una actuación judicial eficiente. Más allá de estos parámetros nos encontraríamos ante un activismo judicial descontrolado que sólo puede dar lugar finalmente a respuestas heterogéneas y a un contexto resultante de relativa incertidumbre para la dinámica propia de todo Estado de Derecho y sus exigencias de seguridad jurídica.

Es cierto que, en cuanto instancia defensora de los derechos humanos, la esfera judicial dispone en todo caso de un marco de referencia suficiente para restringir actuaciones excesivas del ejecutivo: pero cuando tales actuaciones gubernamentales se suponen orientadas hacia la defensa de la salud pública, la labor judicial puede parecer desenfocada, del mismo modo que sucede con la esfera de control parlamentario. Es decir, pueden convertirse en un instrumento de freno a la sagrada tarea de luchar urgentemente contra la pandemia.

V. ENTRE EL POPULISMO MEDIÁTICO Y LA GOBERNANZA.

La deriva final de este complejo contexto de crisis parece pues simplificarse en torno a las dos grandes tendencias evolutivas por las que ya venía discurriendo el Estado social desde las últimas décadas: por una parte el modelo de la gobernanza entendido como el marco adecuado para gestionar de forma coordinada esferas institucionales complejas proyectadas en su caso en una distinta escala territorial; y por otra el modelo mediático que permite adecuar en un marco simplificado la capacidad de respuesta instantánea y personalizada desde la instancia gubernamental.

El reforzamiento de la proyección mediática de la acción de gobierno en el entorno de la *gobermedia*⁹ constituye ciertamente un instrumento rápido e inmediato que permite una conexión más próxima con la ciudadanía; pero al mismo tiempo se configura como una peligrosa vía de evolución que conduce hacia un reforzamiento de las tendencias populistas y autoritarias presentes en los sistemas políticos contemporáneos. En efecto, la debilidad de los instrumentos de control parlamentario junto al reforzamiento inexorable del ejecutivo, generan -en un entorno de inevitable protagonismo mediático- un desequilibrio del sistema general de frenos recíprocos propio de cualquier Estado de Derecho, acentuando alternativamente el liderazgo reforzado del Presidente del ejecutivo, con sus inevitables riesgos de deriva populista-autoritaria.

Por otra parte, la urgencia de respuestas operativas ante la crisis suscita un reforzamiento inmediato de las exigencias de *gobernanza*, entendida como arena de coordinación interinstitucional entre las múltiples esferas públicas comprometidas. Naturalmente la dinámica de coordinación no se configura inmediatamente como un tipo de respuesta instantánea sino más bien como una pauta de cultura pública que -se supone- debe haberse ido estableciendo a lo largo del tiempo. Y, por lo tanto, allí donde no se hayan conformado con anterioridad pautas de comportamiento adecuadas para una efectiva coordinación y cooperación interinstitucional, resultará difícil improvisar instantáneamente mecanismos coordinadores eficientes. Mientras que los estados más habituados a operar cotidianamente en claves de gobernanza tendrán siempre una mejor aptitud para coordinar respuestas eficientes a la emergencia suscitada por una pandemia, en cambio, aquellos otros donde haya predominado la pura dinámica inercial de la jerarquía y el ordeno y mando tendrán ahora un riesgo mayor de decaer en una deriva de tipo populista-autoritaria.

Téngase en cuenta el riesgo paralelo de que ambos circuitos alternativos, populismo y gobernanza, se autoalimenten de forma negativa: la dinámica procesualmente compleja de la gobernanza se verá simplificada ante su alternativa de las repuestas rápidas o instantáneas proyectadas a través de la vía mediática en sesiones de “*Aló Presidente*”. Y, en consecuencia, allí donde las respuestas coordinadas en claves de gobernanza se demuestren finalmente lentas o inoperativas, la dinámica del sistema se balanceará del lado de la deriva populista y su estrategia de soluciones fáciles e inmediatas impulsadas desde el ejecutivo. Y toda dinámica populista es capaz de autoalimentarse a sí misma cuando dispone de un soporte mediático suficiente que permita saltar más allá de las exigencias de veracidad que deben rodear toda acción pública. Todo ello teniendo en cuenta que nos situamos en un contexto histórico condicionado, desde las últimas décadas, por el inexorable declive que viene experimentando el soporte de legitimación del circuito partitocrático-representativo, en términos de crisis de representación, acentuando así la deriva hacia otras fórmulas de salida.

En este contexto difícil, la opción metodológica -tan propia del medio académico- de tratar de ponderar la acción de las instancias públicas en base a los parámetros teóricos y metodológicos preestablecidos en contextos previos de razonable estabilidad, corre el riesgo de conducir hacia visiones miopes y desajustadas de la emergente realidad: pues ni la lógica de la confianza política propia de los sistemas parlamentarios, ni la misma capacidad de programación del ejecutivo estableciendo a través de su función de impulso unos parámetros adecuados al contexto de cada legislatura, podrán seguir manteniendo su congruencia ante la necesidad inmediata de dar respuesta a necesidades o demandas nuevas, urgentes y sobrevenidas.

La excepcionalidad conduce así hacia una deriva estratégica que suscita transformaciones imprevistas en nuestra tradicional visión de los sistemas institucionales. Recordemos el modo como se ha configurado en España la segunda fase de la lucha contra la pandemia: tras comprobar la relativa torpeza

9 A. PORRAS NADALES, *La acción de gobierno. Gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*, cit.

de un modelo fuertemente centralizado en la primera fase, se pone en marcha en un segundo momento un marco de diálogo e interacción directa entre el gobierno central y las autoridades autonómicas, en clave de gobernanza, permitiendo modalizar las respuestas en cada territorio. Lo que constituiría sin duda un marco institucional impecable si no fuera porque deja en fuera de juego al propio Congreso de Diputados, donde se focaliza y se concentra la presencia de la oposición parlamentaria.

VI. ¿PAUTAS DE EVOLUCIÓN?

La tarea de tratar de determinar si algunas de las consecuencias imprevistas del impacto de la pandemia sobre las esferas públicas se van a convertir finalmente en tendencias consistentes, capaces de preluar posibles pautas de evolución histórica de las democracias en el siglo XXI, constituye seguramente una tarea excesiva. En rigor, cabría decir que la primera y fundamental aspiración colectiva para la humanidad en la próxima década del siglo XXI sería más bien la de la vuelta a la normalidad, es decir, al funcionamiento ordinario de nuestros sistemas constitucionales: un escenario felizmente recuperado que debería llegar al final de nuestra pesadilla colectiva.

La hipótesis alternativa de localizar los posibles hallazgos o innovaciones que hayan podido generarse durante este periodo, suscita de entrada todo un cúmulo de interrogantes: ¿se trata de hallazgos positivos o negativos? ¿de experiencias a tener en cuenta en el futuro, o más bien para olvidar lo antes posible? ¿o acaso constituyen en realidad auténticas pautas de transformación profunda, destinadas a permanecer a lo largo del tiempo como un nuevo elemento incorporado a nuestros sistemas democráticos del siglo XXI? ¿Son entonces aportaciones generadas y adecuadas sólo para momentos de excepción o, por el contrario, constituyen innovaciones susceptibles de mantenerse en un contexto futuro de razonable normalidad?

En este contexto de preocupación, parece cierto en primer lugar que las instancias internacionales no han conseguido cumplir una labor esencial en el contexto de la pandemia y que, más o menos, se han dejado arrastrar por la centralidad inercial de las instancias estatales. Sin embargo, su labor sutil ha constituido ciertamente un elemento complementario de impacto indirecto. No ya en el ámbito estrictamente sanitario, donde la *Organización Mundial de la Salud* ha operado más bien como un circuito generador de información preventiva, sino en el más proceloso terreno de las estrategias destinadas a amortiguar la crisis económica subsiguiente. Así, en el contexto europeo, las condiciones de respeto de cláusulas “*rule of law*” en los fondos extraordinarios de ayuda puestos en marcha desde la Unión Europea han constituido, pese a las resistencias detectadas en algunos países, un instrumento de freno a los riesgos de deriva autoritaria de ciertos estados.

Al mismo tiempo, el entramado territorial propio de Estados de tipo federal o regional no ha conseguido ocultar la espectacular centralidad que las ciudades o núcleos urbanos han venido adquiriendo durante el periodo de la pandemia, como esfera institucional estratégica dotada de una creciente proyección operativa en cuanto instancia de respuesta inmediata a las necesidades ciudadanas. Lo que nos sugeriría una visión innovadora de las pautas de evolución de los sistemas territoriales, tal como éstos han venido discurriendo durante las últimas décadas de evolución del Estado social: en efecto, la simplificada visión dual de la realidad territorial, enfrentando a un poder central frente las periferias regionales, estaría ahora siendo complementada por un circuito local dotado de una creciente centralidad como esfera suministradora de prestaciones inmediatas a favor de la ciudadanía. Lo que seguramente constituye una experiencia innovadora que debemos tener en cuenta en la evolución futura de nuestros sistemas territoriales.

La experiencia *Covid* parece representar igualmente una nueva visión de la gobernanza, sometida ahora a las exigencias de actuación inmediata o urgente que parece caracterizar a las democracias avanzadas del siglo XXI. Si tradicionalmente hemos venido considerando a los circuitos de coordinación e interacción que configuran la gobernanza como esferas ralentizadas y relativamente opacas, donde los procesos de decisión suscitan inevitables retrasos debido a las tareas de ajuste múltiple y negociación multipolar, parece que la experiencia *Covid* suscita un entorno diferente donde la gobernanza debe operar de forma acelerada, suscitando respuestas rápidas o inmediatas operando en un contexto de transparencia. Estaríamos pues ante un impulso a las exigencias propias de la gobernanza, imponiendo nuevas pautas de celeridad o respuesta instantánea, seguramente más acordes con el contexto histórico democrático del siglo XXI.

En cuanto a los riesgos de deriva populista no constituyen por desgracia un factor achacable de forma exclusiva al impacto de la pandemia, sino el resultado de todo un conjunto de potencialidades negativas preexistentes, que siguen constituyendo un factor de riesgo estructural de nuestras democracias. No se trata solamente del fenómeno general de deslegitimación del circuito de la representación, suscitado durante las décadas finales del siglo XX como consecuencia de los numerosos casos de corrupción de la clase política, sino también de otros fenómenos históricos más difusos como el enrarecimiento de los procesos de consolidación democrática o como las consecuencias negativas imprevistas que se deducen de la revolución general de las comunicaciones.

El ámbito comunicativo suscita en efecto todo un cúmulo de consecuencias contradictorias que rompen con la simplificada visión “habermasiana” del proceso de formación de la opinión pública característico de las democracias contemporáneas. Por un lado, el impacto consistente y continuado de los tradicionales *mass media* suscita una deriva populista-plebiscitaria donde la lógica de la *gobermédia* y su dinámica de respuestas instantáneas y personalizadas, a menudo puramente virtuales, constituye un factor que consolida los liderazgos personalizados, apoyados ahora en un nuevo tipo de “partidos-movimiento” articulados en torno a un gran líder carismático. Lo cual parece hacer decaer el tradicional entramado representativo propio del modelo de *Estado de partidos* característico del siglo XX¹⁰. Pero, por otro lado, el incremento de la dinámica participativo-interactiva que se deduce del apogeo de la red internet parece tensionar las tradicionales pautas de configuración de las libertades de información y expresión, donde el incremento de la presencia activa de la ciudadanía aparece acompañado del apogeo de las *fake news* y de la presencia de *hackers* y otras fuerzas ocultas que operan en la difusa opacidad de la red¹¹. El control de las vías de acceso a la red por parte de los gobiernos se configura así como una nueva y sorprendente amenaza a algunas de nuestras tradicionales libertades básicas, operando de forma escasamente visualizable.

En cuanto a los procesos de transición y consolidación democrática, parecen venir experimentando durante las últimas décadas procesos de reacción o enrarecimiento que siguen a las periódicas oleadas democratizadoras. Así ha sucedido al menos con algunas de las grandes oleadas democratizadoras del siglo XXI: las revoluciones de los colores, la primavera árabe, o el llamado constitucionalismo bolivariano¹². La primera de ellas, focalizada especialmente en la periferia de la antigua Unión Soviética, sólo ha generado hasta ahora resultados precarios, sin un impacto sustancial al nivel geopolítico y suscitando al mismo tiempo un activismo a la contra por parte del gobierno ruso: todo lo cual parece consolidar algunas de las tendencias autoritarias preexistentes. La primavera árabe ha suscitado igualmente fenómenos de reacción que neutralizan la consistencia del impulso originario, dejando al final resultados exigüos y limitados. Y en cuanto al constitucionalismo bolivariano, tan empeñado en la retórica de la universalización de los derechos, no ha conseguido sin embargo neutralizar las tendencias al caudillismo, suscitando al mismo tiempo una difusa tendencia a la ruptura de las normas limitadoras de los mandatos presidenciales.

Pero yendo más allá de estas hipótesis de riesgo parece evidente que la crisis de la pandemia ha traído también al constitucionalismo democrático toda una serie de novedades que, por más que ya vinieran siendo preludiadas con anterioridad, no dejan de adquirir una notable relevancia. Así en primer lugar convendría destacar lo obvio: la crisis nos ha situado en un escenario donde la noción de urgencia parece adquirir una impronta relativamente normalizada, lo que significa otorgar un nuevo sentido a la capacidad de respuesta pública, que tendría ahora un sentido más inmediato incluso ante circunstancias imprevistas o emergentes. Si tal tendencia se acaba convirtiendo en una nueva pauta de cultura política,

10 M. GARCIA PELAYO, *El estado de partidos*, Madrid, 1996, Alianza. DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos*, México, 1982, FCE. G. SARTORI, *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, 1980, A. PORRAS NADALES, “Entre representación y participación: dinámicas y límites”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n° extra, 2018.

11 A. PORRAS NADALES, “La democracia en el dedo sobre el ratón”, en M. CARRASCO, B. RODRÍGUEZ (dir.), *La participación ciudadana como pilar del Estado democrático. Posibilidades y límites en el marco de la democracia representativa*, Thomson Reuters, Navarra, 2019, pp. 99-112.

12 A. PORRAS NADALES, “Desarrollo constitucional y globalización” en *Revista de Fomento Social*, Núm. 287-288 (2017), págs. 407-421; “Retos del Derecho Constitucional: la esfera institucional”, *Asuntos Constitucionales. Revista del CESJ Sur de Europa*, n° 0, 2020.

eso significa que el manejo de la agenda gubernamental no podría seguir decayendo en las trampas de la no-acción ocultada tras la mera presencia virtual de los gobernantes¹³, tal como se viene configurando la estrategia de gestión de la agenda gubernamental durante las últimas décadas. Ni tampoco podrá ser interpretada o analizada desde la segura y arcaica visión propia del impulso político, con sus exigencias de programación previa y estable. El concepto de urgencia implicaría ahora una intensificación general de las exigencias de respuesta inmediata a las demandas colectivas, desplazando las falsas vías de salida o los riesgos de no-acción, camuflados tras la mera presencia virtual de los gobernantes.

Igualmente constituye una obviedad nacida de la pandemia el creciente impulso al manejo de las nuevas tecnologías que han adquirido un nivel de proyección imprevisto permitiendo un protagonismo más directo de la ciudadanía y asegurando así una continuidad reforzada de las tendencias preexistentes. Y todo salto tecnológico que se generaliza socialmente acaba suscitando procesos transformadores innovativos. En este caso, cabría afirmar que el reforzamiento de los circuitos comunicativos a través de la red suscita un reforzamiento paralelo de la propia sociedad civil¹⁴ en cuanto instancia enfrentada no ya al propio Estado sino, en general, al circuito transnacional desde el que opera la dinámica de la globalización. La intensificación comunicativa supondría pues un reforzamiento de la vieja categoría de los “nervios del gobierno” de la que hablara hace ya más de medio siglo Karl W. Deutsch¹⁵, permitiendo en consecuencia un marco de desarrollo democrático más consistente.

La hipótesis de que tales transformaciones históricas acaben conduciendo hacia un contexto más propicio para el desarrollo democrático y el incremento general de la transparencia del sistema, constituye ciertamente el marco posibilista o positivo del balance de la gran crisis del Estado social a comienzos del siglo XXI.

13 A. PORRAS NADALES, “La agenda del gobierno” *Revista de Fomento Social* cit.

14 En una perspectiva histórica, cfr. recientemente D. ACEMOGLU, J. A. ROBINSON, *El pasillo estrecho. Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*, Deusto, 2019, quienes utilizan el sugerente ejemplo del “efecto reina roja” tomado de Alicia en el País de las Maravillas (Alicia y la Reina corren, pero permaneciendo en el mismo sitio) para expresar así las tensiones constructivas entre sociedad y Estado a lo largo de ese “pasillo estrecho” que permite la consolidación histórica de las democracias.

15 K. W. DEUTSCH, *Los nervios del gobierno*, Paidós, Buenos Aires, 1969.

LA CAPACIDAD DE RESPUESTA DEL ESTADO SOCIAL DESDE LA PERSPECTIVA TERRITORIAL*

José María Morales Arroyo

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla
jmmorales@us.es*

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PROBLEMAS DEL MARCO JURÍDICO. III. LOS RESULTADOS. IV. LA EXPERIENCIA AUTONÓMICA. V. ALGUNAS CONCLUSIONES NECESARIAMENTE PROVISIONALES

117

* El texto recoge la intervención realizada el 12 de noviembre 2020 como “Los modelos descentralizados ante la gestión de la pandemia: el caso español”, dentro de la Sesión titulada “Estado social y globalización de la vulnerabilidad” y del ciclo *Lecciones Constitucionales en tiempos de crisis*, organizado por el Centro de Estudios Sociales y Jurídicos “Sur de Europa” y la Universidad de Jaén. El texto ha respetado en gran parte el contenido de la intervención oral con el añadido de necesarias referencias documentales y doctrinales que pueden facilitar la comprensión de algunas de las opiniones entonces expresadas.

RESUMEN

La crisis sanitaria, social y económica derivada de la pandemia está poniendo a prueba al ya estresado Estado social. En este sentido, cada país ha reaccionado con los medios a su alcance, tomando medidas similares y con dispares resultados. En el presente trabajo se ha tratado de poner en contexto cómo se ha dado respuesta a la crisis sanitaria global desde el modelo descentralizado español y cómo la respuesta institucional ha modificado la Constitución territorial consolidada en España.

Palabras clave:

Estado social, Estado federal, Pandemia, Estado de las Autonomías, Cooperación interterritorial.

ABSTRACT

THE RESPONSE CAPACITY OF THE WELFARE STATE FROM THE TERRITORIAL PERSPECTIVE

The health, social and economic crisis derived from the pandemic is putting the already stressed Welfare State to the test. Each country has reacted with the means at its disposal, taking similar measures and with mixed results. In this paper we have tried to describe the formula with which the response to the global health crisis has been given from the decentralized Spanish model. Likewise, the traces that the health crisis has left on the territorial Constitution have been verified.

Key Words:

Welfare State, Federal State, Pandemic, Estado de las Autonomías, Interterritorial cooperation.

I. INTRODUCCIÓN

La reflexión en torno a cuáles de los modelos entre las tradicionales formas de gobierno existentes en el marco democrático de los Estados ha abordado de una manera más eficaz la lucha contra la crisis sanitaria continúa por desgracia a estas alturas sin cerrar, por simple razón de que la propia crisis sanitaria no ha logrado superarse.

Si a ello añadimos, como pretende la convocatoria científica que para el día de hoy ha propuesto el CESJ, introducir como constantes en el análisis del comportamiento de los Estados, no sólo el elemento referido a la fórmula predominante de gobierno, sino también la distribución territorial del poder, las conclusiones comparadas pueden multiplicarse. La combinación entre centralización y descentralización, de un lado, y parlamentarismo, presidencialismo y semipresidencialismo, de otro lado, en cualquier tema relacionado con la gestión pública puede ofrecer soluciones y resultados muy diferentes que pueden derivarse tanto de problemas en la distribución y en la gestión territorial de los asuntos, como del reparto horizontal de las competencias constitucionales.

No obstante, lo que a priori se presenta como un campo de intervención muy amplio, en la práctica ha quedado bastante reducido; puesto que los especialistas sanitarios que han inspirado las actuaciones públicas tienden coincidir en las medidas con las que hacer frente a la pandemia sanitaria. Por lo tanto, todos los poderes públicos han tomado decisiones muy parecidas sobre restricciones de movimiento de la población, medidas de prevención sanitarias obligatorias, suspensión de actividades laborales y escolares u organización de los medios personales y materiales de los sistemas sanitarios y asistenciales.

No se puede encontrar algún fenómeno más global que una pandemia; quizás, el proceso de cambio climático. Pero, se comprueba que la respuesta al mismo no se está gestionando de una manera global y coordinada. Sino que se ha asistido a un cierto *regreso* al Estado, al cierre de fronteras y a políticas de corte nacionalista, con excepciones limitadas como la respuesta de la Unión Europea.

Con las premisas descritas, quizás más que un acercamiento a los procesos de gestión desde la diferenciación de modelos de organización política, de partida sería más conveniente la evaluación de la solidez y el funcionamiento fluido o no de las instituciones en el momento en el que se han enfrentado políticamente a la crisis sanitaria, así como el nivel de consolidación de los *items* propios del Estado social. En los estados con unas estructuras sólidas y medianamente eficaces parece que se han asumido las responsabilidades derivadas de la gestión de la crisis sanitaria con una mejor predisposición. En cambio, en aquellos Estados en los que sus instituciones arrastraban problemas previos, éstos se han acelerado y han complicado la toma de decisiones y la consecución de resultados más satisfactorios.

La prueba de estrés a la que la crisis sanitaria está sometiendo a los sistemas políticos exigía una solidez institucional previa y un modelo de estado social consolidado en tres de sus pilares básicos: educación, sanidad y asuntos sociales¹. Aun aceptando que ningún Estado se encontraba preparado para afrontar una crisis sanitaria de este volumen y profundidad, salvo, quizás, los países habituados a sufrir periódicamente pruebas de esta naturaleza, lo cierto es que, en la mayoría de los estados, incluido España, los recortes en políticas sociales e inversión en investigación científica habían sido muy intensos, como consecuencia de la crisis económica que arrancó en 2008 y que se ha tratado de revertir predominantemente con políticas de estabilidad presupuestaria y de recortes en el gasto².

En consecuencia, ha sido preciso tomar medidas para crear vías y procesos decisionales que se demostrasen eficaces para hacer frente a las desastrosas consecuencias de la expansión de la enfermedad, no sólo en el contexto sanitario.

1 G.F. FERRARI, “Los derechos sociales y el constitucionalismo de la crisis: Una perspectiva comparada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 45, 2019, pp. 349-370.

2 Por reflejar un ejemplo patente en el caso español, el Instituto de Salud Carlos III, en el que se encuadra el Centro Nacional de Epidemiología, vio reducida su dotación presupuestaria entre 2008 y 2018 en casi cien mil euros (367.246,84 € - 271.239,18 €, cantidad ésta repetida en 2019 y 2020 como consecuencia de la prórroga presupuestaria) y en un 17,47 por ciento su personal (de 1138 trabajadores en diversas categorías a 869). Datos extraídos de *Instituto de Salud Carlos III. Memoria-2018* (Madrid: Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019), pp. 9 ss.

No hablamos sólo de políticas públicas, sino también de medidas de organización y funcionamiento institucionales. Un ejemplo de la falta de previsión se localiza en que ni los parlamentos (nacionales y territoriales) se encontraban preparados para funcionar en un contexto de movilidad reducida por el riesgo de la expansión de los contagios³.

Por lo tanto, las medidas han sido adoptadas, implementadas y testadas en una situación de crisis, que no suele tratarse de los momentos más idóneos para experimentar e innovar. A veces su diseño no ha sido resultado de una gran prospección y meditación, sino una forma de dar respuesta a una realidad que les superaba. Y, aun así, como se apuntaba, no se han detectado grandes diferencias en el contenido de las políticas adoptadas para hacer frente a la pandemia en diferentes países.

II. LOS PROBLEMAS DEL MARCO JURÍDICO

Además de la necesidad de crear protocolos de actuación para una situación sanitaria e institucional cambiante ante el avance en oleadas de la enfermedad, nos topamos con el hecho de que las normas de derecho constitucional excepcional se han venido utilizando en la mayoría de los países para hacer frente a otro tipo de fenómenos, como los desastres naturales o las acciones terroristas. Así que las regulaciones y las medidas existentes estaban mal adaptadas para hacer frente a las consecuencias de la pandemia. Nuestro estado de alarma y su regulación legal es buen ejemplo de ello.

La experiencia española al respecto resulta paradigmática. La excepcionalidad en la lucha contra el fenómeno terrorista se había integrado a través del art. 55.2 de la CE de una manera ordinaria con reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mientras que los usos de las normas de derecho constitucional de baja intensidad se habían construido legalmente para fenómenos muy concretos, pero no habían sido testadas y su bagaje aplicativo era muy corto y no del todo adecuado a las hipótesis reguladas⁴.

Así pues, en el caso de España, entrando más de lleno en el tema objeto de estas líneas, la disfunción de la regulación se deriva también del dato evidente de que se elabora y entra en vigor cuando el modelo de descentralización territorial se encontraba en sus inicios, en el año 1981. El olvido normativo e institucional, que en el caso de un modelo descentralizado se enreda con el competencial, ha añadido problemas y elementos de tensión cuando se ha tratado de hacer frente a una anormalidad constitucional. El papel de las comunidades autónomas y sus autoridades apenas se encuentra insinuado cuando la Ley Orgánica 4/1981 regula la declaración y ejecución del estado de alarma constitucional⁵. Con este precedente, resulta normal que hayan ido surgiendo dificultades y disfunciones a la hora de tomar y aplicar las medidas que en cada momento requería la contención de la pandemia y la corrección de los efectos derivados de la crisis sanitaria, social y económica.

La actuación ante esta crisis sanitaria en los estados federales o descentralizados ha seguido dos modelos estratégicos de gestión con altibajos tanto en las medidas como en los resultados alcanzados.

De un lado, un modelo en el que la organización central del Estado deja la gestión en manos de los

3 Sobre los problemas de los Parlamentos para actuar en la situación de crisis sanitaria y restricciones de movilidad pueden consultarse los trabajos recogidos en J. TUDELA ARANDA (ed.): *El Parlamento ante la COVID-19, Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, Zaragoza, 2020). Y para las Cortes Generales también, A. GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS e I. NAVARRO MEJÍA: "La actuación de las Cortes Generales del estado de alarma para la gestión del COVID-10", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 108, 2020, pp. 245-288.

4 No es momento de volver al análisis del RD 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo y su eventual encaje entre los supuestos del estado de alarma. El ejemplo de crisis para el que se construye el estado de alarma sería el vertido de petróleo ante las costas gallegas por el accidente del buque *Prestige* en 2002; ocasión en la que las autoridades competentes no recurrieron a su declaración o la actual situación de desastre natural en la isla de La Palma como consecuencia de las erupciones volcánicas.

5 Como apunta la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, las comunidades autónomas y las ciudades autónomas quedan fuera del *bloque de constitucionalidad* a la hora de asumir y desarrollar las competencias propias de los estados excepcionales, conforme a la regulación constitucional (art. 116) y legal (LO 4/1981) [Sentencia de 27 de octubre de 2021, FF JJ 9 y 10].

territorios, respetando el marco tradicional de reparto de competencias. En consecuencia, las instituciones territoriales deciden y aplican las medidas que en cada momento consideran más idóneas para corregir los efectos causados en su territorio por la crisis sanitaria. En este contexto, el efecto imitación suele provocar una homogeneización de las medidas tomadas y, en otra línea, las instituciones de la organización central suelen colaborar con medidas de apoyo económico y estratégico de carácter general; por ejemplo, con financiación sanitaria extra o la organización de un programa nacional y gratuito de vacunación, como ha ocurrido en Estado Unidos o, salvando las distancias, en la Unión Europea.

De otro lado, el modelo en el que las instituciones centrales recuperan parcelas de decisión sobre materias de competencia territorial, disponiendo medidas de gestión aplicables a todo el territorio estatal, en cuya ejecución participan con mayor o menor intensidad las autoridades territoriales.

Como han señalado Hesse y otros estudiosos de los modelos federales, la naturaleza dinámica del funcionamiento de los sistemas de descentralización territorial provoca que durante las grandes crisis se produzca un fenómeno de centralización competencial. En nuestro país se pudo constatar con la crisis económica que se inició en 2008, instrumentalizada a través de la reforma del art. 135 de la Constitución y la Ley Orgánica 2/2012, de 23 de abril, así como de parte de la doctrina jurisprudencial que de ambas se ha derivado⁶. Por lo tanto, algo similar se esperaba en el marco de las competencias del art. 149.1,16º de la CE en el momento de hacer frente a una crisis sanitaria global; presentándose, además, como una incógnita los efectos que tendría sobre nuestro sistema de descentralización territorial la declaración de un estado de excepción.

Si se analiza el desarrollo de las medidas normativas y de gestión en el marco del Estado descentralizado español, parece que se pueden diferenciar dos etapas en los tres estados de alarma declarados en 2020.

Una *primera etapa* en la que el modelo parece que se ordena en un proceso de recentralización en los órganos del Estado de competencias en sanidad y asuntos sociales. Este periodo comienza con la declaración del Estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en el que aparentemente el Gobierno Central *asume la dirección* de la sanidad y los asuntos sociales, y se mantiene en vigor, tras diversas prórrogas, hasta las 00 horas del 21 de junio de 2020⁷.

Sin embargo, no es de todo cierto. El Decreto lo que hace es unificar en los Ministerios del Interior, de Sanidad y de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana la dirección de los servicios, así como fijar medidas y objetivos en cada uno de los ámbitos de sus competencias, que se consideren necesarios para afrontar la crisis pandémica. Mientras que las autoridades competentes conforme al ordenamiento mantienen las facultades de gestión y ejecución *dentro de la línea diseñada por cada Ministerio*⁸.

Será sólo a partir de la Cuarta Prórroga del estado de alarma, con el Ministerio de Sanidad como autoridad única delegada, cuando el parecer de las comunidades autónomas y las ciudades autónomas puede originar acuerdos singulares para permitir la toma de algunas decisiones en un régimen cercano a la codecisión⁹.

Pero, habrá que esperar al denominado “proceso de desescalada”, aprobado en Consejo de Ministros el 28 de abril¹⁰, para que las comunidades autónomas vayan recuperando poco a poco las facultades de dirección en el ejercicio de competencias de su titularidad. Por lo tanto, la recuperación de tales competencias

6 Cfr. M. MEDINA GUERRERO: “El Estado Autonómico en tiempos de disciplina fiscal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 98, 2013, pp. 109-147. Así como, en el mismo número E. ALBERTÍ ROVIRA: “El impacto de la crisis financiera e el Estado Autonómico español”, pp. 63-89; y A. ARROYO GIL e I. M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ: “La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia”, pp. 149-188. Y, P. REQUEJO RODRÍGUEZ: “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 36, 2015, pp. 417-437.

7 Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, de prórroga del estado de alarma declarado el 14 de marzo del mismo año.

8 Para el cumplimiento de las competencias definidas por el impulso político del Ministerio del Interior, art. 6 del Real Decreto 463/2020; y para las medidas dictadas por el Ministerio de Sanidad, el art. 12.2 del mismo. Para entender la mecánica del sistema en el campo de la actividad asistencial en las residencias de la tercera edad se pueden revisar las Órdenes del Ministerio de Sanidad 275/2020, de 23 de marzo, 295/2020, de 26 de marzo, y 322/2020, de 3 de abril.

9 El acuerdo parlamentario de prórroga se encuentra en la Resolución del Congreso de los Diputados de 6 de mayo de 2020; y los términos de su ejecución gubernamental se articulan a través del Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo.

10 Aprobado con el pomposo nombre de “Plan para la Transición a una Nueva Normalidad”.

se hace dentro de un marco estratégico cuyos pasos se fijan desde el Gobierno nacional, con el Ministerio de Sanidad como autoridad única delegada y con participación de las autoridades autonómicas, especialmente el Presidente de las comunidades autónomas¹¹. Para la definición de este periodo transitorio se utiliza el término descriptivo de “cogobernanza”. No obstante, la *dirección estratégica* continúa en manos del Gobierno y del Ministerio de Sanidad que marca los parámetros entre los que deben moverse las decisiones de las comunidades autónomas; a las autoridades autonómicas sólo les queda un margen de valoración sobre si concurren las condiciones fijadas por los órganos centrales y de modular su respuesta dentro de una escala prefijada. Por lo demás, las medidas sanitarias las continúan aplicando las comunidades autónomas, mientras que en la “desescalada” se van revertiendo restricciones a la movilidad, siempre que se vayan cumpliendo ciertos índices y requisitos procedimentales¹².

Una segunda etapa que comienza con el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara un nuevo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, prorrogado a través del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre¹³. En estas normas el Gobierno, con las modificaciones introducidas a través del acuerdo de prórroga del Congreso de los Diputados de 29 de octubre de 2020, ha delimitado un marco jurídico de medidas y ha confiado a las comunidades autónomas, en las que sus presidencias actúan como autoridades delegadas del Gobierno, el ajuste del mismo conforme con el proceso de agravamiento o mejora de las condiciones de la crisis sanitaria en cada uno de sus territorios.

III. LOS RESULTADOS

La eficacia de la organización e, indirectamente, de la gestión se constata con un simple vistazo a los amargos datos sobre contagiados, fallecidos y recuperados, así como con un análisis del estrés al que se somete tanto el sistema de servicios sociales como al sanitario¹⁴.

Si se examinan los resultados de la gestión de la pandemia de los modelos territorialmente descentralizados en el ejercicio del poder se encuentran unos muy variados resultados¹⁵.

Con modelos en los que se ha dejado en manos de los territorios la gestión de lo que son competencias propias, los resultados no han sido muy alentadores en federalismos consolidados como Estados Unidos o Canadá. Hasta el extremo que en este último país se ha procedido a una modificación del modelo de gestión para centralizar la toma de ciertas decisiones y medidas. Un camino que también parece encarrilar el primero, si nos atenemos a la declaración de intenciones y algunas medidas adoptadas en los inicios del mandato del Presidente electo, Joe Biden.

Tampoco en algunos países en los que se ha verificado una recentralización de competencias y en los que los órganos centrales del Estado han tomado medidas sobre la pandemia que con posterioridad han sido ejecutadas por las regiones, como en Italia, el resultado ha sido tan positivo en sus diferentes periodos.

Por su parte, aquellos modelos que han funcionado mediante la generación de consensos y la coordinación de esfuerzos entre los órganos centrales del Estado y las instituciones territoriales, como en el Estado federal alemán, han demostrado un cierto éxito inicial.

11 La Quinta prórroga se autoriza mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 20 de mayo de 2020 y se vehicula a través del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo. Mientras que la Sexta, y última, prórroga se autoriza mediante la Resolución del Congreso de los Diputados de 3 de junio de 2020 y articula a través del citado Real Decreto 555/2020.

12 El procedimiento de verificación y, a la postre, de autorización se encontraba regulado por la Orden del Ministerio de Sanidad 387/2020, de 3 de mayo.

13 Una vez obtenida la autorización del Congreso de los Diputados a través de la Resolución de 29 de octubre de 2020.

14 Los datos comparados se pueden consultar en tiempo real a través de la página dispuesta por RTVE (<https://www.rtve.es/noticias/20210329/mapa-mundial-del-coronavirus/1998143.shtml>; consultado el 29/03/2021).

15 E. SÁENZ ROYO, “La falta de coordinación en la pandemia: El no-fallo del Estado Autonomico”, publicado en *Agenda Pública*, el 8 de octubre de 2020 (<https://agendapublica.es/la-falta-de-coordinacion-en-la-pandemia-el-no-fallo-del-estado-autonomico/>; visitado por última vez el 08/02/2021).

Entre los modelos que mejor han funcionado durante la primera oleada, coinciden los comentaristas, se incluye al modelo alemán; aunque los resultados no han sido tan satisfactorios durante la desescalada, el regreso a la excepcionalidad y los inicios de la segunda oleada. La gestión se ha articulado sobre acuerdos entre el Gobierno federal y los Länders, que cuando lo ha requerido se ha completado con actuaciones del propio Parlamento federal, modificando las normas sanitarias para crear un marco en el que los territorios pudiesen tomar hasta medidas restrictivas de derechos.

El Gobierno federal, a partir de informes de un instituto nacional de salud, el Instituto Robert Koch, procedía a fijar los criterios sanitarios sobre los que los Länders debían moverse en sus medidas. Mientras que las decisiones se movieron dentro de los momentos más difíciles de la crisis sanitaria, no se generaron importantes problemas. Pero, cuando se debió cumplir el proceso del abandono de las medidas más duras comenzaron a plantearse protestas y disensiones de las autoridades territoriales que se han repetido cuando ha sido preciso volver de manera gradual a tomar de nuevo medidas restrictivas en el periodo de la considerada segunda ola. El conflicto ha llegado a su extremo cuando la Canciller Angela Merkel ha decidido pedir disculpas, corrigiendo las duras medidas previstas para las vacaciones del periodo pascual de 2021¹⁶.

IV. LA EXPERIENCIA AUTONÓMICA

A partir de los datos expuestos se puede examinar el modelo español y ofrecer algunas pautas sobre su funcionamiento y eficacia.

La cogestión o cogobernanza se presenta como la forma habitual de funcionamiento de cualquier estado descentralizado; ello, se quiera o no, no suele cambiar en situaciones de excepcionalidad constitucional. Como apuntábamos al inicio, un sistema con una buena base institucional debe ofrecer los mejores resultados, incluso en aquellos momentos en los que deba enfrentarse a una grave crisis constitucional y social.

En perspectiva con lo anterior, las decisiones o la falta de medidas en una situación de crisis sanitaria repercuten, no sólo en el territorio que las toma o deja de tomar, sino en los ciudadanos de todas las comunidades autónomas. Ello explica que el estado de alarma requiera de una importante intervención de los poderes centrales del Estado, que se erigen en los únicos que pueden ofrecer *una respuesta general y válida* para el conjunto de los ciudadanos; abdicar de ese deber, como parece que se ha decidido en el modelo del tercer estado de alarma, el decretado en octubre de 2020, perjudica, no sólo a un grupo de ciudadanos, sino al país en su conjunto. Algo que se está pudiendo comprobar en la actuación de algunos territorios durante el estado de alarma declarado en octubre de 2020.

Pese a todos los contratiempos descritos, debe señalarse que en cierta medida el proceso de mutua información y de limitada “codecisión” que se ha seguido ha supuesto objetivamente *un reforzamiento en clave federal del modelo autonómico*, incluso en aquel periodo en el que se verificó un cierto reforzamiento de los poderes centrales.

Entre el 15 de marzo de 2020 y el 30 de julio impelida por la crisis sanitaria se ha reunido en 18 ocasiones la Conferencia de Presidentes, 14 de ellas dentro de la primera declaración de emergencia¹⁷. No obstante, *pro*

16 Cfr. *La Vanguardia* de 25/03/2021, “Merkel pide perdón con horizonte político al revocar el cierre duro de Pascua” (<https://www.lavanguardia.com/internacional/20210325/6605349/merkel-pandemia-cierre-pascua-cdu-elecciones.html>; consultado por última vez 29/03/2021). Las expectativas de aumento de los contagios en Alemania en el último trimestre de 2021, sin gobierno formado tras las elecciones legislativas de 26 de septiembre de 2021, ha provocado en bloqueo en la toma de medidas que han dado lugar a críticas en la opinión pública (“Cuarta ola de Covid-19 en Alemania, ¿una advertencia para el resto de Europa?”, en <https://www.france24.com/es/europa/20211111-alemania-coronavirus-cuarta-ola-europa>, consultado el 14/11/2021).

17 Datos extraídos a 5 de noviembre de 2021 de la información publicada en la página web del Ministerio de Política Territorial y Función pública (http://www.mptfp.es/portal/politica-territorial/autonomica/coop_autonomica/Confer_Presidentes.html; fecha de la consulta 01/02/2021). Con anterioridad a la crisis sanitaria, desde la primera reunión del año 2004, tan sólo se había convocado en 6 ocasiones. Sobre la institución y sus problemas de construcción cfr. R BOCANEGRA SIERRA y A. HUERTA LORA, *La Conferencia de Presidentes*, Iustel, Madrid, 2005; J. REY DEL CASTILLO, “Algunos comentarios sobre la Conferencia de Presidentes autonómicos y el futuro del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Administración Sanitaria*,

futuro resulta necesario mejorar la mecánica de funcionamiento y de toma de decisiones en una institución que parece no terminar de encajar en nuestro entramado institucional, en la medida que los Presidentes de las Comunidades Autónomas se han quejado de una falta de receptibilidad a las propuestas originadas desde las autonomías en este foro, comportándose más como órgano de naturaleza deliberativa que decisoria.

Por su parte, se han computado más de 60 reuniones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en 2020, 12 de ellas sólo en el mes de marzo, como “órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado”¹⁸. Este órgano apenas cumplía antes de ese año con las 4 reuniones que su marco normativo requiere y desde el inicio de las crisis sanitaria hasta noviembre de 2021 se ha reunido como mínimo una vez a la semana¹⁹. Pese a la importancia y la frecuencia de sus reuniones en este periodo de crisis sanitaria, sólo se conoce el contenido de sus sesiones y acuerdos por la multitud de ruedas de prensa posteriores a cada sesión y por algunas decisiones publicadas en el BOE con criterios y actuaciones estratégicas vinculantes para los poderes autonómicos en su actuación política frente a la pandemia²⁰.

También se han verificado bastantes reuniones bilaterales y multilaterales entre comunidades autónomas para evaluar riesgos comunes y tomar sus medidas coordinadamente.

Por último, en el ámbito de la conexión entre la forma de gobierno y el reparto territorial del poder el fenómeno más relevante se ha localizado en el aumento exponencial de los poderes gubernamentales, tanto en la declaración del estado de alarma, como en su aplicación. Cuando nos referimos al ámbito gubernamental, debe procederse a la inclusión en dicha categoría tanto al gobierno central como a los gobiernos de las comunidades autónomas.

Las decisiones en el marco de la gestión durante una pandemia se suelen concretar en actuaciones gubernamentales. La declaración del estado de alarma, las medidas que se diseñan y aplican mientras se encuentra en vigor y el recurso a la legislación de urgencia conceden una clara preeminencia al Gobierno sobre las Cortes Generales; pese a los esfuerzos tanto de la Constitución como de la Ley Orgánica en su regulación de los estados excepcionales por alentar el control parlamentario del Congreso de los Diputados sobre las medidas tomadas por el Gobierno y ejecutadas por la Administración durante ese periodo. Con esa intención de refuerzo de la posición del Congreso de los Diputados, la STC 168/2021 y la reciente Sentencia de 27 de octubre de 2021 han construido parte de sus reproches en el daño que el modelo de estado de alarma adoptado infería al ejercicio de las facultades parlamentarias de control político.

La experiencia durante el primer periodo del estado de alarma entre marzo y junio de 2020 comenzó siendo caótica y terminó reduciendo el control a las votaciones que permitieron las sucesivas renovaciones de la situación de excepcionalidad constitucional y las comparecencias del Ministro de Sanidad en la comisión permanente de la materia del Congreso de los Diputados. El papel central del Congreso de los Diputados en el marco del estado de alarma (art. 116 CE) hubiese requerido una continuidad en el ejercicio de las competencias propias de una institución parlamentaria, a la que se añadirían las tareas realizadas para el control de las acciones singulares del estado de alarma.

4-2, 2006, pp. 323-339; y L. A. GÁLVEZ MUÑOZ, “La conferencia de presidentes autonómicos o la historia interminable de la cooperación horizontal en el Estado autonómico”, en J. OLIVER, M. BALLESTER, V. J. CALAFELL y A. OEHLING (coord.): *El futuro territorial del Estado español: ¿Centralización, autonomía, federalismo o secesión?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 351-358.

18 Sobre estos organismos, cfr. J. I. VEGA LABELLA: “Relaciones interadministrativas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, en *Revista Asamblea*, n.º 34, 2016, pp. 285-321.

19 Cfr. P. LINDE, “Los Consejos Interterritoriales de Salud vuelven a ser lo que eran”, en diario *El País*, de 5 de noviembre de 2021 (<https://elpais.com/sociedad/2021-11-05/los-consejos-interterritoriales-de-salud-vuelven-a-ser-lo-que-eran.html>; revisado por última vez el 01/11/2021).

20 Han surgido críticas porque a día se desconocen por falta de publicidad el contenido de las actas de las sesiones desarrolladas por este órgano; vid. “Sanidad oculta las actas de las reuniones del Consejo Interterritorial durante la pandemia”, en *El Confidencial*, de 28 de octubre de 2020 (https://www.elconfidencial.com/espana/2020-10-28/coronavirus-covid19-sanidad-actas-consejo-interterritorial-transparencia_2808139/; consultado por última vez el 01/02/2021).

No obstante, en un primer momento resultó preciso cerrar la Cámara hasta que se habilitaron normativamente vías para celebrar sesiones parlamentarias y tomar acuerdos de manera remota, excluyendo la celebración de sesiones con plena presencialidad²¹. En la práctica el control se ha concentrado de un modo singular en los debates desarrollados en el Congreso para posibilitar las renovaciones temporales del estado de alarma. Con este proceso de reducción ha sido el Gobierno quien ha marcado la agenda del Congreso de los Diputados, una filosofía que con dificultad se podía compatibilizar con los objetivos marcados en la regulación de los estados excepcionales por el art. 116 de la Constitución, o concretados en su desarrollo legislativo por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, y, que, en definitiva, sustenta la crítica jurídica contenida en la mencionada STC 168/2021.

Por lo demás, aunque no se encuentre dentro del objeto de este trabajo, el Gobierno ha logrado superar las votaciones de prórroga de los estados de alarma con una mayorías bastante amplias, sin que se haya puesto en tela de juicio su continuidad desde la perspectiva de la pérdida de confianza parlamentaria.

PRÓRROGAS PARLAMENTARIAS DEL ESTADO DE ALARMA.			
Prórroga	Votos		% sobre voto emitido
Primera prórroga 25 de marzo	Si:	321	91,98 %
	No:	0	0 %
	Abst.:	28	8,02 %
	No vota:	1	
Segunda prórroga 9 de abril	Si:	270	77,36 %
	No:	54	15,47 %
	Abst.:	25	7,16 %
	No vota:	1	
Tercera prórroga 22 de abril	Si:	269	77,97 %
	No:	60	17,39 %
	Abst.:	16	4,64 %
	No vota:	5	
Cuarta prórroga 6 de mayo	Si:	178	50,86 %
	No:	75	21,43 %
	Abst.:	97	27,71 %
	No vota:	0	
Quinta prórroga 20 de mayo	Si:	177	50,57 %
	No:	162	46,29 %
	Abst.:	11	3,14 %
	No vota:	0	
Sexta prórroga 3 de junio	Si:	177	50,57 %
	No:	155	44,29 %
	Abst.:	18	5,14 %
	No vota:	0	
Primera prórroga 29 de octubre	Si:	194	56,07 %
	No:	53	15,32 %
	Abst.:	99	28,61 %
	No vota:	4	

21 En los inicios del estado de alarma se produjo la suspensión de 2 semanas de la actividad parlamentaria del Congreso a partir del 12 de marzo; ello llevó a que el Presidente del Gobierno informase el 18 de marzo sobre la declaración del estado de alarma sólo ante 20 diputados. El 19 de marzo, a través de un Acuerdo de la Mesa se aceptó el voto telemático para aquellos diputados que lo solicitaran, apoyándose en el art. 82.2 RCD. Por último, el 25 de marzo un informe de la Secretaría General advirtió sobre la imposibilidad de participación telemática en las sesiones de la Cámara, sin soporte técnico para permitirlo, y recordaba los criterios de inmediatez y presencialidad que se incluían en las SSTC 19 y 45 de 2019. *El 7 de abril se acuerda el regreso a las sesiones de control con presencia limitada de parlamentarios y el 15 de abril se vuelve a celebrar una sesión con ese objetivo.*

Esa tendencia se ha complicado y acentuado durante el estado de alarma declarado en octubre de 2020, porque se ha ritualizado el mecanismo de control –el titular del Ministerio de Sanidad comparece ante la Comisión del Congreso de los Diputados y el Presidente del Gobierno ante el Pleno-, y se ha periodificado la rendición de cuentas –cada mes y cada dos meses, respectivamente-, con el agravante de que se intercala en una situación que se proyecta hasta el 9 de mayo de 2021. A ello se añade, que se mantiene la cláusula de cierre habitual de los decretos de declaración del estado de alarma, que en algunos sectores se ha interpretado como una habilitación al Gobierno para cambiar unilateralmente, y sin control parlamentario, los términos del propio Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre²², incluso ampliando la restricción de derechos. Esa regla no planteaba especiales problemas cuando el Gobierno necesitaba para cada prórroga del estado declarado el voto favorable del Congreso y ello se verificaba cada 15 días. Pero, además de una interpretación en fraude de ley de la norma “tapadera” del art. 8.2 de la Ley Orgánica 4/1981, supone la concesión de unos “plenos poderes” constitucionalmente vetados al Gobierno *en un estado de alarma previsto para un plazo de 6 meses*²³.

Si analizamos la posición de los gobiernos territoriales, la conclusión del reforzamiento competencial también resulta evidente. La regla general ha sido que los gobiernos autonómicos se arroguen las facultades de desarrollar a través de normas y actos la implementación de las decisiones necesarias para el cumplimiento de las medidas propias del estado de alarma. Durante el primer periodo los parlamentos autonómicos apenas se han empleado en el control de sus gobiernos²⁴. Una vez superado el impacto inicial de la medida de restricción de la movilidad, como ocurriera a nivel nacional, las instituciones parlamentarias buscaron mecanismos para habilitar las reuniones remotas y, si fuera preciso, el voto telemático²⁵.

Tras iniciarse el periodo de “desescalada” y hasta el estado de alarma declarado en octubre, las comunidades autónomas asumieron plenamente sus competencias en materia sanitaria y, de nuevo, fueron los gobiernos los habilitados para tomar medidas para enfrentarse a la crisis sanitaria, incluso si ello conllevaba restricciones temporales de derechos ciudadanos²⁶. La tendencia se ha reforzado, cuando ya dentro de la aplicación del marco normativo del estado de alarma declarado en octubre de 2020, se ha concedido a los presidentes de las comunidades y de las ciudades autónomas, y por extensión a sus gobiernos, la categoría de “autoridad delegada” y se les ha eximido de que las medidas sanitarias requieran el control previo de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁷.

22 “Durante la vigencia del estado de alarma declarado por este real decreto, el Gobierno podrá dictar sucesivos decretos que modifiquen lo establecido en este, de los cuales habrá de dar cuenta al Congreso de los Diputados, de acuerdo con lo previsto en el artículo octavo.dos (*sic*) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio” (Disposición final 1ª).

23 Tanto el plazo de los 6 meses como las normas que periodificaban el control han sido declarados inconstitucionales por los FF JJ 8 y 9 de la STC de 27 de octubre de 2021, porque, al entendimiento de la justicia constitucional, restringían de una manera irrazonable la capacidad de controlar la acción gubernamental y de revertir la situación de los amplios poderes gubernamentales asumidos durante el estado de alarma. Dicha reversión quedaba a la exclusiva voluntad de un Gobierno con capacidad de ponerle fin o de volver a solicitar en su momento una nueva prórroga al Congreso de los Diputados a partir de su propia valoración sobre el avance o retroceso de la crisis sanitaria.

24 Cfr. P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, “La ductilidad del Derecho parlamentario en tiempos de crisis: Actividad y funcionamiento de los Parlamentos durante el estado de alarma por Covid-19”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. n° 46, 2020, pp. 271-308. Y, J. TUDELA ARANDA (ed.): *El Parlamento ante el Covid-19*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

25 Los parlamentos de Andalucía y Madrid intentaron como atajo utilizar la diputación permanente como sustituto de los plenarios, lo que fue cuestionado por la oposición hasta su abandono.

26 La disposición final 2ª de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, modificando la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece un mecanismo judicial de control de los actos de los gobiernos autonómicos limitadores de derechos por causas sanitarias, fuera del estado de alarma. La competencia se atribuye a los juzgados de la jurisdicción contencioso-administrativa y a los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, dependiendo del alcance personal de las medidas. Algún gobierno autonómico que vio como los tribunales no permitían algunas de sus medidas restrictivas, ha procedido a su aprobación bajo la fórmula de decreto-ley, consiguiendo con ello sortear fraudulentamente el control judicial previo.

27 En el art. 2.3, *in fine* del RD 926/2020, se establecía que “para ello [tomar medidas como autoridades delegadas], no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

El problema del control se acrecienta porque, aunque el art. 116 de la CE abre la puerta a intensificar el control parlamentario sobre el Gobierno durante la vigencia de los estados excepcionales, resulta cuestionable que los poderes de verificación del Congreso de los Diputados alcancen a la actividad de los ejecutivos autonómicos. Por lo tanto, el estado de alarma que se inicia en octubre de 2020, además de esquivar el mandato constitucional, deja en manos de los parlamentos autonómicos y de su mayor o menor implicación el control de las medidas adoptadas por sus gobiernos; o, en última, instancia en manos del Gobierno de la nación, si se comporta como una autoridad delegante en plenitud de sus facultades²⁸.

Por último, resulta tanto llamativo como preocupante, en este contexto de pandemia y estado de alarma con las implicaciones autonómicas que se han descrito, la inactividad de la constitucionalmente catalogada como Cámara de “representación territorial”, el Senado²⁹. La justificación, como en el caso del Congreso de los Diputados, del cierre inicial de la Cámara ante la falta de previsión de mecanismos para el trabajo y la votación remotos pudieron tener peso en los primeros momentos del estado de alarma. Pero, su ausencia, una vez consolidada la excepcionalidad y desde el mes de abril hasta el día de hoy, tiene una muy difícil justificación y supone una nueva oportunidad perdida para adquirir una personalidad singularizada y un cierto reconocimiento ante la opinión pública.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES NECESARIAMENTE PROVISIONALES.

Cuando comenzaron a escribirse estas líneas, aun dentro del tercero de los estados de alarma declarados, cuando se revisaron en un periodo de tiempo entre picos de enfermedad y un ímprobo esfuerzo por conseguir unos porcentajes suficientes de población vacunada, o cuando se ha procedido a su revisión con anterioridad a su publicación ante las recientes resoluciones del Tribunal Constitucional que parecen a cualquier lector que intentan crear un estado de opinión sobre por dónde deben transitar los cauces de una futura reforma de nuestro derecho constitucional de excepción³⁰, cualquier conclusión no podía ser más que provisional en la medida que difícilmente podía conocerse y anticipar la evolución o el ritmo de la crisis sanitaria. Tanta indeterminación podía convertir en circunstancial cualquier afirmación, entonces y ahora.

La experiencia que la crisis sanitaria está suponiendo para el modelo territorial español no deja de ofrecer resultados contradictorios.

La declaración del estado de alarma en marzo por la propia esencia de la situación supuso la adquisición de la dirección política en materia sanitaria y asistencial por el Gobierno español, con una limitada tarea de control del Congreso de los Diputados, evidenciada especialmente en los momentos de autorización de las respectivas prórrogas. Tanto la exposición pública gubernamental en esos momentos, como la imposibilidad de una gestión directa de la sanidad y los servicios sociales, que continuaron en manos de las autoridades competentes –las comunidades autónomas–, provocaron claras señales de desgate político para el Gobierno central y las fuerzas política que lo vienen sustentando, así como una cierta sensación de inoperancia basado más en impresiones que en resultados.

28 El FJ 10 de la STC de 27 de octubre de 2021 ha declarado inconstitucional la delegación porque la considera una renuncia del Gobierno a sus funciones durante el desarrollo de un estado de alarma y, como también mantenemos en estas líneas, un mecanismo fraudulento de privar al Congreso de sus facultades de control político.

29 Cfr. para el primer estado de alarma, Piedad GARCÍA-ESCUADERO: “Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por el Covid-19”, en J TUDELA ARANDA (ed.): *El Parlamento ante la COVID-19, Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad* (Zaragoza, 2020), pp. 23-24.

30 Algo de esta idea destila la argumentación del Voto Particular firmado por la Magistrada Balaguer Callejón a la Sentencia de 27 de octubre de 2021: “La sentencia de la que discrepo, leída como un capítulo de una línea jurisprudencial más amplia formada por las SSTC 148/2021 y 168/2021, de 5 de octubre, desarrolla un modelo de derecho constitucional de excepción totalmente ajeno al sistema constitucional español. El Tribunal intenta establecer un modelo centralista de derecho de excepción, gradualista y basado en la construcción decisionista de un concepto, el de suspensión de los derechos fundamentales, que no se ajusta ni al desarrollo autonómico, ni al bloque de constitucionalidad conformado por los arts. 55 y 116 CE y por la LOAES, ni a la teoría de los límites a los derechos fundamentales, que se deriva del derecho internacional de los derechos humanos”.

Para evitar las consecuencias derivadas de una gestión sobre la que se mantenían facultades de dirección y de corrección desde la distancia, se consideró que sería más idónea una nueva declaración de estado de alarma en la que se pusiera a las comunidades autónomas –sus ejecutivos como autoridades delegadas– en el centro de la acción y en el punto de mira de los ciudadanos, dependiendo de los resultados en términos de éxito o fracaso de las medidas tomadas por esas autoridades más cercanas. Con independencia del cuestionado encaje de esa estructura decisional en los parámetros constitucionales y en la legislación reguladora de los estados excepcionales y de los recortes que ha supuesto para el Congreso de los Diputados en el control de las medidas adoptadas, el estado de alarma ha demostrado una considerable solidez del Estado Autonómico como modelo descentralizado en nuestro país y, al tiempo, la obsolescencia de la normativa que los regula.

La consolidación del Estado de las Autonomías en lo que son sus grandes competencias, junto a las materias educativas, la sanidad y los servicios sociales, convierten en muy limitado y dificultoso cualquier intento de recuperación temporal por el Estado central de las facultades sobre la gestión de tales materias. La eficacia en la lucha contra la crisis sanitaria como la actual, guste o no, a día de hoy sólo puede articularse a través de la acción conjunta y coordinada de las autoridades centrales y autonómicas. Es más, las condiciones en las que se ha articulado el estado de alarma a partir de octubre de 2020 (RD 926/2020) ha conferido a los gobiernos autonómicos, como autoridades delegadas, el ejercicio de competencias sobre limitación de movilidad, confinamiento nocturno obligatorios o determinación de las condiciones del desarrollo colectivo de la libertad religiosa, ajenas a las competencias estatutarias, quizás con la excepción de aquellas comunidades autónomas que cuentan con facultades en la ordenación del orden público y cuerpos propios de policía.

Por lo tanto, cabe concluir que la respuesta correcta a la pandemia, incluso bajo el estado de alarma, requiere una actuación más en clave federal de los órganos centrales del Estado y una mayor lealtad institucional de las autoridades autonómicas. Pues, como se ha podido comprobar, cuando cualquiera de esas dos actitudes se resienten su resultado tiene un alto coste para los ciudadanos.

En este contexto, la intervención del Tribunal Constitucional ha creado más incertidumbres que certezas. Obviando las cuestiones relacionadas con los límites a los derechos constitucionales durante el estado de alarma, cuestión sobre la que pivota esencialmente la STC 148/2021, y las restricciones al control parlamentario que supuso en su momento la decisión para la supervivencia tomada por las Cámaras legislativas de suspender temporalmente su actividad presencial en los inicios de la pandemia, que supone el objeto principal de la STC 168/2021, resulta preciso valorar algunas de las consecuencias que se derivan para lo tratado en estas páginas de la más reciente de las resoluciones del Tribunal Constitucional en torno a los estados de alarma.

La primera cuestión se centra en el rechazo del modelo de codecisión y cooperación para enfrentarse a las situaciones de excepción que lleva a la Sentencia de 27 de octubre de 2021 a declarar contrario a la Constitución la delegación efectuada en los Presidentes de las comunidades y las ciudades autónomas por los Reales Decretos 926/2020, de 25 de octubre, de declaración del estado de alarma, y 956/2020, de 3 de noviembre, de prórroga del mismo, previa autorización el 29 de octubre por el Congreso de los Diputados. En su fundamentación, el órgano de la justicia constitucional recurre a un novedoso “bloque constitucional”, integrado por el art. 116 de la Constitución y la Ley Orgánica que lo desarrolla, como parámetro de la constitucionalidad para evaluar los Reales Decretos. Un razonamiento que, con independencia de su adecuación al art. 28 de la LOTC y la doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional, omite de un plumazo la obsolescencia de una norma de desarrollo aprobada en 1981, cuando sólo se habían constituido dos comunidades autónomas y excluye de ese *bloque* al art. 2 de la propia Constitución. Es decir, el Tribunal actúa como si el Estado de las Autonomías y el reparto competencial efectuado a través de los estatutos de autonomía no existieran. Una tozuda lucha contra la realidad constitucional del reparto territorial del poder, que algunos de los votos particulares reprochan a la decisión mayoritaria³¹, que olvidan los problemas iniciales de efectividad de las medidas acordadas en el primer estado de alarma y que curiosamente no son objeto de interés cuando se incluyen materialmente en el desarrollo del denominado “proceso de

31 En concreto, los del Presidente, González Rivas, y de la Magistrada, Balaguer Callejón, antes mencionado.

desescalada”. Sorprende una respuesta tan ajena a la realidad del modelo territorial español por parte del Tribunal, con independencia de que singularmente se puedan cuestionar ciertos aspectos que se consideran insuficientes en la fórmula de delegación que acogen ambas normas. No obstante, no debe ser el papel propio de la justicia constitucional el de pronunciarse sobre la calidad del contenido de una regulación, sino sobre su regularidad constitucional.

Por otro lado, resulta también llamativo para el análisis de la calidad de nuestro modelo parlamentario que, pese a que cada una de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional sobre la regularidad de los estados de alarma hasta el momento hayan declarado la nulidad de la decisión de confinamiento domiciliario general porque afectaba a la libertad deambulatoria, la nulidad de la fórmula de delegación como contraria al sistema de control sobre el Gobierno y del plazo de duración de la prórroga por irrazonable en su exceso, tales declaraciones no hayan afectado a la confianza y la continuidad gubernamental.

Todas estas contradicciones nos impulsan a recomendar que cuando finalice este oscuro periodo, sería conveniente abrir un proceso de actualización de la normativa sobre los estados excepcionales que tenga presente, la singularidad de las epidemias como origen de los estados de alarma, la realidad descentralizada de nuestro país y sobre todo que institucionalice de una manera rigurosa las vías de control parlamentario sobre las actuaciones gubernamentales, sin desplazar dicha tarea a una solitaria e incierta judicialización, una vez que se haya cerrado el estado excepcional y superado el riesgo que lo motivó.

LA TUTELA AMBIENTAL: REFLEXIONES PARA UN DEBATE

Nicolás Pérez Sola

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO DE DISFRUTE DEL MEDIO AMBIENTE III. EL DEBER DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. 3.1. El deber de todos de conservar el medio ambiente. 3.2. El cumplimiento de las obligaciones internacionales. IV. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.

131

RESUMEN

El artículo 45 CE incluye el derecho a disfrutar el medio ambiente y, por tanto, la necesidad de proteger el ejercicio del mismo. En este precepto se combinan diversos postulados proteccionistas como la calidad de vida y la utilización racional de los recursos naturales con la consecución de objetivos de progreso y desarrollo. La jurisprudencia ha reconocido el carácter dinámico de este derecho pero no su consideración como derecho fundamental. Sin embargo, desde la perspectiva de exigencia a los Estados del cumplimiento de sus obligaciones internacionales asistimos a nuevos planteamientos de acciones judiciales para el cumplimiento de esas obligaciones contraídas orientadas a obtener una efectiva tutela ambiental.

Palabras clave:

Derecho al Medio Ambiente, Calidad de Vida.

ABSTRACT

ENVIRONMENTAL PROTECTION: SOME IDEAS FOR DEBATE

Article 45 of Spanish Constitution foresees the right to enjoy the environment and, therefore, the need to protect the exercise of the environment. This precept combines several protectionist postulates such as the quality of life and the rational use of natural resources with the achievement of goals of progress and development. Jurisprudence has recognized the dynamic nature of this right, but has denied the status of fundamental right. Nevertheless, from the perspective of states commitments to meet their existing obligations under international environmental law, environmental judicial review claims have focused on new approaches in order to ensure effective judicial protection in environmental matters.

Key Words:

Right to environment, Quality of life.

I. INTRODUCCIÓN.

La aproximación al estudio de la protección del medio ambiente desde el derecho público debe realizarse con la cautela que requiere no solo su reconocimiento teórico por el ordenamiento jurídico, sino también atendiendo a la existencia y efectividad de los procedimientos concretos a través de los que se puedan ejercer acciones para la tutela ambiental, frente a terceros como ante las administraciones públicas o los tribunales. No es pues este un campo para la especulación abstracta. Se trata, es verdad, de extraer de los ordenamientos jurídicos vigentes aquellas garantías, cautelas, incluso derechos ejercitables ante los tribunales en orden a alcanzar una protección frente a las acciones antrópicas, que ponen en riesgo incluso las propias condiciones de vida del ser humano en el planeta. Pero cualquier aproximación al tratamiento normativo del medio ambiente nos conduce a unos principios previos o valores enunciados con carácter general en diversos instrumentos de alcance internacional, regional, nacional que preceden a la labor del legislador, que concretará más tarde en normas y que deberán ser interpretadas y aplicadas por los jueces y tribunales en la resolución concreta de los litigios de los que conozcan.

La respuesta desde el ordenamiento jurídico se ha orientado a construir los elementos que posibilitaran una denominada tutela ambiental, que ha sido objeto de una regulación inicial, sobre todo a nivel de las organizaciones internacionales, ya que los fenómenos de deterioro ambiental exceden el espacio físico delimitado por las fronteras de los Estados, sin perjuicio de la intrínseca debilidad de dichos instrumentos de intervención a nivel internacional.

En efecto, muchos de estos instrumentos no son jurídicamente vinculantes. No obstante, esta dificultad y pese a los problemas de efectividad de los instrumentos acordados en sede internacional, han permitido la construcción de un incipiente derecho internacional del ambiente a través de la formulación de principios, que han tenido reflejo en las legislaciones internas de los Estados como consecuencia de las obligaciones asumidas en el ámbito internacional por aquellos.

Es por la previa concepción del medio ambiente como objeto del derecho que los instrumentos internacionales en los que los Estados han plasmado su voluntad contractual han sido objeto de análisis, consideración e incluso crítica llegado el caso por las carencias e insuficiencias de los mismos. No obstante, hemos asentado el medio ambiente como objeto de protección por el ordenamiento jurídico en una serie de hitos auspiciados en la mayor parte de las ocasiones por la Organización de las Naciones Unidas como impulsora de un conjunto de acuerdos abiertos a la comunidad internacional. El objetivo que se ha perseguido ha sido aunar voluntades, comprometer a los Estados y poner en común acciones orientadas a la preservación de las condiciones que hacen posible las formas de vida que conocemos en nuestro planeta.

Así inicialmente la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo en junio de 1972, marcó una nueva dimensión en la percepción del problema ambiental, para alcanzar también soluciones internacionales que pusieran freno al deterioro ambiental¹. Esta cita internacional constituyó sin duda, más allá de la formulación en modo difuso de una serie de principios en materia ambiental, el primer impulso para la creación de una estructura permanente para la salvaguarda del ambiente en orden a su preservación para las generaciones futuras.

En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro², se fue profundizando en los diferentes ámbitos susceptibles de protección para la consecución de la calidad de vida y la sostenibilidad, a través de los objetivos definidos en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Con posterioridad, el Protocolo de Montreal de 1987 relativo a la protección de la capa de ozono, así como el Protocolo de Kyoto sobre cambio climático, han abordado este problema ambiental. Así la Cumbre de París COP 21 de 2015 para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, fijó como objetivo “reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por

1 “la necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano”.

2 “Para conseguir un desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente será una parte integrada del proceso de desarrollo y no se concebirá como algo aislado de éste”.

erradicar la pobreza, y para ello mantener el aumento de la temperatura medida mundial muy por debajo de 2° C con respecto a los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1.5°C con respecto a los niveles preindustriales”. La reciente COP 25 Conferencia sobre el Cambio Climático para la adopción de medidas sobre la puesta en marcha del Acuerdo de París de 2015, celebrada el pasado 2019 en Madrid, constituye el último hito en este ámbito tras la suspensión de la Cumbre prevista en Glasgow en 2020 por efecto de la pandemia. Ahora bien, con este proceso asistimos a la formalización de un deber genérico para los Estados partes en las sucesivas conferencias internacionales en materia ambiental de reducción y eliminación de todos aquellos procesos y esquemas productivos y de consumo no sostenibles. Sin duda se trata de un conjunto de instrumentos de *soft law*, si bien ante el nivel de deterioro ambiental del planeta la comunidad internacional ha intentado concretar la vinculación de dichos instrumentos a los Estados.

Pero más allá de la coincidencia en el diagnóstico sobre la fragilidad de los ecosistemas y la necesaria preservación del medio natural, no constituye tarea fácil la de formular un concepto generalmente compartido que permita, si no definir el medio ambiente, al menos aproximarnos a la problemática derivada de la necesidad de su protección. Ante esta evidencia se debe optar, aun cuando sea a efectos metodológicos, por alguna estrategia que permita aproximarnos a la comprensión del medio ambiente como objeto de tutela por el ordenamiento jurídico.

En los sistemas regionales de protección de derechos humanos el desarrollo de esta preocupación ambiental tiene características propias y ritmos muy diferenciados. Sin duda los instrumentos internacionales de ámbito regional han protagonizado un impulso a la incorporación a las Constituciones y legislaciones internas al objeto de integrarse en los mandatos de los legisladores y poderes públicos. Por tanto, un breve análisis de los instrumentos constitucionales e internacionales en la materia en el ámbito europeo resulta obligado.

Desde la perspectiva del constitucionalismo comparado es evidente que entre las Normas Fundamentales aprobadas en Europa tras la II Guerra Mundial la Constitución italiana de 1947 es la que contiene una aproximación inicial a la protección del ambiente a partir de la tutela del “paesaggio”, si bien en un contexto más amplio que englobaba al patrimonio histórico y artístico entre los principios fundamentales de la República (art. 9). Pues bien esta formulación posibilitará años después, a través de su conexión con el derecho a la salud, la construcción por la Corte Constitucional italiana de un derecho al medio ambiente. Aunque será con la reforma del art. 117 de dicha Constitución en 2001 cuando se da entrada a la “protección del medio ambiente, del ecosistema y del patrimonio cultural” como materias sobre las que el Estado tiene la competencia exclusiva para legislar, si bien el “aprovechamiento de los bienes culturales y medioambientales” constituye materia objeto de legislación concurrente con las Regiones. Por otra parte y, más allá de lo indicado sobre la labor de la Corte Constitucional, en la mayoría de las ocasiones que ha sido llamada a pronunciarse sobre cuestiones ambientales estas han girado sobre delimitación competencial, por lo que no contamos con pronunciamientos de fondo sobre la comprensión del medio ambiente por esta Corte tras la citada reforma.

Pero no será hasta la década de los setenta cuando los textos constitucionales de nuevo cuño en Europa acojan en el ámbito de los derechos sociales y culturales la mención al medio ambiente. Es el texto de la Constitución de Portugal de 1976 quizá el que mejor sintetiza el esfuerzo de creación de un marco jurídico relativo al ambiente, a partir de una formulación en la que se combinan el derecho y el deber individual con la obligación resultante para los poderes públicos de su protección. Formula que influyó en modo decisivo para la redacción del artículo 45 CE que hemos definido como derecho-deber³.

El intento más avanzado de construcción de un principio constitucional dotado de valor normativo se encuentra, sin duda, en la reforma de la Constitución francesa operada a través de la ley constitucional nº 2005-205 de 1 de marzo de 2005. La Carta del Medio Ambiente reconoce a “cada uno (...) el derecho de vivir en un medio ambiente equilibrado y respetuoso con la salud” (art. 1) a la vez que establece que “toda persona tiene el deber de tomar parte en la preservación y en la mejora del medio ambiente” (art. 2). No obstante su recorrido queda lastrado en la medida en que no constituye una formulación de un derecho

3 Vid. N. PÉREZ SOLA, “El derecho-deber de protección del medio ambiente”, *Revista de Derecho Político*, nº 100.

individual cuanto un principio inspirador de la Unión, sin perjuicio de que como ha señalado recientemente el Consejo Constitucional francés “la protección del medio ambiente, patrimonio común de todos los seres humanos, constituye un objetivo de valor constitucional”⁴.

Llegados a este punto y de modo somero hemos de recordar que si bien la configuración constitucional del medio ambiente en España se encuentra en el enunciado del art. 45 CE, es en el art. 96 CE junto con el art. 10.2 CE donde se ubica el fundamento del posterior desarrollo normativo y jurisprudencial de la protección ambiental, en la medida en que el Estado español es miembro tanto de la Unión Europea como del Consejo de Europa. En efecto, el desarrollo del derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado es deudor de la normativa ambiental de la Unión Europea y de la jurisprudencia del TEDH, que han concretado el alcance y contenido del mismo en numerosos aspectos.

Desde esta perspectiva y tras nuestra incorporación a la Unión Europea es claro que tanto a las Cortes Generales como al Gobierno, en sus respectivos ámbitos competenciales, les corresponde “la garantía del cumplimiento de estos tratados y las resoluciones emanadas de los organismos internacionales”. Además por las características generales del ordenamiento de la Unión (la primacía, el efecto directo y su aplicación uniforme en todos los Estados miembros), la impronta del ordenamiento ambiental de la Unión Europea resulta incuestionable en nuestro sistema jurídico⁵.

Como es notorio la Cumbre de París de 1972 supuso para todos los Estados miembros de la entonces Comunidad Europea el compromiso de iniciar una política común de medio ambiente, que se concretó en la adopción a partir de 1973 de los sucesivos programas de acción comunitaria en medio ambiente, si bien con un marcado carácter subordinado a la integración económica. Los distintos programas han ido ampliando sucesivamente los campos de actuación a través de la elaboración y aprobación de un nutrido núcleo normativo que tiene muy en cuenta, como factores que concurren en la política medioambiental, la planificación económica y la igualdad en el disfrute de la calidad de vida y la solidaridad interterritorial.

El VII Programa General de Acción de la Unión Europea en materia de Medio Ambiente “vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta” constituye el marco actual de referencia en el ámbito comunitario junto con el Pacto Verde Europeo, que pretende la transformación de la Unión Europea en el primer continente climáticamente neutro⁶. Pues bien, en dicho Programa se incluye entre sus objetivos proteger, conservar y mejorar el capital natural de la Unión Europea, así como su conversión en una “economía hipocarbónica”, en la que la eficiencia en el uso de los recursos constituye una prioridad dentro de una perspectiva transversal, ya que las exigencias de protección ambiental han de estar presentes en las diversas políticas de la Unión para la consecución de un desarrollo sostenible.

La Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030. Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas⁷ apunta la necesidad de una transición en Europa en los ámbitos de la economía, la vida social, con especial atención a la energía, la movilidad, la vivienda y los sistemas alimentarios con un protagonismo de la Unión Europea en el ámbito internacional como se reitera en el 6º Informe de la Agencia Europea de Medio Ambiente “El Medio Ambiente en Europa. Estado y perspectivas 2020”. Pero este Informe no es autocomplaciente en la medida en que constata la existencia de una gran distancia entre la situación actual del medio ambiente y los objetivos de las políticas de la Unión Europea a corto y medio plazo. Es en este sentido en el que la consecución de una economía hipocarbónica conllevará una “distribución desigual de los costes y los

4 “el legislador está facultado para tener en cuenta los efectos que las actividades ejercidas en Francia pueden tener en el medio ambiente en el extranjero”. *Union française des semenciers* (Nº 2019-823) QPC, 31 de enero de 2020.

5 Por la trascendencia de la misma en su momento, recordamos la sentencia recaída en el asunto *Marismas de Santoña* sobre la exigencia del cumplimiento del derecho ambiental comunitario por los Estados miembros, Asunto C-344/90, Comisión /Reino de España, STJUE de 2 de agosto de 1993.

6 El Pacto Verde Europeo es definido como “una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos”. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 11.12.2019 COM (2019) 640 final.

7 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 20.5.2020 COM (2020) 380 final.

beneficios derivados” de este nuevo enfoque, como claramente sucederá con todas las actividades económicas vinculadas a los combustibles fósiles. Por tanto, es necesario abordar nuevos comportamientos y estilos de vida en los que los gobiernos como el sector productivo o la ciudadanía deben actuar.

No obstante, debemos recordar las dificultades para mejorar los resultados y la eficacia de las actuaciones legislativas comunitarias en torno al medio ambiente. Así persisten la lentitud y complejidad en la conformación de las disposiciones comunitarias, la diversidad de ordenamientos e instituciones de los Estados miembros y la constante presencia de fuertes intereses económicos en determinadas áreas comunitarias. Además, el incumplimiento reiterado por los Estados de la normativa comunitaria bien en la adaptación bien a través de retrasos en la transposición de las Directivas ambientales, solo contribuye negativamente a la protección medioambiental.

Cabe indicar que pese al escenario de crisis económica de la última década que ha afectado también a la mayoría de los países de la Unión Europea, la legislación ambiental de ésta ha realizado una amplia labor que puede ser resumida en una breve enumeración que alcanza a la elaboración de disposiciones sobre la planificación de actividades con incidencia ambiental como de responsabilidad por daños al medio ambiente.

Para la consecución de los objetivos ambientales contenidos en dicha programación se pretende aplicar desde la Unión Europea una estrategia innovadora que se fundamenta en varios elementos, entre los que destacamos la necesidad de legislar mejor, simplificar la legislación existente y dotarla de mayor eficacia así como mejorar su aplicación; todo ello con el apoyo de las mejores prácticas, que las instituciones comunitarias han concretado en “maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión mejorando su aplicación” acompañado de una política de información a la población.

El fundamento normativo se encuentra en el art. 191 del TFUE conforme al que la Unión en materia de medio ambiente “contribuirá” a la consecución de la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales. En todo caso se reitera el objetivo de “alcanzar un nivel de protección elevado” con la observancia de “los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”.

136

II. EL DERECHO DE DISFRUTE DEL MEDIO AMBIENTE.

Tras la constitucionalización del derecho de todos a disfrutar del medio ambiente en el artículo 45 CE y más allá de su entendimiento como principio rector de la política social y económica, es notorio que, pese a su tratamiento prolijo en la doctrina, no se ha conseguido una consideración unánime sobre su naturaleza jurídica y eficacia normativa. En lo que no parece haber duda es en la doble formulación que se contiene en el art. 45 CE que, si de un lado afirma el derecho a disfrutar y, por tanto, la necesidad de proteger y garantizar el ejercicio del mismo, parece tornarse después en un deber colectivo de protección.

Aunque hemos de adelantar desde este momento que el Tribunal Constitucional le ha negado expresamente la calificación de derecho fundamental (STC 199/1996), limitándose a constatar su carácter de principio rector, del que puede derivar una cierta tutela judicial, sin perjuicio de los instrumentos normativos que precisará poner en marcha el legislador para permitir una tutela efectiva del medio ambiente.

La utilización racional de los recursos se convierte en el elemento central del segundo apartado del art. 45 CE. Es cierto que el mandato del constituyente se ha centrado en la imprescindible ponderación entre el desarrollo económico y la protección del ambiente, como garantes ambos de la calidad de vida propugnada en nuestra Norma Fundamental.

De un lado, estamos ante un mandato preventivo, que obliga a la racionalidad del uso de los recursos limitados, de la que pueden derivarse restricciones en el ejercicio de derechos subjetivos para salvaguardar los de la colectividad. De otro lado, este derecho-deber constituye el título habilitante para la acción de los poderes públicos para la consecución de objetivos generales del Estado. Por tanto, la proclamación constitucional del derecho al disfrute del medio ambiente puede entrar en conflicto con otros derechos constitucionalizados y reconocidos a los ciudadanos (propiedad privada, libertad de empresa), que

conllevarán en ocasiones concretas limitaciones al ejercicio de los mismos, a través de mecanismos como la declaración de utilidad pública o de interés social de bienes y derechos que puedan resultar afectados por la tutela ambiental. El medio ambiente constituye el título habilitante de la acción de los poderes públicos para dirigir sus actuaciones hacia el logro de la calidad de vida, a través de diversas técnicas que abarcan un amplio abanico de actuaciones, desde la mera limitación del ejercicio de los derechos, hasta la delimitación de su contenido, pasando por el establecimiento de prohibiciones, autorizaciones, etc.

El reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente no permite pues afirmar con carácter absoluto su prioridad en detrimento de otros principios e intereses generales a los que además se ha de añadir una elevada dosis de incerteza respecto de las repercusiones de las decisiones y acciones sobre el medio ambiente.

Ahora bien, cuando el legislador interno ha abordado la regulación de algunas materias no ha querido avanzar en la exigibilidad ante los poderes públicos de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad. Incluso las normas ambientales más recientes no han incorporado reconocimiento alguno a un derecho subjetivo al medio ambiente que posibilitara su accionabilidad ante los poderes públicos demandando la adopción por éstos de medidas conducentes a la preservación del patrimonio natural, la biodiversidad, la calidad del aire, etc. Antes, al contrario, nada se dice en la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y la Biodiversidad sobre su eventual eficacia. Tan solo señala como objeto de la misma la regulación del régimen jurídico básico de la conservación sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad como parte del deber de conservar y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art.1).

En el mismo sentido en la exposición de motivos de la Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, se puede atisbar un reconocimiento subjetivo del derecho al medio ambiente que se concreta en el derecho de los ciudadanos a “exigir” a los poderes públicos la adopción de las medidas necesarias para preservar la pureza del aire dentro de unos límites que no comprometan su salud y la protección del medio ambiente”, para añadir a continuación, que “en la misma medida se nos debe demandar a todos la obligación de preservar y respetar este recurso natural”. Pero esta afirmación no tiene continuidad en el texto de la norma a través de un precepto explícito de su articulado.

En efecto, se ha pretendido responder a la cuestión fundamental de si el ciudadano es sujeto de un derecho subjetivo con fundamento en su reconocimiento constitucional y, por tanto, en qué posición se sitúa el ciudadano ante la positivación de este derecho en el contexto de los principios rectores de la política social y económica. Por ello, se ha afirmado que estamos en presencia de un derecho subjetivo, de reconocimiento constitucional y configuración legal que posibilita la protección judicial ordinaria (art. 53.3 CE) a través del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), así como en el mandato a los jueces y tribunales de proteger los derechos e intereses legítimos (arts. 7.3 y 19.1 LOPJ), como a través de la acción popular en los casos y formas previstos en las leyes ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 19 LJCA).

En resumen, la caracterización como un derecho subjetivo con fundamento en el art. 45 CE ha tenido acogida en la doctrina con diversa intensidad dada la débil protección del mismo, a juzgar por su ubicación en el Capítulo III, su impreciso contenido, las novedosas formas que plantea su titularidad colectiva, el objeto sobre el que recae, poniendo en valor su dimensión procedimental. No obstante, resulta evidente que del enunciado del art. 45 CE no se deduce un contenido esencial ni tampoco un reconocimiento jurídico de su invocación ante los tribunales.

Además, conviene recordar que no se ha despejado el interrogante sobre en qué consiste el disfrute individual y en su caso colectivo, de un “bien colectivo” como lo es la naturaleza y los recursos naturales y qué se ha de entender por adecuado al desarrollo de las personas.

Las repercusiones que para el ordenamiento jurídico tiene el reconocimiento constitucional de este derecho se pueden concretar a través del análisis de su desarrollo legislativo como de la interpretación jurisprudencial del mismo, dada la tendencia expansiva que presenta el contenido material del medio ambiente dotado además de gran dinamismo. Ahora bien, el hecho de que el legislador no haya elaborado una norma general sobre la protección constitucional del medio ambiente en desarrollo del art. 45 CE, impide inicialmente una mayor concreción respecto del alcance y contenido de este derecho que lo es de configuración legal, que impone obligaciones individuales de preservar el medio ambiente, pero también

conlleva para los poderes públicos la obligación de legislar para posibilitar el ejercicio de este derecho y, en su caso, la imposición de sanciones por el incumplimiento del deber de preservación.

La imposibilidad de otorgar la consideración de derecho fundamental del derecho de disfrute al medio ambiente adecuado ha contado con diversas afirmaciones de nuestro Alto Tribunal al respecto. Así se ha señalado con claridad meridiana que “Derechos fundamentales son, estrictamente, aquellos que, en garantía de la libertad y de la igualdad, vinculan a todos los legisladores, esto es, a las Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, sin excepción (...) Derechos por tanto, que no se reconocen en la Constitución por ser fundamentales, sino que son tales, justamente por venir proclamados en la norma que es expresión de la voluntad constituyente”⁸.

En segundo lugar, no cabe duda que el derecho a disfrutar del medio ambiente ha de informar al legislador positivo, a los órganos jurisdiccionales, así como a los poderes públicos, si bien “sólo podrá ser alegado” de conformidad con lo previsto en las leyes.

En tercer término, debe tenerse en cuenta que este derecho no es susceptible de amparo constitucional. Antes, al contrario, inicialmente el derecho a disfrutar el medio ambiente carece de eficacia directa para el ciudadano de la que se derive un derecho subjetivo, sino que precisa de la interpositio legislatoris para su invocación.

De la jurisprudencia constitucional se extrae que estamos en presencia de un “concepto jurídico indeterminado con un alcance pluridimensional”, al que no se puede negar sin embargo su marcado carácter “antropocéntrico y relativo”⁹, por la imposibilidad de formularlo con pretensiones de intemporalidad, más allá de su concreción “en el medio ambiente circundante”¹⁰. Cuando el TC ha abordado la caracterización del mismo ha afirmado que el art. 45 CE “enuncia un principio rector, no un derecho fundamental” para añadir a continuación que compete a los tribunales “velar por el respeto al medio ambiente” pero siempre de conformidad “con lo que dispongan las leyes” (STC 233/2015). Por tanto, es el legislador el que “ha de llevar a cabo la plasmación de ese principio rector”. Como se reconoce en esta sentencia el Tribunal es consciente de “las dificultades intrínsecas a la propia extensión y abstracción de la noción de medio ambiente, y a la ausencia de parámetros previos que contribuyan a la identificación del contenido de este instituto jurídico”. Para afirmar a continuación que “el principal reconocimiento de los derechos subjetivos en medio ambiente” ha tenido lugar a través del ordenamiento de la Unión Europea con los derechos que denomina “procedimentales”¹¹ a la información, participación y acceso a la justicia.

Es cierto que disponemos de nuevos derechos emergentes como consecuencia de la trasposición del ordenamiento de la Unión Europea, así sucede con el derecho a la información ambiental o el reconocimiento de legitimación procesal para instar la acción de la justicia en defensa del medio ambiente. Este conjunto normativo tras su trasposición al ordenamiento interno a través de la ley 27/2006 ha posibilitado el reconocimiento de derechos a la información, participación y legitimación de los particulares en temas ambientales frente a los poderes públicos. Aunque estos derechos tienen un carácter instrumental no por ello resultan irrelevantes, antes al contrario, constituyen un avance en la posición de la ciudadanía ante los poderes públicos en materia ambiental.

Ciertamente la necesaria trasposición de la legislación de la Unión Europea en materia de medio ambiente ha impedido la inacción u omisión estatal del desarrollo legislativo en materia ambiental.

8 Como ha señalado el TC cuando en la Constitución se recoge el término derecho “se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlos y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella” (STC 31/2010).

9 Para nuestro Alto Tribunal “el carácter complejo y polifacético que tiene las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico” (STC 102/1995).

10 STC 119/2001.

11 “no se antoja casual que el principal reconocimiento de los derechos subjetivos en materia de medio ambiente se haya plasmado, hasta el presente en el Convenio de Aarhus a través de los llamados derechos procedimentales” (STC 233/2015).

Sin embargo, resultaría prolija la enumeración de condenas por parte del TJUE al Estado español por incumplimiento de la normativa ambiental en tiempo y forma que resulta más que evidente en materias como depuración de aguas o tratamiento de residuos.

En esta andadura en busca de una fundamentación más profunda de la tutela ambiental, el marco del CEDH y la interpretación del mismo por el TEDH resulta de gran interés en la medida en la que la innovadora jurisprudencia de aquél en materia ambiental ha influido decididamente en su comprensión en nuestro ordenamiento interno. Salvadas las diferencias presentes en el sistema convencional y en nuestra justicia constitucional, si debemos resaltar la novedosa jurisprudencia que construye el TEDH sobre el art. 8 CEDH, ya que por éste se considera que “la vulneración del derecho al respeto del domicilio no se circunscribe a las vulneraciones concretas o físicas, como la irrupción no autorizada de otras personas en su domicilio, sino que también incluye agresiones inmateriales o incorpóreas, como ruidos, emisiones, olores y otras injerencias. Si las agresiones son graves pueden resultar en la violación del derecho de la persona al respeto de su domicilio porque le impiden disfrutar de sus comodidades”¹².

Ahora bien, conviene no olvidar que no existe una identidad de derechos en el marco convencional y en el constitucional con carácter general, ni tan siquiera se produce dicha identidad en los derechos invocados en ambos ámbitos, al hilo de la correcta interpretación del art. 8 CEDH en cuanto a la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE) y la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de la familia (art. 18 1 y 2 CE).

En efecto, haciendo acopio de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se puede seguir paso a paso la construcción de toda una doctrina sobre la repercusión del ruido y la contaminación acústica en la vida privada de las personas que contrasta, sin duda, con el entendimiento del ámbito de protección de la vida privada a la luz de la jurisprudencia del TC.

Un primer elemento relevante en esta doctrina descansa en la consideración de la existencia de vulneración del art. 8 CEDH cuando se produce la injerencia a través de la contaminación acústica, para el TEDH “el ruido de los aviones del aeropuerto de Heathrow ha disminuido la calidad de la vida privada y el disfrute del hogar de los demandantes, aunque en grados muy distintos”¹³. El siguiente paso en esta evolución permitió al Tribunal de Estrasburgo, dictaminar que “los daños graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de tal modo que su vida privada y familiar se vea perjudicada, sin por ello poner en grave peligro la salud de la interesada”¹⁴. El Tribunal falló que “la incidencia directa de las emisiones nocivas sobre el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar permite concluir que procede aplicar el art. 8”¹⁵.

No se puede negar que las sucesivas condenas al Estado español por el TEDH incorporan al presente análisis argumentos complementarios respecto de la invocabilidad ante las administraciones y los órganos jurisdiccionales internos de los elementos configuradores del derecho a disfrutar del medio ambiente. Ahora bien, es preciso contextualizar el ámbito en el que el TEDH y el TC pueden establecer una comunicación en orden a la protección ambiental en general y frente a la injerencia que supone la contaminación acústica en particular.

La argumentación fundamental sostenida por el Tribunal de Estrasburgo en las sucesivas condenas al Estado español en el Caso Moreno Gómez¹⁶, Caso Martínez Martínez¹⁷, Caso Cuenca Zarzoso¹⁸ consiste en sostener la interpretación del art. 8 CEDH, que admitiría su aplicación a los asuntos ambientales, “sea la contaminación directamente causada por el Estado o que la responsabilidad de este último se desprenda de la ausencia de una normativa adecuada de la actividad del sector privado”. Por tanto, corresponde al TEDH

12 Caso *Hatton y otros contra Gran Bretaña*, STEDH de 2 de octubre de 2001.

13 Caso *Powell y Rainer contra Reino Unido*, STEDH de 21 de enero de 1990.

14 Caso *López Ostra contra España*, STEDH de 9 de diciembre de 1994.

15 Caso *Guerra y otros contra Italia*, STEDH de 19 de febrero de 1998.

16 Caso *Moreno Gómez contra España*, STEDH de 16 de noviembre de 2004.

17 Caso *Martínez Martínez contra España*, STEDH de 18 de octubre de 2011.

18 Caso *Cuenca Zarzoso contra España*, STEDH de 16 de enero de 2018.

concretar si los daños cuyo origen estaba en el ruido producido superaron un umbral mínimo de gravedad para constituir una violación del art. 8 CEDH. El resultado de dicha valoración permite apreciar al Tribunal, a tenor de la intensidad de los ruidos padecidos –nocturnos y superando altamente el nivel permitido y debido a que estos fueron continuados durante años-, un incumplimiento por parte del Estado español de su obligación de garantizar el derecho del demandante al respeto de su domicilio y su vida privada, ignorando el CEDH.

Es cierto que las resoluciones comentadas del Tribunal de Estrasburgo han conseguido impulsar una aún tímida tentativa de construcción de una incipiente protección del ciudadano frente a los poderes públicos por episodios de contaminación acústica, que han tenido continuidad en sucesivas sentencias condenatorias en vía penal del Tribunal Supremo por contaminación acústica. Pero las aportaciones del TEDH hasta ahora comentadas no suplen ni permiten superar los límites constitucionales impuestos al derecho de todos al medio ambiente, que han quedado sucintamente expuestos con anterioridad; incluso la recepción de esta jurisprudencia formalmente incorporada por nuestro Alto Tribunal, contrasta con la dificultad concreta para asumir las consecuencias que de ella se derivan como se puede constatar en las SSTC 119/2001, 16/2004, 25/2004 y 150/2011.

Inicialmente el Tribunal en la STC 119/2001 mostró una consideración progresiva en el ámbito de la protección de los derechos al admitir que “los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales”. En esta resolución se actualiza la doctrina del Tribunal de un lado, pero se atisban también dudas razonables a cerca del alcance del objeto de protección, a través de sendos votos particulares que acompañan el parecer mayoritario de los miembros del mismo.

En efecto, quizá resulta más relevante la doctrina que se contiene en el voto particular de la citada STC 119/2001 formulado por el Magistrado Garrido Falla en el que se plantea desde una perspectiva totalmente diferente una cuestión de la mayor relevancia, esto es “hasta qué punto la administración pública requerida está obligada a dispensar la protección que de ella se solicita”. Esta previa obligación es en opinión del Magistrado autor del citado voto particular, “el presupuesto que ha de tenerse en cuenta para admitir o negar la existencia de nexo causal entre la inactividad administrativa y la lesión del derecho fundamental alegado”. En suma, la cuestión que se nos traslada es “si a un Ayuntamiento corresponde, en uso de sus potestades, impedir que actuaciones de particulares, sujetas a autorización o licencia administrativa, perturben los derechos fundamentales aquí convocados y si el ejercicio de tales potestades se convierte en obligatorio cuando la agresión a los derechos fundamentales alcanza un determinado nivel de gravedad”.

A continuación, cabe recordar como en la STC 150/2011 aun teniendo presente nuestro Alto Tribunal la jurisprudencia del TEDH, se reitera en una interpretación autónoma para la resolución del recurso de amparo planteado. Es cierto que el TC se hace eco de la repercusión de la contaminación acústica en el legítimo ejercicio del derecho fundamental y de modo complementario asume la percepción del impacto que puede tener para la intimidad personal y familiar así como para la inviolabilidad del domicilio. Esta percepción ha permitido determinar a nuestro Alto Tribunal cómo “una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario”, siempre que incidan en modo considerable en el libre desarrollo de la personalidad y “la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (STC 16/2004). Sin embargo, nuestro Alto Tribunal no ignora que el ruido puede tener incidencia en “otros valores y derechos constitucionales” o legales, pero cuya protección se llevaría a cabo por cauces diferentes al amparo constitucional. En suma, el objetivo de este enjuiciamiento se debe ceñir a “la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales” que en el recurso se alegan. Para el TC “cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)”. Evidentemente el riesgo o daño a la salud debe ser cualificado. Resulta pues “indispensable” que el recurrente “hubiese acreditado bien que padecía un nivel de ruidos que le producía insomnio y, en consecuencia, ponía en peligro grave e inmediato su salud, bien que el nivel de ruidos existente en el interior de su vivienda era tan molesto que impedía o dificultaba gravemente el libre

desarrollo de su personalidad”. La desestimación del recurso tendrá lugar, ya que no ha resultado acreditada una lesión real y efectiva de derechos con prueba individualizada, más allá del hecho de que el demandante de amparo residiera en una zona declarada acústicamente saturada.

Pero aun cuando se trata de una sentencia de pleno, junto al parecer mayoritario del Tribunal debemos detenernos en los dos votos particulares formulados que reflejan concepciones diversas sobre el procedimiento de protección, los derechos en juego y la solución finalmente alcanzada por el TC.

El voto particular suscrito por el Magistrado Aragón Reyes recoge un punto de vista diverso de la línea argumental hasta ahora objeto de consideración. El contenido de este voto reviste un especial interés ya que no sólo evita cualquier extensión en el entendimiento del principio rector ex art. 45 CE a la protección conferida a los derechos fundamentales, sino que se aparta expresamente del antecedente jurisprudencial que supuso la STC 119/2001. En efecto, para este Magistrado, el derecho frente al ruido ex art. 8.1 CEDH, aquí comentado al hilo de la jurisprudencia del TEDH en su dimensión de afectación a la vida privada, aunque “sea un derecho subjetivo aplicable por los Jueces y Tribunales de Justicia españoles de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 CE, no significa en modo alguno que, además, sea en España un derecho fundamental, en el sentido constitucional del término, tutelable en amparo por el TC, (...) que parte de una interpretación insostenible (...) de la previsión contenida en el art. 10.2 CE”.

La discrepancia del Magistrado Aragón Reyes lo es con la fundamentación de la previa STC 119/2001 y no comparte la asunción “acrítica” por nuestro Alto Tribunal de la resolución del Tribunal de Estrasburgo en el Caso Moreno Gómez en la citada sentencia, al margen de entender que “resulta cuanto menos discutible que un bien jurídico como la salud, configurado como un principio rector por el art. 43.1 CE, pueda alcanzar protección mediante recurso de amparo ante el TC, a través de una muy difícil extensión del contenido o alcance del derecho fundamental a la integridad física y moral”.

Un primer motivo esgrimido por este Magistrado afecta al bien jurídico salud que aparece afectado por la exposición continuada a ruidos intensos, pues en todo caso siempre estaremos en presencia de un principio rector y, por ello, “resulta cuando menos discutible” que se pueda beneficiar de la protección que implica el recurso de amparo, ya que resulta, en palabras del Magistrado, “de una muy difícil extensión del contenido o alcance del derecho fundamental a la integridad física y moral”.

No se discute el razonamiento realizado por el TEDH en orden a la protección de la vida privada y familiar frente al ruido ambiental en virtud de la interpretación que se ha realizado del art. 8. CEDH. Ahora bien, entiende el Magistrado que no cabe colegir de dicha interpretación la consideración como derecho fundamental y, por ello, susceptible de amparo constitucional. La clave se encuentra en la interpretación del alcance que se conceda al artículo 10.2 CE que entiende el Magistrado Aragón Reyes no es una cláusula aditiva que haga posible, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en relación con un derecho proclamado en el CEDH, “ampliar el listado de derechos fundamentales” o “mutar la naturaleza” de los derechos reconocidos en la Constitución española. El recto entendimiento de dicho precepto se concretaría en su carácter interpretativo que “únicamente impone que los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución (..) se interpreten de conformidad con lo establecido en los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España”¹⁹.

En tercer lugar, la discrepancia se extiende a las consecuencias que se extraen de la jurisprudencia del TEDH como de los precedentes del Alto Tribunal en esta materia, de cuyo criterio expresamente se separa el Magistrado, toda vez que considerar que a través del ruido ambiental “se pueda lesionar los derechos a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad de domicilio, incurre en un grave error conceptual, pues implica una incorporación encubierta de nuevos derechos” (derecho frente al ruido o derecho al silencio) o cuando menos una radical alteración del contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 18.1 y 2 CE (STC 150/2011).

El voto particular formulado por el Magistrado Ortega Álvarez hace hincapié en la inexistencia de un

19 “el art. 10.2 no permite incorporar nuevos derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución, ni alterar la naturaleza de los reconocidos expresamente en la misma ampliando artificialmente su contenido o alcance, ni, por tanto, extender la tutela mediante el recurso de amparo a otros derechos y libertades” más allá de lo preceptuado en el art. 53.2 CE”.

reconocimiento expreso en el CEDH de un derecho al medio ambiente como ha recogido la jurisprudencia del TEDH, si bien “cuando un ruido u otro contaminante afecta a un individuo, puede plantearse un problema en virtud del art. 8 del Convenio”. La discrepancia del Magistrado con la mayoría del Pleno en esta sentencia radica en que no realiza una interpretación compatible del art. 18.1 y 2 CE con el art. 8 del CEDH, tal y como ha sido interpretado por el TEDH. La formulación que se propone sería la de un derecho fundamental derivado de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del art. 18.1 y 2 en conexión con el art. 10.2 CE a la inexistencia de ruido en el entorno sin necesidad de prueba en el interior de la vivienda (STC 150/201).

Con posterioridad a estos pronunciamientos nuestro Alto Tribunal si bien ha recordado como la doctrina del TEDH “es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales”, sin embargo “el derecho a la vida familiar que se deriva de los art. 8 CEDH y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea “no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE” (STC 186/2013).

Podemos concluir tras el análisis de la jurisprudencia más relevante del TEDH y del TC en materia de ruido y contaminación acústica y su incidencia en la intimidad personal e inviolabilidad domiciliaria, la relativa virtualidad de esta jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el reconocimiento por nuestro Alto Tribunal de la protección del medio ambiente, ya que evidencia la relevancia alcanzada por el medio ambiente, en la medida en que se ha llegado a afirmar que “estos derechos han adquirido (...) una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales”. En el mismo sentido, es positiva la mención a su protección no sólo frente a injerencias externas “sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada” (STC 119/2001). Ahora bien, el carácter condicional del tiempo verbal empleado no es gratuito ya que el Tribunal parece consciente de la imprevisibilidad de dichos riesgos y la necesidad de otorgar algún tipo de protección frente a los mismos.

III. EL DEBER DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.

142

3.1. El deber de todos de conservar el medio ambiente

Hemos señalado con anterioridad la dificultad de concretar el mandato constitucional relativo al derecho al disfrute por los ciudadanos del ambiente. En relación con la obligación de proteger el medio ambiente, conlleva menor dificultad la caracterización del mismo como un deber constitucional, que se impone a los poderes públicos y a los ciudadanos²⁰. Se trata sin duda de un deber de conservación, aun cuando tampoco puedan precisarse mucho más sus perfiles en un momento inicial. Sin embargo, las consecuencias que se derivan de la normativa de la Unión Europea en materia ambiental con fundamento en las exigencias derivadas del art. 96 CE, como de los propios términos de nuestro ordenamiento jurídico, nos permitirán una mayor concreción²¹.

Como señalara Rubio Llorente los deberes constitucionales “sirven finalidades o intereses muy diversos” que en el caso del deber de conservación del medio ambiente no resultan tan evidentes²². Así se ha apuntado que serían destinatarios de este deber genérico de conservación tanto los ciudadanos para

20 “la obligación de proteger el medio ambiente constituye, en varios sentidos, un principio fundante de la legitimidad de la actuación estatal”, Vid. F. SIMÓN YARZA, *Medio Ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012, p. 95.

21 “La exégesis de la proclamación constitucional de defender y restaurar el medio ambiente, o dicho en otras palabras, la tarea de velar por la garantía del cumplimiento de las obligaciones que dimanar de este precepto constitucional se presenta siempre compleja” (STC 233/2015).

22 “El contenido jurídicamente decisivo del artículo 45 de la Constitución es, en consecuencia, el que erige esta protección en finalidad necesaria de los poderes públicos, pues sólo en la medida en la que estos lo definen, al adoptar medidas concretas para protegerlo, adquiere realidad el medio ambiente que todos tienen el derecho de gozar y el deber de conservar”. Vid., F., RUBIO LLORENTE, “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 62 p. 21.

la protección de este interés colectivo como los poderes públicos, especialmente el legislador por cuanto el mandato constitucional incluye el desarrollo del mismo a cuyo cumplimiento quedan obligados los ciudadanos. No obstante es evidente que en este deber de conservación se aprecia una suerte de deber de solidaridad tanto individual como colectivo de la ciudadanía, que afecta no sólo a la generación presente sino también a las futuras. Por tanto, la necesaria interpositio legislatoris cobra igualmente protagonismo en los restantes apartados del art. 45 CE. Es claro que a partir del art. 9.1 CE existe una obligación general de cumplimiento del ordenamiento jurídico, si bien hemos de reconocer que este deber de conservar aparece formulado como una proposición jurídica incompleta. El mandato constitucional es inequívoco pero corresponderá al legislador precisar el resultado que se debe obtener, así como los medios con los que se ha de contar para su consecución, por lo que se ha destacado “la centralidad del deber” que se contiene en este precepto²³. Solo a través del desarrollo legislativo se podrán reconocer deberes vinculados al artículo 45 CE pero necesariamente lo serán de configuración legal. En este sentido cobra toda su actualidad el debate en torno al deber genérico de protección ambiental y, si a partir de aquél, cabe hablar de la generación de una obligación jurídica, esto es, si jurídicamente es exigible, accionable ante los tribunales ese deber con suficiente fundamentación constitucional.

Entendemos que estamos ante un deber genérico pero que sólo deriva en una obligación jurídica en la medida en que el legislador ha precisado su contenido, por lo que el análisis del desarrollo legislativo es crucial para alcanzar un mayor nivel de concreción. En todo caso, ese deber se concretará en obligaciones de abstención de determinadas conductas conducentes a causar daños ambientales en el caso de las personas, si bien en algunos supuestos el legislador prevé conductas positivas bien de los titulares de predios o de las actividades económicas con repercusiones ambientales, como de los poderes públicos²⁴. Ahora bien, hemos de diferenciar el deber de los ciudadanos de protección del medio ambiente de aquel otro que recae sobre los poderes públicos.

En el caso de los ciudadanos más allá del ámbito administrativo sancionador, el incumplimiento del deber de protección ambiental puede ser analizado también desde la óptica del derecho penal. En efecto, el legislador ha llevado a cabo la tipificación penal de determinadas conductas contrarias al deber de protección del medio ambiente. Aunque el TC se ha manifestado sobre la constitucionalidad de esta técnica de norma penal en blanco²⁵ por remisión al legislador no penal, lo cierto es que esta cuestión ha generado un margen de inseguridad jurídica indudable. Este marco se completa con las exigencias derivadas de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Ambiental y su reforma de 2015. Los deberes que ha impuesto el legislador a los particulares así como a los operadores económicos en esta norma implica, entre otras, la obligación a “Los operadores de las actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley (que) están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos”. Estamos pues en presencia de un verdadero deber legal expresamente señalado por el legislador. En todo caso hay que lamentar que el Real Decreto 183/2015 haya reducido las actividades que quedan sujetas a la constitución de una garantía financiera con la crisis económica como justificación de esta medida.

Por cuanto se refiere a las obligaciones de los poderes públicos para la protección del medio ambiente, si bien es bastante complejo precisar qué tipo de prestaciones o acciones se han de llevar a cabo en desarrollo de este mandato constitucional, un breve recorrido por las normas sustantivas permite determinar claros objetivos de los que puede derivarse una obligación real exigible a éstos. Compete pues al legislador precisar en qué conductas se concreta dicho mandato, incluso cabe imaginar su omisión que podría constituir una violación del art. 45 CE.

El deber de proteger un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona se ha reconocido por el legislador especialmente en la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, reformada por la Ley 33/2015, a través de la regulación del régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible,

23 “hay un mandato dirigido a los ciudadanos que precisa de la efectividad por parte de los poderes públicos”. Vid. A., BETANCOR RODRÍGUEZ, *Derecho Ambiental*, op. cit., p. 519.

24 STC 64/1982.

25 STC 127/1990.

mejora y restauración de éstos. Con este punto de partida el legislador ha afirmado que “El patrimonio natural y la biodiversidad desempeñan una función social relevante por su estrecha vinculación con el desarrollo, la salud y el bienestar de las personas y por su aportación al desarrollo social y económico” (art. 4.1). La vertiente del deber de conservación alcanza a la obligación por parte de las Administraciones Públicas de velar por la conservación y la utilización racional del patrimonio natural en todo el territorio nacional (art. 5.1), atendiendo a la “prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística”, así como al principio de precaución que ha de informar cualquier intervención que se pueda llevar a cabo sobre espacios naturales o especies silvestres. Además, se introduce una visión transversal de la protección medioambiental de modo que se lleve a cabo por todos los poderes públicos en su ámbito competencial correspondiente “la integración” de estos objetivos ambientales en la toma de decisiones en el ámbito político, económico y social, así como la participación justa y equitativa en el reparto de beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Estamos pues ante un claro mandato legal a los poderes públicos que, en este caso, sí creemos accionable ante los tribunales de justicia su incumplimiento por aquéllos²⁶.

Ocurre igual con la exigencia en materia de Parques Nacionales a “todos los poderes públicos” de velar por la conservación de los parques nacionales (art. 2) que el legislador ha recogido como deber (art. 2), con la correlativa previsión de la acción pública para “exigir ante los órganos administrativos y los tribunales de justicia la estricta observancia” de dicha Ley 30/2014 de Parques Nacionales (art. 39).

En el mismo sentido, la Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección Atmosférica y su reforma de 2015 se refiere a obligaciones de los titulares de las instalaciones donde se desarrollen actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera. También se contiene un claro mandato en la Ley de respeto y contribución a la preservación del medio ambiente y el paisaje, así como de abstención de llevar a cabo actuaciones que contaminen el aire, el agua, el suelo y el subsuelo (art. 6 del Real Decreto Legislativo 7/2014 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y Rehabilitación Urbana).

Pero no parece que en todas las ocasiones se hayan atendido las Administraciones a dicha exigencia constitucional y legal. Es más, en ocasiones a través de la aprobación de leyes “singulares” o con disposiciones de los ejecutivos autonómicos no sólo se ha puesto en entredicho el cumplimiento del mandato del art. 45 CE, sino también el control por los órganos jurisdiccionales de determinados proyectos sin justificación suficiente.

La escasa jurisprudencia constitucional en la materia ha precisado desde su inicio la protección como actitud defensiva frente a la amenaza al ambiente que abarca indudablemente la conservación de lo existente pero también una vertiente dinámica tendente al mejoramiento. No estamos pues ante un ordenamiento neutro cuanto “el sello de identidad de esta finalidad tuitiva es hacer frente” al deterioro ambiental y a la calidad de vida que permite al Tribunal Constitucional afirmar el contenido del deber de protección que corresponde a los poderes públicos, esto es “no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente” conlleva la idea de no regresión “como principio que se predica del ordenamiento jurídico” (STC 233/2015).

Son, sin duda, las administraciones públicas las que, dentro de la ejecución de sus competencias respectivas, en ocasiones han podido subvertir el propio ordenamiento jurídico desconociendo o vulnerando abiertamente el mandato constitucional de protección del medio ambiente.

En múltiples ocasiones, la legislación de costas, suelo, aguas, condiciona claramente la planificación del territorio y sus usos con consecuencias, entre otras, en la ubicación de proyectos estratégicos para el desarrollo de la comarca o el trazado de nuevas infraestructuras y vías de comunicación. Es especialmente relevante en este sentido, por su incidencia en la ordenación del territorio y la planificación urbana, la previsión de la Ley 22/1988, de Costas vigente hasta su reforma en 2013, relativa a la servidumbre de protección sobre la zona marítimo-terrestre. Pues bien, su nivel de observación y cumplimiento ha sido muy débil, ya que la transformación del litoral se ha producido en numerosas ocasiones a través de desarrollos urbanísticos transgresores de dicha norma. Ocurre también que el legislador autonómico, al hilo de la regulación específica sobre urbanismo y ordenación del territorio ha previsto instrumentos que pudieran

26 Pero como ha señalado Alegre Martínez, “la difícil exigibilidad de los deberes, sobre todo la de su cumplimiento por parte de los poderes públicos, echa por tierra cualquier intento de elaborar una teoría sobre los mismos”. Vid., M. A. ALEGRE MARTÍNEZ, “Los deberes en la Constitución española: esencialidad y problemática”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, 2009, p. 290.

soslayar las exigencias derivadas de la Ley de Costas²⁷.

La puesta en marcha de proyectos de contenido económico con incidencia en la ordenación del territorio pueden no solo entrar en conflicto con la legalidad de la zona marítimo-terrestre, sino incluso colisionar con la regulación de los espacios naturales declarados protegidos contiguos a dicha zona²⁸.

La legislación singular en apoyo de proyectos de desarrollo ha permitido constatar en determinadas ocasiones la ponderación entre la protección ambiental y el desarrollo económico. Así, respecto de la ordenación del territorio y la planificación urbanística, concurren diversos mandatos del legislador de obligado cumplimiento para las administraciones que no pueden ser desatendidos en atención al legítimo ejercicio de una competencia en el ámbito de su autonomía institucional. En efecto, aun cuando se reconoce por el Tribunal Supremo a la Administración un margen de discrecionalidad para la elección del terreno adecuado para el desarrollo del proyecto, se reafirma a continuación que queda siempre sujeto al control jurisdiccional y, por ello, se examina la oportunidad de que un terreno clasificado previamente como suelo no urbanizable común “pase a tener la clasificación de urbanizable a fin de hacer posible su incorporación al proceso urbanizador”²⁹.

El desarrollo de proyectos de ocio y deporte ha estado entre las iniciativas adoptadas por las administraciones autonómicas y municipales, si bien la impugnación de los acuerdos aprobatorios de dichos proyectos ante la jurisdicción y, su ulterior paralización como consecuencia de las resoluciones de aquélla, ha dado lugar a la adopción por algunos parlamentos autonómicos de normas orientadas a soslayar las resoluciones judiciales y sacar adelante los proyectos por sus teóricos beneficios sociales para la Comunidad afectada. En ocasiones, a través de la intervención del legislador autonómico, en el ámbito de sus competencias, se ha acudido a la aprobación de una ley singular para eludir las consecuencias derivadas de estos pronunciamientos contrarios a dichos proyectos y, con justificación en los beneficios para el desarrollo económico con el objeto de posibilitar la ejecución de aquéllos. En estos casos, el canon de constitucionalidad que debe utilizar nuestro Alto Tribunal “al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación”³⁰.

En otras ocasiones las actuaciones sobre vías fluviales y nuevas vías de comunicación han evidenciado el riesgo potencial para el medio ambiente de su ejecución pese a las aparentes ventajas de desarrollo económico de dichos proyectos³¹.

27 STS de 19 de octubre de 2009 por la que se anula la declaración de una zona de reserva de 287 hectáreas de suelo de dominio público marítimo terrestre en el área de Las Aletas, Puerto Real (Cádiz). Pues bien, ocho años más tarde el Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar al respecto de la reserva de suelo con un fallo que reitera no queda acreditado que este proyecto “no puede tener otra ubicación” pese a que fue objeto de reconsideración en un nuevo acuerdo del Consejo de Ministros en el año 2015. En esta ocasión el Tribunal Supremo ha señalado que “ninguna justificación existe de que la opción elegida tuviera algún punto de conexión con la necesidad de ocupar el demanio en función de la naturaleza de la actividad o de las instalaciones. En segundo lugar, el hecho de que se hayan discriminado usos con la finalidad de ocupar una menor superficie de dominio público, no es razón para justificar la necesidad de ocupar la superficie afectada” (STS de 31 de marzo de 2017).

28 Constituye un claro ejemplo del incumplimiento por parte de las administraciones del deber de proteger el medio ambiente en un espacio natural protegido el denominado caso Algarrobico. Es por ello que el Tribunal Supremo ha reiterado en la resolución de este asunto la “superioridad del planeamiento medio ambiental sobre el urbanístico (reflejo de la preponderancia de los valores medioambientales sobre los de mera ordenación del territorio (...)) sino que el planeamiento urbanístico ha de adaptarse a lo establecido en el planeamiento ambiental” (STS de 10 de febrero de 2016).

29 En el caso del Proyecto de Interés Regional Marina de Valdecañas, el Tribunal Supremo resolvió que “se escogen unos terrenos de una protección medioambiental extrema, sin conocerse si era admisible la ubicación del mismo en terrenos con menor protección o incluso sin protección alguna que existiera en la comarca que se dice querer beneficiar” (STS de 3 de julio de 2009).

30 Por STC 203/2013 se resolvió la inconstitucionalidad de la Ley de las Cortes de Castilla y León 6/2007, de aprobación del Proyecto Regional Ciudad del Medio Ambiente. En el mismo sentido entre otras, STC 129/2013, que declara la inconstitucionalidad de la Ley de las Cortes de Castilla y León 9/2002, sobre declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad.

31 El Tribunal Supremo ha concluido que cuando una actuación, como el dragado del canal de navegación del Puerto de Sevilla, comporta o puede comportar, un riesgo para “un lugar singularmente protegido desde el punto de vista medioambiental

Pero sin duda ha sido en los proyectos de nuevos desarrollos urbanísticos donde se aprecia, en mayor medida, la ausencia de justificación suficiente por las administraciones competentes del cambio de calificación del suelo con la consiguiente infracción del ordenamiento ambiental. En diversos supuestos los Tribunales han señalado la obligación de las administraciones de llevar a cabo expresamente la justificación suficiente de dicha modificación³². Algunos de estos proyectos constituyen sin duda alguna una clara manifestación de la regresión ambiental, más allá de los efectos de seguridad jurídica que conlleva para los distintos operadores jurídicos. Sucede así que la administración autonómica, a través de disposiciones reglamentarias, ha impulsado la realización de determinados proyectos de dudosa compatibilidad con la protección ambiental. En este sentido, la aprobación definitiva de un Plan Parcial de ordenación de un sector de un municipio, sin atender la exigencia de llevar a cabo la evaluación estratégica del mismo constituye un incumplimiento de la normativa ambiental³³. Así ocurre cuando se lleva a cabo la recalificación como urbanizable de un suelo que, con anterioridad a la aprobación del nuevo PGOU del municipio estaba calificado como suelo rústico atendiendo a sus valores agrícolas y paisajísticos³⁴, o por parte de la administración competente no se ha acreditado “la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas” de la población prevista con la reforma de la ordenación urbana³⁵.

No obstante cuando se han obtenido resoluciones judiciales favorables a la protección ambiental las dificultades para la ejecución de las mismas se prolongan a través del tiempo sin actuación alguna en orden a la restauración del espacio transformado (Algarrobo, Balsas de Fosfoyesos, Marina de Valdecañas, etc.).

3.2. El cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Antes hemos señalado el alcance y consecuencias de nuestra pertenencia a la Unión Europea como al Consejo de Europa así como su reconocimiento por el TC³⁶. Pues bien, la relevancia del ordenamiento ambiental de la Unión queda fuera de toda duda también en el ámbito de las obligaciones que impone a sus destinatarios. La trasposición de aquellas normas conlleva una serie de obligaciones para los poderes públicos y los particulares de diverso alcance. El desarrollo legislativo mediante su trasposición, la adopción de políticas públicas, como de procedimientos administrativos y obligaciones de resultado, dibujan un amplio panorama de “deberes ambientales” que alcanzan tanto al sector público como al privado y a los ciudadanos. Aunque en determinados ámbitos la actitud de nuestras autoridades ante las exigencias ambientales no resulte satisfactoria bien por retraso³⁷ bien por la reiteración en su no cumplimiento³⁸.

Los Estados han de cumplir dichos compromisos fundamentalmente a través de políticas y medidas domésticas que, por lo que se refiere al ámbito del cambio climático se concreta en la reducción de emisiones en su propio territorio, si bien el Protocolo de Kyoto prevé también que “puedan acudir a los llamados

como es Doñana” (STS de 26 de febrero de 2015).

32 STS de 5 de febrero de 2015.

33 Se incluían “variaciones de muy notable calado sobre las inicialmente previstas, afectando de lleno a todos los parámetros urbanísticos”. Por lo que se concluye que se ha desatendido la obligación legal de llevar a cabo la evaluación ambiental estratégica (STS de 10 de marzo de 2015).

34 La administración que instó dicha recalificación no ha motivado ni justificado el cambio de calificación del suelo afectado. STS 14 de octubre de 2014.

35 STS de 8 de noviembre de 2016.

36 “... debemos tomar en consideración, asimismo, el principio de integración de los fines de protección del medio ambiente en todos los ámbitos de acción de los poderes públicos en aras a la consecución de un desarrollo sostenible, formulado expresamente en el ámbito del Derecho de la Unión Europea (arts. 3 TUE, 37 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, y 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y que en nuestro marco constitucional opera en los términos del artículo 45 CE (STC 15/2018)”.

37 Ocurre así con la resolución del Asunto C-454/14 que resuelve el recurso por incumplimiento contra España de la Directiva 1999/31 relativa al vertido de residuos.

38 Asunto C-205/17 que resuelve el recurso por no adopción de las medidas necesaria para la ejecución de la sentencia recaída en el Asunto C-343/10 en materia de recogida y tratamiento de las aguas residuales urbanas que impone una multa coercitiva y suma a tanto alzado.

mecanismos de flexibilidad para alcanzar parte de sus metas” (STC 15/2018). Es desde esta perspectiva que se puede y se debe accionar la exigencia para que los Estados adopten las medidas adecuadas para la consecución de dicha reducción. Constituye pues este un ejemplo de obligaciones específicas para el Estado español que se deben concretar en la adopción de mecanismos para un desarrollo limpio a través de la adopción de las actuaciones pertinentes al objeto de dar cumplimiento al compromiso asumido de reducir o limitar las emisiones a la atmósfera, la puesta en práctica de proyectos de reducción de emisiones, etc. Es decir, estamos ante compromisos concretos asumidos por el Estado español como miembro de la Unión Europea parte firmante del Protocolo de Kyoto y de la Cumbre de París. Los compromisos adquiridos por el Estado español pueden ser individualizados, así la reducción o limitaciones de las emisiones no solo derivadas de la firma de dicho Protocolo sino también de la Directiva 2003/87 que establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y constituyen deberes ineludibles.

Es desde esta perspectiva de exigencia a los Estados del cumplimiento de sus obligaciones internacionales que asistimos a nuevos planteamientos de acciones judiciales orientadas a obtener la tutela ambiental por parte de los tribunales. Queremos fijar la atención en los esfuerzos por extender la legitimación para lograr una “justiciabilidad” de la protección ambiental que ha resultado a nuestro juicio insuficiente. Es evidente que en materia de medio ambiente se pueden producir daños indirectos o potenciales a destinatarios de difícil individualización, a los que sólo en contadas ocasiones se les faculta para instar la defensa de sus intereses. Los órganos jurisdiccionales han reconocido en alguna ocasión un entendimiento más amplio de la legitimación en materia ambiental, en la que han tenido cabida no sólo los ciudadanos, sino también las corporaciones, asociaciones y grupos afectados, o legalmente habilitados para su defensa y promoción. Pero desde la perspectiva del ciudadano, el elemento definitorio del derecho al ambiente, como derecho de los denominados de la tercera generación es que introduce nuevas formas de titularidad señalados con anterioridad, especialmente procesal, más allá de la concepción individualizada de la lesión, que requiere innovadoras respuestas del legislador para la defensa de los denominados intereses legítimos colectivos.

Prevalece, eso sí, a tenor de la experiencia el mandato a los poderes públicos, la acción positiva como deber de éstos de protección del ambiente que, a través de la integración en nuestro ordenamiento del derecho ambiental europeo, nutre de obligaciones y exigencias a nuestro legislador, y administraciones, dotando a nuestros órganos jurisdiccionales de instrumentos para sancionar en su caso los incumplimientos de este mandato, en gran medida exigido por la normativa comunitaria y los convenios internacionales en los que el Estado español ha sido parte.

Sin duda con la Ley 27/2006 de regulación del derecho de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia se incorporó a nuestro ordenamiento el Convenio Aarhus. El objeto de dicha norma, entre otros, es el de “instar la revisión administrativa y judicial de los actos u omisiones imputables” a los poderes públicos que constituyan vulneraciones de la normativa ambiental (art.1,c). Este precepto se concreta más adelante en el reconocimiento del ejercicio de la acción popular frente a actos y omisiones de aquellos contrarios a la legalidad ambiental “en los términos previstos” en esta norma (art. 3.3). Aunque el alcance de dicho Convenio es cuestionable a tenor de la interpretación que por los órganos jurisdiccionales se ha hecho del derecho de acceso por “los “miembros del público” a un procedimiento rápido previsto en la norma “que sea gratuito o poco oneroso (art. 9.3)³⁹. Se completa este reconocimiento haciendo extensiva la consideración de interesados a las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales que sean “titulares de intereses legítimos” en los términos previstos en el ordenamiento, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.2 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Es en este sentido en el que se debe acudir a las acciones de exigencia del cumplimiento de obligaciones de los Estados y gobiernos para instar a los tribunales pertinentes a que se exija el cumplimiento de los acuerdos adoptados.

Una interesante vía que se ha utilizado, entre otros, en el caso Urgenda contra Holanda, en el que

39 “una organización de defensa del medio ambiente legalmente constituido y que opera de conformidad con las exigencias prescritas por el derecho nacional debe tener la posibilidad de impugnar ante los tribunales una decisión de autorización de un proyecto que pueda ser contrario a la obligación de prevenir el deterioro del estado de las masas de aguas impuestas por el art. 4 de la Directiva 2000/602”. Asunto C- 664/15.

con fundamento en los art. 2 y 8 CEDH se instó primero en la jurisdicción ordinaria y más tarde ante el Tribunal Supremo holandés la protección de los derechos a la vida y a la intimidad familiar por el riesgo que supone para la ciudadanía el cambio climático⁴⁰. En suma, se trata de una vía para, a través de los tribunales de justicia, obtener un pronunciamiento sobre los riesgos que para los derechos fundamentales tiene el cambio climático y singularmente el derecho a la vida, por ello la necesidad de actuar del Gobierno de Holanda para la reducción de las emisiones en los términos comprometidos a través de los compromisos internacionales adquiridos a partir del Convenio Marco de las Naciones Unidas contra el Cambio Climático⁴¹. En la medida en que por el Estado holandés no se ha reducido las emisiones en los porcentajes comprometidos de las que son responsables, esta inacción está poniendo en peligro los derechos consagrados en el CEDH. Con posterioridad al fallo judicial comentado y con miles de firmas de ciudadanos varias ONGs del ámbito de la protección ambiental han presentado una demanda contra la multinacional petrolera Shell en La Haya al objeto de que por los tribunales se obligue a dicha compañía a reducir sus emisiones de CO₂.

Ocurre igual con el caso Cordella y otros contra Italia⁴² interpuesto por un colectivo de vecinos de una población italiana de Tarento que denuncian a una fábrica siderúrgica por la violación de los derechos a la vida y al respeto a la vida privada y a un recurso efectivo por la polución constante y reiterada. En esta ocasión a juicio del Tribunal los informes científicos aportados atestiguan la existencia de un nexo causal entre la actividad productiva de la sociedad industrial y la situación sanitaria de las poblaciones de los recurrentes. Además señala el TEDH que el art. 8 CEDH no se limita a exigir una abstención por parte del Estado de llevar a cabo injerencias arbitrarias sino que puede comportar “obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo a la vida privada”. En especial cuando se trata de actividades peligrosas frente a las que se deben adoptar medidas para la autorización, puesta en funcionamiento, explotación, así como imponer la adopción de medidas para asegurar la protección efectiva de los ciudadanos. Por tanto, ante la ausencia de medidas orientadas a la protección de la salud y del ambiente, y constatada la omisión en su adopción por las autoridades nacionales para asegurar la protección efectiva de derechos de los interesados al respeto de su vida privada se constata la vulneración del art. 8 CEDH.

Sin duda, a partir de las obligaciones internacionales adquiridas los Estados quedan sujetos al cumplimiento de aquéllas y su ejecución puede ser instada ante los Tribunales en caso de inacción o incumplimiento de las mismas⁴³ en conexión con el ejercicio del derecho a la vida y otros derechos humanos recogidos en los Principios Marco sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente de 2018. El Estado está obligado a reducir las emisiones de CO₂ a la atmósfera.

En el mismo sentido constituye también un claro ejemplo de nuevos ámbitos emergentes de defensa ambiental el caso *Keksey Cascade Juliana v, States of America*⁴⁴ en el que un grupo de jóvenes demandan al Gobierno de Estados Unidos por su actitud de promoción del uso de los combustibles fósiles pese al conocimiento científico suficiente de la contribución de dichos combustibles al calentamiento global con el consiguiente perjuicio para la salud de los ciudadanos. Constituye este caso un claro ejemplo que ilustra el ejercicio de acciones por inactividad de los poderes públicos en detrimento de los derechos a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad de los ciudadanos⁴⁵.

40 “en un Estado democrático de derecho, una demanda para la protección de los derechos humanos es mucho más que una demanda sobre las elecciones políticas de cada persona. En un estado de derecho, los derechos fundamentales deben ser respetados incluso cuando se adopta una decisión por mayoría: los derechos fundamentales no pueden ser objeto de votación”.

41 “Cada Estado tiene la obligación de reducir las emisiones de CO₂ de su territorio, en proporción a su parte de responsabilidad en la emisión histórica de gases de efecto invernadero a la atmósfera, generadoras del cambio climático”.

42 STEDH de 24 de enero de 2019.

43 Entre otras resoluciones recientes la de la Corte de Apelación de Inglaterra sobre la construcción de la tercera pista del aeropuerto de Heathrow (Sentencia de 27 de febrero de 2020 (Court of Appeal civil división, n° CI/2019/1053, CI/2019/1056 y CI/2019/1145). También la Sentencia de la Corte Suprema de Colombia de 5 de abril de 2018 por el incremento de la deforestación en la Amazonía. STC 4360-2018.

44 *United States Court for the Ninth Circuit. Juliana c. States of America*.

45 Vid., M. TORRE-SCHAUB, “Litigios climáticos: estudio panorámico. Hacia una “climatización” progresiva del derecho ante el juez”, *Actualidad Jurídica Ambiental* n° 102/2, junio 2020, Congreso Nacional de Derecho Ambiental.

La resolución por la justicia británica del asunto *Ella Adoo Kissi Debrah* conocida el pasado 16 de diciembre de 2020 en el que se conecta el fallecimiento de la menor con la situación pertinaz de contaminación del aire por polución en la zona de residencia de la misma, constituye una novedad necesitada igualmente de análisis para extraer posibles consecuencias a la hora de instar nuevas acciones ante los tribunales por el deterioro ambiental.

De igual modo recogemos aquí la formulación de una demanda ante el TEDH por seis jóvenes portugueses contra varios Estados parte del Consejo de Europa entre los que se incluye España, por la insuficiencia en la adopción de medidas nacionales contra el calentamiento global que han tenido entre otras consecuencias los incendios habidos en aquel país en los últimos años con graves pérdidas de vidas, bienes materiales y perturbaciones de la salud de las personas. En concreto se denuncia el flagrante incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados. Los demandantes acusan a dichos Estados de no respetar los compromisos asumidos en 2015 en la COP21, el Acuerdo de París sobre cambio climático a través de la omisión o el retraso en las acciones orientadas a “Aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, de un modo que no comprometa la producción de alimentos”⁴⁶. Se contiene sin duda en este Acuerdo un conjunto de obligaciones a las que los Estados se comprometen que se concretan, entre otras, en que “deberán preparar, comunicar y mantener en las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que tenga previsto efectuar” (art. 4.2).

En todo caso y como es notorio, para que se puede poner en marcha la exigencia de responsabilidad hemos de estar en presencia de daños concretos y cuantificables. El Tribunal de Estrasburgo en reiterados pronunciamientos ha hecho mención especial a la exigencia de prueba concreta, considerando que había resultado insuficiente y, por tanto, no quedaba acreditada la vulneración de derechos ya que no se habrían rebasado determinados umbrales considerados como mínimos, ni cabía establecer una relación de causa efecto entre el ruido y los daños sufridos⁴⁷. Será preciso pues establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. El establecimiento del nexo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos será siempre determinante para la aplicación a los daños medioambientales o a las amenazas inminentes de tales daños causados por una contaminación de carácter difuso.

En la línea señalada por acciones contra los Estados por incumplimiento de compromisos internacionales adquiridos nos hacemos eco de la demanda contencioso-administrativa presentada ante la sección tercera de la sala tercera del Tribunal Supremo *Greenpace España, Ecologistas en Acción-Coda y Oxfam Intermón* frente a la inactividad climática del Gobierno español en la obligación de aprobar un Plan Nacional integrado de energía y clima que establezca unos objetivos de reducción de gases de efecto invernadero acordes con los compromisos asumidos con la ratificación del Acuerdo de París y las recomendaciones científicas del Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC) para no superar 1,5 °C de incremento de temperatura global. La legitimación para la formulación de la demanda se fundamenta en los arts. 22⁴⁸ y 23⁴⁹ de la ley 27/2006 que recogen la acción popular en asuntos medioambientales en relación con la impugnabilidad de la inactividad de las administraciones (art. 29 LJCA). En concreto, la inactividad de la administración que se denuncia lo es frente a la exigencia de desarrollo reglamentario del Reglamento 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima⁵⁰, del que se deriva la obligación de

46 Requête n° 39371/20 *Cláudia Duarte Agostinho et autres contre Portugal et 22 États*.

47 Así, *Oluic contra Croacia, Dees contra Hungría, Mileva y otros contra Bulgaria, Borysiewicz contra Polonia*.

48 “las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente (...) podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro”.

49 “que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente (...) se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la omisión administrativa”

50 A más tardar el 31 de diciembre de 2019 y, posteriormente, a más tardar el 1 de enero de 2029 y luego cada diez años, cada Estado miembro comunicará a la Comisión un plan nacional integrado de energía y clima (...) El primer plan abarcará el período de 2021 a 2030, teniendo en cuenta la perspectiva a más largo plazo. Los planes siguientes abarcarán el período

aprobar un plan Nacional de Energía y Clima antes del 31 de diciembre de 2019. Esta omisión en opinión de los demandantes determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico⁵¹.

La pretensión que se ejerce se concreta en que por el Tribunal se declare que el Gobierno español “debe aprobar y promulgar un Plan Nacional Integrado de Energía y Clima” en el que se contengan los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero de conformidad con los “compromisos” adquiridos en el Acuerdo de París. Si bien es cierto que el Gobierno de España aprobó el Acuerdo por el que se aprueba la Estrategia de Descarbonización a Largo Plazo 2050, en el Consejo de Ministros de 3 de noviembre de 2020, esto no exime del incumplimiento por lo que respecta a la aprobación del Plan Nacional de Energía y Clima por lo que subsiste parcialmente el objeto de dicho recurso.

IV. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN.

Hemos asistido a lo largo de más de cuarenta años a un proceso de positivación y formalización de un mandato a los poderes públicos para la protección del ambiente en sintonía con los Estados de nuestro entorno. En la mayoría de las ocasiones hay que encontrar en la mera trasposición de las normas comunitarias al ordenamiento interno el surgimiento de un derecho ambiental pero que, desde la perspectiva del artículo 45 CE, tan sólo ha permitido la plasmación de derechos de configuración legal y marcado carácter procedimental, para esgrimir ante los poderes públicos la exigencia de cumplimiento de sus obligaciones en esta materia.

Tras un breve recorrido por el intento de una construcción doctrinal del derecho al disfrute del medio ambiente como derecho subjetivo de difícil precisión, en cuanto a su contenido y límites, tan solo por aproximación se han podido identificar algunos bienes jurídicos objeto de protección, esencialmente vinculados con las condiciones que hacen posible la calidad de vida de las personas. Ante este escenario tal vez resultara más oportuno llevar a cabo un cambio de perspectiva y abandonar el intento de centralidad del debate sobre la caracterización como derecho o principio del enunciado del art. 45.1 CE. Por esta razón adquiere mayor relevancia en el momento actual centrar el estudio del artículo 45 CE en torno a los deberes legales que, incorporados por el legislador, tienen un sustento constitucional indiscutible en aquél mandato. Pues consideramos que es la perspectiva del deber la que permite avanzar con mayor precisión en la determinación del objetivo perseguido por el constituyente para su incorporación a nuestra Norma Fundamental. Así, pese a su necesaria configuración legal, se aprecia la existencia de una serie de deberes que se imponen a ciudadanos y poderes públicos, en gran medida derivados de nuestros compromisos internacionales y que nos sitúan, en ocasiones, ante obligaciones positivas de los Estados cuyo cumplimiento puede ser exigido por vía judicial ante nuestros órganos jurisdiccionales como ante tribunales en la esfera internacional.

decenal inmediatamente siguiente al final del periodo abarcado por el plan anterior”.

51 “es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional (...) cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o de transponer”, STS de 3 de marzo de 2010.

CRISIS Y GÉNERO: DE LAS RAÍCES EXCLUYENTES DEL ESTADO Y LA URGENCIA DE REDEFINIRLAS

Blanca Rodríguez Ruiz
Universidad de Sevilla

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. GÉNERO, EXCLUSIÓN SOCIAL Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA. III. CRISIS, GÉNERO Y DINÁMICAS INTERSECCIONALES. IV. RETROALIMENTANDO LA CRISIS: INTERSECCIONALIDAD Y POSTERGACIÓN. V. CUESTIÓN DE AUTONOMÍA. VI. REFLEXIONES DE CIERRE

151

RESUMEN

La crisis sanitaria provocada por el Covid-19 ha venido a superponerse a crisis anteriores aún sin resolver, crisis tanto de carácter económico-financiero como de legitimidad institucional. Esta conjunción ha visibilizado con más intensidad que nunca las dinámicas de exclusión ciudadana sobre las que se asientan los Estados modernos, y la necesidad de darles una respuesta urgente. Hacerlo nos obliga a contemplar el componente de género de dichas dinámicas y su perfil interseccional. Y nos obliga a afrontar sus profundas raíces estructurales. Todo ello pone sobre la mesa la urgencia de operar una redefinición del Estado que permita revitalizar la legitimidad de sus instituciones representativas, sobre la base de premisas paritarias. Para ello, se hace preciso hacer valer nuestra autonomía ciudadana, contemplada a la luz de nuestro marco relacional, punto de partida de todo Estado democrático. La crisis actual nos enfrenta pues a un reto que va más allá de lo sanitario, y que nos obliga a repensar el Estado a partir de una construcción inclusiva de la ciudadanía.

Palabras clave:

Crisis, género, exclusión, interseccionalidad, ciudadanía democrática, autonomía relacional

ABSTRACT**CRISIS AND GENDER: ON THE EXCLUSIONARY ROOTS OF THE STATE AND THE URGENT NEED TO REDEFINE THEM**

The Covid-19 sanitary crisis has broken out at a time when other crises, both financial and democratic, are as yet unsolved. As they collide, the exclusionary dynamics that feed modern States have been made more visible than ever, as has the urgent need to address them. Doing so requires us to contemplate the gender component of these dynamics and their intersectional profile, as well as their deep structural roots. This makes it urgent to redefine the State in parity terms that revitalise the legitimacy of its representative institutions. To this end, our relational autonomy as democratic citizens needs to be enhanced. The current crisis thus confronts us with challenges that go beyond health and health care and point to the need to rethink modern citizenship in inclusive terms.

Key Words:

Crisis, gender, exclusion, intersectionality, democratic citizenship, relational autonomy.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando aún no habíamos dejado atrás los efectos de la crisis financiera de 2008, la gestión de la pandemia provocada por el Covid-19 nos ha introducido en un nuevo escenario de crisis. Se trata esta vez de una crisis sanitaria, de perfil por ende distinto a la anterior. Sus repercusiones económicas y sociales, aunque con diferentes matices, apuntan sin embargo en el mismo sentido, afectando a los mismos colectivos y produciendo sobre ellos los mismos efectos excluyentes. En estos colectivos las mujeres tienen un desproporcionado protagonismo.

Esto, como apuntaba, no es nada nuevo. Sabíamos ya que la pobreza tiene cara de mujer, como la tiene la postergación social¹; y sabíamos que exclusión económica y postergación social se retroalimentan, que una y otra van de la mano. Después de todo, las situaciones de crisis no suelen tanto crear problemas nuevos como intensificar los existentes, haciéndolos visibles, o más visibles. Si algo nuevo aporta en este sentido la presente crisis, cuyos efectos excluyentes se solapan en el tiempo con los de la anterior, es que está poniendo sobre la mesa las raíces estructurales de estos efectos, revelando el perfil fundacionalmente exclusivo y excluyente del Estado. Y está poniendo de manifiesto que la exclusión no es sólo un problema de redistribución de recursos y riqueza, sino también de reconocimiento ciudadano y acceso a mecanismos participativos².

Dicha exclusión tiene en el Estado raíces fundacionales. Pese a apelar a los principios de libertad y de igualdad como sus columnas basales, y pese a imbuir dichos principios de aparente universalidad, el Estado fue diseñado por y para una pequeña fracción de la población, integrada por varones (personas reconocidas geníticamente como tales) heterosexuales, caucásicos, de clase media y formación cristiana. De ahí las dificultades estructurales con que otros sectores sociales tropiezan al intentar acceder a su núcleo central y las reticencias de quienes detentan su control a renunciar a él, al monopolio de la capacidad de definirlo. Estas reticencias son tanto mayores cuando las demandas de inclusión provienen de la mitad aproximada de la población, de las mujeres.

Lo anterior puede llevarnos a concluir que la exclusión de las mujeres es fruto circunstancial de la ambición masculina, del afán de los varones por mantener el monopolio del poder, que bastaría pues con doblegar ese afán para poder integrar a las mujeres en pie de igualdad con los varones. Lejos de ser un rasgo contingente, sin embargo, el perfil masculino del Estado forma parte de su médula espinal. Ponerlo en cuestión equivale a cuestionar sus premisas, empezando por sus principios basales de igualdad y libertad. Y es que, como Carole Pateman teorizara, el Estado descansa sobre un contrato sexual³, un pacto heterosexual⁴ de fraternidad que impregna y subyace al contrato social, su mito fundacional. Es ese pacto el que permitió definir en masculino la esfera pública y los principios de igualdad y de libertad por los que se rige, al tiempo que se la separaba de la esfera doméstica, definida a su vez en femenino. Lo hizo incorporando a esos principios el de fraternidad, en la clásica tríada ilustrada, principio éste cuya misión es dotar a los dos primeros de un perfil masculino que garantice a los varones su disfrute, y con él el de la ciudadanía. El pacto consiste, en concreto, en el compromiso fraternal de los varones de desplazar toda manifestación de dependencia humana hacia el espacio doméstico, cobijo del nuevo modelo de familia nuclear, donde las mujeres ejercen de responsables de la gestión de dependencias propias y ajenas.

Del contrato social-sexual surge así un reparto dicotómico de tareas ciudadanas, público-masculinas y doméstico-femeninas, reparto que se gesta en la nueva familia nuclear y que se erige en la base de la organización social moderna. De este modo, las mujeres quedábamos incluidas en el pacto social, sí, pero

1 “Aunque las mujeres realizan el 66% del trabajo en el mundo y producen el 50% de los alimentos, solo reciben el 10% de los ingresos y poseen el 1% de la propiedad”, según datos de Amnistía Internacional, y son más susceptibles de sufrir otros tipos de violencia institucional (<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/la-pobreza-tiene-genero/> -último acceso el 6 de enero de 2021).

2 N. FRASER, “Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and Participation”, en N. Fraser & A. Honneth, *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*, Verso, London-New York, 2003, pp. 7-109.

3 C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Polity Press, Stanford, CA, 1988.

4 M. WITTIG, “On the Social Contract”, *The Straight Mind and other Essays*, Beacon Press, Boston, 1992, pp. 33-45.

desde su periferia, a través de un pacto sexual que nos convirtió en “forjadora(s), en el espacio privado, de las condiciones de posibilidad de lo cívico”⁵.

Lo anterior explica las resistencias a la incorporación de las mujeres a la esfera pública⁶. Explica más genéricamente las reticencias al disfrute por las mujeres de derechos de ciudadanía en igualdad de condiciones efectivas con los varones. Dichas reticencias pueden adoptar una multiplicidad de formas: tendencias culturales, prejuicios ideológicos, bloqueos políticos, diseños institucionales y normativos; se trata de obstáculos más o menos tangibles que directa o indirectamente dificultan el acceso de las mujeres a la plena ciudadanía democrática. El resultado es que, en pleno siglo XXI, el papel ciudadano de las mujeres se sigue identificando no tanto con lo público como con su periferia, con el sostenimiento del Estado desde sus sombras.

II. GÉNERO, EXCLUSIÓN SOCIAL Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA.

La exclusión de lo público tiene pues, en el Estado moderno, perfil de mujer. Lo tiene, en concreto, la exclusión estructural de quienes desde sus márgenes asumen las actividades necesarias para su sostenimiento. En cuanto que estructura diseñada sobre la base de su exclusión, la necesidad de integrar a las mujeres en el Estado nos sitúa pues ante un reto de dimensiones fundacionales. Hacerle frente nos obliga a redefinir en términos paritarios sus premisas, pero sin ponerlo en cuestión como modelo de organización política, redefiniéndolo, sí, pero sin convertirlo en irreconocible.

Este reto ha sido asumido como parte del proceso constituyente chileno. Su punto de partida es el diseño de una asamblea constituyente de perfil paritario entre varones y mujeres. Se trata sin duda de un punto de partida necesario en el camino hacia la redefinición paritaria de la ciudadanía y de los principios de libertad e igualdad que la sustentan. Hemos de ser conscientes, sin embargo, de que la paridad constituyente no basta para operar dicha redefinición. No basta porque el pacto sexual ancló el Estado en un desequilibrio de poder a favor de los varones cuyos efectos impregnan toda su estructura. Y no basta porque el poder, allí donde existe, se resiste a su desarticulación, tendiendo a desplegar todas las estrategias a su alcance para preservarse. El patriarcado dista mucho de ser una excepción.

En primer lugar, en un Estado patriarcal, como lo son todos, la imposición de un porcentaje mínimo de presencia de mujeres en listas electorales no necesariamente se traduce en ese mismo porcentaje de presencia de mujeres electas. Otros factores, de tipo socio-estructural, ideológico y político, entran aquí en juego. Entre éstos últimos destacan el perfil del sistema electoral y el tamaño de las circunscripciones. En principio, un sistema proporcional con circunscripciones plurinominales grandes, entendiéndose por tales aquellas en que se eligen más de diez candidatos⁷, favorece la elección de un mayor número de mujeres. Suele argumentarse que también lo hace un sistema de listas cerradas y bloqueadas, siempre que incluya el mandato de situar a las mujeres en posiciones efectivamente elegibles, cuya mejor expresión son las listas cremallera. Los sistemas mayoritarios pueden presentar, además, retos específicos, como el requisito de que las candidaturas estén respaldadas por un número mínimo de votantes⁸, o por un depósito bancario⁹,

5 C. AMORÓS, *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, Madrid, 2000, p. 152.

6 Ilustrativa de estas reticencias es la historia del sufragio femenino, de la lucha de las mujeres por su reconocimiento y de los obstáculos que encontraron en su camino. Para un análisis comparativo y crítico de esta historia, véase B. RODRÍGUEZ RUIZ y R. RUBIO MARÍN, eds., *The Struggle for Female Suffrage in Europe. Voting to Become Citizens*, Brill, Leiden-Boston, 2012.

7 Se consideran pequeñas las que eligen entre dos y cinco representantes, y medianas las que eligen entre seis y diez, produciéndose en las circunscripciones con menos de cinco efectos mayoritarios. Véase sobre este tema el estudio de M. CARRASCO, “La democracia no representativa, sistema electoral, partidos y elites políticas en España”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 48, 2014, pp. 24-33.

8 Artículo 3 de la Ley francesa (n° 62-62, de 6 de noviembre de 1962), sobre la elección del presidente de la República por sufragio universal y directo; Artículo 41 de la Ley Electoral de Túnez (n° 2014-16, de 26 de mayo de 2014); Artículo 142 de la Ley Electoral de Algeria (n° 16-10, de 25 de agosto de 2016).

9 Artículo 42 de la Ley Electoral de Túnez (n° 2014-16, de 26 May 2014), o Ley Electoral de Japón (15 de abril de 1950) - http://archive.ipu.org/parline-f/reports/1161_B.htm (último acceso el 6 de febrero de 2021).

requisitos que las inercias de género que impregnan la vida pública y las políticas de partido hacen más difíciles de satisfacer para mujeres que para varones. En todo caso, y trátese del sistema de que se trate, para ser efectiva la paridad electoral debe ir acompañada de sanciones efectivamente disuasorias para casos de incumplimiento, siendo la más efectiva la descalificación de las candidaturas incumplidoras¹⁰.

Para neutralizar este problema, en el proceso constituyente chileno se ha impuesto la paridad entre mujeres y varones como resultado, no sólo en las listas electorales sino también en el seno de la asamblea constituyente. Solucionado este primer escollo, y en segundo lugar, nos encontramos con que las mujeres, una vez elegidas, tropiezan con más obstáculos que los varones para dejar su huella en política. Ello es fruto de dinámicas discriminatorias de tipo tanto vertical como horizontal. Las primeras restringen las posibilidades de liderazgo político de las mujeres; las segundas las adscriben a cuestiones consideradas “suaves” (educación, familia, asuntos sociales y culturales)¹¹, de menor peso político. Ambas dinámicas determinan además que las mujeres tengan menos probabilidades de participar en procesos de toma de decisiones que en contextos de trabajo de fondo y de deliberación¹². A modo de ejemplo, en España las mujeres sólo presiden siete de las veintiuna comisiones legislativas existentes en el Congreso en la presente legislatura, al tiempo que como contraste presiden siete de sus nueve comisiones de investigación permanentes y sus dos comisiones de investigación no permanentes¹³.

En tercer lugar, la presencia paritaria de mujeres y varones en sede representativa, incluso su capacidad paritaria de ejercer influencia política, garantiza a las primeras mejor representación descriptiva, pero no necesariamente sustantiva¹⁴. No garantiza, esto es, que las mujeres representantes incluyan en su programa político la incorporación de políticas de género, dirigidas hacia la paridad ciudadana con los varones. La paridad nos sitúa pues ante una política de mera presencia, más que de ideas o intereses¹⁵; corremos incluso el riesgo de identificar la primera con la segunda, de olvidar que entre la presencia de mujeres en sede representativa y la defensa en ella de sus intereses existe una relación probabilística, pero no de estricta causalidad.

Al mismo tiempo, con todo, conviene no olvidar que, aunque una mayor presencia de mujeres no es condición suficiente para la adopción de normas o decisiones que recojan sus intereses, sí aumentan con ella las probabilidades de que tales normas o decisiones sean adoptadas. La cuestión está en cómo maximizar esa relación probabilística. Responder a esta cuestión con coherencia democrática nos obliga a conectar las demandas de democracia paritaria en términos de sexo-género con las demandas de democracia participativa. Debemos tomar conciencia de que no cabe dar respuesta a las primeras sin afrontar los retos que plantean las segundas, al igual que no podemos aspirar a regenerar nuestro sistema político representativo sin abordar la necesidad de parificarlo en términos de sexo-género.

Por ello, y en cuarto lugar, si aspira a convertirse en elemento definitorio del Estado, la paridad ciudadana debe ir más allá del espacio político representativo. Para ello debe abarcar, ante todo, a los partidos políticos, a su estructura y nomas de funcionamiento interno, en cuanto que punto de partida de la definición de la esfera público-política e institucional. A través de éstos, pero también más allá, la paridad debe impregnar todos los espacios públicos institucionales y todos aquellos abiertos a participación ciudadana directa o indirecta. En última instancia, en fin, la paridad debe extenderse hasta llegar a todos los rincones del Estado, públicos o privados, en que se desenvuelve la ciudadanía democrática, incluyendo el espacio doméstico.

10 P. Norris & M.L. Krook, *Gender Equality in Elected Office: A Six-Step Action Plan*, OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), 2011.

11 Véase el estudio sobre parlamentos sensibles al género del European Institute for Gender Equality, disponible en <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/toolkits/gender-sensitive-parliaments/self-assessment-scoring-and-interpretation-parliament-gender-sensitivity/area-2-women-and-men-have-equal-opportunities-0> (último acceso el 6 de febrero de 2021).

12 L. WÄNGNERUD, “Women in Parliaments: Descriptive and Substantive Representation”, *The Annual Review of Political Science*, vol. 12, 2009, pp. 51–69, en pp. 61–62.

13 <https://www.congreso.es/web/guest/comisiones> (último acceso el 6 de febrero de 2021).

14 H. F. PITKIN, *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London, 1967, pp. 60 y ss.

15 A. PHILLIPS, *The Politics of Presence*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

La paridad, en definitiva, ha de ser co-extensa con la ciudadanía democrática. Entenderlo así es especialmente importante en momentos de crisis, cuando las estructuras institucionales se ven sometidas a niveles excepcionales de tensión y su funcionamiento depende más que nunca del apoyo participativo, más o menos directo, de la ciudadanía. Lo es especialmente cuando la crisis afecta a la legitimidad de las instituciones representativas. Conviene recordar en este punto que la actual crisis sanitaria ha venido a sumarse, no sólo a una crisis económica no resuelta, sino a un contexto de crisis institucional ni siquiera abordado. En este contexto, limitar la presencia paritaria de mujeres y varones a nuestras instituciones representativas puede convertirse en una política de género meramente testimonial. Puede venir a alimentar una apariencia tanto de paridad ciudadana como de legitimidad institucional, cerrando en falso tanto la necesaria redefinición paritaria de la esfera pública como la necesidad de validar un sistema político tan masculino como en crisis de legitimidad.

Y en un contexto de crisis tanto socio-económica como de legitimidad, la gestión de una crisis sanitaria adquiere dimensiones que van más allá de lo estrictamente sanitario, que suponen una prueba de fuego para nuestras instituciones democráticas, que en última instancia se juegan en ella la renovación, o no, de esa legitimidad. La clave está en su capacidad para hacerle frente contando con la ciudadanía, de diseñar soluciones incluyentes, en sus efectos y en sus procesos de elaboración, contando con la participación ciudadana y evitando profundizar en exclusiones y postergaciones pre-existentes, que sabemos feminizadas, más bien aprovechando para corregirlas.

III. CRISIS, GÉNERO Y DINÁMICAS INTERSECCIONALES.

Como quedó apuntado al inicio, la crisis ha venido a acentuar situaciones previas de exclusión ciudadana, económica y social, dándoles mayor visibilidad, y visibilizando con ellas sus raíces estructurales y su feminización. Al hacerlo, ha hecho más evidentes las complejas dinámicas de que se nutre la discriminación por razón de género. Y es que, mientras algunas mujeres logran integrarse en lo público, otras siguen instaladas en su periferia. Y mientras el perfil tozudamente masculino de lo público somete en él a las mujeres a dinámicas discriminatorias por razón de género, a las que con frecuencia se suman otras, las mujeres que permanecen en sus fronteras son objeto de dinámicas discriminatorias adicionales, fruto a su vez de nuevos pactos de exclusión. El pacto sexual adquiere de este modo matices y graduaciones, sometiendo a distintos colectivos de mujeres a distintos niveles de subordinación por razón de sexo-género, en función de qué otros factores de exclusión puedan estar en juego.

Todo ello nos lleva a tomar conciencia de la complejidad que puede encerrar el fenómeno discriminatorio, de la posibilidad de que se acumulen en él distintos factores, y de que lo hagan en modo diverso y con consecuencias distintas, de la importancia pues social y jurídica de hacer frente a dicho fenómeno en toda su complejidad. En ellas se centra Marta F. León Alonso en su contribución a este número. Se centra, en concreto, en la discriminación interseccional, el supuesto más complejo de acumulación de motivos de discriminación. La expresión “discriminación interseccional”, acuñada por Kimberlee Crenshaw en los Estados Unidos a finales de la pasada década de los ochenta¹⁶, hace referencia a dinámicas discriminatorias que afectan específicamente a colectivos en que se dan cita varios motivos sospechosos de discriminación, colectivos que se encuentran en la intersección entre más de uno de esos motivos. No se trata pues de una mera acumulación de motivos discriminatorios, cada uno de los cuales genera su propia dinámica; se trata de dinámicas que sólo entran en juego mediante la interacción de más de un motivo de discriminación.

La complejidad de la discriminación interseccional aumenta si tenemos en cuenta que las dinámicas que en ella confluyen pueden a su vez ser tanto directas como indirectas: pueden ser tanto fruto de un trato directamente infligido a determinadas personas por razón de su pertenencia a determinado/s colectivo/s, como consecuencia de la aplicación de normas formalmente neutras cuya aplicación tiene efectos peyorativos sobre quienes integran determinado/s colectivo/s. Por todo ello la discriminación interseccional no siempre resulta fácil de detectar y combatir. No ayuda a ello el hecho de que, en España y a nivel europeo,

16 K.W. CRENSHAW, “Demarginalising the intersection of race and sex”, *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167.

el concepto cuenta aún con un desarrollo doctrinal relativamente escaso¹⁷, así como escaso reconocimiento jurisprudencial y normativo, a diferencia de lo que sucede en el continente americano, como relata Marta León. Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha recurrido en alguna ocasión al concepto de discriminación múltiple, nuestro Tribunal Constitucional no parece de momento receptivo a la complejidad que puede adquirir el fenómeno discriminatorio. No lo es tampoco el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En el caso de éste, resulta llamativo que la perspectiva interseccional no se introduzca en contextos en que está claramente presente, como es el caso allí donde el género interactúa con la discapacidad o con la religión.

En relación con la primera, la ausencia de esta perspectiva resulta especialmente llamativa a la luz de la lectura amplia de la discriminación por razón de discapacidad introducida en 2008 en el caso *Coleman*¹⁸. Al enfrentarse a la discriminación de una trabajadora por razón de los cuidados que debía dispensar a su hijo discapacitado, el TJUE entendió el concepto de discapacidad como abierto a consideraciones sociales, como resultado, no sólo de una determinada condición física, sino también de circunstancias sociales y materiales, que convierten dicha condición en más o menos relevante. Esta lectura amplia del concepto de discapacidad ha sido ratificada en otros casos, como *Danmark* (2013)¹⁹ o *Kaltoft* (2014)²⁰. En el primero, el TJUE entendió como discriminatorios los despidos de dos secretarías cuyos dolores de espalda las incapacitaban *sine die* para trabajar a tiempo completo, debiendo causar bajas por enfermedad al no acomodarse su horario de trabajo a su condición física. Aprovechó además el TJUE para perfilar la discapacidad como “una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, *al interactuar con diversas barreras*, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (énfasis añadido), siempre que se trate de una limitación de larga duración (en línea con el artículo 1.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por la UE el 26 de noviembre de 2009). En *Kaltoft*, el TJUE reconoció como discriminatorio el despido de un cuidador infantil con obesidad mórbida, incluyendo a ésta entre las enfermedades que podrían llegar a ser consideradas discapacitantes.

Resulta llamativo que, en el contexto de esta aproximación a la discapacidad, en estos o en otros casos, el TJUE no haya introducido una perspectiva interseccional de género. Tampoco lo ha hecho en el contexto de la religión, donde ha ignorado la dimensión interseccional de supuestos de discriminación laboral de mujeres que portan el pañuelo islámico. Así lo hizo en los conocidos asuntos *Achbita* y *Bougnaoui*, resueltos por sendas Sentencias de Gran Sala de 14 de marzo de 2017²¹. En ellos el TJUE dispuso que la decisión de una empresa de prohibir que sus trabajadoras porten el pañuelo islámico es conforme con la Directiva 2000/78 siempre que pueda justificarse como proporcional a una política empresarial de neutralidad religiosa. Lo hizo sin dejar margen para un análisis que asuma, junto con la religioso-cultural, una perspectiva de género, que permita pues contemplarlos en su complejidad interseccional como casos

17 Hay, por supuesto, notables excepciones. Sobre la aplicación del concepto de interseccionalidad y discriminación interseccional en el ámbito de la Unión Europea pueden consultarse, entre otras aportaciones, S. FREDMAN, *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, European Commission: Directorate-General for Justice and Consumers, 2016, pp. 69-70; E. LOMBARDO y M. VERLOO, “La ‘interseccionalidad’ del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea”, *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 23, 2010, pp. 11-30; D. SCHIEK, “Intersectionality and the Notion of Disability in EU discrimination law”, *Common Market Law Review*, vol. 53(1), pp. 35-63; D. SCHIEK y A. LAWSON, *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, Aldershot: Ashgate, 2011. Entre nosotros destacan las contribuciones de M.A. BARRÈRE UNZUETA, “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, 2010, pp. 225-252; F. REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251-283.

18 *Coleman v. Attridge Law*, C303/06, Sentencia de 17 de julio de 2008 (Gran Sala).

19 *HK Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening* (Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, Sentencia de 11 de abril de 2013).

20 *Karsten Kaltoft v. Billund Kommune* (C354/13, Sentencia de 18 de diciembre de 2014).

21 *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c.G4S Secure Solutions NV y Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l’homme (ADDH) c. Micropole SA*, anteriormente *Micropole Univers SA* (asuntos C157/15 y C-188/15, repectivamente).

que afectan, no a todas las personas musulmanas, sino sólo a mujeres, y no a todas las mujeres, sino sólo a (algunas) musulmanas.

La ausencia de este análisis resulta tanto más llamativa cuanto que, como recordó el TJUE en *Achbita*, y según su reiterada jurisprudencia, al resolver cuestiones prejudiciales puede proporcionar al órgano jurisdiccional remitente “todos los criterios de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones”²². Puede que la sensibilidad del TJUE aumente con el reconocimiento de la interseccionalidad como principio transversal en la *Estrategia para la igualdad de género (2020-2025)*, aprobada por la Comisión Europea en marzo de 2020²³. No podría encontrar un momento mejor para ello. Como se viene diciendo, la gestión de la crisis sanitaria está afectando de forma desproporcionada a colectivos de mujeres especialmente preteridos en términos económicos, sociales y ciudadanos, acentuando la diversidad de matices discriminatorios del pacto sexual. Hacer frente a éste nos obliga a asumir pues una perspectiva que, para ser efectivamente de género, tiene necesariamente que ser interseccional.

IV. RETROALIMENTANDO LA CRISIS: INTERSECCIONALIDAD Y POSTERGACIÓN.

Frente al compromiso con todas las mujeres adoptado por el Ministerio de Igualdad durante la gestión de la crisis sanitaria actual, bajo el lema #NingunaMujerDesprotegida, colectivos sociales altamente feminizados se han visto excluidos de las medidas articuladas para hacer frente a sus consecuencias socio-económicas. Camareras de piso, popularmente conocidas como *kellys*, trabajadoras domésticas, trabajadoras del sexo, temporeras del trabajo agrícola, integran algunos de ellos. Estas últimas son en un alto porcentaje extranjeras no residentes, a quienes el confinamiento ha privado de la posibilidad de cruzar fronteras para trabajar, y de acceder pues a las ayudas articuladas en el país de destino como parte de la gestión de la crisis. En su caso, como en el de quienes integran estos y otros colectivos postergados, el género interactúa con otros factores de exclusión, como la nacionalidad, la raza, la posición socio-económica, la orientación sexual y/o la identidad de género. La gestión de la crisis sanitaria está poniendo sobre la mesa la necesidad de poner el foco en estos y otros colectivos, cuya exclusión pasa habitualmente por debajo del radar, y cuya postergación, lejos de mitigarse, se ha visto acentuada por la gestión de la crisis sanitaria.

Según un informe de Comisión Obreras²⁴, antes de que estallara la necesidad de hacer frente a la crisis sanitaria los hoteles empleaban en España a casi 400.000 personas, de ellas a un 35% como personal de pisos, la inmensa mayoría, unas 140.000, mujeres. Se trata de un sector que lleva años intentando hacerse oír con reivindicaciones de tipo sanitario y laboral. En el terreno sanitario, la reivindicación principal se ha centrado en el reconocimiento como enfermedades profesionales de algunas que son específicas de su actividad, ante su falta de reconocimiento explícito en el Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre (por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro). Es el caso, en concreto, del síndrome del túnel carpiano por compresión del nervio mediano en la muñeca, que produce entumecimiento, hormigueo, debilidad, o daño muscular en la mano y dedos. Aunque el mencionado Decreto sigue sin mencionar a las camareras de pisos en la lista de profesiones que pueden padecer esta enfermedad, en su STS 725/2020, de 11 de febrero, el Tribunal Supremo recordó que dicha lista es meramente ejemplificativa, y que el perfil de la actividad de las *kellys* obliga a incluirlas entre las profesiones que pueden padecerla. Por lo demás, el 30 de agosto de 2018 el Gobierno acordó con las Comunidades Autónomas y los agentes sociales el reconocimiento como enfermedades profesionales propias de las *kellys* las “relacionadas con determinados movimientos repetitivos en brazos y manos propios de su trabajo”.

22 *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV* (asunto C157/15, Sentencia de 14 de marzo de 2017), Par. 33.

23 https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_es (último acceso el 6 de febrero de 2021).

24 <https://www.ccoo.es/noticia:375646> (último acceso el 6 de febrero de 2021).

El acuerdo, con todo, no cubre todas sus enfermedades profesionales, ni es objeto de cumplimiento uniforme por parte de las aseguradoras. Ante la falta de reconocimiento y de atención médica a sus enfermedades profesionales específicas, y como denuncia Comisiones Obreras²⁵, las *kellys* se han convertido en un colectivo altamente auto-medicado, fundamentalmente para poder hacer frente a los dolores crónicos que padecen, un colectivo por ello más susceptible de ver comprometida su salud en contextos de crisis sanitarias.

A su desprotección sanitaria vienen a sumarse los problemas laborales a que se enfrenta este colectivo. Estos giran en torno a su baja retribución y a su alto nivel de precariedad, fruto de la extendida práctica de encadenar fraudulentamente contratos y de la alta externalización del sector, que suele traer consigo condiciones laborales inferiores a las que rigen en él. La externalización se produce pese a tratarse de un servicio estructural en la hostelería, y pese a que es la empresa principal la que en todo momento planifica la mayor parte de la organización y gestión de la actividad contratada, limitándose la empresa contratada a poner mano de obra a disposición de la cesionaria. Todo lo cual apunta a la ilegalidad de dicha externalización (STS 17 de diciembre 2019). Pese a que ésta pueda presumirse, las *kellys* reivindican una reforma de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que expresamente prohíba su subcontratación. A la espera de dicha reforma, en el actual contexto de gestión de la crisis sanitaria, la externalización ha dejado a muchas *kellys* fuera de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) a que se han acogido los hoteles en que trabajan.

No es mejor la situación de quienes se dedican al trabajo doméstico, entendiendo por tal el desarrollo de tareas remuneradas de mantenimiento de un domicilio ajeno. Es éste un sector también feminizado en el que el género intersecciona con otros factores de exclusión social. Su actividad no se incluye en el Régimen General de la Seguridad Social, sino en el llamado Sistema Especial para Empleados del Hogar. Este régimen, introducido por el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, tiene características propias que fomentan la precariedad de quienes se incluyen en él. Especialmente llamativa entre sus diferencias respecto al Régimen General es la menor indemnización por despido, y la ausencia de prestación por desempleo.

Pero sobre todo se trata de un sector con un alto porcentaje de trabajadoras que no están dadas de alta en la Seguridad Social, que quedan pues excluidas del aparato protector del Estado. Dicha exclusión tiene efectos especialmente perniciosos en momentos de crisis. En el caso de las trabajadoras domésticas, ha supuesto su exclusión como beneficiarias del subsidio extraordinario por falta de actividad previsto en el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19. Su artículo 30 cubre situaciones de cese de actividades, total o parcial, temporal o por despido, de quienes estuvieran de alta en el Sistema Especial de Empleados del Hogar del Régimen General de la Seguridad Social antes de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Quienes no tuvieran entonces formalizada su relación laboral, quienes más necesitan pues el mencionado subsidio, quedan fuera de su alcance.

La exclusión estructural del sistema es la nota que caracteriza a quienes se dedican al trabajo sexual, otro sector que ocupa sobre todo a mujeres y en el que el género intersecciona con otros factores de exclusión. En el centro de ésta se sitúa el estigma que acompaña al trabajo sexual, y que determina que, aun sin ser objeto de prohibición en nuestro sistema jurídico, carezca de reconocimiento como trabajo, situándose por ende fuera de las redes institucionales de protección social.

Que la prestación de servicios sexuales no tenga reconocimiento jurídico, que no quepa pues entablar una relación laboral que tenga dicha prestación por objeto, no significa que en la práctica no existan relaciones que encajen en este perfil. Más bien se traduce en la desprotección de las trabajadoras del sexo en el marco de dichas relaciones y frente a un eventual “despido” de las mismas. Esta situación contrasta con la plena regularización, como espacios de ocio y/o de hospedaje, de los clubes de alterne en que muchas trabajadoras del sexo prestan sus servicios, si bien se presume que no lo hacen como sus empleadas (STS de 27 de noviembre de 2004). Lo cierto, con todo, es que con frecuencia lo son, que los clubes les alquilan además sus habitaciones con el fin de que presten en ellas sus servicios, y que lo hacen en condiciones abusivas, para

25 <https://www.ccoo.es/noticia:375646> (último acceso el 6 de febrero de 2021); véase también <https://www.ccoo-servicios.es/html/44170.html> (último acceso el 6 de febrero de 2021).

algunas la única solución habitacional disponible. Lo hacen sin asumir obligaciones patronales, pudiendo imponer condiciones laborales también abusivas y “despedirlas” a voluntad, lo que con frecuencia implica también su desahucio habitacional. Ante esta situación, hay ya jurisprudencia que reconoce la existencia de relación laboral entre un club de alterne y una trabajadora del sexo que residía y prestaba sus servicios en él, reconociendo en consecuencia la existencia de despido en caso de extinción unilateral de dicha relación por parte del club (STSJ Madrid de 18 de febrero de 2019). En todo caso, los clubes que hoy por hoy se nutren de facto de un trabajo sexual jurídica y socialmente no reconocido sí gozan, ellos sí, de reconocimiento jurídico y social. En coherencia con ello han podido acogerse a las ayudas económicas por cierre de negocios decretadas para la protección del sector del ocio y el hospedaje en el marco de la gestión de la crisis sanitaria. Mientras, las trabajadoras del sexo que en ellos prestan sus servicios han quedado en situación de desprotección.

Muchas trabajadoras del sexo encuentran además dificultades normativas para acceder al Ingreso Mínimo Vital (IMV), introducido por el Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo. Es el caso, para empezar, de las menores de 23 años, edad mínima exigida por el Decreto-Ley 20/2020, para ser persona beneficiaria del mismo a título individual, y no como parte de una unidad de convivencia (artículo 4.1). Y lo es también el de las inmigrantes que se encuentran en situación irregular en nuestro país, de las que a falta de cifras oficiales sólo puede decirse que constituyen un porcentaje importante del colectivo de trabajadoras del sexo, y que aparecen expresamente excluidas de la cobertura del Decreto-Ley 20/2020. Su artículo 7 exige, en efecto, como requisito para acceder al IMV haber residido de forma legal e ininterrumpida en España durante al menos el año anterior a la presentación de la solicitud. En uno y otro caso hay, ciertamente, excepciones. Éstas eximen del cumplimiento del requisito de edad y del de residencia a las víctimas de violencia de género y a las víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual. No se hace lo propio, sin embargo, con quienes ejercen el trabajo sexual de forma voluntaria. Ello es así pese a que, en su Plan de Contingencia contra la violencia de género ante la crisis del Covid-19, presentado el 21 de abril de 2020, el Ministerio de Igualdad presentó medidas adicionales dirigidas, no sólo a víctimas de trata y explotación sexual, sino también a mujeres en contextos de prostitución (apartado 3.3), es decir, a mujeres que la ejercen de forma voluntaria. Parecía pues que en esa fecha temprana en la gestión de la crisis se tenían en cuenta las necesidades especiales de tutela de este colectivo. Lo cual parecía augurar que se facilitaría su acceso al IMV. En el diseño definitivo de éste, sin embargo, las condiciones de edad y de residencia para acceder a él se flexibilizan para las mujeres víctimas de violencia de género, y de trata y explotación sexual, pero no para las trabajadoras del sexo que no lo sean, pese a que ello afecta a las más desprotegidas, y por ende más vulnerables, dentro de un colectivo ya suficientemente postergado.

Difícil de satisfacer para muchas trabajadoras del sexo, especialmente para las inmigrantes, es también el requisito de haber estado en situación de alta durante al menos un año en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social. Este requisito se impone a quienes teniendo menos de treinta años pretenden acceder al IMV al margen de una unidad de convivencia. Para hacerlo, estas personas deben acreditar haber vivido de forma independiente en España durante al menos los tres años inmediatamente anteriores a la indicada fecha, y haber permanecido en dicho periodo al menos doce meses, continuados o no, en situación de alta en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, incluido el de Clases Pasivas del Estado, o en una mutualidad de previsión social alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (artículo 7.2). Se trata de un requisito difícil de satisfacer para un colectivo, el de las trabajadoras del sexo, cuya actividad carece de reconocimiento jurídico y para el que no siempre resulta fácil darse de alta como trabajadoras autónomas. El ordenamiento no reconoce pues como trabajadoras a quienes ejercen trabajo sexual, pero tampoco las protege frente a la desprotección que deriva de esa falta de reconocimiento. Todo lo cual profundiza en su exclusión del sistema.

A consolidar ésta última ha venido el cierre de clubes de alterne solicitado a las Comunidades Autónomas por el Ministerio de Igualdad como medida sanitaria el 21 de agosto de 2020, solicitud acogida por diversas comunidades autónomas, como Castilla La Mancha, Cataluña, La Rioja, País Vasco o Extremadura, sin atención a la situación laboral y habitacional de las trabajadoras del sexo que en ellos trabajan²⁶. Lo cual

26 sobre este tema, véase R. MEDINA MARTÍN, “Desahuciar a las prostitutas en nombre del feminismo”, *Revista Contexto*, núm.

equivale a decir sin atención, *contra* artículo 9.2 CE, a la obligación constitucional de los poderes públicos de adoptar medidas que fomenten las condiciones de participación en la cosa pública de las trabajadoras del sexo –y de las trabajadoras domésticas, de las *kellys*, de las temporeras del campo, nacionales o no– y de todos los colectivos postergados. Fomentar sus condiciones de participación equivale a fomentar su integración ciudadana. Hacerlo equivale a su vez a tomarlas en serio como ciudadanas democráticas, como personas cuya pertenencia a una determinada comunidad descansa pues sobre su capacidad auto-normativa.

V. CUESTIÓN DE AUTONOMÍA.

En el fondo, todo se reduce a una cuestión de ciudadanía democrática. Lo cual equivale a decir que todo, en el fondo, se reduce a una cuestión de autonomía, a la cuestión de cómo articular nuestra capacidad de auto-normarnos como ciudadanas/os en un sistema democrático. Esta capacidad, como teorizara Jürgen Habermas²⁷, es piedra de toque de todo orden democrático, erigiéndose en punto de referencia de todas sus esferas, de las que integran lo público y de las que constituyen lo privado, lo doméstico. En unas y en otras, la autonomía debe informar tanto nuestra participación en procesos de toma de decisiones colectivas como nuestra capacidad de tomar decisiones individuales. Para erigirse en principio normativo, y para funcionar efectivamente como tal, nuestra capacidad auto-normativa no puede dar la espalda a nuestra realidad, ciudadana y humana, una realidad cuyo perfil es profundamente relacional. Tomarnos en serio la normatividad de la autonomía nos obliga a articularla a partir de esa realidad, a asumir que no somos seres aislados, que las personas existimos inmersas en un entramado de redes relacionales, redes con perfiles diversos, que se interseccionan, se solapan, a veces se refuerzan, otras se contradicen, y entre las que se generan tensiones y sinergias. Para que la autonomía pueda funcionar como principio normativo su normatividad debe pues construirse sobre la base de nuestra compleja facticidad relacional y, por ende, interdependiente.

Como principio democrático básico, la autonomía despliega su normatividad dentro del complejo entramado relacional del que somos parte, y que forma parte a su vez de nuestra identidad. Lo hace no tanto frente a él, como frente a alguna/s de las relaciones que lo integran, frente a aquella/s que entendemos amenaza/n con menoscabar nuestra capacidad de auto-normarnos. La autonomía consiste así en nuestra capacidad de convertir cada una de nuestras relaciones en objeto de reflexión crítica desde la perspectiva de otra/s, en un ejercicio de “distancia reflexiva” crítica (*reflexive role-distance*)²⁸, que debe ser posible respecto de cada una de ellas. Y consiste en que cada relación pueda servirnos de punto de referencia desde el que posicionarnos frente a las demás. Entendida en términos relacionales, la autonomía hace valer nuestra individualidad ciudadana, sí, pero desde nuestra relacionalidad e interdependencia.

Teniendo en cuenta su relevancia democrática, llama la atención que la autonomía no forme parte de los principios que sustentan nuestro orden constitucional, de los valores superiores del Estado incluidos en el artículo 1.1 CE, ni en los fundamentos del orden político y de la paz social del artículo 10.1 CE. Y llama la atención que no se erija en punto de partida de la deconstrucción del contrato sexual que se encuentra en el origen del sistema sexo-género moderno, a favor de un modelo paritario de ciudadanía (de *cuidanía*)²⁹ inclusivo, basado en la capacidad autonormativa de todos sus integrantes. Asumirlo como tal ayudaría a resolver la clásica tensión entre igualdad y libertad, o la tensión entre libertad y dignidad, entre la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, que Miguel Ángel Presno Linera comenta en este número.

Miguel A. Presno muestra su perplejidad ante el hecho de que en algunos contextos estos dos

264, septiembre 2020.

27 J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.

28 S. BENHABIB, 1992: *Situating the Self: Gender Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Routledge/Polity Press, New York, pp. 73 y ss,

29 B. RODRÍGUEZ RUIZ, *El discurso del cuidado. Propuestas (de)constructivas para un Estado paritario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

principios, constitucionalizados como fundamentos de nuestro orden político y paz social (artículo 10.1 CE), se construyan como contradictorios, apuntando en sentidos opuestos, cuando debieran complementarse. Y muestra su perplejidad por que esto suceda en el marco de la construcción del estatuto ciudadano de las mujeres desde la perspectiva la lucha contra su discriminación estructural, en concreto en la aproximación jurídica a la gestación por subrogación. Su perplejidad aumenta al constatar las sinergias entre dignidad y libre desarrollo de la personalidad en otros contextos en que también se dirime el estatuto ciudadano de las mujeres, también a través de su cuerpo, como es el acceso al aborto. Ambas son, como sabemos, cuestiones polémicas, como lo son por lo demás todas las que ponen sobre la mesa el papel que el Estado se arroga al aproximarse al cuerpo de las mujeres, y a las repercusiones que el mismo tiene en la definición de la ciudadanía de éstas. ¿Cómo es posible que en estos terrenos se quiera proteger la dignidad de las mujeres a costa de su acceso al libre desarrollo de la personalidad? ¿Cómo es posible que la dignidad de una mujer se esgrima como límite a su propio desarrollo? Una lectura coherente de ambos principios nos muestra que, en efecto, esta contradicción no puede ser sino aparente, que para resolverla basta con reconducirlos a sus premisas democráticas. Lo cual equivale a trazar la conexión de uno y otro con la autonomía relacional, clave de bóveda del Estado democrático.

Empecemos por la dignidad. Propuesta desde el Renacimiento, y consagrada desde la segunda postguerra como la base de nuestra autocomprensión como seres humanos, el concepto de dignidad se refiere a la esencia de nuestra naturaleza humana. Como tal el concepto de dignidad es tan universal como inaprehensible. Es universal en la medida en que la naturaleza humana lo es; es inaprehensible en la medida en que su contenido, y la identificación de las situaciones que lo amenazan, son resultado de consensos culturales más o menos contingentes y más o menos tácitos. Baste reparar en que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define “Dignidad”, en lo que aquí interesa, como “Cualidad de digno”, mientras “Digno” se define, en términos circulares, como lo “Que tiene dignidad o se comporta con ella”. La pretendida universalidad del contenido de la dignidad humana contrasta pues con su contingencia, fruto de consensos sociales más o menos estables acerca de quién, o de qué, puede ser considerada/a digna/o, y es o debe ser por tanto merecedor/a de respeto.

Tomar consciencia de la relatividad cultural del contenido de la dignidad nos obliga, de un lado, a mantenernos alerta ante intentos de “exportación” de una determinada aproximación a la misma y sus efectos culturalmente colonizadores. Y debe movernos, de otro, a indagar en el contenido concreto que la dignidad asume entre nosotras/os. Si indagamos en dicho contenido, descubrimos que lo que en nuestro contexto socio-cultural suele entenderse como digno no es sino lo que nos permite hacer valer nuestra autonomía, entendida en términos relacionales. Es así como la dignidad se entiende en nuestro marco constitucional.

Aunque la Constitución española no reconoce un derecho fundamental al respeto de la dignidad humana, nuestro Tribunal Constitucional ha dado entrada a ésta en nuestro sistema de derechos fundamentales, erigiéndola en el mínimo invulnerable común a todos ellos (STC 120/1990, FJ 4). Así entendida, cuando el Tribunal se detiene a concretar el contenido de la dignidad, ésta se identifica con la “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” “que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (STC 53/1985, FJ 8); o como la capacidad de actuar “como miembro(s) libre(s) y responsable(s) de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (STC 91/2000, FJ 7). Cuando el Tribunal concreta el contenido de la dignidad la identifica pues con la capacidad de funcionar como sujetos autónomos en un sistema jurídico democrático. Especialmente elocuente en este sentido es la STC 236/2007, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En ella, nuestro Tribunal Constitucional se refiere a la dignidad como contenido esencial de distintos derechos fundamentales: el derecho de reunión (artículo 21 CE –FJ 6); el derecho de asociación (artículo 22 CE –FJ 7); el derecho a la educación (artículo 27 CE –FJ 8); la libertad sindical (artículo 28.1 CE –FJ 8). Lo hace, en todos estos casos, identificando la dignidad con aquello que en democracia nos convierte en ciudadanas/os autónomas/os, destacando su papel como cauce del principio democrático participativo, componente esencial para la viabilidad de las democracias pluralistas. Es pues nuestra capacidad auto-normativa la que constituye el núcleo esencial, el

mínimo invulnerable de los derechos fundamentales a que se refiere el Tribunal Constitucional.

En lo que concierne al principio del libre desarrollo de la personalidad, su contenido parece ya de entrada próximo al del principio de autonomía, tanto que libertad y autonomía se usan con frecuencia como términos intercambiables. Lo relevante aquí es que, como principio normativo, el perfil relacional de la segunda matiza el contenido de la primera, contextualizándolo, relativizándolo, y privándolo al hacerlo de las pretensiones universalizadoras y absolutas que en su versión clásica comparte con el concepto de dignidad. Entendido como expresión de autonomía relacional, el libre desarrollo de la personalidad no se hace valer mediante la toma de decisiones que, por su contenido, expresan esa supuesta libertad. Se hace valer en términos procedimentales, con base, no en las decisiones adoptadas, sino en el proceso decisional seguido para llegar a ellas. Es éste, no las primeras, el que tiene que ser objeto de tutela jurídica. La autonomía reside, en palabras de Diana T. Meyers, “en el proceso de decisión, no en la naturaleza de la acción que se ha decidido adoptar”³⁰. Ello significa que el orden constitucional debe garantizarnos la posibilidad de tomar decisiones mediante procesos de distancia reflexiva crítica respetuosos con la autonomía propia y la ajena, velando muy especialmente por que dichos procesos no se encuentren condicionados por relaciones de poder. Debe hacerlo con independencia del contenido de las decisiones a que se llegue y de cómo cada cual desarrolle su personalidad a través de ellas.

Lo anterior no significa perder de vista la dimensión sustantiva de la autonomía. Contemplar nuestra capacidad auto-normativa como el fundamento de nuestro orden jurídico y de nuestro sistema de derechos fundamentales nos obliga a asumir para con ella un compromiso sustantivo. Este, sin embargo, no autoriza a los poderes públicos, ni por lo demás a terceras personas, a arrebatarnos el protagonismo en nuestros procesos decisionales. En lo que concierne a los poderes públicos, su compromiso sustantivo con nuestra capacidad auto-normativa les obliga a asumir una triple función: primero, deben abstenerse de interferir directa o indirectamente en nuestros procesos relacionales de toma de decisiones; segundo, deben articular mecanismos para que esos procesos se desarrollen sin interferencia directa o indirecta de terceras personas; tercero, los poderes públicos deben garantizar que contamos con un abanico lo suficientemente amplio de opciones relevantes, de opciones que tengan sentido desde nuestra auto-comprensión como personas autónomas. En esta tercera obligación se dirime nuestro compromiso con la dimensión sustantiva de la autonomía.

Lo que en ningún caso pueden hacer los poderes públicos, sin menoscabar nuestra autonomía relacional, es arrogarse la potestad de evaluar las decisiones relacionales a las que podamos llegar dentro del proceso, siempre inacabado, de formación de nuestra personalidad. Ello es así por poco autónomas que intuitivamente puedan parecernos las decisiones adoptadas por ciertas personas en ciertos contextos, o por mucho que esas decisiones puedan desembocar en lo que percibimos como pérdidas sustantivas de autonomía. Un Estado democrático, basado en la autonomía relacional, no puede impedir que adoptemos decisiones que desde la perspectiva de otras personas puedan parecer que reflejan un bajo nivel de autonomía. Y es que nadie puede indicarnos cómo ejercer nuestra autonomía sin apartarnos de nuestra auto-normatividad, sin someternos a la heteronomía de los dictados ajenos. El único modo de garantizar nuestra autonomía es pues proteger nuestros procesos de toma de decisiones frente a todo ejercicio de poder; y el único modo de mejorar la calidad de nuestras decisiones en términos de autonomía es mejorar la calidad de las opciones a nuestro alcance.

Las anteriores reflexiones ponen de manifiesto la contradicción que en términos democráticos supone utilizar el concepto de dignidad como límite del desarrollo de la propia personalidad. Ello es tanto más así cuanto que la autonomía relacional no es un concepto estático; más bien tiene un perfil dinámico, relativo y gradual que la convierte en un atributo siempre perfectible, al que nos acercamos en grados distintos en función de nuestras situaciones y momentos vitales. Ser conscientes de esto puede ayudarnos a evitar que al enfrentarnos a situaciones de discriminación adoptemos medidas que puedan venir a reforzarla. Es éste el caso de medidas que construyen como víctimas no autónomas a las personas cuya autonomía se trata precisamente de potenciar, privándolas, en una lógica paternalista, de capacidad de posicionarse y

30 D.T. MEYERS, *Being yourself. Essays on identity, Action and Social Life*. New York: Rowan & Littlefield Publishers, Inc., New York, 2004, p. 204 –mi traducción.

decidir por sí mismas. Lo es especialmente en el caso de medidas que pretenden imponer como autónomas ciertas decisiones, y descartar otras por no serlo. En términos relacionales, no existen decisiones más o menos autónomas en función de su contenido; existen tan sólo procesos más o menos autónomos de toma de decisiones.

Esta perspectiva arroja luz crítica en ámbitos donde ganan protagonismo discursos restrictivos de la capacidad auto-normativa de las mujeres justificados en la necesidad de proteger su dignidad. Ello se aplica tanto al aborto como a la gestación por subrogación u otros terrenos, la mayoría relacionados con el cuerpo de las mujeres, como el trabajo sexual, el uso del velo islámico u otros distintivos culturales³¹. En ellos, como en otros, toda limitación de nuestras decisiones con base en su contenido daña nuestra autonomía en lugar de preservarla. Y en ellos, como en otros terrenos, la obligación del Estado para con la autonomía relacional consiste en regular los procesos de toma de decisiones en términos que garanticen el mayor nivel posible de autonomía de quienes las adoptan.

REFLEXIONES DE CIERRE

En tiempos de crisis, cuando las desigualdades se exageran y nuestras carencias democráticas se hacen más visibles, y cuando unas y otras muestran de manifiesto con más claridad su contenido de género, exhibiendo la discriminación estructural de las mujeres, se hace especialmente importante hacer valer la autonomía relacional como clave de bóveda de todo Estado democrático. Se hace especialmente importante subrayar que la interdicción de discriminación y la autonomía relacional se dan la mano, que la erradicación de la discriminación depende de que sepamos hacer valer la autonomía relacional de toda la población.

En este sentido, conviene subrayar que autonomía no es sinónimo de igualdad, que la autonomía relacional no impone la igualdad relacional. La igualdad es relevante para la autonomía, sí, pero no como fin en sí misma, sino como instrumento al servicio de la eliminación de las relaciones de poder, tanto en el contexto de concretas relaciones interpersonales como en el de relaciones entre colectivos sociales. El compromiso con la autonomía relacional nos obliga así a impedir que algunos colectivos tengan capacidad para establecer relaciones de poder sobre otros, que puedan influir sobre sus procesos decisionales y conducirlos hacia decisiones que interesan a los primeros, con frecuencia tras una retórica paternalista que apela a las necesidades de tutela de los segundos. Hacerlo requerirá sin duda la adopción de medidas de acción afirmativa, entendidas como medidas de nivelación de relaciones de poder intergrupales. No en balde, el artículo 9.2 CE las impone como obligación constitucional, de cara a equiparar la capacidad participativa de toda la ciudadanía. Requerirá sobre todo la inclusión en esas medidas de sectores excluidos, tan excluidos que con frecuencia pasan por debajo del radar de las políticas sociales, y cuyo perfil se feminiza a medida que su nivel de exclusión se intensifica. Y requerirá que su adopción no caiga en inercias paternalistas, expresión y fuente de dinámicas de poder intergrupales. Requerirá, en fin, que nos tomemos en serio la autonomía relacional como principio normativo básico de nuestros sistemas democráticos.

31 Véanse las contribuciones a la obra colectiva B. RODRÍGUEZ RUIZ (ed.), *Autonomía, Género y Derecho. Debates en torno al cuerpo de las mujeres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

NOTAS



PANDEMIA, DERECHOS SOCIALES Y MINORÍAS

Anna Mastromarino

0039 3473801893

anna.mastromarino@unito.it

Università di Torino

Sumario:

I. EMERGENCIA SANITARIA Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO. II. LOS DERECHOS SOCIALES FRENTE AL COVID-19. III. PANDEMIA, DERECHOS SOCIALES, PROTECCIÓN DE MINORÍAS. IV. CONCLUYENDO.

165

RESUMEN

Mientras nos hallamos todavía en una condición de emergencia debida a la difusión del virus COVID-19, merece la pena empezar a reflexionar sobre los efectos de la pandemia respecto a la protección de los derechos en las llamadas democracias constitucionales, sobre todo por lo que concierne los derechos sociales y su garantía frente a las minorías.

Palabras clave:

Democracia constitucional, pandemia, derechos sociales, minorías.

ABSTRACT

PANDEMIC, SOCIAL RIGHTS AND MINORITIES

We are still fighting against Corona virus and its effects in a global emergency situation. In any case, it is appropriate to begin rethinking some legal concept and reflect upon impact of the pandemic on democracy and rights. Especially, we can wonder what has changed with regard to social rights application and its protection in favour of minorities.

Key Words:

Key Words: constitutional democracy, pandemic, social rights, minorities.

I. EMERGENCIA SANITARIA Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO.

Es indudable que la respuesta de los estados frente a la emergencia generada por la difusión del virus COVID-19 ha engendrado, allá donde se mire, un estado de tensión institucional¹.

Sin embargo, no cabe la menor duda de que la gestión de la emergencia dentro del marco de lo “democráticamente permitido” se convierte en una tarea mucho más pesada porque no puede prescindir de límites, de controles, de balances entre los poderes, de consenso. Incluso recurriendo a medidas de urgencia, un Estado democrático constitucional tiene que preferir extender el tiempo necesario para tomar una decisión, en vez de permitir la consolidación de poderes personales. Esto porque en los Estados constitucionales democráticos, incluso en condiciones de emergencia, el objetivo no cesa de ser la salvaguardia de sus valores y la limitación de poderes, mientras los sistemas que no corresponden al modelo democrático liberal se pueden conformar con guardar su propia existencia política, incluso renunciando a los (escasos) valores reconocidos en su sistema constitucional.

Podemos insistir sobre el punto afirmando, en particular, que un Estado que pretende permanecer fiel al perfil que corresponde al modelo del constitucionalismo democrático tiene que respetar previamente algunas condiciones de existencia.

Partimos con decir que en un sistema constitucional democrático en todo momento solo la Constitución, y no la necesidad en sí misma, puede ser considerada como fundamento de la cadena normativa que se va desarrollando. Ni podría ser de forma diferente, considerado que admitir la necesidad como fuente autónoma de derecho sería realmente incompatible con la idea de supremacía de la Constitución y con su naturaleza rígida².

Es sabido que, además del contenido de la respuesta en sí misma, es el marco jurídico en el que se realiza la respuesta a la emergencia lo que caracteriza al Estado constitucional democrático. En este sentido, la emergencia no tiene poder de suspensión del estado constitucional, ni representa una alternativa a las dinámicas de la democracia constitucional³. Más bien, la emergencia representa una casualidad que el Estado tiene que gestionar respetando la Constitución y sus límites. La emergencia, por extraordinaria que sea, no se pone fuera del contexto constitucional: si no se pueden prever las circunstancias, sí se pueden codificar los actos a través de los cuales las instituciones reaccionan, tratando de “constitucionalizar” el contexto “extra ordinem”.

De otra forma estaríamos abandonando el terreno de la democracia constitucional por aventurarnos en otros escenarios donde el estado de excepción puede poner en riesgo el ejercicio de los derechos constitucionales⁴.

Lo que vamos diciendo nos lleva de inmediato a formular otra clase de reflexiones acerca del sistema de garantía de los derechos fundamentales en tiempos de pandemia, sin duda estresado por la crisis que estamos viviendo.

1 Cfr. A. MASTROMARINO, «La respuesta a la emergencia Covid-19: el caso italiano», en P. Biglino Campos, F. Durán Alba (Dirs.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

2 Véase en este sentido M. LUCIANI, «Il sistema delle fonti di diritto alla prova dell'emergenza», en *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n.2, 2020, p. 113.

3 R. RAVÍ PINTO, «Brevi considerazioni su Stato d'emergenza e Stato costituzionale», en *Biola Journal, Special Issue*, n.1, 2020, p.45, recuerda que la: «decisione intorno all'emergenza è, come si è appurato, comune allo Stato democratico e a quello non democratico; la risposta allo shock che l'emergenza impone distingue le due forme di Stato. Proprio nella graduazione delle misure e nelle limitazioni dei diritti fondamentali si apprezza il bilanciamento tra valori fondamentali: lo Stato costituzionale non può rinunciare mai fino in fondo ai suoi valori costitutivi (costituzionali appunto), anche di fronte al caso imprevedibile e come tale «non previsto, cioè non descritto dall'ordinamento giuridico vigente», cioè, non può contraddire le sue premesse, ma può (e, per continuare a definirsi tale, deve) limitarne l'efficacia nel tempo e nello spazio, e ciò nella misura strettamente necessaria a contenere e risolvere il caso critico».

4 Cfr. G. SILVESTRI, «Covid-19 e Costituzione», en www.unicost.eu, 10 de Abril 2020: «Lo stato di eccezione schmittiano ... presuppone invece uno spazio vuoto, deregolato e riempito dalla volontà del sovrano, inteso come potere pubblico liberato da ogni vincolo giuridico e capace di trasformare istantaneamente la propria forza in diritto».

Realmente, la emergencia ha empujado al estado de derecho hacia unos límites extremos. Es verdad que hemos asistido a un trastorno del sistema de fuentes, cuya legitimidad hemos tratado de asegurar a través de la continua referencia al principio de legalidad, que en algunos casos ha sido reducido a un imperceptible hilo capaz de validar la acción del ejecutivo; y es indudable que hemos aceptado que la mayoría de los derechos fundamentales pudiesen ser casi neutralizados con el fin de proteger el derecho a la vida de los ciudadanos, sobre todo de aquellos más frágiles. Pero no podemos olvidar que, permaneciendo fieles a los principios del constitucionalismo democrático y de forma coherente con la idea de que la constitución sigue siendo el cimiento del sistema, a pesar de una condición de emergencia, esta situación puede ser aceptada solo reafirmando algunas premisas.

En primer lugar acerca del control jurisdiccional de los actos adoptados (especialmente por lo que concierne la justicia administrativa⁵), que no cesa de ser activo a pesar de las dificultades del momento y, aunque demorándose un poco más, no deja de asegurar la conformidad constitucional de la acción política, sobre todo cuando afecta a las libertades de los ciudadanos.

Además garantiza que los límites que se imponen a los derechos fundamentales sean fruto de un balance y no consecuencia de su suspensión. Si, como hemos recordado, la suspensión de los derechos no tiene ciudadanía en un sistema de democracia constitucional maduro, ni siquiera frente a la posibilidad de declarar un estado de excepción siendo sus premisas y connotaciones constitucionalmente definidas, debemos concluir que la limitación de los derechos no afecta su titularidad sino la intensidad de su goce, que puede verse restringido, a lo mejor, pero solo a causa del balance entre las diferentes libertades en juego. Lo cual nos obliga a sopesar las circunstancias del contexto al fin de no reducir unos derechos en favor de otros sin justificar las restricciones.

Le corresponde al juez averiguar que la ponderación sea correctamente llevada a cabo, habido cuenta, día a día, de las circunstancias concretas, al fin de no reducir más de lo debido el ámbito de fricción de las libertades constitucionales. Es evidente que, a pesar del riesgo para la salud por el que estamos pasando, queda espacio para averiguar que las restricciones sean ponderadas y no injustificadas (como podría ocurrir en el caso del derecho a la privacidad a través de una recogida de datos arbitraria); así como sigan siendo garantizados aquellos derechos cuyo goce no afecta directamente la difusión del contagio, como en el caso del derecho a ser informados de forma plena y verdadera.

Igualmente queda en mano del sistema jurisdiccional acertar que el nivel de calidad de los derechos siga siendo aquello que se pretende por parte de un Estado que, como los objetivos del constitucionalismo democrático imponen, pone en el centro de su actividad la dignidad humana. Lo cual nos lleva a no bajar la guardia en particular respecto al nivel de protección de los derechos sociales con el fin de asegurar que el momento tan difícil que estamos viviendo no impida cuidado, solidaridad, apoyo hacia los que se encuentran desprotegidos socialmente y económicamente, deshumanizándonos.

II. LOS DERECHOS SOCIALES FRENTE AL COVID-19

La doctrina jurídica no cuenta con una definición compartida de la categoría de los derechos sociales. Sin embargo en el contexto del constitucionalismo democrático esta clase de derechos ha ido tomando algunos rasgos peculiares que subliman su naturaleza de medio para intentar encajar el conflicto económico y social dentro del marco constitucional.

En este sentido, considero muy poco satisfactoria la afirmación más tradicional según la cual los derechos sociales se diferencian de los demás derechos por ser derechos “positivos”, o sea por ser derechos que para su goce suponen una imprescindible intervención del Estado, oponiéndose así a las llamadas libertades negativas cuya esencia se funda en la pretensión de inacción por parte de los poderes públicos.

Bajo la perspectiva del Estado constitucional contemporáneo, efectivamente, las expectativas respecto a la esfera de los derechos sociales se hacen mucho más altas.

5 ...Habida cuenta de que los decretos del Presidente del Consejo de Ministros son actos del ejecutivo que no pueden ser impugnados frente a la Corte constitucional italiana al no tener rango legal.

Y eso porque dentro del constitucionalismo democrático no podemos limitarnos a considerar los derechos sociales en términos de antagonismo respecto a los derechos de libertad: más bien hay que reconocer que su esencia profunda se funda exactamente en una idea de libertad, mejor dicho de liberación.

No cabe la menor duda de que detrás de los derechos sociales haya la pretensión de obligar al Estado a una acción redistributiva, con el fin de asegurar condiciones de vida que permitan a cada sujeto autodeterminarse libremente, sin ser sometido a un estado de necesidad que limita sus esperanzas y posibilidades⁶.

En este sentido hablamos de los derechos sociales como de derechos de emancipación, que, acompañándose a los derechos de matriz liberal, terminan por transformar las constituciones en espacios de liberación además de libertad.

No nos olvidemos de que el constitucionalismo democrático entre sus propósitos no tiene el de asegurar la libertad en términos absolutos y objetivos. Más bien su fin es permitir la definición de un proyecto concreto y común de libertad en cuya realización participan todos los ciudadanos de forma consciente y voluntaria.

Se va matizando la tradicional dicotomía entre libertades negativas y derechos positivos en favor de una visión constitucional de conjunto, dedicada a la protección de la dignidad humana, en la que estos últimos están pensados para liberar al hombre de las dificultades materiales para que así pueda expresar de la mejor forma posible su personalidad y desarrollar su libertad.

Esta perspectiva nos ayuda a enfocar el tema del goce de los derechos sociales en tiempos de pandemia a partir de una óptica diferente.

Si derechos sociales y libertad negativas forman parte del mismo proyecto constitucional siendo dos caras de la misma moneda, está claro que en ningún momento las medidas de emergencia adoptadas, por urgentes que sean, pueden determinar una transformación radical de su esencia. En particular, siendo los derechos sociales medios para garantizar el pleno desarrollo de la personalidad, en todo momento el sistema tendrá que garantizar el goce de derechos sociales de alto nivel, que respetan la dignidad humana en todos sus aspectos. No nos podemos conformar con averiguar si los derechos sociales han sido reconocidos de forma más o menos plena. Siempre, y sobre todo en tiempos de pandemia, hay que averiguar también que el nivel de reconocimiento otorgado sea alto, adecuado para proteger no tan solo la vida de hombres y mujeres, sino, más bien, una forma de vida digna, por lo que concierne todos sus aspectos. El amparo del derecho a la salud, el reconocimiento del derecho a la vivienda, la protección del derecho a la educación... no pueden reducirse a meros actos formales del Estado, sin asegurar su calidad. No se asegura plenamente, por ejemplo, el derecho a la vida si, al mismo tiempo, no se asegura la protección de aquellos derechos que sin afectar la salud, permiten al individuo de vivir la enfermedad y la terapia en conformidad a su identidad cultural o religiosa; así como no cumplimos con los principios del constitucionalismo democrático si no aseguramos que puedan ser puestas en marcha todas esas políticas de solidaridad hacia los que se encuentran desprotegidos socialmente y económicamente, garantizando acciones de salvaguarda; finalmente no estamos protegiendo el derecho a la educación si nos detenemos a un análisis meramente cuantitativo de los datos acerca de la continuidad del año escolar sin preguntarnos algo más sobre la calidad de la enseñanza y los medios a disposición de los alumnos para llevar a cabo su aprendizaje.

Las condiciones de descuido en las que han caído lugares como las cárceles, los asilos de ancianos y los centros de migrantes en las semanas de confinamiento, así como el nivel de pobreza y dificultad que están viviendo algunas familias demuestran una vez más como los grupos vulnerables están condenados a vivir una emergencia en la emergencia, viendo empeorar su condición de postergados entre los postergados. Poco vale hablar de derechos en tiempos de pandemia si no averiguamos su respecto y su nivel de goce. Mejor dicho: poco vale hablar de derechos sociales si las prestaciones aseguradas cesan de ser espacios de liberación y ocasión de desarrollo del individuo para convertirse en acciones que aseguran la mera supervivencia de los ciudadanos.

6 Sobre el fundamento de valor de los derechos sociales véase A. BALDASSARRE, «Diritti sociali», en *Enc Giur.*, Treccani, Roma, 1989, 7 ss. Además: F. POLITI, «Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana», Giappichelli, Torino, 2011.

III. PANDEMIA, DERECHOS SOCIALES, PROTECCIÓN DE MINORÍAS.

Lo que vamos diciendo nos permite detenernos a reflexionar un poco más sobre el vínculo que une la emergencia sanitaria, los derechos sociales y la protección de las minorías.

Todavía no podemos contar con una literatura acerca de las efectivas secuelas (¿inevitables?) que la situación que estamos viviendo tendrá de forma definitiva sobre el sistema de los derechos humanos. Por ahora nos limitamos a subrayar las restricciones que la necesidad de contener el contagio ha determinado a lo que concierne el goce de las libertades fundamentales, sin saber si y como estas condiciones urgentes de emergencia terminarían por influenciar de forma definitiva la esfera de los derechos humanos. Lo que seguramente podemos empezar a señalar es la emersión de una conexión muy fuerte entre pandemia y fortalecimiento del nacionalismo...con todo lo que esto quiere decir en términos de limitación de los derechos culturales, lingüísticos, ancestrales... y respecto al incremento de políticas y prácticas de exclusión que causan el crecimiento de fenómenos de intolerancia, racismo, desconfianza y del miedo social⁷.

Asistimos a la progresiva regresión de una reflexión compartida que en los últimos años había llevado a la doctrina a razonar en términos de pluralismo, de estados plurinacionales, de multiculturalismo e interculturalismo, dejando de un lado la perspectiva del Estado nación y sus ataduras, por ejemplo en lo que concierne al contenido más tradicional del concepto de ciudadanía.

Efectivamente, con el tiempo, el marco del constitucionalismo democrático ha obligado a una gradual revisión de la perspectiva bajo la cual llevar al cabo el análisis del concepto de ciudadanía, por mucho tiempo vinculado especialmente a rasgos culturales a través de los cuales determinar la afiliación nacional.

Es innegable que el concepto de nación se forja a partir de algunos elementos, como la religión y la lengua, que terminan por definirlo culturalmente, de manera que la misma categoría de ciudadanía ha quedado vinculada por mucho tiempo a valores culturales, a tradiciones, a memorias históricas compartidas, más que a un estatus burocrático.

Sin embargo, con el tiempo, hemos asistido a una transformación progresiva del paradigma estatal, que se ha ido alejando de la perspectiva mono-nacional para ir ajustándose a un perfil multinacional, conforme a las pretensiones del constitucionalismo democrático y, a la vez, capaz de enfrentarse a desafíos del siglo XXI como la globalización, las migraciones masivas, la consolidación del papel jugado por las organizaciones supranacionales y por el derecho internacional o el afianzamiento de una economía global que facilita la difusión de habitus culturales trans-nacionales⁸.

Este cambio ha determinado también una modificación de la forma de entender la ciudadanía a través de la reconsideración de sus fundamentos teóricos. Si por mucho tiempo la palabra ciudadanía ha sido considerada sinónimo de nación, hay que reconocer que en los últimos años ha ido tomando un perfil mucho más complejo, que tiene mucho que ver con la relación entre individuo, política e instituciones.

Esta des-nacionalización de la ciudadanía ha llevado a la doctrina a hablar de ciudadanía post-nacional, multinacional, transnacional, para subrayar, por un lado, la insuficiencia del concepto de nación para asegurar, hoy en día, plena libertad, igualdad o participación civil, por el otro la necesidad de ir más allá de la idea tradicional de ciudadanía, aún más si nos detenemos a pensar en los enormes cambios de estructura hacia los cuales nos empuja, en este sentido, el espacio europeo. Sin renunciar a la perspectiva identitaria, que se puede fundar en un patriotismo civil, del que mucho habla Habermas, podemos imaginar que la afiliación se vaya construyendo a partir de valores comunes más que ser una cuestión de pedigrí cultural.

Bien: es indudable que las condiciones de emergencia en las que nos estamos hallando han determinado una evidente regresión por lo que concierne la posibilidad de reflexionar sobre el concepto de ciudadanía fuera del marco de la idea de nación. Sin embargo lo que preocupa no es tan solo esta regresión si no más bien los efectos que esta regresión lleva consigo en términos de amparo de los derechos de las minorías.

7 Cfr. F. BIEBER, «Global Nationalism in Times of the COVID-19 Pandemic», *Nationalities Papers*, Special Issue, 2020.

8 S. SASSEN, «Towards Post-National and Denationalized Citizenship», en E. F. Isin, y B. S. Turner (Eds.), *Handbook of Citizenship Studies*, Sage, London, 2002, p. 277; D. TAMBINI, «Post-national citizenship, Ethnic and Racial Studies», 24:2, 2001, p. 195.

Como ha recordado el Secretario General de Naciones Unidas, Antonio Guterres: «Vemos los efectos desproporcionados en ciertas comunidades, el aumento del discurso de odio, los ataques a grupos vulnerables y el riesgo de que la mano dura en las respuestas en materia de seguridad socave la respuesta sanitaria. En un contexto de etnonacionalismo, populismo y autoritarismo en aumento, al tiempo que se produce un retroceso en los derechos humanos en algunos países, la crisis puede servir de pretexto para adoptar medidas represivas con fines no relacionados con la pandemia. Esto es inaceptable»⁹.

El cierre de las fronteras para detener el contagio ha ido afianzando la postura de los nacionalistas, que alimentan políticas de protección y exclusión. En los discursos nacionalistas y populistas el miedo hacia lo desconocido y el intercambio, que el virus de forma inevitable alimenta, se ha de pronto convertido en miedo hacia todo lo que ignoramos, o sea también hacia lo que es diferente y finalmente hacia “el extranjero”. Según una típica dinámica populista, que consiste en la búsqueda permanente de un enemigo, en estos meses hemos asistido a la construcción de un nuevo paradigma nacionalista y a una progresiva transposición del miedo al virus en miedo hacia los que pertenecen a comunidades diferentes respecto a la mayoría, peligrosos, como el virus, porque son desconocidos.

Las políticas interculturales que favorecen el descubrimiento de las diferencias y el fortalecimiento de vínculos sociales entre grupos culturales necesitan tiempos largos para desarrollarse a través del diálogo, la búsqueda de compromisos, de la comprensión: la urgencia que caracteriza el proceso de decisión de estos meses se caracteriza al revés por necesitar tiempos rápidos para actuar. A lo dicho se añade una situación de inevitable competencia que alimenta odio e intolerancia: la reducción de los recursos disponibles alimenta la disputa entre las clases más bajas de la sociedad fomentando el enfrentamiento más que la solidaridad.

Consecuencia evidente del binomio pandemia-nacionalismo es la progresiva reducción del nivel de los derechos reconocidos a las minorías, al ser derechos etnieconómicos porque suponen un alto coste en términos de tiempo y recursos sin ser rentables desde el punto de vista electoral y sin ser entendidos en su valor social por la mayoría.

El cuadro general nos ofrece un panorama muy poco tranquilizante. Resalta la fragilidad de los proyectos de inclusión y reconocimiento de las diferencias de nuestros sistemas que en la tarea de amparo de las minorías parecen haber sido animados por un espíritu paternalista, más que por una verdadera voluntad de apoyar el pluralismo social y las relaciones interculturales.

El aspecto casi folklórico de las políticas de protección de las minorías parece prevalecer sobre los objetivos de integración que tendrían que animar al legislador, así que en tiempos de emergencia, o sea en tiempos en los que los recursos son escasos, los derechos culturales en vez de ser considerados un eje fundamental del sistema terminan por ser tratados como un lujo que nos podemos permitir solo cuando sobran bienes y medios.

La pandemia se ha demostrado un formidable amplificador de las fragilidades de nuestras sociedades: un amplificador de las fragilidades de los grupos vulnerables.

Los ámbitos para sufragar esta afirmación no faltan: derecho a la educación, derecho de acceso a la información vinculado con la protección de los derechos lingüísticos, derecho a la vivienda digna, conectado con otros aspectos que afectan la vida familiar, derecho de acceso a los bienes de primera necesidad.

IV. CONCLUYENDO.

Lo que estamos viviendo nos desafía para el futuro: cada crisis supone un cambio. Depende de nosotros elegir la naturaleza y la dirección de los cambios que queremos introducir. Puede que la emergencia que estamos viviendo se convierta en una ocasión para enderezar el curso del estado de derecho, fortaleciendo esos puntos débiles del sistema que ya hace tiempo se están manifestando; al contrario, puede que la pandemia dé un duro golpe a los pilares de la democracia liberal. Nada está decidido, todo queda en nuestras manos. En las manos de los juristas sobre todo.

9 Consultable en <http://www.oacnudh.org/retroceso-en-los-derechos-humanos-por-pandemia-es-inaceptable-guterres/>

Realmente estoy convencida de que el verdadero desafío en términos de democracia y protección de derechos será lanzado mañana, cuando la situación se vaya apaciguando.

Será mañana, efectivamente, cuando podamos averiguar las consecuencias que se habrán desprendido a partir de esta indigestión de poder ejecutivo y los cambios que se habrán producido. Mañana podremos medir la solidez de nuestros sistemas democráticos, si serán capaces de dar pasos atrás después de tantos pasos adelante con deterioro de la libertad de los ciudadanos.

Hay que vigilar que el estado de necesidad al cesar la emergencia se agote, llevándose consigo todo su aparato normativo de urgencia, sin resacas de autoritarismo, sin extender más las restricciones de la libertad de los ciudadanos.

El jurista está llamado hoy a prestar atención a algunas inquietudes que van surgiendo, pero más aún está llamado mañana a velar para que esas inquietudes no encuentren terreno fértil para echar raíces.

Lo que hoy parece necesario, mañana tiene que volver a ser superfluo. El peligro es que, aprovechando los tiempos difíciles que estamos viviendo, nos caiga encima una temporada en la que las conocidas democracias iliberales ya no nos parezcan tan indecentes, sino más bien indispensables para nuestra seguridad; una temporada en la que el miedo nos haga sacrificar nuestro patrimonio de derechos a cambio de unas supuestas tranquilidad y garantía.

Allí tendrá que estar el jurista, defensor de la Constitución, de sus mecanismos, de sus garantías, de sus derechos.

JURISDICCIÓN DE FAMILIA Y VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Emelina Santana Páez

Magistrada Audiencia Provincial de Madrid

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. III. INCIDENCIA DE LA COVID EN LA PATRIA POTESTAD. IV. INCIDENCIA DEL COVID EN GUARDA Y CUSTODIA Y REGIMEN DE VISITAS Y ESTANCIAS. V. INCIDENCIA DEL COVID EN PENSIONES DE ALIMENTOS

173

RESUMEN

La pandemia mundial generada por el Covid-19 resulta perjudicial para las víctimas de violencia de género, y ha provocado nuevos conflictos familiares que han puesto de manifiesto la necesidad de fortalecer la Administración de Justicia con medios personales y materiales para que pueda dar respuesta a situaciones como la que estamos viviendo, en la medida en que la Justicia y el acceso a la misma es un derecho fundamental de todos los ciudadanos, la garantía frente a sus posibles vulneraciones y el cauce de defensa y protección para los colectivos más vulnerables.

Palabras clave:

Violencia de género, prevención, pandemia, COVID-19, acceso a la justicia, mujeres y niños, protección a las víctimas, Jurisdicción de Familia.

ABSTRACT

FAMILY JURISDICTION AND VIOLENCE AGAINST WOMEN IN TIMES OF PANDEMIC

The global pandemic generated by Covid-19 is detrimental to victims of gender violence, and has caused new family conflicts that have highlighted the need to strengthen the Justice Administration with personal and material resources to be able to respond to situations like the one we are experiencing, since the Justice and the access to it is a fundamental right, the guarantee against possible violations and the way of defense and protect the most vulnerable groups.

Key Words:

Gender violence, prevention, pandemic, COVID-19, access to justice, women and children, protection to victims. family jurisdiction.

I. INTRODUCCIÓN.

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaraba la COVID-19 como pandemia mundial. Antes de la pandemia, la igualdad de género, y la violencia que sufren las mujeres por el hecho de serlo, formaba parte de la política de la mayoría de los Estados y de las actividades de las Organizaciones Internacionales y no Gubernamentales. El inicio de la pandemia genera una nueva e inesperada situación que aunque inicialmente temporal, se va alargando en el tiempo, y que no favorece a las víctimas de violencia de género sino que, por el contrario, resulta muy perjudicial, ya que al miedo al agresor deben sumarle el temor a la enfermedad, a los confinamientos, estados de alarma, limitaciones de movilidad y resto de circunstancias limitativas de derechos que estamos viviendo en todo el mundo y que pueden incrementar la valoración de riesgo en algunos casos.

La pandemia ha provocado nuevos conflictos familiares en parte por la convivencia forzosa en las épocas de confinamiento, en parte por el incremento de los factores de riesgo: mayor consumo de alcohol, drogas, diferentes formas de afrontar y asumir la situación generada y de cumplir las restricciones; una situación que aun excepcional, se está prolongando demasiado en el tiempo. A ello es preciso añadir que la incertidumbre del tiempo que durará la pandemia puede afectar seriamente la salud mental de muchas personas. También las consecuencias económicas de la misma pueden afectar a las relaciones personales: la pérdida de empleo, los expedientes de regulación de empleo, los cierres de actividades no esenciales y en definitiva, la difícil situación económica que junto a la de salud, está provocando la pandemia, son factores que pueden agravar las situaciones de violencia preexistentes o hacer aflorar nuevas situaciones de violencia por las consecuencias terribles que la pandemia está generando. A ello hay que añadir que a la violencia intrafamiliar característica, tenemos que sumar la violencia digital que a través de medios telemáticos está incrementado notablemente y que en este contexto, pueden incrementarse y que si bien, afecta a mujeres de cualquier edad, está provocando muchas situaciones indeseadas en adolescentes.¹

A ello se añade que el confinamiento domiciliario, los toques de queda, y otras restricciones pueden favorecer el control de los maltratadores y la invisibilidad de la mujer. De ahí la importancia de favorecer el acceso de la mujer a los servicios esenciales: justicia, servicios policiales o servicios sociales.

Dentro de los asuntos que han tenido entrada en los juzgados, se ha visto un incremento de denuncias en los casos de parejas que ya tenían conflictos previos de carácter civil, en situación de previa separación o divorcio no resueltos, que, al verse suspendidos los procedimientos civiles, manteniéndose la convivencia, ha generado situaciones de violencia de género.

Asimismo, lo que en una situación normal queda en una simple discusión familiar, durante el estado de alarma, ha dado lugar a denuncias por violencia de género, por la obligada convivencia y la imposibilidad de salir del domicilio.

Ya en el mes de marzo de 2020, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de la ONU, advirtió que los esfuerzos para hacer frente a la crisis de salud provocada por la pandemia pueden provocar un incremento de la violencia doméstica contra las mujeres.

En julio de 2020 se publica el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sobre la interacción entre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y la pandemia de violencia de género contra la mujer, con especial énfasis en la violencia doméstica y la iniciativa por la paz en el hogar²

Diversas organizaciones internacionales hicieron llamamientos a los gobiernos a fin de que incrementaran la prevención y la gestión de la violencia contra las mujeres en sus planes de respuesta nacionales ante la COVID-19, debiendo adoptarse medidas de prevención y atención de la violencia contra las mujeres, niñas y niños

En este sentido de facilitar el acceso de la víctima a la justicia y servicios esenciales, hay que destacar que ONU Mujeres ha elaborado un documento o guía para la “*Prevención de la violencia contra las mujeres frente*

1 <https://www.pantallasamigas.net/10-formas-violencia-genero-digital/>

2 <https://undocs.org/es/A/75/144>

a *COVID-19 en América Latina y el Caribe*³ que señala las siguientes estrategias:

- Garantizar que las regulaciones de cuarentena o de restricciones de movilidad contengan excepciones para las mujeres víctimas de violencia y sus hijas/hijos.
- Asegurar que los servicios de atención y respuesta a la violencia contra las mujeres se consideren servicios esenciales durante la pandemia.
- Fortalecer los mecanismos de alerta de emergencia.
- Fortalecer la identificación y la atención a la violencia de género por parte del sector salud.
- Garantizar que los servicios policiales y judiciales prioricen la respuesta a la violencia y faciliten el acceso a la justicia a través de mecanismos virtuales y alternativos.
- Priorizar y reforzar el financiamiento de refugios/ albergues/casas de acogida.
- Garantizar acceso a servicios sociales, terapia, servicios psicosociales y asesoría legal gratuita on line.
- Aumentar la inversión en las organizaciones de mujeres de base y de la sociedad civil, así como las defensoras de derechos humanos para que puedan desarrollar redes de apoyo.
- Implementar diversas medidas y campañas de comunicación y de guías y recursos para generar una cultura de tolerancia cero.
- Poner en marcha medidas especiales que tomen en cuenta las diferentes necesidades de las mujeres en la fase de recuperación.

En el seno del Consejo de Europa se declaró el pasado 20 de abril de 2020 que la pandemia no puede desplazar al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) que incide en la necesidad de adoptar políticas destinadas a prevenir, sancionar, erradicar la violencia de género, así como proteger y prestar asistencia a las víctimas.

En España tras la declaración del Estado de alarma por el R.D 463/2020, se aprobó el 17 de marzo de 2020 por el Consejo de Ministros el Plan de Contingencia contra la violencia de género ante la crisis del COVID-19 (Real Decreto-Ley 12/2020, de 31 de marzo⁴), habiendo publicado el Ministerio de Igualdad una Guía de actuación para mujeres que estén sufriendo violencia de género en situación de permanencia domiciliaria derivada del estado de alarma por COVID 19⁵.

Esas disposiciones se han traducido en las siguientes medidas adoptadas por el Gobierno de España:

- Declaración como servicio esencial de la asistencia integral a las víctimas de violencia de género, garantizando el normal funcionamiento de los dispositivos de información de 24 horas, la respuesta de emergencia y acogida a las mujeres en situación de riesgo, y la asistencia psicológica, jurídica y social de manera no presencial.
- Activación de un nuevo recurso de emergencia para las mujeres en situación de violencia de género mediante un mensaje de alerta por mensajería instantánea con geolocalización que recibirán las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
- Campaña institucional de concienciación contra la violencia de género.
- Elaboración de una guía de actuación para mujeres víctimas en situación de permanencia domiciliaria derivada del estado de alarma por COVID-19.
- Servicios psicológicos inmediatos vía WhatsApp.
- Uso de los establecimientos de alojamiento turístico en caso de que no haya plaza disponible durante el estado de alarma en los centros designados para ello.
- Inclusión del “Botón SOS” en la AppAlert Corps, que permite tanto al personal sanitario como a las víctimas de violencia de género requerir de manera discreta la asistencia inmediata de las Fuerzas de Seguridad del Estado.
- Uso de palabra clave: las mujeres que se encuentren en una situación de peligro puedan ir a la farmacia y solicitar una “Mascarilla 19”. El personal farmacéutico realiza una llamada a los servicios de emergencia y se pone en marcha el protocolo por violencia de género.

3 https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/05/es_preencion%20de%20violencia%20contra%20las%20mujeresbrief%20espanol.pdf?la=es&vs=3033

4 <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/31/12>

5 <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/covid19/GuiaVictimasVGCovid19.pdf>

Durante el confinamiento, han disminuido notablemente los delitos que podemos denominar “comunes”, pero no los delitos relacionados con la violencia familiar. El riesgo para las mujeres ha sido evidente, han estado aisladas en el hogar con sus agresores y se han limitado (como a todos los ciudadanos) su libertad de movimiento, a lo que cabe añadir la resiliencia de la víctima y el riesgo para los menores, vulnerando su derecho a vivir en un espacio libre de violencia. De ahí la importancia de extremar la diligencia en el tratamiento de las denuncias por violencia doméstica, como señala el TEDH en sentencia de 2 de marzo de 2017 *Talpis c. Itali*⁶, que recuerda, que los niños y demás personas vulnerables en el ámbito familiar ‘tienen derecho a una prevención eficaz, preservándolos frente a formas particularmente graves de ofensa a la integridad de su persona. Ello implica el deber de establecer un sistema judicial eficaz e independiente que permita determinar las causas de delito cometido, así como a sus responsables’.

Si bien parece que la interposición de denuncias ante esta limitación de movimiento, también ha disminuido, no ha ocurrido lo mismo con las demandas de ayuda y asesoramiento en cualquiera de sus formas, lo que es importante en orden a activar todos los sistemas de protección.

Tras el estado de alarma inicial, y el inicio de la primera desescalada se anunciaba un repunte de demandas de disolución conyugal y tampoco ha sido así. Las demandas de disolución matrimonial se redujeron un 42,1% como media tanto en divorcios contenciosos como de mutuo acuerdo. Las demandas de modificación de medidas consensuadas descendieron un 41,9 por ciento y las no consensuadas lo hicieron un 37,6 por ciento, según las estadísticas publicadas por el Consejo General del Poder Judicial. Veamos que incidencia ha tenido la pandemia en los procesos civiles ya sean competencia de los Juzgados de Familia o de Violencia sobre la Mujer.

II. INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

La declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo dio lugar a una situación inédita para todos como ciudadanos y para los operadores jurídicos. Inmediatamente surgieron dudas sobre si el confinamiento decretado, y las limitaciones a la movilidad afectaban a la entrega y recogida de los niños y niñas, cuyos progenitores se hallaban separados o divorciados, o simplemente habían roto su convivencia. En un primer momento, no parecía expresamente recogida como excepción a la limitación de movimientos la entrega y recogida de los niños, lo que unido al miedo al contagio, generó en muchas familias situaciones de auténtica incertidumbre.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma por el COVID-19 adoptó entre otras, las siguientes medidas:

- acordó la suspensión e interrupción de los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales, lo que ha ocasionado la suspensión de vistas y la paralización de la tramitación de muchos procedimientos relativos a cuestiones de familia. Esto ha supuesto un retraso notorio en la resolución de todo tipo de procedimientos; medidas provisionales, medidas definitivas, modificación de medidas o procedimientos de ejecución entre otros muchos, se han visto afectados por estas suspensiones.
- Dicha interrupción no era de aplicación, en los procedimientos competencia de los Juzgados de Familia, para la autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y para la adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil, pudiendo el juez o tribunal acordar la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales que sean necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.
- La suspensión de los plazos procesales se exceptuó igualmente en el ámbito de la violencia de género, respecto a las órdenes de protección y a cualquier medida cautelar en materia de violencia

⁶ [https://hudoc.echr.coe.int/fre#?{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-171508%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#?{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-171508%22]})

sobre la mujer o menores, por lo que a pesar del estado de alarma, el Juez mantenía la obligación de resolver en el plazo de 72 horas establecido por la Ley. A tal efecto, se estableció como servicio esencial para los juzgados de violencia sobre la mujer los servicios de guardia y en particular, el dictado de las órdenes de protección y cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer y menores.

Posteriormente, se dictó la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁷ manteniendo la preferencia en la tramitación de algunos procedimientos judiciales.

La legislación española regula la posibilidad de que la víctima de violencia de género solicite una orden de protección al Juez. Esa orden de protección confiere a la víctima un estatuto integral de protección que comprende la adopción de medidas cautelares penales y civiles, en un primer momento y con una vigencia limitada en el último caso, debiendo presentar el correspondiente procedimiento civil. El art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone en su n.º 5 que “la orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública”.

La orden de protección puede incluir medidas cautelares de carácter penal, medidas cautelares de naturaleza civil y medidas de asistencia y protección social. Entre las medidas de carácter penal se incluyen la prisión provisional, la retirada de armas, la medida de alejamiento, la prohibición de entrada en ciertos lugares, y/o la prohibición de comunicación. Entre las medidas de carácter civil se pueden acordar entre otras, la atribución del uso del domicilio familiar, la determinación del régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia de los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, la prestación de alimentos y cualquier otra disposición que se considere oportuna, a fin de apartarles de un peligro o evitarles perjuicios.

El estado de alarma hizo necesario fijar unas medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, dictándose a tal fin el Real Decreto-Ley 12/2020 de 31 de marzo⁸, para tratar de asegurar el funcionamiento de los servicios de asistencia y protección integral y eliminar los obstáculos que puedan impedir el acceso de la víctima a los medios habituales de asistencia integral, comunicación y denuncia de situaciones de violencia de género. Junto con el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia se ha establecido que “los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas, y en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática”, habiéndose establecido protocolos en todas las sedes judiciales, preservando las particularidades de las comparecencias ante los juzgados en funciones de guardia y los juzgados de violencia sobre la mujer. Analizaremos, pues, la incidencia de la COVID-19 en el ámbito familiar tanto en un momento inicial como en la actualidad.

III. INCIDENCIA DE LA COVID EN LA PATRIA POTESTAD

En primer lugar, conviene destacar que como señala el art. 154 del Código Civil que “los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores”, añadiendo que “La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”. Además, conforme al art. 156, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores, salvo que se le haya atribuido a uno solo de ellos por resolución judicial.

Resulta, pues, incuestionable, que la patria potestad no se suspende ni por el estado de alarma decretado por el Gobierno ni por la pandemia y las sucesivas restricciones de movilidad acordadas por las Comunidades Autónomas. Sólo puede ser restringida por el Juez competente.

7 <https://www.boe.es/eli/es/l/2020/09/18/3/con>

8 <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/31/12>

Sin embargo, se han dado y se dan, siendo uno de los procedimientos que mayor incremento porcentual está teniendo, casos de discrepancias en el ejercicio de la patria potestad, como consecuencia de la situación que atravesamos.

En un primer momento, se plantearon problemas en cuanto a la asistencia al colegio, derivados de la voluntad de un progenitor de que asistieran al centro escolar mientras que el otro se oponía por miedo al contagio. Ante esa situación, el Fiscal de Sala de Menores dicto un acuerdo de unificación de criterios en materia de absentismo escolar derivados de la crisis de la COVID-19, señalando lo siguiente:

“Cabe recordar que en los tramos de edad comprendidos entre 6 y 16 años persiste la obligación legal de escolarización imperativa en los términos y condiciones establecidos por las legislaciones estatal y autonómica aplicables en cada caso.

La asistencia presencial del alumnado, constituye una obligación ineludible para los padres o tutores de los/as menores afectados. Su desatención voluntaria, injustificada y persistente acarreará las consecuencias legales derivadas del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, como ha venido ocurriendo de forma habitual hasta el momento en los supuestos de absentismo”.

El criterio general ha sido, por lo tanto, mantener el deber de asistencia y obligación de ambos progenitores de velar por la continuidad en la formación escolar de sus hijos, salvo excepciones justificadas.

Se han planteado sobre esta cuestión solicitudes ante los Juzgados de Familia a fin de resolver dicha discrepancia, al amparo del art. 156 del C. Civil. Entre otras resoluciones, el auto del Juzgado de 1ª Instancia León n.º 10, 248/2020, de 10 de septiembre, Recurso 447/2020), ante la discrepancia sobre la asistencia del niño al colegio, atribuye al padre la facultad de decidir que el menor de 5 años acuda al colegio, señalando que la situación del COVID-19 puede alargarse, debe socializarse, y no está exento de riesgos con la madre, que también es profesora o los abuelos que tienen un bar. En el mismo sentido, el auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Tafalla, n.º 2, 206/2020, de 9 de noviembre establece la obligación del padre de llevar al colegio a sus hijos en la semana en que estén bajo su custodia, no siendo beneficioso para los menores que los progenitores les transmitan miedo, ideas o sentimientos negativos

También se han planteado otros procedimientos por discrepancias entre los progenitores por la decisión de cambiar al hijo o hijos de colegio en caso de que la capacidad económica de alguno de ellos se haya visto afectada y no se pueda seguir asumiendo costes que antes se podían pagar. Lo mismo está ocurriendo en relación a actividades de ocio, clases extraescolares o tratamientos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, así como pólizas privadas de asistencia sanitaria. Otro supuesto que ha generado la presentación de tales solicitudes ha sido los traslados de residencia a otra localidad o incluso fuera de España de uno de los progenitores, al perder su puesto de trabajo, y querer volver a sus ciudades o países de origen.

179

IV. INCIDENCIA DEL COVID EN GUARDA Y CUSTODIA Y REGIMEN DE VISITAS Y ESTANCIAS

Si en situaciones normales la adopción de cualquier sistema de custodia o la fijación de una régimen de estancias o visitas debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar y no en el de los progenitores, el avance de la pandemia exige de los progenitores un compromiso mayor y una colaboración que permita resolver en un marco de normalidad, situaciones que se enmarcan en una situación que no lo es.

Declarado inicialmente el estado de alarma, las Juntas sectoriales de Jueces de los Juzgados de Familia y de Violencia de Género llegaron a acuerdos intentando compatibilizar el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores y el derecho a preservar su salud, contemplando como norma general, el cumplimiento de las resoluciones judiciales, con excepciones como:

- la suspensión temporal de las visitas para días intersemanales con o sin pernocta y cuando los menores sean lactantes.
- la suspensión de las visitas cuando la resolución judicial haya establecido que las entregas y recogidas se realicen a través de los puntos de encuentro, en tanto estos han cesado su actividad presencial durante el estado de alarma.
- la suspensión de visitas cuando los progenitores tengan su residencia habitual en distintas ciudades.

Dichos acuerdos no eran más que criterios orientativos, y fueron muy criticados por no ser coincidentes entre unas localidades y otras. El tiempo ha demostrado que no estaban tan errados puesto que las diferencias entre unas localidades y otras han sido y son muy distintas, por su propia naturaleza. No es lo mismo la entrega de un niño o niña en una localidad pequeña que en una ciudad de las dimensiones de Madrid o Barcelona.

Superadas las dudas iniciales en cuanto a la posibilidad de circulación por la vía pública para el intercambio de los hijos, son otros muchos los problemas que se han planteado; problemas que han ido variando en función de las circunstancias de cada localidad, en función de las mayores o menores restricciones de movilidad y en función de las circunstancias de cada familia. Desde los primeros problemas relacionados con la necesidad de modificar por causa de fuerza mayor el lugar de intercambio, al estar cerrados los Puntos de Encuentro Familiares y los centros escolares, lo que unido a la imposibilidad de contar con los abuelos por riesgo de contagio, originó problemas para la entrega de los niños, hasta supuestos en donde ha sido imposible hacer esa entrega, particularmente en contextos de violencia de género, al suponer un riesgo para la mujer y para los hijos e hijas.

En este último caso, ha habido resoluciones en las que se ha suspendido el régimen de visitas por el riesgo para la madre o para los hijos. Es el caso contemplado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 10ª, 500/2020, de 5 de octubre, recurso 579/2020, en la que confirma la sentencia de instancia que estimó la medida urgente de suspensión de las visitas durante el estado de alarma, puesto que no incluyendo pernocta y necesitando de terceros para las entregas suponía un riesgo innecesario para la menor. En otros casos, como el examinado por la AP Cádiz, Sec. 5ª, 30-11-2020 se ha acordado también la suspensión del régimen de custodia del menor mientras durase el estado alarma y ante la existencia de denuncias previas por amenazas telefónicas del padre a la madre y la abuela materna.

La posibilidad de contagio del menor o de alguno de los progenitores también ha dado lugar a controversias entre los progenitores, y a suspensiones de facto del régimen de custodia o de estancias con uno de los progenitores, que han sido resueltas por los Juzgados.

Las resoluciones judiciales recaídas son muy casuísticas, como no podía ser de otra forma, ya que siempre hay que atender a las circunstancias del caso concreto y la pandemia ha afectado de forma distinta a muchas familias. En algunos casos se ha denegado la suspensión de los tiempos de estancia con uno de los progenitores, que trabajan en centros sanitarios en función el tipo de trabajo y el consiguiente riesgo para los hijos en la convivencia con el otro progenitor, siendo las respuestas distintas atendiendo al mayor o menor nivel de riesgo de contagio de COVID-19. En general, puede decirse que los casos en que se ha suspendido el régimen de estancias o visitas ha estado justificado en el interés superior del menor a fin de preservarle de riesgos en casos de violencia o de riesgos para la salud. Algunos otros casos recogidos en resoluciones judiciales han sido, entre otros, los de un padre con un hijo con una enfermedad respiratoria de riesgo, una mujer que no acredita domicilio fijo donde poder cuidar a su hijo o sanitarios que trabajan con personas que han dado positivo por Covid-19.

Resulta necesario destacar que las peores previsiones relativas a la posible avalancha de procedimientos judiciales, en los primeros meses tras el inicio de la pandemia, no se ha cumplido. Pese a la creación de un procedimiento especial para la compensación de visitas, son muchos los progenitores que han acudido a otras vías de negociación, alcanzado acuerdos por sí mismos, a través de sus abogados o acudiendo a un proceso de mediación, por lo que resulta de justicia reconocer el buen hacer de muchos progenitores, y de los profesionales que desde la Abogacía o la Mediación les han ayudado a lograr la mejor de las soluciones ante una coyuntura difícil.

No todo han sido incumplimientos o discrepancias afortunadamente y aunque cuando el asunto llega a los Juzgados generalmente es por falta de entendimiento para alcanzar un acuerdo, destaca la sentencia de la AP Lleida, Sec. 2ª, 361/2020, de 26 de mayo, Recurso 271/2020, en la que señala que “La decisión del padre de permitir los contactos de la menor con su madre sin la supervisión del PEF por estar suspendido el servicio durante el estado de alarma, supone una habilidad parental que debe valorarse a efectos de determinar la custodia”.

Las circunstancias que han rodeado a las familias: niños sin colegio, teletrabajo y demás restricciones también han provocado solicitudes de modificación del régimen de custodia, bien para avanzar

en la coparentalidad a través de la custodia compartida o bien para restringir las medidas existentes por incumplimientos de tales medidas.

V. INCIDENCIA DEL COVID EN PENSIONES DE ALIMENTOS

Sin embargo, según avanza la pandemia si se está notando un incremento en las demandas de modificación de medidas. El art. 775 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, prevé la posibilidad de solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

La difícil situación económica que afecta a muchas familias ha motivado el incremento de demandas de modificación para reducir las pensiones de alimentos de los hijos por parte del obligado al pago o de incremento por parte del progenitor custodio, que ha sufrido una disminución de su capacidad económica. No son infrecuentes los casos en los que ambos progenitores se han visto afectados por las consecuencias económicas de la pandemia, lo que lleva a situaciones difíciles de solventar judicialmente y en las que será precisa la obtención de ayudas públicas para poder atender a las necesidades más vitales. Pero en el resto de situaciones, es necesario acreditar que se ha producido un cambio significativo, no siendo suficiente una situación transitoria o buscada de propósito por el progenitor que solicita la modificación.

En definitiva, esta situación ha puesto al límite a la sociedad y como parte de la misma, a la Administración de Justicia, y ha puesto en evidencia la necesidad de invertir en una Administración de Justicia con medios personales y materiales que pueda dar respuesta a situaciones como la que estamos viviendo, en la medida en que la Justicia y el acceso a la misma es un derecho fundamental de todos los ciudadanos, la garantía frente a sus posibles vulneraciones y el cauce de defensa y protección para los colectivos más vulnerables.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE GÉNERO, DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL Y SU RECONOCIMIENTO JURÍDICO EN TIEMPOS DE CRISIS*

Marta Fernanda León Alonso
Universidad de Salamanca

Sumario:

I. LA RESPUESTA DE LAS CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS A LOS FENÓMENOS DISCRIMINATORIOS COMPLEJOS. II. LA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO. 1. La exitosa acogida en el sistema interamericano de derechos humanos. 2. La discriminación múltiple en Europa. A) El sistema europeo de protección de derechos humanos. B) Las políticas de igualdad en la Unión Europea: de la transversalidad a la interseccionalidad.

183

* Este texto recoge mi intervención, ampliada y revisada, en el seminario internacional “Asignaturas pendientes en materia de género: hacia un futuro modelo regulativo constitucional”, organizado por el CESJ Sur de Europa y la Universidad de Jaén, el 26 de noviembre de 2020.

RESUMEN

La interseccionalidad es una categoría analítica para identificar cómo la convergencia de diferentes factores (género, raza, nacionalidad, clase social, discapacidad) genera situaciones complejas de discriminación. Sin embargo, su reconocimiento como herramienta de análisis por el Derecho antidiscriminatorio no ha sido homogéneo. En el caso del sistema interamericano de protección de derechos, su implementación ha sido exitosa. No ha ocurrido lo mismo en Europa, donde el enfoque interseccional sí se aplica en la elaboración de las políticas públicas, aunque apenas se usa en las normas y en la jurisprudencia nacional e internacional.

Palabras clave:

Palabras clave:

Discriminación interseccional, género, Derecho antidiscriminatorio, sistema interamericano de protección de derechos, sistema europeo de protección de derechos humanos.

ABSTRACT

SOME REFLECTIONS ON GENDER, INTERSECTIONAL DISCRIMINATION AND ITS LEGAL RECOGNITION IN TIMES OF CRISIS

Intersectionality is an analytical category to identify how the convergence of different factors (gender, race, nationality, class, disability) generates complex situations of discrimination. However, its recognition as a tool of analysis by anti-discrimination law has not been homogeneous. In the case of the Inter-American system for the protection of rights, its implementation has been successful. This has not been the case in Europe, where the intersectional approach is applied in the elaboration of public policies, although it is hardly used either in norms or in national and international jurisprudence.

Key Words:

Intersectional discrimination, gender, Anti-discrimination law, Inter-American System for the Protection of Human Rights, European System for the Protection of Human Rights.

I. LA RESPUESTA DE LAS CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS A LOS FENÓMENOS DISCRIMINATORIOS COMPLEJOS.

En el mundo del derecho es cada vez más habitual el uso de expresiones procedentes de otras ramas del conocimiento que nos permiten a los juristas acercarnos a realidades de cuya existencia nos percatamos, pero sobre las que no habíamos teorizado. Así, en el discurso jurídico se han introducido términos como diversidad, interseccionalidad o resiliencia. No son conceptos propios de nuestra disciplina, ni forman parte de la dogmática tradicional, pero sí resultan útiles para describir fenómenos sociales y categorizarlos a través del derecho.

En ese sentido, las ciencias sociales nos enseñan que la identidad de las personas está compuesta por múltiples facetas y que los demás tienden a ver y tratar a cada individuo como un todo que abarca esas diversas identidades (mujer, trans, mayor, con diversidad funcional, inmigrante, musulmana, etc.). Y puede ocurrir que un sujeto, vinculado a varios grupos en situación de especial vulnerabilidad, sufra formas agravadas y singulares de discriminación, como la denominada discriminación interseccional.

Por otro lado, los fenómenos discriminatorios se agudizan con las crisis que se suceden de forma encadenada en tiempos de “modernidad líquida” (Bauman). Crisis que, como la provocada por la COVID-19, pueden afectar al planeta entero, hasta el punto de ser considerada una *sindemia*. Este vocablo es un neologismo formado por las palabras sinergia y epidemia, y sirve en medicina para identificar la confluencia de dos o más patologías que se desarrollan en entornos de desigualdad estructural. El término sindemia se usa en algunos foros para aludir a la triple crisis sanitaria, económica y social y sus efectos en la ciudadanía. Frente a estas adversidades, se apela a la resiliencia como mecanismo de autodefensa. Otro término ajeno al ámbito del derecho, pero al que se recurre en determinados contextos jurídicos, al resultar muy atractivo por su fuerza metafórica¹. En las ciencias naturales, la resiliencia permite definir aquellos cuerpos capaces de absorber la energía de los golpes sin quebrarse. No es sinónimo de resistencia, pues los cuerpos resilientes no oponen fuerza, sino que amortiguan el impacto gracias a la elasticidad de sus estructuras. Esta elasticidad, ¿se puede predicar de la constitución y de los derechos que en ella se reconocen? En mi opinión, admitir sin más la resiliencia en lo jurídico puede tener un efecto perverso si no se hace un análisis de las causas de las crisis y se depuran responsabilidades políticas y jurídicas de quienes las provocaron o no supieron dar una adecuada respuesta para preservar los derechos. Asumir esta cualidad de forma acrítica, puede conducirnos a aceptar las crisis como algo normal. Esta posibilidad sería, incluso, contraria a la esencia del denominado Derecho de excepción, sometido a límites formales, materiales y temporales para evitar, precisamente, que lo excepcional se convierta en normal. En definitiva, a quien sufre discriminación, no se le puede pedir que sea resiliente. A quien sufre discriminación, en un Estado de Derecho, se le debe proteger.

Este contexto de crisis poliédrica es el caldo de cultivo idóneo para que se agraven las desigualdades que ya existían, pero que ahora se han hecho más evidentes. Ni nuestro sistema sanitario era tan robusto ni nuestro Estado del bienestar tan sólido. La *Encuesta de condiciones de vida*, realizada en 2019 por el Instituto Nacional de Estadística (INE), arroja una serie de datos que evidencian el alto grado de vulnerabilidad de la población española. Según el INE, el 25,3% está en situación de exclusión social. Tal y como se explica en la nota de prensa que acompaña la encuesta, este indicador no mide la pobreza absoluta, sino la desigualdad. Otro dato que me gustaría subrayar es el referido a los delitos de odio y discriminación que en 2019 aumentaron, según el Ministerio del Interior, casi un 7% respecto al año anterior². A pesar de que las condenas por estos delitos hayan crecido, el número de denuncias sigue siendo sorprendentemente bajo. En un estudio del Instituto de la Mujer de 2018 sobre la evolución de la discriminación en España, se concluye que solo el 8% de las personas que

1 Sobre la utilización de este término en el ámbito del Derecho Constitucional, vid. mi trabajo «Rigidez, resistencia y resiliencia constitucional frente a la vulnerabilidad de los derechos», [en línea] *Papeles “El tiempo de los derechos”*, n° 16, 2016, Universidad Carlos III. [Consulta: 20 de febrero de 2021], disponible en: <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2015/01/wp-16.pdf>.

2 Vid. Ministerio del Interior, *Informe 2019 sobre la evolución de los “delitos de odio” en España*. [en línea] [Consulta: 20 de febrero de 2021], disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/informe+evolucion+2019/631ce020-f9d0-4feb-901c-c3ee0a777896>.

consideran haber sido objeto de discriminación presentaron una denuncia formal³. La razón principal es que no se confía en el sistema judicial para resolver estos casos, como pone de manifiesto el 42% de los entrevistados. Este estudio contiene otro dato a tener en cuenta: la escasa percepción que existe respecto a la discriminación por “acumulación de motivos”. Solo un 15% de la población encuestada reconoce haber sido objeto de este tipo de conductas. La razón de esta cifra tan baja se debe, como explica Rey Martínez, a que se trata de una categoría-niebla. Intuitivamente, es fácil de entender en qué consiste la discriminación interseccional⁴. Sin embargo, para los operadores jurídicos presenta unos contornos difíciles de perfilar. Prueba de ello es, por un lado, el desacuerdo entre la doctrina a la hora de denominar el fenómeno (discriminación múltiple, interseccional, acumulativa), y, por otro, la falta de reconocimiento normativo, lo que complica la labor de los tribunales para tutelar a quienes lo sufren.

II. LA INCORPORACIÓN DEL ENFOQUE INTERSECCIONAL AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas publicó en 2017 un informe en el que se analiza cómo convergen motivos de discriminación diversos y su efecto negativo en el pleno disfrute de los derechos, especialmente de las mujeres y las menores. En este documento se señalan las carencias que presentan los Estados y se formulan una serie de recomendaciones en dos direcciones: la acción política y la acción jurídica. La agenda política ha incorporado con entusiasmo el concepto de interseccionalidad, como queda reflejado en la aprobación de disposiciones no normativas, la elaboración de estudios, planes de igualdad y medidas de acción positiva donde se tiene en cuenta este nuevo enfoque. Por el contrario, los sistemas jurídicos, nacionales e internacionales, se resisten a reconocer la interseccionalidad como una nueva causa de discriminación cualificada y como principio interpretativo. Estas reticencias se producen al mismo tiempo que la tutela antidiscriminatoria experimenta un importante desarrollo, a partir de la identificación de nuevos supuestos de discriminación vinculados a condiciones y circunstancias personales o sociales como la discapacidad, la edad o la orientación sexual que generan situaciones de victimización o exclusión y en las que ha sido necesario implantar una protección jurídica reforzada. Incluso se han acuñado términos como el de aporofobia⁵ o edadismo para nombrar estos fenómenos.

El Derecho antidiscriminatorio se ha centrado, tradicionalmente, en la raza y el sexo/género, sin tener en cuenta las identidades múltiples, cada una de las cuales puede ocasionar desventajas y desigualdades que tienen que ser valoradas en su conjunto y no desde un enfoque unidimensional. La legislación y la jurisprudencia no han tenido en cuenta la posible confluencia de varias causas de discriminación que interaccionan entre sí y se afronta el problema, en la mayoría de los casos, valorando por separado cada una de ellas. Esta manera de proceder se cuestionó, tempranamente, por la sociología académica, de la mano, entre otras, de Patricia Hill Collins, y más tarde por la doctrina jurídica estadounidense. Es bien conocido que una de las voces más críticas ha sido Kimberlé Crenshaw, quien en un estudio publicado en 1989 defendió que una visión unidimensional de las posibles causas de discriminación que sufre una persona, no permite tener una percepción completa de la realidad⁶. Según Crenshaw las teorías jurídicas clásicas sobre discriminación racial y discriminación sexual son insuficientes para explicar y dar una respuesta adecuada al trato discriminatorio que soportan las mujeres

3 Vid. M.^a A. CEA D'ANCONA y M. S. VALLES MARTÍNEZ *Evolución de la discriminación en España*, [en línea] Instituto de la Mujer, 2018, [Consulta: 20 de febrero de 2021], disponible en: <https://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2018/EvolucionDiscrimEsp2018-0159.pdf>.

4 Vid. F. REY MARTÍNEZ, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 28, 2008, p. 253.

5 Este concepto ha sido elaborado por A. CORTINA ORTS, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Paidós, 2017.

6 Vid. K. CRENSHAW, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», [en línea] *University of Chicago Legal Forum*, 1989, [Consulta: 20 de febrero de 2020], disponible en: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>.

afrodescendientes. Discriminación que nada tiene que ver con la que puede sufrir una mujer blanca, por el hecho de ser mujer, o un hombre negro, por el hecho de ser negro. Crenshaw propuso un nuevo punto de vista basado en la idea de la interseccionalidad, según la cual cada individuo sufre opresión u ostenta privilegios en base a su pertenencia a múltiples categorías sociales. La interseccionalidad se presenta, pues, como una herramienta de análisis que permite, primero, identificar y, en segundo lugar, actuar en aquellos casos en los que el trato discriminatorio se produce por el cruce de factores como el sexo y el género con otras características o identidades personales que provocan discriminaciones singulares.

Desde algunos ámbitos del feminismo académico se ha manifestado cierta desconfianza hacia esta nueva perspectiva, porque se teme que la interseccionalidad disuelva el factor sexo-género como eje principal en las políticas públicas⁷. Quienes así opinan, tienden a homogenizar las características y reivindicaciones del movimiento feminista, desatendiendo las peculiaridades y necesidades específicas de las minorías dentro del grupo. Un análisis unidimensional basado únicamente en el género, corre el riesgo de invisibilizar esas otras situaciones en las que la discriminación que sufren muchas mujeres se produce por la convergencia con otros factores. Como ha señalado Ferrando García, la transversalidad y la interseccionalidad son dos ideas complementarias que permitirían dar una respuesta más eficaz a esos casos de discriminación agravada⁸.

2.1. La exitosa acogida en el sistema interamericano de derechos humanos

La expansión de esta nueva categoría conceptual ha sido desigual. En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en los países que de él forman parte, la teoría interseccional ha tenido una exitosa acogida. Zota-Bernal, al estudiar su aplicación en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hace una observación muy acertada al recordarnos el origen estadounidense del concepto y la necesidad de no transculturizar su contenido. Esta precisión es relevante para contextualizar su aplicación en el sistema interamericano, pues los países que forman parte de la Organización de Estados Americanos (OEA) son muy diversos y experimentan de manera diferenciada las desigualdades sociales, aun cuando todos deban combatir la discriminación y la exclusión social⁹.

La perspectiva interseccional se positivizó en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994). En los últimos años, se han aprobado nuevos instrumentos normativos que se refieren expresamente a este concepto y que establecen el compromiso de los Estados de adoptar medidas para combatir la discriminación interseccional. Tal es el caso de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, ambas adoptadas por la Asamblea General en 2013. En fechas más cercanas, la OEA ha incorporado el enfoque interseccional a la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015).

Además de este reconocimiento en la normativa internacional, ha sido encomiable la labor de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la aplicación del análisis interseccional de mujeres en situación de vulnerabilidad, como indígenas, personas con discapacidad y población afrodescendiente. Son muchos los pronunciamientos al respecto y me referiré solo a algunos de ellos. Uno de los casos paradigmáticos resueltos por la Corte ha sido el asunto *González y otras vs. México* del año 2009, conocido como “Campo Algodonero”, en el que se señala que la interacción de varios factores de vulnerabilidad de las víctimas y sus familias tuvo un impacto negativo en sus derechos debido a la falta de protección por parte del Estado mexicano. La intersección entre género y orientación sexual, es analizada por la Corte en la sentencia *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012), en la que se denuncian las trabas que sufren las mujeres lesbianas en el ejercicio de sus derechos

7 Cfr. M. BARRÈRE UNZUETA, «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 87, 2010, en concreto, pp. 244 a 251.

8 Vid. F.M.^a FERRANDO GARCÍA, «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral, Estudios financieros», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 428, 2018, pp. 40 y 41.

9 Vid. A. ZOTA-BERNAL, «Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 9, octubre 2015-marzo, 2016, p.74.

civiles, en concreto, los relacionados con la patria potestad. En 2015, la Corte resuelve el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, que tiene su origen en una negligencia médica cometida con una menor a la que se le hizo una transfusión de sangre contaminada, lo que tuvo como consecuencia que contrajera el VIH. A partir de ese momento, tanto la afectada como sus familiares quedaron estigmatizados. Estigma que se agudizó por las condiciones socioeconómicas en las que vivían, sin que el Estado hiciera nada por minorar los perjuicios causados. Por este motivo, la Corte sentenció que en este supuesto se combinaron de forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, vinculados a la condición de mujer de la demandante, en situación de pobreza y afectada por el VIH. Recientemente, la Corte Interamericana en el asunto *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*, que se falló en 2020, condena al Estado por la muerte de sesenta personas, en su mayoría mujeres y niñas, que trabajaban en condiciones de esclavitud. El Estado, dice la sentencia, tiene “la obligación de asegurar condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, salud e higiene en el trabajo y de prevenir accidentes de trabajo”, y se destaca que “la situación de pobreza en que se encontraban las víctimas, sumada al hecho de que eran mujeres y afrodescendientes, agravó su condición de vulnerabilidad”.

2.2. La discriminación múltiple en Europa.

La sensibilidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos contrasta con la inercia del sistema europeo frente a los casos de discriminación interseccional. Este concepto viajero (*travelling concept*), así definido por La Barbera¹⁰, ha llegado a Europa desde América a través de la ciencia política y la sociología, sin haber sido previamente adaptado al modelo jurídico continental. Este hecho dificulta su reconocimiento como un tipo de discriminación específica y como criterio interpretativo del Derecho antidiscriminatorio. Es más, la propia idea de interseccionalidad ha sido muy debatida por la doctrina jurídica, sin que ni siquiera exista un consenso sobre cuál es la expresión más adecuada para referirse a la concurrencia de varias causas de discriminación sufridas por una persona que interactúan entre sí. De hecho, en Europa se prefiere hablar de discriminación múltiple como sinónimo de discriminación interseccional, aun no significando lo mismo. El disenso se refleja incluso en el modo en que el Consejo de Europa y la Unión Europea responden ante supuestos de esta variante de discriminación¹¹.

A) El sistema europeo de protección de derechos humanos

En el marco del Consejo de Europa, su principal norma, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), ha permitido introducir el concepto de discriminación múltiple gracias a la interpretación amplia del art. 14 que prohíbe la discriminación “por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. A pesar de que no exista un reconocimiento expreso de este tipo de discriminación en las normas del Consejo de Europa, esto no ha impedido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) admitir su existencia. En la literatura especializada se cita siempre el asunto *Muñoz Díaz “La Nena” vs. España*, como un caso paradigmático en el que el TEDH en 2009 dio la razón a la demandante, una mujer de etnia gitana a la que el Estado español denegó la pensión de viudedad, pero sin aplicar el enfoque interseccional, siendo esta una oportunidad perdida¹². El TEDH sí utiliza, por el contrario, el concepto de discriminación múltiple en el caso *Beauty Salomon vs. España*, de 2012. La demandante es una mujer nigeriana, residente en España, que ejercía la

10 M. C. LA BARBERA, «Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea» *Interdisciplina*, n° 8, 2016, pp. 105-122. De la misma autora, junto con M. CRUELLS, vid. «¿Qué factores favorecen la incorporación de la interseccionalidad en la praxis jurídica?», en M.C. La Barbera y M. Cruells, (Eds.), *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 529-553.

11 Vid. F. LOUSADA AROCHENA, «Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género», *Femis: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, ISSN-e 2530-2442, vol.4, n° 2, 2019, pp. 44 a 49.

12 Vid. F. REY MARTÍNEZ, «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular? », *Diario La Ley*, n° 7344, 2010.

prostitución. La víctima presentó una denuncia ante las autoridades al haber sido presuntamente insultada y agredida por agentes de policía. La denuncia fue rechazada por la justicia ordinaria e inadmitida la demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional. Agotadas las vías de tutela nacional, la afectada recurre ante el TEDH, que acaba condenando al Reino de España, no por el trato policial inhumano o degradante, sino por considerar que fue discriminada al no haberse investigado judicialmente los hechos con la diligencia debida. El TEDH entiende que los tribunales españoles no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana que ejercía la prostitución, faltando con ello a la obligación que les corresponde, en virtud del art. 14 del Convenio, de adoptar todas las medidas posibles para determinar si una actitud discriminatoria había podido desempeñar algún papel en los hechos denunciados. En 2017, de nuevo el TEDH utiliza la idea de la discriminación múltiple combinando esta vez el sexo y la edad en el caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*. Una ciudadana portuguesa, sometida en 1995 a una operación quirúrgica, es víctima de un error médico que le deja una serie de secuelas, incluida la imposibilidad de mantener relaciones sexuales. La demandante solicita una indemnización que el Supremo Tribunal Administrativo de Lisboa reduce por valorar excesiva la cantidad solicitada. En primer lugar, el tribunal luso aprecia que la actora no necesita ayuda para realizar las tareas domésticas, ya que sus hijos se han emancipado y solo debe cuidar de su esposo. En segundo lugar, se reduce la cuantía de la indemnización porque la demandante, de cincuenta años, tiene “uma idade em que a sexualidade não tem a importância que assume em idades mais jovens, importância essa que vai diminuindo à medida que a idade avança” (*sic*). El TEDH estima que los argumentos utilizados por la justicia portuguesa se basan en una “idea tradicional de la sexualidad femenina esencialmente vinculada con la maternidad, lo cual ignora la relevancia física y psicológica que la sexualidad tiene sobre la autorrealización de la mujer como persona” y, por lo tanto, constituye una violación del art. 14 del Convenio.

B) Las políticas de igualdad en la Unión Europea: de la transversalidad a la interseccionalidad

En la Unión Europea (UE) la lucha contra la discriminación interseccional se ha desarrollado en el ámbito político. Así la interseccionalidad acaba de ser reconocida como principio transversal en la *Estrategia para la igualdad de género (2020-2025)*, aprobada por la Comisión Europea en marzo de 2020. En este documento se dice que “[l]as mujeres constituyen un grupo heterogéneo y pueden ser objeto de una discriminación interseccional basada en varias características personales. Por ejemplo, una mujer migrante con discapacidad puede sufrir discriminación por tres o más motivos”. Frente a este tipo de situaciones, se insta a que “[l]as disposiciones legislativas de la UE, sus políticas y la aplicación de ambas deben responder, por tanto, a las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres y las niñas de distintos grupos”. Asimismo, se prevé la vinculación de la Estrategia con otros planes y marcos de acción referidos a colectivos en situación de especial vulnerabilidad, como personas con diversidad funcional, personas de etnia gitana, menores y colectivos LGTBI+.

Ahora bien, el impulso político en esta materia no ha ido acompañado de un reconocimiento a nivel normativo. Para empezar, el art. 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2007), fija una lista cerrada de causas de discriminación (sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual). Por otro lado, la protección contra la discriminación se circunscribe a ámbitos concretos, como el empleo, la Seguridad Social y asistencia sanitaria y el acceso a bienes y servicios. Estas limitaciones se reflejan en el Derecho derivado de la UE, donde las referencias a la doble discriminación o bien se encuentran ubicadas en la exposición de motivos de las directivas, con lo cual tienen valor jurídico pero carecen de fuerza normativa, o bien se incluyen en el *soft law*, como serían algunas resoluciones del Parlamento Europeo sobre discriminación múltiple, que se limitan a recoger compromisos de naturaleza política. Este déficit normativo tiene consecuencias prácticas, ya que no hay ni un solo pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que admita la existencia de la discriminación por la confluencia de más de un factor. Es más, el TJUE ha señalado en una sentencia del año 2016 que “aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos, [...] no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado”.

Para paliar estas deficiencias, la Comisión presentó en 2008 una propuesta de directiva, conocida como la Directiva Horizontal, que colmaría estas lagunas en la protección contra la discriminación en todos los ámbitos y por la confluencia de varias causas. Tras más diez años de debates y negociaciones, la propuesta está atascada en el Consejo y la UE carece de una protección integral contra la discriminación.

El caso español sigue la línea marcada por la UE, y ello a pesar de que el art. 14 de la Constitución contenga una lista abierta de factores de discriminación que permitiría, haciendo una construcción interpretativa del mismo, extender la prohibición también a la discriminación interseccional¹³. Sin embargo, el Derecho antidiscriminatorio se basa en un enfoque unifactorial y las referencias a la discriminación interseccional en la legislación española, son, por el momento, testimoniales. Los esfuerzos se han centrado, igual que en la UE, en las políticas de promoción y medias de acción positiva, como se constata en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en la legislación estatal sobre los derechos de las personas con diversidad funcional y en la normativa autonómica sobre los colectivos LGTBI.

En opinión de un amplio sector de la doctrina, al que me sumo, la discriminación interseccional no se puede quedar solo en el campo de la promoción, justificando medidas de acción positiva o de igualdad de oportunidades, que no son exigibles judicialmente y que dependen, en definitiva, de la voluntad política. La discriminación interseccional se debe llevar al terreno jurídico¹⁴. Es decir, se ha reconocer como un tipo de discriminación prohibida perseguible ante los tribunales de justicia. A este respecto, son muy escasos los fallos judiciales, ya sea de la justicia ordinaria o de la justicia constitucional, que admitan su existencia¹⁵. Y ello se debe, principalmente, a que los órganos jurisdiccionales carecen de instrumentos normativos específicos para actuar, encontrándose con limitaciones procesales, como la imposibilidad de basar la demanda en dos o más causas de discriminación, el problema de la cuantificación del resarcimiento de los daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, derivados de este tipo de discriminación cualificada y la falta de una sanción proporcionada al comportamiento antijurídico agravado. También son reseñables las dificultades en materia probatoria, ya que se sigue aplicando el test de la comparación para verificar si ha habido trato discriminatorio. Autores como Rodríguez-Piñero cree necesario prescindir en estos casos del test de comparación y propone una aproximación más intuitiva, utilizando lo que él denomina la “prueba de contexto discriminatorio” generado por la conjunción de causas que operan combinadamente¹⁶.

En definitiva, y con esto concluyo, muchos de los problemas que se han apuntado podrían encontrar un marco regulador en la futura Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que se ha presentado como iniciativa legislativa hasta en cuatro ocasiones, la última en la actual Legislatura por el grupo parlamentario socialista¹⁷. Esperemos que en esta ocasión salga adelante.

13 Vid. F. REY MARTÍNEZ, «La discriminación múltiple,... », op.cit., p. 275.

14 Vid. F. LOUSADA AROCHENA, «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones», *Revista de Derecho social*, n° 82, 2018, p. 140 y también el análisis de A. de LAMA AYMÀ, «Discriminación múltiple», *Anuario de Derecho Civil*, n° 1, 2013, en concreto pp. 296 a 320.

15 El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 22 de enero de 2018, estimó un recurso de amparo planteado por una persona con discapacidad psíquica a la que se denegó, por motivo de su edad, participar en un programa de atención especializada que se impartía en un centro para personas más jóvenes.

16 Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Discriminación múltiple», *Diario La Ley*, n° 8571, 2015.

17 *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 29 de enero de 2021. Esta iniciativa, se presentó en 2011 como proyecto de ley del Gobierno de Rodríguez Zapatero; y en 2017 y en 2019, como proposición de ley del grupo parlamentario socialista.

DIGNIDAD HUMANA, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES

Miguel Ángel Presno Linera

Sumario:

I. PRESENTACIÓN. II. DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LA MUJER, MATERNIDAD BIOLÓGICA, ANTICONCEPCIÓN E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. III. DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LA MUJER, TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN HETERÓLOGAS Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

191

RESUMEN

En este trabajo se estudia lo que nos parece una cierta paradoja: por una parte, el libre desarrollo de la personalidad se usa como un argumento fuerte para incluir dentro de las conductas amparables por los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal las decisiones de tener, o no tener, descendencia biológica, lo que incluiría el uso de métodos anticonceptivos y la interrupción voluntaria del embarazo; por otra parte, ese mismo principio del libre desarrollo de la personalidad se desconoce cuando se trata de acceder a algunas técnicas de fecundación artificial o a la gestación por sustitución.

Palabras clave:

dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derechos sexuales y reproductivos.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing a legal paradox regarding the principle of the free development of the personality. On the one hand, it is used as a strong argument to include within the behaviors protected by the fundamental rights to physical and moral integrity and personal privacy the decisions to have, or not to have, biological descent, which would include the use of contraceptive methods and the voluntary termination of pregnancy. On the other hand, that same principle of the free development of the personality is not taken into account when it comes to accessing some techniques of artificial fertilization or surrogacy.

Key Words:

human dignity, free development of the personality, sexual and reproductive right.

I. PRESENTACIÓN.

La Constitución española (CE) proclama, en su artículo 10.1, que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. De esta manera, se incorpora una mención expresa a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad aunque de un modo diferente a la cláusula de intangibilidad reconocida en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn –“La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”- y al establecimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el artículo 2.1. de esa misma Constitución –“Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o la moral”-.

En otras palabras, en España ni la dignidad humana ni el libre desarrollo de la personalidad son derechos fundamentales autónomos pero ambos, en tanto “fundamento del orden político y de la paz social”, se irradian a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y tanto el concepto de dignidad como el de libre desarrollo de la personalidad están delimitados por lo previsto por el constituyente a la hora de articular esos derechos fundamentales.

La dignidad y el libre desarrollo tienen una dimensión principal como mandato de optimización de las conductas garantizadas por los derechos fundamentales y de la primera, como ha dicho el Tribunal Constitucional (TC), deriva un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Por su parte, el libre desarrollo de la personalidad apunta a la maximización de la fundamentalidad de los derechos, tanto en el sentido de que extiende el haz de libertades disponibles directamente por el titular del derecho como en el de que estrecha el ámbito de actuación de los poderes públicos y, en particular, del legislador, al obligarle, cuando sea necesario, a que apruebe la legislación que permita el ejercicio del derecho y al predeterminar su contenido.

Pues bien, en las páginas siguientes comentaremos de una forma breve lo que nos parece una cierta paradoja: mientras que el libre desarrollo de la personalidad se esgrime, y coincidimos con ese análisis, como un argumento fuerte para incluir dentro de las conductas amparables por los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal las decisiones de tener, o no tener, descendencia biológica, algo que incluiría el uso de métodos anticonceptivos y la interrupción voluntaria del embarazo, ese mismo principio del libre desarrollo de la personalidad se encontraría con la barrera de la dignidad humana cuando lo que se pretende es acceder a ciertas técnicas de fecundación artificial o a la gestación por sustitución.

193

II. DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LA MUJER, MATERNIDAD BIOLÓGICA, ANTICONCEPCIÓN E INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

Es bien conocido que no existe precepto alguno en la CE que garantice un “derecho a tener hijos” o un “derecho a no tenerlos”. Y aunque el TC ha insistido en que forma parte del libre desarrollo de la personalidad la libertad de procreación (SSTC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8b), con este único anclaje no estaríamos en presencia de conductas amparadas por un derecho fundamental porque ya se ha dicho que el principio de libre desarrollo de la personalidad no está contemplado como tal en la CE. No obstante, por vía interpretativa y en atención, precisamente, al libre desarrollo de la personalidad, cabe conectar esa “libertad de procreación” con facultades del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE y del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1.

Así, se puede hablar de un “derecho complejo” a tener, o no, hijos, no mencionado de manera expresa en la CE, y derivado de varios enunciados constitucionales, entre ellos el libre desarrollo de la personalidad, que incluiría una pluralidad de técnicas de garantía en forma de, limitadas, libertades y prestaciones; entre otras, la libertad para usar métodos anticonceptivos en general y optar, en su caso, por esterilizaciones

voluntarias; la libertad para tener hijos al margen de la edad o del estado de salud o la libertad para tener un parto en casa si se cumplen los requisitos que salvaguarden la vida e integridad del feto.

Con un poco más de detalle, habría, en primer lugar, y como parte de ese “derecho complejo”, una libertad para tener hijos biológicos, que deriva del derecho fundamental a la integridad física y moral, preservando el control de las decisiones que la mujer adopte sobre su cuerpo en relación con las cuestiones reproductivas. Por eso, si se esteriliza a una mujer sin consentimiento o si, en contra de su voluntad, se le impide llevar adelante un embarazo se estaría menoscabando su integridad personal. En suma, no cabría imponer por parte de los poderes públicos ni tampoco por sujetos particulares limitaciones para tener hijos biológicos, al margen de la edad de la mujer o de su estado de salud, es decir, no cabría limitar el número de hijos o establecer medidas forzosas de control de natalidad, como, por ejemplo, la esterilización. Y en el derecho a tener hijos se incluiría, como mínimo, el acceso a las técnicas de reproducción asistida homólogas.

Adicionalmente, existiría el derecho de la mujer a acceder a los medios para que el embarazo no llegue a iniciarse, bien sea mediante el empleo de métodos anticonceptivos o a través de la práctica de una esterilización. Esta última está excluida de reproche por el artículo 156 del Código Penal y el empleo de métodos que eviten la concepción está garantizado como derecho universal en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. De acuerdo con su Preámbulo,

“la Ley parte de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación, cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos”.

Y el artículo 7.b de esa Ley prevé que “los servicios públicos de salud garantizarán: b) El acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación cuya eficacia haya sido avalada por la evidencia científica, en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud”.

194

Esa Ley Orgánica toma en consideración la sexualidad y la procreación como expresiones del libre desarrollo de la personalidad vinculadas a los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar. Así, de acuerdo con el primer párrafo de su Preámbulo:

“El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información.

Entre los derechos garantizados por la Ley Orgánica 2/2010 está el de la mujer para decidir, durante un período de tiempo (14 semanas), sobre la continuidad, o no, de su embarazo. Ya en el Preámbulo se declara que:

“la presente Ley reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada. El legislador ha considerado razonable, de acuerdo con las indicaciones de las personas expertas y el análisis del derecho comparado, dejar un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, lo que la STC 53/1985 denomina «autodeterminación consciente», dado que la intervención determinante de un tercero en la

formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución.”

Esta regulación se ajusta a lo recomendado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que, en su Resolución 1607/2008, de 16 abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir, o no, a un aborto corresponda a la mujer interesada y, en consecuencia, invitó a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables.

En definitiva, es plenamente coherente con los principios de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad de la mujer la garantía como derecho fundamental de la toma de decisiones sobre la maternidad biológica, la anticoncepción y, con límites temporales, la interrupción voluntaria del embarazo.

III. DIGNIDAD HUMANA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LA MUJER, TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN HETERÓLOGAS Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

En algunos países se limita legalmente el acceso a las técnicas de fecundación in vitro (FIV) heterólogas (las que precisan de material genético ajeno); así, en el conocido caso *S. H. y otros c. Austria*, resuelto en última instancia por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 3 de noviembre de 2011, se analizó una legislación nacional que prohibía la donación de óvulos y esperma, que sería la técnica que permitiría a las dos parejas demandantes tener hijos, pues en uno de los casos los dos integrantes de la pareja eran estériles y en el otro lo era la mujer. El Gobierno austríaco alegó, entre otras cosas, que la prohibición total de la donación de óvulos era algo “necesario en una sociedad democrática” porque, entre otros motivos, esa práctica implicaba un peligro de explotación y humillación de las mujeres, en particular de las más desfavorecidas socialmente. Un motivo adicional empleado fue el de la técnica de la punción resultaba peligrosa.

El TEDH resolvió, después de haberlo hecho en otro sentido en primera instancia, que, si bien la legislación austríaca podría tener otro contenido, el que acogía no excedía del margen de apreciación nacional; también que esa normativa no era totalmente restrictiva porque aunque prohibía la FIV heteróloga permitía la homóloga. Finalmente, se añadió que el ordenamiento austríaco no prohibía el “turismo de derechos” -el TEDH no emplea literalmente esta expresión-, permitiendo a las personas interesadas ir al extranjero para someterse a un tratamiento contra la infertilidad mediante técnicas prohibidas en Austria. En caso de éxito, la filiación paterna y materna se regían por disposiciones específicas del Código Civil que respetaban los deseos de los padres.

Estos argumentos del TEDH nos parecen poco convincentes: por una parte, el ordenamiento austríaco coloca en una posición de desigualdad a las parejas que, por las circunstancias que sean, no pueden acudir al extranjero a someterse a los tratamientos prohibidos en ese país y excluye, igualmente, a quienes, por no ser fértiles, no pueden acudir a las FIV heterólogas. Por otra parte, dicho ordenamiento vincula la donación de óvulos, técnica que, como es sabido, implica ciertos riesgos, a la explotación y humillación de las mujeres, descartando que puedan hacerlo de manera voluntaria, gratuita u onerosamente.

La regulación de las FIV en España es menos restrictiva que en otros países europeos en la línea, al menos en varias de las previsiones normativas, de un libre desarrollo de la personalidad que limita los obstáculos legislativos al despliegue de la autonomía informada de quienes participen en estas prácticas.

En suma, rige el principio de autonomía en las FIV, tanto para las mujeres donantes como para receptoras si bien se introduce una limitación discutible en casos de matrimonio heterosexual: el consentimiento del marido, mientras que si la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Finalmente, y por lo que respecta a las actuaciones tendentes a conseguir descendencia, hay que hablar de otra figura controvertida: la gestación por sustitución, mencionada en el artículo 10 de la Ley

14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde se dispone que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto...”

En el Derecho español hubo un pronunciamiento jurisprudencial relevante a propósito de esta cuestión en la esfera del Derecho Civil: fue la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, donde se argumentó, entre otras cosas, que “la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. Y se concluyó que se trata de promover el “respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

La dignidad de las mujeres gestantes y de los niños nacidos de una gestación por sustitución es, pues, uno de los principales argumentos que el Tribunal Supremo emplea para concluir que la decisión de la autoridad registral de California, al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la madre de alquiler, es contraria al orden público internacional español. Sin embargo, esta concepción de la dignidad no es, en nuestra opinión, la que cabe derivar de la CE: lo que la Norma Fundamental trata de evitar es que se coloque, a personas concretas o a grupos de personas, en una posición de desigualdad e injusticia respecto de otras personas, bien sea en su condición individual o en cuanto integrantes de un determinado grupo social.

Por lo que respecta a los menores nacidos de una gestación por sustitución, el reconocimiento como hijos de los padres comitentes en absoluto los convierte en personas en situación de desamparo o con, como diría Ferrajoli, una “igualdad amputada”. Más bien al contrario, pues, como se señala en el Voto Particular a la citada sentencia su inscripción registral como hijos de la pareja comitente estaría “amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles”. Admitir la inscripción del menor es ubicarle jurídicamente en una familia que lo quiere y, como recuerda el Voto Particular, “es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica”.

En cuanto a la dignidad de las madres gestantes, no justifica la mayoría de la Sala Civil del Tribunal Supremo su presunción de que ha quedado, o puede quedar, menoscabada si se admite la inscripción registral a nombre de otras personas de los hijos que han gestado. En el caso de autos se trató de una gestación llevada a cabo en el Estado de California y sometida a la supervisión de sus autoridades judiciales, sin que existan datos que permitan concluir, como prejuzga el Tribunal, que nos encontramos ante un caso de “la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza”.

La generalización realizada por el Tribunal Supremo no se corresponde con la existencia de diversos perfiles de madre gestante cuyo grado de “tutela” no puede, en todo caso, uniformarse. Por una parte, porque se obvia la existencia de instrumentos jurídicos cuya función es garantizar la prestación de un consentimiento válido, informado y sin vicios de la voluntad. En esta clave, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 5 octubre de 2010 estableció la necesidad de contar con una resolución judicial en el Estado de origen para garantizar la validez del consentimiento y del contrato de gestación por sustitución. Tal exigencia no es un mero condicionante formal sino una garantía de que un órgano imparcial ha podido verificar los extremos necesarios para una validez del consentimiento. Pero es que, además, la mera presencia de este requisito ya permitiría rechazar inscripciones procedentes de países poco garantistas donde podrían fácilmente intuirse prácticas abusivas.

Desde luego, en este ámbito no puede dejar de mencionarse el Informe del Comité de Bioética de España, de 19 de mayo de 2017, sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, que se orienta en una línea próxima a la de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Dicho informe concluye, entre otras cosas, que

“existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada. El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.

La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan -la gestación altruista y comercial en sus diversas variantes- son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor (...)

La presunción, *iuris et de iure*, de que “todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer” es el argumento que la citada mayoría del Comité de Bioética esgrime para rechazarla de plano en España y en resto del mundo.

En primer lugar, y como ya hemos visto, el deseo de tener hijos tiene amplias posibilidades de realización en términos jurídicos y biológicos (plena libertad para decidir si se tienen sin ayuda de técnicas de laboratorio y amplia autonomía, aunque con límites, también si se acude a dichas técnicas) sin, obviamente, menoscabar los derechos de otras personas.

Si se acude a la reproducción asistida tal y como está regulada en España se pueden tener hijos sin que ello suponga lesionar ni la dignidad ni los derechos de las personas donantes pues su aportación tiene que hacerse de forma plenamente informada.

Tampoco se vulneraría derecho alguno si en lugar de donaciones, como prevé la LTRA –el artículo 5.3 dispone que “la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar solo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta”– habláramos de “venta” de semen o de óvulos mientras, obviamente, se hiciera de manera libre y consciente.

Conviene aclarar que estamos hablando de un hipotético “comercio” y no de “tráfico”; es decir, de un intercambio en el que hay un consentimiento válido, no de un supuesto en el que la persona afectada haya sido coaccionada o se haya abusado de su situación de vulnerabilidad o dependencia. Y no hay que presumir que tal abuso existe por el mero hecho de que la persona en cuestión esté en una situación económica complicada, pues dicha situación no empuja a quienes se encuentran en ella a aceptar cualquier cosa.

En suma, algo no es necesariamente “bueno” o “malo” en términos jurídicos en función de que se haga gratis o de que se cobre alguna compensación por ello. Al margen de otros requisitos que se deban tener en cuenta, la clave estará en que lo que se haga, gratis o por precio, refleje la voluntad libre y consciente de la persona afectada.

Ni la intimidad ni, desde luego, la integridad física y moral resultan, *a priori*, menoscabadas cuando una mujer participa, como donante, en las técnicas de fecundación asistida: conforme a las previsiones de la LTRA las mujeres donantes “deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar”. Además, “el número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis”.

Una regulación analógica, con las necesarias adaptaciones, de la gestación por sustitución podría servir para eliminar o, cuando menos, aminorar de manera aceptable los riesgos de explotación, entendida como menoscabo de sus derechos, de la mujer gestante.

LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA RECHAZA EL POPULISMO

Marcelo Alberto López Alfonsín

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA. 2.1. Antecedentes y contenido. 2.2. Los nuevos regímenes políticos y la aplicación de la carta democrática interamericana. III. REFLEXIONES FINALES.

199

RESUMEN

La promoción de la democracia ha sido una de las principales misiones del sistema interamericano de derechos humanos. En este sentido, la adopción de la Carta Democrática Interamericana constituye un hito a razón de que representa la síntesis de una serie de mecanismos jurídicos y diplomáticos que los Estados miembros fueron desarrollando y proporciona una herramienta valiosa para la defensa colectiva del sistema democrático. Sin embargo, en la actualidad uno de los desafíos de los sistemas regionales es el populismo autoritario que socava la esencia institucional y la calidad de la democracia. Es posible observar que, hasta el momento, las respuestas de la OEA ante situaciones de amenaza del orden constitucional han sido firmes, pero han fallado en reaccionar cuando los presidentes han utilizado los mecanismos democráticos formales para concentrar el poder. Por ello, es necesario que también se analicen mecanismos normativos e institucionales por fuera de los sistemas regionales para hacer frente al populismo.

Palabras clave:

Democracia, populismo, Carta Democrática Interamericana

ABSTRACT

THE INTER-AMERICAN DEMOCRATIC CHARTER REJECTS POPULISM

The promotion of democracy has been one of the main missions of the inter-American human rights system. In this sense, the adoption of the Inter-American Democratic Charter constitutes a milestone, as it represents the synthesis of a series of juridical and diplomatic mechanisms that the member states had developed and provides a valuable tool for the collective defense of the democratic system. However, one of the challenges for regional systems today is authoritarian populism that undermines the institutional essence and quality of democracy. It is possible to observe that, up to now, the OAS responses to situations of threat to the constitutional order have been firm, but they have failed to react when presidents have used formal democratic mechanisms to concentrate power. For this reason, it is also necessary to analyze normative and institutional mechanisms outside the regional systems to confront populism.

Key Words:

Democracy, populism, Inter-American Democratic Char.

I. INTRODUCCIÓN.

El contexto histórico que circundó la creación de la Organización de Estados Americanos propició que durante los primeros treinta años exista una convivencia entre regímenes dictatoriales, militares, autoritarios, semidemocráticos y democráticos. Sin perjuicio de ello, el sistema interamericano desde sus orígenes se ha impuesto forjar la democracia allí donde no existe, fortalecerla donde se instala y defenderla donde alcanza su consolidación y madurez¹.

Las menciones a la democracia se encuentran en una gran cantidad de instrumentos del sistema interamericano, tales como la Carta fundacional de la Organización de 1948 y las referencias al sistema democrático como el único que valida la protección de los derechos humanos en la Convención Americana de Derechos Humanos. A tal punto ha florecido esta concepción en el ámbito interamericano que se ha llegado a conformar un *derecho humano a la democracia*. En palabras de Aguiar, antiguo juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estamos en presencia de un derecho humano que “es [...] conceptualmente, un verdadero derecho humano transversal: derecho humano de base que determina el contexto en defecto del cual los mismos derechos humanos carecerían de sentido; y ajusta determinándolo, por ende, el sentido último de la organización constitucional y del funcionamiento mismo de la democracia como garantía de éstos”².

Más allá de la profusa documentación doctrinaria por parte de los operadores del sistema, nunca se desarrolló en demasía el concepto de *sistema democrático*. A razón de ello, en los años '80 y '90 se llevó a cabo un largo debate en el seno de la Organización respecto a la necesidad de plasmar en instrumentos jurídicos su intención de promover y consolidar la democracia representativa –dentro del respeto al principio de no-intervención-. En el marco de esta misión, en el año 2000, el *Fujigolpe* en Perú marcó el final de una etapa y dio lugar al nacimiento de la Carta Democrática Interamericana como síntesis de una serie de mecanismos jurídicos y diplomáticos que los Estados miembros fueron desarrollando en el sistema interamericano, tales como la modificación de la Carta Constitutiva de la OEA.

Pese a su loable finalidad, la Carta Democrática Interamericana goza de escasa *popularidad* y ello quizá se deba a la combinación de dos factores de distinta índole: por un lado, su desafortunada concomitancia con los sucesos de impacto mundial que afectaron a los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001; por el otro, su disímil naturaleza jurídica respecto a los demás instrumentos del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

No obstante, sin dejar de considerar la conmoción que el ataque terrorista generó en la comunidad internacional y sin perder de vista que la Carta Democrática es, efectivamente, un instrumento político que dista de contener disposiciones similares a las previstas en las convenciones y tratados, su valor no debe pasar inadvertido, toda vez que erige una señal clara y una advertencia de que si en alguno de nuestros Estados se pone en peligro el sistema democrático de gobierno, existe un plan colectivo para responder de manera contundente³.

De este modo, la Carta representa una innovación en el sentido que en ella la defensa y promoción de la democracia ya no es algo que queda bajo la soberanía absoluta de los Estados miembros de la OEA, y en ciertas condiciones se pueden invocar los mecanismos internacionales para su protección colectiva. Sin embargo, el consenso democrático está siendo socavado por nuevas amenazas como el autoritarismo selectivo, la polarización política y los golpes de Estado. La Carta Democrática sólo ha respondido a este último desafío, mientras que tiende a ignorar las amenazas que surgen desde los propios gobiernos⁴.

1 Cfr. A. AGUIAR, *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humano. Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, p. 22.

2 Vid. A. AGUIAR, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanas. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 55.

3 Cfr. Palabras del Secretario General César Gaviria ante la sesión protocolaria del Consejo Permanente del 16 sep. de 2002.

4 Cfr. S. GRATIUS, “Diez años de la Carta Democrática Interamericana” [en línea], *FRIDE*, Policy Brief N° 61, septiembre 2011 [Consulta: 15-01-2021], disponible en https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1328286471.pb_61_carta_democratica_interamericana_1_.pdf, p. 1.

En la actualidad, uno de los desafíos de los sistemas regionales es el populismo autoritario que socava la esencia institucional y la calidad de la democracia, a través de la represión selectiva de la oposición, violaciones de derechos humanos, censura y la eliminación de la separación de poderes. Esta distorsión sistémica también incorpora el uso y abuso de los recursos del Estado en favor del candidato del gobierno de turno, incluyendo el financiamiento directo o en especie de la campaña; la distribución paternalista/clientelista de beneficios sociales por razones proselitistas, que solo crean dependencia; el reparto precomicios de bienes de consumo doméstico; la inauguración de obras públicas que nunca se finalizan; la adquisición y control de medios de comunicación por el gobierno o aliados, que se utilizan para proselitismo electoral y gubernamental, acompañado del amedrentamiento y discriminación de medios independientes, la persecución política de los opositores al régimen, entre otros⁵.

En este marco, en el presente artículo me propongo analizar la progresiva recepción por parte del Sistema Interamericano de la democracia representativa como un principio aceptado por todos los Estados miembros y cómo ello influyó en el proceso de confección de un instrumento cuya aspiración fuera responder rápida y colectivamente en defensa de la democracia. Asimismo, me referiré a los casos en los que la OEA ha hecho uso de la Carta Democrática para reestablecer el orden democrático y cómo –si es que ha sucedido– ha hecho frente a los autoritarismos personalistas o neopopulismos que han sido mencionados como fenómenos de actualidad.

II. LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

2.1. Antecedentes y contenido

Como adelanté en el apartado anterior, la proclamación de la Carta Democrática Interamericana representa la síntesis y sistematización de un largo proceso de construcción del régimen de promoción de la democracia a nivel regional que se manifestó tanto en las sesiones de la Asamblea General como en el Consejo Permanente de la OEA, junto con la participación de los Jefes de Estado en las diferentes Cumbres que se desarrollaron a fin de buscar formas de consolidar y fortalecer la capacidad de la OEA de responder a las amenazas al orden democrático.

De este modo, además de la proclamación de la democracia como condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región en el Preámbulo de la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia.

En cuanto a la actuación de la Asamblea General, es importante resaltar la Resolución *Derechos Humanos y Observación Electoral* de 1989 que encomienda al Secretario General que organice observaciones electorales en los países que lo soliciten. Siguiendo esta iniciativa, en la Asamblea realizada en 1991 en Santiago de Chile, se reiteró el compromiso de actuar colectiva e inmediatamente para proteger la democracia cuando esta se vea amenazada en cualquier Estado miembro y se adoptó la renombrada Resolución 1080 (*Democracia representativa*), a través de la cual se estableció un mecanismo de acción colectiva en caso de que se produjera una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados Miembros de la Organización.

A fin de complementar y ejecutar lo previsto en la Resolución 1080, los dos años siguiente se adoptaron la Declaración de Nassau y la Declaración de Managua para la Promoción de la Democracia y el Desarrollo, en las que se acordó desarrollar mecanismos para proporcionar la asistencia que los Estados Miembros soliciten para promover, preservar y fortalecer la democracia representativa y se expresó la convicción de que la misión de la Organización no se limita a la defensa de la democracia en los casos de quebrantamiento de sus valores y principios fundamentales, sino que requiere además una labor permanente y creativa dirigida a

5 Cfr. R. PERINA, “Los desafíos de la Carta Democrática Interamericana”, *Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales - Universidad de Chile, n° 173, 2012, pp. 7-36, p. 12.

consolidarla, así como un esfuerzo permanente para prevenir y anticipar las causas mismas de los problemas que afectan el sistema democrático de gobierno.

El mecanismo previsto en la Resolución 1080 se aplicó en cuatro oportunidades: Haití (1991), Perú (1992), Guatemala (1993) y Paraguay (1996). En el primer caso se trabajó en colaboración con Naciones Unidas y se recurrió a medidas tales como el no reconocimiento y el aislamiento del gobierno de facto, la congelación de activos financieros por algunos países, la suspensión de créditos y de la ayuda internacional, el embargo y finalmente la amenaza del uso de la fuerza. En los casos de Perú y Guatemala, no fue necesario recurrir a la amenaza o el uso de la fuerza, resultando suficiente la condena y presión ejercida por la OEA y la comunidad internacional para restaurar la institucionalidad democrática. Por último, en el caso de Paraguay, el mecanismo se activó para prevenir una ruptura del proceso democrático tras una amenaza de golpe de Estado por parte de un líder militar⁶.

Por otra parte, en la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Quebec en abril de 2001, los miembros de la Organización adoptaron una cláusula democrática⁷ que establece que cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas, a la vez que se propuso la elaboración de la Carta Democrática a fin de fortalecer los mecanismos existentes para promover y defender la democracia.

Se realizaron numerosos proyectos en los que diversos actores de la sociedad civil tuvieron ocasión para intervenir con sus ideas y propuestas, mismas que, después de ser debatidas por el Grupo de Trabajo del Consejo Permanente, fueron incorporadas en la redacción del texto final. Finalmente, el 11 de septiembre de 2001 tuvo lugar la primera sesión plenaria donde fue aprobada por aclamación la Carta Democrática Interamericana.

En cuanto al contenido de la Carta Democrática Interamericana, vale resaltar que ésta no proporciona una definición de *democracia*, pero, aun así, logra ampliar su concepto, superando la definición mínima entendida como régimen político con elecciones libres, justas y periódicas. La concibe más bien como un régimen que garantiza el respeto a los derechos humanos y la subordinación de las instituciones estatales a la autoridad civil, que refuerza la pluralidad en los partidos políticos o que lucha contra la exclusión social⁸.

En este orden de ideas, la esencia de la Carta contiene dos ingredientes que la caracterizan: por un lado, la definición tanto de los *elementos esenciales* de la democracia como de los *componentes fundamentales* para su ejercicio, y por el otro, la reglamentación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia en el continente americano⁹. A pesar de que en los artículos 3 y 4 de la Carta no se define qué diferencia conceptualmente a los *elementos esenciales* de los *componentes fundamentales*, ambos artículos proporcionan pautas para identificar cuándo se ha producido una subversión del orden democrático y sobre cuál es su gravedad, a fin de aplicar el mecanismo de acción colectiva que resulte apropiado a cada hipótesis.

Dichos elementos y componentes podrían sintetizarse en las características de lo que actualmente define a la democracia liberal, en tanto refieren al respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, la división de poderes, la representación popular, la elección de los gobernantes a través del voto universal, directo y secreto, el control jurisdiccional de la legalidad de los actos, la separación de poderes, la proscripción de perpetuación en el poder y el pluralismo partidario, entre otros. Sin perjuicio de la importancia de todo lo señalado, la Carta menciona una cuestión central que es el respeto de la libertad

6 Para un análisis de la aplicación de la Resolución 1080 puede consultarse A. ÚBEDA DE TORRES, *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Reus, Madrid, 2007, pp. 183-192.

7 Los sistemas de integración de la región –Mercosur y Pacto Andino- ya contaban con una cláusula similar desde mediados de la década de los '90.

8 Cfr. N. RAMIS, "La OEA y la promoción de la democracia en las Américas: un objetivo en construcción", *ICIP WORKING PAPERS: 2010/07*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, noviembre 2010, p. 15.

9 Cfr. P. NIKKEN, "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", *Revista IIDH*, San José de Costa Rica, n° 43, enero-junio de 2006, pp. 13-56, p. 18.

de expresión, pues precisamente los estándares del sistema interamericano en esta materia se desarrollaron muy acelerada y consolidadamente y será en gran medida un elemento que dividirá los gobiernos según cómo se posicionan frente a la libertad de expresión, acercándose al concepto de democracia liberal o al populismo.

Por otra parte, la Carta contempla situaciones distintas de crisis de la democracia que responden a los diferentes grados en que puede ser afectada y establece mecanismos internacionales de protección a cargo de la OEA, que comprenden: la iniciativa del propio gobierno afectado en caso de riesgo para su democracia; la iniciativa del Secretario General en casos de situaciones que puedan afectar la democracia; las sanciones en caso de ruptura del orden democrático o de una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático; la iniciativa de cualquier Estado Miembro en caso de que se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático de un Estado Miembro; la suspensión de un Estado Miembro en caso de ruptura del orden democrático; y el levantamiento de la suspensión. Estos mecanismos están visualizados de manera que en su aplicación se respete los principios de gradualidad y de proporcionalidad. Es decir, en primer lugar, que debe intentarse la solución o superación del obstáculo o alteración o ruptura del orden constitucional y en su defecto, la aplicación de sanciones colectivas a los derechos y privilegios del Estado en la Organización. Y en segundo lugar, que la actuación colectiva tiene que guardar relación con la gravedad del obstáculo o alteración o ruptura del orden constitucional, conforme a lo dispuesto en los mecanismos de protección de la democracia en la Carta Democrática¹⁰.

2.2. Los nuevos regímenes políticos y la aplicación de la Carta Democrática Interamericana

El sistema democrático, conforme los componentes mencionados, conlleva una relación directa con el sistema de protección de los derechos humanos y supone el cumplimiento de las reglas y procedimientos acordados, tales como la independencia del poder judicial, la libertad de expresión y, fundamentalmente, el respeto de las garantías, las minorías y el pluralismo.

Sin embargo, existe un patrón emergente en el cual un gobierno obtiene el poder en elecciones democráticas, pero una vez en control del Estado ejerce su poder para ignorar, descalificar y debilitar las instituciones, valores y prácticas democráticas contempladas en sus propias constituciones y en la Carta Democrática. El modelo se basa en la acumulación y el monopolio del poder por el poder ejecutivo en detrimento de la autonomía y competencia de los demás poderes y utiliza mecanismos de la democracia como son las elecciones, los plebiscitos o referendos y mayorías transitorias en el poder legislativo, o en el poder judicial y electoral, para modificar las reglas de juego en su favor¹¹

En este contexto, los redactores de la Carta Democrática, observando que llegado el siglo actual la dicotomía entre los gobiernos militares y los civiles de elección popular es desplazada por otra más peligrosa, sinuosa, a saber, la de gobernantes electos mediante el voto democrático quienes luego, en sus ejercicios y sin que encuentren resistencias sociales pétreas, postergan la experiencia de la democracia y ponen de lado la mediación de sus instituciones, deciden, para lo sucesivo, por una estrategia promotora, defensiva y renovadora de los estándares de la democracia representativa¹².

De este modo, se observa que la vertiente clásica de la democracia representativa entró en tensión con las denominadas *democracias participativas o directas* que empezaron a adoptar los Gobiernos de Bolivia, Ecuador, Venezuela y Nicaragua, en parte para encubrir un creciente autoritarismo y la concentración de poder¹³, retomando la ideología clásica del populismo.

10 Cfr. C. AYALA CORAO, "Los mecanismos internacionales para la protección colectiva de la democracia en la Carta Democrática Interamericana", en P. Nikken Bellshaw-Hógg y C. Ayala Corao, *Defensa colectiva de la democracia: definiciones y mecanismos*, Comisión Andina de Juristas-The Carter Center, Lima, 2006, pp. 87-121, pp. 95 y 98.

11 Cfr. R. PERINA, "Los desafíos de la Carta Democrática Interamericana", op. cit., p. 12.

12 Cfr. A. AGUIAR, *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos. Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos*, op. cit., pp. 23-24.

13 Cfr. S. GRATIUS, "Diez años de la Carta Democrática Interamericana", op. cit., p. 2.

En este orden de ideas, el concepto de pueblo es central en la manera en que el populismo entiende la democracia y es construido a partir de un discurso que divide a la sociedad en dos campos antagónicos. Laclau, precisamente enseña que el pueblo es la forma específica de una identidad populista y se apoya en demandas populares, que pasan a constituir una subjetividad social más amplia y empiezan a conformar al *pueblo*. Como resultado, lo popular es imaginado como una entidad homogénea, fija e indiferenciada¹⁴, que se identifica con el todo.

Además, el *pueblo* va a implicar dos cuestiones: el pueblo en tanto nombre de la comunidad (*pueblo argentino*) y también como parte de la comunidad (los menos privilegiados)¹⁵, configurando un escenario donde una *plebs* reclama ser el único *populus* legítimo¹⁶.

De esta forma, el pueblo no es otra cosa que una frontera de exclusión que genera una división dicotómica de la sociedad, entre un *nosotros* (el pueblo) y un *ellos* (los enemigos del pueblo). Esta idea de que la oposición está conformada por *los enemigos* acarrea una tendencia hegemónica muy fuerte, que a su vez lleva a conflictos sociales y políticos intensos porque la oposición también responde en términos intransigentes.

Al mismo tiempo, el populismo se apoya sobre la figura de un líder con virtudes sobredimensionadas. En su faceta humanizadora, el populismo convierte al líder en una persona que está cerca del pueblo, es de carne y hueso y por eso puede romper el protocolo y las reglas ceremoniales de la clase opresora.

La representación populista asume, así, una identidad de intereses entre el pueblo y su líder, autoerigido como el símbolo y la encarnación de la Nación. Los líderes populistas actúan como si conocieran quién es el pueblo y cuál es su voluntad, pero sus propuestas no valoraron los procedimientos de la democracia liberal por entenderlos como impedimentos para que se exprese la voluntad popular encarnada en el líder.

Si bien las elecciones limpias son la base de las credenciales democráticas del populismo, una vez que el pueblo ha votado, los populistas consideran que el electorado debe someterse políticamente al líder¹⁷. Estos líderes no se ven a sí mismos como políticos regulares que han sido elegidos por un periodo determinado, sino que se sienten portadores de misiones míticas, tales como alcanzar la segunda independencia para forjar democracias que superen los vicios de la democracia liberal.

Por estos motivos, es muy difícil la sucesión en los gobiernos populistas. Son gobiernos personalistas, lo cual significa no querer institucionalizar el propio movimiento porque la institucionalización significa limitar el poder del máximo líder.

En particular, en el caso del peronismo y kirchnerismo argentino –como su versión más puramente populista–, es posible observar claramente las actitudes de liderazgo extremo de sus actores históricos y la construcción de la figura del *pueblo argentino* y la de los *enemigos del pueblo argentino*¹⁸.

En suma, la polarización de la sociedad y la exacerbación del rol del líder da cuenta de una completa contradicción entre el populismo y la democracia liberal, atento a que se vale de un patrón de comportamiento que termina socavando instituciones, valores y prácticas democráticas como la separación e independencia de poderes, la libertad de expresión, el Estado de derecho, las elecciones libres y justas y el respeto de las minorías o de la oposición, entre otros – todas ellas consagradas en la Carta Democrática Interamericana¹⁹.

14 Cfr. L. AVRITZER, *Democracy and the Public Sphere in Latin America*, Princeton University Press, Princeton, 2002, p. 72.

15 Cfr. P. BIGLIERI, “Nueva conceptualización sobre populismo en América Latina. La emergencia del kirchnerismo”, en A. Fernández y C. Lesgart (comp.), *La democracia en América Latina. Partidos políticos y movimientos sociales*, Homo Sapiens Ediciones, Rosario, 2008, pp. 63-97, p. 69.

16 Cfr. E. LACLAU, *La razón populista*, FCE, Buenos Aires, 2005, p. 108.

17 Cfr. E. PERUZZOTTI, “Populismo y representación democrática”, en C. De la Torre y E. Peruzzotti (eds.), *El retorno del pueblo. El populismo y nuevas democracias en América Latina*, Flacso, Quito, 2008, pp. 97-124, p. 109.

18 Sobre este tema, recomiendo la lectura de G. GERMANI, “Tradiciones políticas y movilización social en la base de un movimiento populista nacional: el peronismo argentino”, en G. Germani, *Autoritarismo, fascismo y populismo nacional*, Temas Grupo Editorial SRL, Buenos Aires, 2003, pp. 149-174; y P. BIGLIERI, “Nueva conceptualización sobre populismo en América Latina. La emergencia del kirchnerismo”, op. cit.

19 Cfr. R. PERINA, “Los desafíos de la Carta Democrática Interamericana”, op. cit., p. 13.

En este contexto, desde la adopción de la Carta, la OEA ha invocado su aplicación en varias situaciones de amenaza a la institucionalidad democrática, nunca ha sido utilizada para fortalecer la democracia en países con regímenes autoritarios. Toda vez que no es el objeto de este artículo, haré una breve referencia únicamente a dos de las situaciones más ilustrativas en las que se hizo valer la Carta²⁰:

El primer país donde se aplicó la Carta Democrática fue en el caso del golpe de Estado contra el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, en 2002. En aquella oportunidad, la OEA calificó la situación como una alteración grave del orden constitucional y condenó los actos de violencia, fungiendo como mediador entre las partes para restablecer la plena democracia, aunque sin hacer denuncia alguna contra el creciente autoritarismo del presidente.

Luego, en 2009 se llevó a cabo un golpe de Estado en Honduras que destituyó al presidente Manuel Zelaya. Ante ello, la OEA aplicó el artículo 21, suspendiendo temporalmente a dicho país del ejercicio de su derecho de participación en la Organización. Al año siguiente, la OEA también reaccionó firmemente ante la sublevación de la policía en Ecuador que amenazó con derrocar al presidente Rafael Correa. Su resolución de septiembre de 2010 indicó una clara condena del levantamiento y la alteración del orden constitucional.

En relación a la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto órgano jurisdiccional de la OEA, Nikken, un antiguo juez de la Corte, ha dicho que “la Carta Democrática no es un instrumento para la protección de derechos individuales, ni para remediar situaciones en las cuales el aparato del Estado, al no estar bien adecuado a la obligación a cargo de éste de garantizar los derechos humanos a todas las personas bajo su jurisdicción, acarrea violaciones a tales derechos que pueden singularizarse y resolverse independientemente, pues es esa la función que cumple el sistema regional de derechos humanos, cuando se reúnen los requisitos para tener acceso al mismo”²¹.

En este entendimiento, la utilización de la Carta Democrática por la Corte Interamericana es aún precaria en su jurisprudencia en materia de derechos democráticos para poder trazar con certeza los efectos reales en este espacio del sistema interamericano²². Empero, el tribunal la ha posicionado como un documento relevante en la interpretación de los derechos políticos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, utilizándola como base conceptual para dar sustento a muchos de los avances en dicha materia en la región²³.

Actualmente, a instancia del Estado de Colombia, se encuentra en discusión una solicitud de opinión consultiva respecto a la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que puede conformar un escenario ideal para que la Corte comience a delimitar los rasgos definitorios del sistema democrático y si determinados sistemas políticos están o no en contradicción con la democracia²⁴.

III. REFLEXIONES FINALES.

El término *democracia* ha sido muy utilizado, a veces de modo equivoco, dentro de la ciencia política y del derecho constitucional e internacional. Así, pese a que no existe una definición concreta en el sistema

20 Otras situaciones en las que se aplicó la Carta Democrática Interamericana fueron respecto a Bolivia (2003, 2005 y 2008), Ecuador (2005), Haití (2005) y Nicaragua (2005).

21 Vid. P. NIKKEN, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, op. cit., p. 31.

22 Cfr. A. SALAS CRUZ, “La Carta Democrática Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 31, julio-diciembre 2014, pp. 185-235, p. 235.

23 Véase, por ejemplo, el párrafo 207 de la sentencia del “caso Yatama vs. Nicaragua” y el párrafo 19 del voto concurrente del juez García-Sayán (Corte IDH. “Caso Yatama Vs. Nicaragua”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127)

24 Al respecto, recomiendo la lectura del amicus curiae presentado por la ONG “Fundación para el Debido Proceso”, disponible en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

interamericano, la democracia representativa ha sido designada acertadamente por la Corte como “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”²⁵.

Esta ausencia de definición puede ser suplida a través de una interpretación de la Carta de la OEA a la luz de los derechos políticos proclamados en el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, obteniendo una aproximación conceptual como aquella forma de gobierno que emana del pueblo a través de representantes elegidos mediante elecciones populares, de voto secreto, genuinas, periódicas y libres. Esta aproximación, no obstante, se limita al origen del gobierno democrático y no tiene presentes otros elementos sustanciales a la forma democrática de gobierno, relacionada con los límites que han de imponerse al ejercicio del poder público con base en las reglas del estado de derecho y del respeto y la garantía debidos a los derechos humanos²⁶.

En este marco, la Carta Democrática Interamericana proporciona un contexto hermenéutico particularizado que sirve de criterio interpretativo al momento de valorar las violaciones a los derechos políticos reconocidos por la CADH, y pauta para aclarar dudas conceptuales sobre la democracia. El valor de este instrumento jurídico radica, entre otras cosas, en el amplio consenso regional del que goza debido a la forma en que se elaboró, constituyendo una valiosa herramienta para la promoción y defensa colectiva de los valores democráticos en la región.

De este modo, logra materializar una antigua aspiración del continente de prevenir el menoscabo del orden democrático a través de la defensa colectiva que, en abstracto, es el esfuerzo multilateral que en común busca prevenir y proteger de forma pacífica situaciones que pongan en peligro la existencia de un principio, bien o valor determinado, al cual las partes le han otorgado relevancia fundamental para los fines y objetivos que persiguen. Lo anterior puede incluir procedimientos y mecanismos de preservación y garantía. En este sentido, la ayuda y la solidaridad son obligaciones indispensables para el buen funcionamiento de los mecanismos de defensa, y así evitar daños y desequilibrios. En resumidas cuentas, si hablamos de defensa de la democracia, también, en cierto sentido, nos estamos refiriendo a ese propósito esencial de la OEA de promover la democracia en la región, donde se inserta como una de sus principales acciones²⁷.

Las respuestas de la OEA ante situaciones de amenaza del orden constitucional han sido firmes contra los intentos de alterar el orden constitucional. Sin embargo, existe una ausencia de respuestas ante el autoritarismo de los gobiernos amenazados. En este sentido, la Carta refleja una clara politización debido a la división ideológica entre la izquierda y la derecha latinoamericana y en lugar de servir de instrumento preventivo a las crisis políticas y de promover las instituciones democráticas, como inicialmente fue propuesto, se ha convertido en un instrumento antigolpes y en una herramienta política que refleja una lucha de poder interna entre los 34 países²⁸.

Precisamente hace 15 años que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos está en crisis porque casi la mitad de los Estados que conforman la OEA no están del todo de acuerdo con la relatoría para la libertad de expresión y los estándares que se fijaron siguiendo un modelo de democracia liberal. Sin embargo, no hay que perder de vista que no existe sistema constitucional que no tenga asegurada una vigencia si el pueblo se la presta.

Actualmente se observa que el pueblo vota directamente pensando en su líder, y no en su determinación por los electores, a los que el pueblo ni conoce ni le interesa²⁹. En este sentido, la democracia no se acaba con las elecciones y las amenazas no se limitan a los golpes de Estado, siendo que las divisiones

25 Vid. Corte IDH. “La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párr. 34.

26 Cfr. P. NIKKEN, “Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana”, op. cit., p. 19.

27 Cfr. A. SALAS CRUZ, “La Carta Democrática Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, op. cit., pp. 198-199.

28 Cfr. S. GRATIUS, “Diez años de la Carta Democrática Interamericana”, op. cit., pp. 2-3.

29 Cfr. J. VANOSI, “El cuidado y control de las instituciones del Estado mediante el derecho”, *La Ley*, Buenos Aires, Año LXXXV, n° 22, 2021-A, 25 de enero de 2021, p. 3.

político/ideológicas demuestran que en la actualidad existe una gama cada vez mayor de comportamiento no democrático que exige aumentar el compromiso democrático común.

La condena a los golpes de Estado perpetrados en el continente ha sido una correcta aplicación de la Carta Democrática, pero los Estados miembros han fallado en reaccionar cuando los presidentes han utilizado los mecanismos democráticos formales para concentrar el poder y ejercieron el autoritarismo, reprimiendo a la oposición y a la sociedad civil, censurando los medios de comunicación, militarizado la sociedad y aboliendo la separación de poderes.

El populismo es más que una cuestión de liderazgo, discurso político o construcción mayoritaria, es más bien una ideología que atenta contra la democracia en el hemisferio americano. El círculo se cierra con la manipulación de los procesos electorales para asegurar la no alternancia en el poder y el continuismo del régimen, y se concreta mediante lo que se podría llamar fraude o distorsión estructural, que adopta varias formas y se aplica mucho antes del día de las elecciones. Con el control que ejercen algunos gobiernos en la legislatura y el poder judicial y electoral, se manipulan las leyes electorales para cambiar aspectos estructurales del sistema político/electoral en favor del gobierno o régimen de turno y sus candidatos. Esto incluye, entre otros, la modificación de distritos electorales y las fórmulas de representación, los procedimientos para elección de candidatos y los calendarios electorales; la eliminación de limitaciones constitucionales para la reelección; la aprobación de códigos electorales que amenazan o violan principios de equidad y transparencia; la conformación de instituciones electorales con autoridades parcializadas que no actúan con transparencia³⁰.

En esta perspectiva, uno de los componentes más importante de la democracia liberal es la no perpetuación en el poder y, es por eso que la reciente solicitud de opinión consultiva en relación a la reelección ilimitada proporciona una gran oportunidad para delimitar cómo debe ser la *calidad* de la democracia.

En la misma línea, el contexto actual demanda que se consideren mecanismos normativos e institucionales por fuera de los sistemas regionales para hacer frente al populismo. De este modo, uno de los mecanismos que debieran ser revisados es el de las construcciones mayoritarias. El derecho parlamentario y constitucional proporciona esta herramienta, cuya errónea utilización y manipulación conlleva el riesgo del advenimiento de la acumulación del poder legislativo y del poder ejecutivo en las mismas manos. El sistema jurídico en ocasiones exige una mayoría especial o agravada cuando no pareciera ser tan necesario, y viceversa. Entonces, tenemos que armonizar esto con un sistema electoral que nos permita cubrirnos del riesgo de que la mayoría no esté capacitada para gobernar, y también, por supuesto, del riesgo de que la minoría quede inerme para poder controlar³¹. Al respecto, además de la rigidez de las cláusulas que prevén estos mecanismos de votación, no se ha hecho un análisis muy profundo del tema, siendo que es imprescindible fundar una doctrina consolidada en un debate constitucional con mayor jerarquía, más allá de la coyuntura política o de la opinión personal de cada uno.

El respeto al principio liberal y al principio democrático exige que se procure la limitación, separación y control de los poderes, con miras a la mejor defensa de los derechos individuales y que el gobierno de la mayoría se consagre sobre la base del sufragio universal. Para ello es necesario luchar por la solidez del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, asegurando la vigencia de las garantías democráticas en igualdad de condiciones para todas las personas.

Mientras que el contexto de treinta años atrás le impuso a la Corte Interamericana la tarea de garantizar la no impunidad, la coyuntura actual permite que hoy se pueda dedicar un poco más al sistema de otros derechos que no sean las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y permita, así, aumentar los alcances de los mecanismos previstos en la Carta Democrática Interamericana para preservar el orden democrático en la región.

30 Cfr. R. PERINA, "Los desafíos de la Carta Democrática Interamericana", op. cit., pp. 12-13.

31 Cfr. J. VANOSSI, "El cuidado y control de las instituciones del Estado mediante el derecho", op. cit., p. 3.

GESTIÓN DEL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA EN ÁFRICA. EL CASO DE LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE CONGO

Kayamba Tshitshi Ndouba

Université Pédagogique de Kinshasa

Sumario:

INTRODUCCIÓN. I. ALGUNOS FACTORES EXPLICATIVOS DEL DIFERENTE COMPORTAMIENTO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 EN EUROPA FRENTE A ÁFRICA. II. SITUACIÓN EPIDEMIOLÓGICA E IMPACTO SOCIOECONÓMICO DEL COVID 19 EN LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE CONGO. III. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN POLÍTICO INSTAURADO POR LA CONSTITUCIÓN DE 16 DE FEBRERO DE 2006. 1. La hegemonía presidencial. 2. La irresponsabilidad política del presidente y la responsabilidad política del gobierno ante el parlamento. 3. Un poder ejecutivo bicéfalo. IV. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DEL ESTADO DE EMERGENCIA. V. EXÉGESIS DE LA ORDEN PRESIDENCIAL N° 20/014, DE 24 DE MARZO DE 2020, POR LA QUE SE DECLARA EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA PARA HACER FRENTE A LA PANDEMIA DE COVID-19. 1. Estructura de la Orden presidencial N° 20/014, de 24 de marzo de 2020. 2. La coordinación gubernamental: las estructuras multisectorial de Respuesta covid-19. 3. La coordinación vertical de la respuesta contra el COVID 19. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El presente artículo examina el conjunto de las respuestas adoptadas por las instituciones políticas y administrativas de la República Democrática de Congo para mitigar los efectos perjudiciales de esta pandemia. La gestión del Estado de emergencia sanitaria en la República Democrática de Congo se ha desarrollado desde tres vertientes: primero, el liderazgo personal del Presidente de la República por los plenos poderes que le concede la Constitución de la República, segundo, la movilización, desde el gobierno de la Nación, de todas las plataformas de coordinación entre los actores implicados (públicos y privados) y de todos los recursos disponibles, tercero, el apoyo de los poderes descentralizados (provincia, ciudad, ayuntamientos) en la implementación de las medidas requeridas por la emergencia sanitaria. Desde estas tres vertientes se ha evitado una respuesta política fragmentada en la gestión del estado de emergencia sanitaria.

Palabras clave:

Covid 19, emergencia sanitaria, República democrática de Congo, estado de emergencia; sistema sanitario, África

ABSTRACT

MANAGING THE STATE OF HEALTH EMERGENCY IN AFRICA. THE CASE OF THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO

This article discuss all the strategies adopted by the political and administrative institutions of the DRC to mitigate the harmful effects of Covid 19. The management of the state of the health emergency in the DRC has developed along three lines: first, the personal leadership of the President of the Republic through the full powers granted to him by the Constitution; secondly, the government mobilised all coordination platforms of the actors involved (public and private) and all available resources; thirdly, the local governments (provinces, cities, town councils) was fully involved in the implementation of the measures required by the health emergency. These three strands have prevented a fragmented political response in the management of the state of health emergency.

Key Words:

Covid 19, health emergency, Democratic Republic of Congo, state of emergency; healthcare system, Africa

INTRODUCCIÓN.

La progresión del Covid-19 en cuanto al número de personas infectadas y su velocidad de propagación constituyen hoy en día una de las mayores preocupaciones de la comunidad internacional y de los distintos gobiernos nacionales, puesto que sus efectos socioeconómicos ya se están sintiendo en todo el mundo. Los principales polos de la economía mundial se vieron afectados desde el primer trimestre de 2020. A partir del 2 de marzo, 6 de grandes países del mundo figuraban en el ranking de casos de contagio: China, Corea, Italia, Japón, Estados Unidos y Alemania. Estos países representan: 55% de la producción y de la demanda mundial, 60 % de la producción manufacturera mundial y 50% de las exportaciones mundiales de los productos manufactureros¹. Incluso si el continente africano es el menos afectado, las perspectivas de desarrollo económico mundial predicen un contagio generalizado de los efectos de la pandemia a otras regiones del mundo, incluidas África y la República Democrática del Congo, debido en particular a su fuerte dependencia económica y financiera de los polos económicos mundiales mencionados.

La pandemia plantea retos a la vez globales y locales. A los retos de salud pública y de índole socioeconómicos, se añaden ahora los retos que afectan las propias estructuras de los Estados puesto que la gestión del estado de emergencia sanitaria ha revelado ciertas tensiones en la distribución y coordinación de recursos entre los distintos niveles de gobiernos. Teniendo en cuenta este panorama de preocupación, el presente informe se propone examinar el conjunto de las respuestas adoptadas por las instituciones políticas y administrativas de la República Democrática de Congo para mitigar los efectos perjudiciales de esta pandemia, desde un doble enfoque: por una parte, el análisis de los instrumentos constitucionales puestos en marcha para gestionar el estado de emergencia sanitaria y por otra parte, los mecanismos de coordinación de las Agencias del Gobierno Central con los poderes descentralizados.

I. ALGUNOS FACTORES EXPLICATIVOS DEL DIFERENTE COMPORTAMIENTO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 EN EUROPA FRENTE A ÁFRICA.

Europa es uno de los epicentros del Covid-19 en el mundo, con 29.768.199 casos diagnosticados y 646.097 casos de personas fallecidas. En cambio, según el boletín de Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) de África publicado el 11 de enero de 2021, el número de casos confirmados del COVID-19 en el continente africano llegó a 3.021.769 y el número de casos de personas fallecidas por la pandemia del Covid 19 asciende a 72.121 mientras que un total de 2.450.492 personas infectadas se habían recuperado a nivel continental. A pesar de todo, se observa que África que representa el 17% de la población mundial, ha registrado tan solo 3,5% de las muertes por covid-19. Eso significa que a pesar de que la transmisión de la enfermedad ha sido alta, la gravedad y la mortalidad han sido más bajas que las predicciones originales, basadas en la experiencia de China y Europa.

En el ranking de los países africanos más afectados en cantidad de casos, Sud África se lleva la palma con 1.214.176 casos diagnosticados y 32.824 decesos registrados, seguido de Marruecos (451.637 casos) Egipto (157.514 casos) Túnez (148.799 casos) y Etiopía (127.792 casos). Aunque en términos absolutos, la situación de África es menos mala que la de América del Norte, Europa y Asia, la evolución es cada vez más preocupante teniendo en cuenta las carencias en las infraestructuras sanitarias, la vulnerabilidad de las estructuras económicas, el desarrollo de los conflictos armados, los efectos del cambio climático, el empobrecimiento de una grande parte de la población.

Estos datos comparativos que revelan un comportamiento diferente de la pandemia en Europa y África nos llevan a plantearse la siguiente pregunta: ¿por qué los países africanos, caracterizados por sistemas de salud sobrecargados e insuficientemente financiados con cargas ya existente de enfermedades infecciosas (como el Ebola), tienen menos casos de enfermos y muertos por Coronavirus? La pregunta es pertinente si

1 Vid., R. BALDWIN y E. TOMIURA, "Thinking ahead about the trade impact of COVID-19", en R. Baldwin y W. di Mauro, (eds), *Economics in the Time of COVID-19*, Centre for Economic Policy Research press, 2020, pp 59-72

consideramos el desfase elevado entre las predicciones apocalípticas de los efectos de la pandemia en África, que se realizaron cuando la pandemia se declaró oficialmente a principios de 2020 con lo que realmente ocurrió.

No existen evidencias científicas que nos ayuden a dar una respuesta infalible a esta cuestión. Ciertamente es que diversos factores implicados nos aproximan a la comprensión de estas diferencias. Los expertos coinciden al apuntar cuatro factores: primero, las pirámides de edad de las poblaciones europeas y africanas, segundo, la temperatura medioambiental (temperaturas altas y humedad), tercero, los factores que radican en los habitantes (el sistema inmunitario colectivo) y cuarto, la respuesta del sistema de salud pública por parte de los países africanos, preparados por experiencias anteriores (como brotes o epidemias).

II. SITUACIÓN EPIDEMIOLÓGICA E IMPACTO SOCIOECONÓMICO DEL COVID 19 EN LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DE CONGO.

El primer caso de la COVID-19 fue informado el 10 de marzo de 2020 en Kinshasa. El informe de la situación epidemiológica en la República Democrática de Congo, al día de hoy, declara 19.496 casos confirmados del Covid 19, 4117 casos activos, 619 fallecidos, 14.760 casos curados. Aunque estas cifras parecen insignificantes comparada con el volumen de la población nacional que asciende a unos 84 millones, la República Democrática de Congo se sitúa en la décima posición (de 54) en la escala de los países más infectados de África.

Ahora bien, desde el punto de vista sanitario y de desarrollo económico, la República Democrática de Congo es indexada en el grupo de países africanos que reúnen un número elevado de factores de riesgo, teniendo en cuenta los siguientes indicadores: exposición a los contactos internacionales, eficacia del sistema de salud pública, población total en las zonas urbanas, transparencia en la administración política y administrativa del Gobierno, las dimensiones del conflicto armado y los problemas de seguridad, la importancia de la movilidad de la población a lo largo del territorio nacional.

En cambio, desde el punto de vista económico, con una economía extrovertida, vinculada principalmente al sector minero y muy dependiente del consumo y los productos básicos importados, se pronostica que la República Democrática de Congo experimentará una importante disminución del crecimiento económico y un importante deterioro de sus cuentas macroeconómicas entre 2020 y 2021. El sector extractivo, que es el principal impulsor de su crecimiento, representando alrededor del 30% de los ingresos presupuestarios, experimenta una disminución inmediata de las exportaciones mayor de 60%. Los ingresos aduaneros y de comercio exterior que representan casi el 40% del presupuesto de ingresos han caído sensiblemente. Estos datos son, quizás, los precursores más convincentes de esta crisis que apenas comienza a desarrollarse.

III. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN POLÍTICO INSTAURADO POR LA CONSTITUCIÓN DE 16 DE FEBRERO DE 2006.

La República Democrática del Congo tiene un régimen semipresidencial, calcado al modelo de la Vª República francesa², destacándose por tres rasgos constitucionales principales: una hegemonía presidencial, la responsabilidad política del gobierno ante las dos cámaras del parlamento (asamblea nacional y senado), un poder ejecutivo bicéfalo compuesto por el presidente de la República y el gobierno.

3.1. La hegemonía presidencial

El presidente de la República es elegido por el sufragio universal directo por un mandato de 5 años renovable una sola vez (artículo 70.1) y es titular de competencias propias. Esta elección por sufragio

2 Vid.;D. POLLET-PANOUSSIS, «La constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la constitution française», *Revue française de droit constitutionnel*, 2008 (3) n° 75, pp. 451-498.

universal directo le confiere una legitimidad democrática sin igual dentro de la arquitectura institucional de la República Democrática del Congo. El Presidente de la República es la primera institución de la República que figura en el artículo 68 de la Constitución. Representa a la nación y es el símbolo de la unidad nacional. La Constitución le confiere además la responsabilidad de asegurar, “mediante su arbitraje, el funcionamiento normal de las instituciones públicas, así como la continuidad del Estado”. También es el garante de la independencia nacional, la integridad territorial, la soberanía nacional y el respeto de los tratados y acuerdos internacionales (Artículo 69). Por consiguiente, es, en palabras del General de Gaulle, « *l’homme de la nation, mis en place par elle-même pour répondre de son destin* »³

La Constitución de 16 de febrero de 2006 concede al Presidente de la República prerrogativas constitucionales exorbitantes: comandante supremo de las fuerzas armadas y presidente del Consejo Supremo de Defensa (artículo 83); nombramiento del Primer Ministro y otros miembros del Gobierno (artículo 78); investidura de los gobernadores y vicegobernadores provinciales (artículo 80); presidente de la Conferencia de Gobernadores Provinciales (artículo 200); nombramiento de todos los magistrados (artículo 82); nombramiento para otras funciones principales del Estado: embajadores, oficiales generales y superiores del ejército y la policía, directivos de empresas públicas, altos funcionarios de la administración pública (Artículo 81 y 82), declaración de guerra (Artículos 86 y 143), de estado de emergencia o de sitio (Artículos 85, 144 y 145), etc. Desde la entrada en vigor de la Ley de revisión constitucional del 20 de enero de 2011, se han añadido nuevas prerrogativas presidenciales. Está la convocatoria del referéndum constitucional (Artículo 218). En cuanto a la descentralización, el párrafo 7 del artículo 197 le confiere la facultad de disolver una asamblea provincial y el párrafo 10 del artículo 198 la de destituir a un gobernador provincial.

3.2. La irresponsabilidad política del presidente y la responsabilidad política del gobierno ante el parlamento.

La particularidad del régimen político congoleño radica en el hecho que el presidente de la República es políticamente irresponsable. El artículo 79.4 dispone que los órdenes presidenciales que recaigan en los ámbitos de competencias compartidos, es decir, los ámbitos materiales que corresponden al gobierno de la Nación o las materias bajo gestión ministerial estarán refrendadas por la firma del Primer Ministro, que es responsable de ellos ante la Asamblea Nacional. En la misma línea, el artículo 91.5 establece que el gobierno, compuesto, por el Primer Ministro (jefe de gobierno), los Ministros, los Viceministros y, cuando proceda, los Viceprimeros Ministros, los Ministros de Estado, es responsable de su actuación ante la Asamblea Nacional. Esta puede decidir por iniciativa propia de sancionar colectivamente al gobierno mediante la adopción de una moción de censura o puede exigir la responsabilidad individual de los miembros del Gobierno mediante una moción de desconfianza.

3.3. Un poder ejecutivo bicéfalo

La Constitución del 16 de febrero de 2006 enumera las competencias del presidente de la República y las del gobierno. Parecen distintas puesto que las prerrogativas presidenciales propias juegan una función arbitral que se ejercen puntualmente, mientras que las del gobierno, en conformidad a lo estipulado en el artículo 91, se consultan al presidente de la República, y la implementación de la política de la Nación. Estas competencias se encasillan en un marco de actividad continua (ejecución de leyes, poder administrativo...).

El poder ejecutivo es bicéfalo. El primer ministro es el jefe de gobierno, sin embargo, conforme a lo estipulado en el artículo 79. 1 “El Presidente de la República convoca y preside el Consejo de Ministros. Si no puede hacerlo, delega este poder en el Primer Ministro.” Por otra parte, siguiendo al artículo 91, la defensa, la seguridad y los asuntos exteriores son áreas de colaboración entre el presidente de la República y el Gobierno. El Gobierno tiene a su disposición la administración pública, las Fuerzas Armadas, la Policía y los Servicios de Seguridad Nacional.

3 Vid. C. DE GAULLE, *conférence de presse du 31 janvier 1964*. «Une Constitution, c’est un esprit, des institutions, une pratique» <https://mjp.univ-perp.fr/textes/degaulle31011964.htm> (consultado el 7 de septiembre 2020).

Algunas disposiciones de la Constitución de 16 de febrero prevén dispositivos constitucionales para hacer frente a estados de crisis. Estos dispositivos han sido diseñados para preservar los intereses de la Nación. Se activan por el Presidente de la República que tiene encomendado la misión constitucional de asegurar la continuidad del Estado, siendo igualmente el garante de su independencia. La elección del dispositivo depende de la gravedad de la situación, así como de la urgencia para intervenir.

IV. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO DEL ESTADO DE EMERGENCIA

El artículo 85 de la Constitución de 16 de febrero de 2006 es la base constitucional que regula el régimen excepcional en los casos de estado de emergencia o estado de sitio. Este artículo concede los plenos poderes (ejecutivos y legislativos) al presidente de la República.

Para que el presidente de la República pueda hacer uso de las facultades excepcionales previstas por el artículo, deben cumplirse dos condiciones sustantivas: por una parte, una amenaza grave e inmediata debe pesar sobre la independencia de la Nación y la integridad de su territorio y por otra, el funcionamiento regular de las instituciones constitucionales debe ser interrumpido. Así, corresponde al presidente de la República evaluar si se cumplen las dos condiciones. Los requisitos formales no son muy restrictivos, ya que se limitan a la consulta con el Primer Ministro, los presidentes de la Asamblea Nacional y del Senado.

Los artículos 144 y 145 a los que reenvía el artículo 85 detallan las modalidades para el ejercicio de los poderes excepcionales del presidente de la República durante la crisis. La Asamblea Nacional y el Senado se reunirán entonces de pleno derecho. Si no están en sesión, se convocará una sesión extraordinaria para este fin de acuerdo con el Artículo 116 la Constitución. Se podrá declarar el estado de emergencia o el estado de sitio en la totalidad o en parte del territorio de la República por un período de treinta días.

El decreto presidencial que proclama el estado de emergencia o el estado de sitio dejará automáticamente de surtir efecto al expirar el plazo de treinta días, a menos que la Asamblea Nacional y el Senado, que han sido informados por el presidente de la República por decisión del Consejo de Ministros, hayan autorizado su prórroga por plazos sucesivos de quince días. La Asamblea Nacional y el Senado pueden, por ley, poner fin al estado de emergencia o al estado de sitio en cualquier momento.

En caso de haber declarado el estado de emergencia o de estado de sitio, el presidente de la República adoptará, por orden presidencial deliberada en el Consejo de Ministros, las medidas necesarias para hacer frente a la situación. Se trata de las medidas que requieran el contexto. Esas medidas deben inspirarse en la voluntad de garantizar que los poderes públicos constitucionales dispongan de los medios para cumplir su misión lo antes posible.

La orden presidencial que decreta el estado de emergencia o de sitio es sometida inmediatamente al control del Tribunal Constitucional que examinará su conformidad a la constitución. Sin embargo, los artículos 148 y 119, establecen una condición adicional para la aplicación del artículo 85 (mientras que este último se refiere a la consulta con los presidentes de las dos Cámaras). Se trata de la autorización de la declaración del estado de sitio o del estado de emergencia por las dos cámaras legislativas reunidas en Congreso.

V. EXÉGESIS DE LA ORDEN PRESIDENCIAL N° 20/014, DE 24 DE MARZO DE 2020, POR LA QUE SE DECLARA EL ESTADO DE EMERGENCIA SANITARIA PARA HACER FRENTE A LA PANDEMIA DE COVID-19

Por medio de la Orden presidencial N° 20/014, de 24 de marzo de 2020, por la que se declara el estado de emergencia sanitaria para hacer frente a la pandemia de Covid-19, el presidente de la República pudo activar los poderes excepcionales previstos al artículo 85 de la Constitución, teniendo en cuenta la naturaleza de los acontecimientos.

La orden presidencial que declara el estado de emergencia sanitaria por un periodo un período de treinta (30) días, enuncia en sus considerandos las tres condiciones de fondo requeridos para activar

el dispositivo excepcional del artículo 85: la situación crea una amenaza grave e inmediata, que afecta las instituciones de la República y la independencia de la Nación, con el resultado de provocar la interrupción del funcionamiento normal de los poderes públicos constitucionales. Se evoca pues la propagación rápida, sin precedentes e imprevisible del Coronavirus, Covid-19, en todo el mundo y en particular en la República Democrática de Congo desde principios de marzo de 2020. La magnitud de la crisis provocada por esta pandemia ha causado la interrupción del funcionamiento normal de las instituciones de la República y es probable que provoque un desastre sanitario que ponga en peligro, por su naturaleza y gravedad, la salud de la población.

Por ello, la necesidad y la urgencia requiere la adopción de medidas nacionales para actuar a diario, en particular restringiendo ciertas libertades, incluida la libertad de ir y venir, de reunirse y de emprender. La oportunidad y la idoneidad de adoptar este dispositivo constitucional habían sido debatidas en el seno del Consejo de Ministros y el Primer Ministro y los presidentes de las Cámaras Parlamentarias habían sido consultados.

5.1. Estructura de la Orden presidencial N° 20/014, de 24 de marzo de 2020

La orden establece 4 tipos de medidas:

Medidas de seguridad en el territorio nacional: cierre de todas las fronteras del país a los pasajeros con excepción de los buques de carga y otros medios de transporte de mercancías a los que se permite el acceso al territorio nacional. Suspensión de todos los vuelos procedentes de los países de riesgo y de los países de tránsito.

Medidas relativas al ejercicio de la libertad: Prohibición de todo viaje de la capital Kinshasa a las provincias y viceversa, para permitir el confinamiento de la ciudad de Kinshasa, foco de la pandemia. Prohibición de todas las reuniones, encuentros y celebraciones de más de veinte (20) personas en la vía pública y en lugares fuera del domicilio familiar. Prohibición de todos los movimientos migratorios. Cierre temporal en todo el territorio nacional de escuelas, universidades, institutos superiores oficiales y privados y de todos los establecimientos de recepción de público así como de los lugares de reunión. Prohibición de la apertura de discotecas, bares, terrazas y restaurantes. Suspensión de todos los servicios religiosos, así como todas las actividades deportivas en los estadios y otros lugares destinados a la actividad deportiva.

Medidas sanitarias: las autoridades y funcionarios de todas las instituciones, tanto nacionales como provinciales, han de tomar las medidas sanitarias adecuadas para proteger a sus miembros y personal y a la población en general de la contaminación o la propagación de la contaminación con el Coronavirus, covid-19. Todos los servicios de salud pública están requisicionados para garantizar la divulgación y la eficacia de las medidas que se apliquen. Control sanitario sistemático de todas las personas que entran en el territorio nacional y de las que salen de las ciudades, especialmente de la capital hacia otras provincias del país. Refuerzo de los sistemas de vigilancia y control de los pasajeros procedentes del extranjero (en los puntos de entrada marítimos, fluviales, lacustres y terrestres en el territorio nacional).

Medidas económicas: indicaciones para que el gobierno de la República implemente medidas y métodos apropiados de suministro de alimentos a las ciudades para evitar la escasez de reservas y proteger a la nación de cualquier consecuencia desastrosa en términos de seguridad alimentaria y posibles alteraciones del orden público.

5.2. La coordinación gubernamental: las estructuras multisectorial de Respuesta covid-19

El modelo adoptado por la República Democrática de Congo para organizar y coordinar las respuestas para hacer frente a la propagación de la pandemia del covid-19 obedece al esquema del poder ejecutivo. Se han instituido dos estructuras técnicas de carácter consultivo: la Célula de Respuesta Covid 19 y las Estructuras Multisectoriales de Respuesta Covid-19.

Por una parte, el artículo 4 de la Orden presidencial crea una Célula de Respuesta covid-19. Se trata de una estructura con autonomía administrativa y técnica, que funciona bajo la autoridad directa del

Presidente de la República. La misión principal consiste en asesorarle en todo lo relacionado en la gestión de la crisis sanitaria provocada por covid-19; informando e orientando las medidas a adoptar en la situación de emergencia. La coordinación de esta célula de Respuesta de COVID-19 está encabezada por el Profesor Jean-Jacques Muyembe, un virólogo congoleño de gran prestigio internacional.

Por otra parte, el Gobierno de la República ha constituido formalmente “las estructuras multisectoriales de respuestas de respuesta covid 19”. Desde el punto de vista organizativo, estas estructuras se componen de dos instancias para la coordinación de sus actividades: un Comité Multisectorial para la respuesta al covid 19 y una secretaría técnica para la coordinación de las actividades.

El Comité de Respuesta Multisectorial (CMR-COVID-19) está presidido por el Primer Ministro, y el Ministro de Salud asume el papel de secretario. Tiene encomendado una triple misión: prestar orientación normativa al Gobierno, movilizar los recursos y administrar los fondos disponibles. El CMR COVID-19 está formado principalmente por una veintena de ministerios implicados de una manera o de otro en la lucha contra el Covid 19

La Secretaría Técnica (ST) está dirigida por un coordinador nombrado por el presidente de la República. Su labor se apoya sobre la Junta Consultiva de la Secretaría Técnica, compuesta por el Secretario General de Sanidad, el Inspector General de Sanidad, los representantes de los socios técnicos y financieros y algunos representantes de la sociedad civil. La ST asegura la gestión estratégica de todas las comisiones de preparación y respuesta contra el COVID 19. Cuenta con el apoyo de un Gestor de Incidentes a nivel nacional (*Incident Manager*) y un Gestor Adjunto de Incidentes (Jefe de la División de Salud Provincial de la provincia afectada o interesada) para coordinar todas las intervenciones del gobierno en la lucha contra la pandemia.

5.3. La coordinación vertical de la respuesta contra el COVID 19

La Constitución de 2006 instituye un Estado unitario descentralizado que reúne algunos de los rasgos principales del Estado de las autonomías. La Constitución hace referencia explícita a las provincias y a las instituciones políticas provinciales (artículo 195), al reparto de competencias entre el gobierno central y las provincias (artículo 201) y, por último, a la autoridad consuetudinaria (artículo 207). Igualmente, en 2008 se han aprobado dos leyes orgánicas para reforzar la autonomía provincial y la descentralización. La primera, la Ley n° 08/012 de 31 de julio de 2008 sobre los principios fundamentales relativos a la libre administración de las provincias y la segunda es la Ley Orgánica n° 08/016 de 7 de octubre de 2008 sobre la composición, organización y funcionamiento de las Entidades Territoriales Descentralizadas y sus relaciones con el Estado y las Provincias. Una sistematización de este marco jurídico revela un gobierno multinivel con tres escalas: 1) el gobierno central, 2) las provincias, 3) las entidades territoriales descentralizadas (ETD) que son las ciudades, los ayuntamientos, los sectores y las jefaturas tradicionales.

La coordinación vertical de la respuesta contra el COVID 19 se implementa por medio de la aplicación de poder reglamentario del artículo 206 de la Constitución que estipula que “salvo que la legislación nacional disponga lo contrario, los gobiernos provinciales aplicarán, a través de sus servicios, las leyes y reglamentos nacionales.” Este mandato constitucional es igualmente retomado por el artículo 7 de la Orden presidencial N° 20/014, de 24 de marzo de 2020 que dispone que los responsables de las instituciones del gobierno central, de las provincias y de las entidades territoriales descentralizadas, en torno a la célula presidencial de respuesta covid-19, son responsables, cada uno en lo que le corresponda, de la ejecución de la presente orden.

CONCLUSIÓN

La República democrática de Congo acaba de salir de un largo periodo de conflicto armado (1997-2003). Es un Estado en pleno proceso de reconstrucción de sus estructuras de gobierno y de control de su soberanía nacional. A pesar de ser un Estado débil, la experiencia previa de las respuestas gubernamentales en la lucha contra los diferentes brotes del Ebola ha sido muy decisiva a la hora de organizar y de gestionar el estado de emergencia sanitaria.

La gestión del Estado de emergencia sanitaria se ha desarrollado desde tres vertientes: primero, el liderazgo personal del Presidente de la Republica por los plenos poderes que le concede la Constitución de la Republica, segundo, la movilización, desde el gobierno de la Nación, de todas las plataformas de coordinación entre los actores implicados (públicos y privados) y de todos los recursos disponibles, tercero, el apoyo de los poderes descentralizados (provincia, ciudad, ayuntamientos) en la implementación de las medidas requeridas por la emergencia sanitaria. Desde estas tres vertientes se ha evitado una respuesta política fragmentada en la gestión del estado de emergencia sanitaria.

Como en todas las partes del mundo, los retos para salir de la crisis son complejos y afectan a todos los ámbitos y sectores a nivel nacional. La República democrática del Congo debe resolver los impactos socioeconómicos de la crisis, dando prioridad a las cuestiones emergentes relativas al refuerzo del sistema sanitario, a la protección social, así como de la estabilización macroeconómica y de gobernanza política.

CONSTITUCIONALISMO INDÍGENA, MESTIZO Y FEDERALISMO*

Nilda Garay Montañez

*Centro Studi sull'America Latina
Università di Bologna, Italia*

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. 1.1. El constitucionalismo excluyente. 1.2. Constitucionalismo y federalismo sin lo indígena. II. CONSTITUCIONALISMO MESTIZO. III. CONSTITUCIONALISMO INDÍGENA. IV. AUTONOMÍAS INDÍGENAS: EL CASO BOLIVIANO 4.1. Autonomías Indígenas: contradicciones. V. REFLEXIONES.

219

* Ponencia en el *Curso on line: Lecciones constitucionales en tiempos de crisis. Federalismo territorial, federalismo identitario y federalismo intercultural: Un enfoque comparado*. Lección 8. Universidad de Jaén, CESJ-Sur de Europa, 28 de enero de 2021.

RESUMEN

A partir de un repaso histórico del constitucionalismo indígena y del federalismo, en este trabajo se analiza una de las formas de descentralización del poder expresada en las denominadas Autonomías Indígenas. Se trata del estudio de las Autonomías Indígenas en el constitucionalismo boliviano señalando sus avances y retrocesos frente a la fuerza del constitucionalismo occidental.

Palabras clave:

Constitucionalismo indígena; federalismo; constitucionalismo boliviano; organización territorial del poder.

ABSTRACT

INDIGENOUS, MESTIZO CONSTITUTIONALISM AND FEDERALISM

Based on a historical review of indigenous constitutionalism and federalism, this work analyzes one of the forms of decentralization of power expressed in the so-called Indigenous Autonomies. This work deals with the study of Indigenous Autonomies in Bolivian constitutionalism, pointing out their advances and setbacks in the face of the force of Western constitutionalism.

Key Words:

Indigenous Constitutionalism; federalism; bolivian constitutionalism; territorial organization of power.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, cuando hablamos de constitucionalismo en los territorios de Abya Yala (lo que hoy conocemos como continente americano), se tiene que hablar también de otras formas de pensamientos relacionadas con la organización de las sociedades; de sus relaciones comunales; de otras formas de pensar el poder; de distintas formas de organización territorial. Es decir, ya no se puede ignorar o negar la existencia de muchos aspectos de los pensamientos no occidentales que han resistido varios siglos y que ahora entran a formar parte (muy a su pesar) del constitucionalismo occidental / hegemónico / dominante.

El constitucionalismo occidental hunde sus raíces en la historia de Europa Occidental. Inicia el desarrollo de su fundamentación teórica y práctica en el siglo XV cuando Europa invade Abya Yala. Es a partir de este hecho histórico cuando se desarrollan las ideas que darán fruto a categorías constitucionales tales como poder, soberanía, estado moderno, derechos naturales, ser humano (cristiano), libertad y también categorías como indio, raza, propiedad, guerra justa, etc. El constitucionalismo que se va gestando en el seno de una Europa conquistadora, invasora, guerrera y codiciosa¹ acabará consolidándose en el siglo XVIII, alcanzando una expansión trasatlántica precisamente por aquella invasión. No olvidemos que, en el contexto de desarrollo del constitucionalismo, América aparece a los ojos de Occidente “como un espacio libre, como un campo libre para la ocupación y expansión europea. El apoderamiento del suelo y del mar así como intentos de particiones del mismo deja en evidencia una forma de pensar europea”². Esta forma de pensar y actuar impregnó tanto a la filosofía política (Maquiavelo, Bodin, Hobbes, Locke, etc.) que dio luz al movimiento del constitucionalismo, como a lo que hoy denominamos derecho internacional (De las Casas, Vitoria, Sepúlveda, Grocio, etc.), siempre sobre la base del pensamiento del colono europeo y el ejercicio del poder entendido como dominación (un poder distinto al poder obediencial que propone la filosofía náhuatl, hoy recuperada por el movimiento zapatista)³. En este contexto histórico del desarrollo del constitucionalismo, lo indígena, los pueblos originarios estarán presente, pero en condiciones de subordinación, de opresión.

1.1. El constitucionalismo excluyente

En los siglos XVII y XVIII este constitucionalismo se afianza arropado por el pensamiento liberal individualista-contractualista en una Europa colonizadora, patriarcal, racista y esclavista. Es entonces cuando esta construcción histórica –llamada constitucionalismo– se plasma en la praxis con las revoluciones liberales, con sus declaraciones de derechos y sus constituciones. Todas ellas establecen cómo se organiza una sociedad, siempre desde una visión jerárquica donde lo indígena no será el sujeto político. La Constitución liberal será la que ocupe el lugar supremo en la jerarquía jurídico-política⁴ desconociendo toda manifestación de derecho que no sea la occidental. Estamos ante el estado liberal con su doctrina Estado de Derecho, con un sujeto individual, sujeto de derechos, inspirado en el colono europeo.

Así se irá desarrollando una idea de nación como un conjunto de individuos -sujeto de derechos- con una homogeneidad abstracta. La nación será entendida como aquella conciencia de formar parte de una comunidad civil (estado nación) y esta conciencia de pertenencia estará influenciada por algunos factores

1 Bartlett explica la construcción de la mentalidad europea: “los hábitos mentales y las instituciones del racismo y del colonialismo europeo nacieron en el mundo medieval: los conquistadores de Méjico conocían el problema de los mudéjares; los colonos de Virginia habían sido antes colonos en Irlanda”. Vid., R. BARTLETT, *La Formación de Europa. Conquista, colonización y cambio cultural, 950-1350*, Valencia, Universitat de València, 2003, pp. 406-407.

2 C. SCHMITT, *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Jus publicum uropaeum”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 69-71.

3 N. GARAY MONTAÑEZ, “Las concepciones no occidentales en el constitucionalismo latinoamericano: acerca de la categoría poder”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, n° 27, IUSTEL, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7479428>

4 L. PEGORARO y A. RINELLA (directores), *Derecho Constitucional Comparado. Sistemas Constitucionales*, t. 2, Volumen A, Editorial Astrea, Buenos Aires, pp. 273-274.

históricos tales como el racial, así lo fundamenta, por ejemplo, Mancini⁵. Se consolida, pues, un estado nación constitucional abanderando la libertad, la igualdad y el derecho a la propiedad sobre la base del poder-dominación. Es un estado eurocéntrico con su cultura jurídica monista, es decir, es un estado nación que desconoce la diversidad de las personas, la pluralidad de los colectivos con otras formas de entender el mundo sacralizando al individualismo. Las vidas comunitarias de los pueblos originarios serán ignoradas y/o erradicadas del marco constitucional liberal que se fue imponiendo en las nacientes repúblicas del continente americano (y especialmente en el siglo XIX en la región que hoy conocemos como América Latina). He hecho aquí una brevíssima referencia histórica del constitucionalismo occidental impuesto en tierras de Abya Yala. Tras muchos siglos de resistencia al orden constitucional establecido por la fuerza del poder-dominación, emerge una forma de *constitucionalismo indígena* que afectará a la organización territorial del estado constitucional.

1.2. Constitucionalismo y federalismo sin lo indígena

Pasando al asunto del federalismo, cabe decir que este tiene que ver con “una forma territorial de separación de los poderes políticos bajo un régimen constitucional, en el que se configura un poder plural”⁶. Una expresión histórica del federalismo la encontramos en la forma de estado que adoptan los Estados Unidos de América. Su historia constitucional incluye la institución confederal donde se unen diversos estados sin perder su individualidad y soberanía manteniéndose el derecho de secesión. Ante su poca practicidad, se inicia el proceso federal en el que se produce una división territorial del poder. El federalismo se plasma en la Constitución estadounidense siendo el Estado Federal una forma intermedia entre el Estado Unitario y la Confederación⁷. Recordemos que la defensa por la instauración de un Estado Federal en *The Federalist Papers* tenía como autores a reconocidos hombres blancos esclavistas tales como Hamilton y Madison⁸.

El antecedente histórico para que los colonos en América del norte inicien su debate sobre una Confederación y una Federación se encontraría en el pensamiento político indígena. Me refiero a la Confederación de Naciones Iroquesas cuya forma de organización política y territorial cautivaría a los “padres fundadores”. Se trataba de un tipo de estado compuesto por naciones originarias de los territorios en la parte norte del actual continente americano. El contacto entre las poblaciones aborígenes y los colonos ingleses dejaron un legado político significativo en la forma de estado que estos fundaron⁹. Se sabe que la unión de los pueblos iroqueses alcanzó una convivencia pacífica y estable en el marco de una pluralidad de naciones cuyas relaciones tendían a la reciprocidad, participación política directa en la toma de decisiones destacando la participación de las mujeres¹⁰. Los fundadores del constitucionalismo estadounidense no

222

-
- 5 D. LAVEN, “Italy”, in T. Baycroft y M. Hewitson, (Edit.), *What Is a Nation? Europe 1789-1914*, Oxford University Press, 2006, p. 259. Vid., además: A. HASTINGS, *La construcción de las nacionalidades*, Cambridge University Press, Madrid, 2000, pp. 13-42.
- 6 V. SUELT COCK, Rasgos generales y tendencias del Estado Federal en Latinoamérica”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, n° 23, IUSTEL, 2018. [Consulta: 11-11-2020], disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=420593 Una explicación amplia de los conceptos relativos al federalismo véase: L. PEGORARO, “Federalismo, regionalismo, descentralización: una aproximación semántica a las definiciones constitucionales y doctrinales”, *Pensamiento Constitucional*, n° 8, Vol. 8, Lima, PUCP, 2002. [Consulta: 14-11-2020], disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3283>
- 7 M. GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 215.
- 8 . BALL, “Ambition & Bondage: An Inquiry on Alexander Hamilton and Slavery”, *Columbia University and Slavery Project*, Columbia University, 2015. [Consulta: 21-11-2020], disponible en: <https://columbiaandslavery.columbia.edu/content/ambition-bondage-inquiry-alexander-hamilton-and-slavery> y J. BROADWATER “James Madison and Slavery”, (2020, October 6). In *Encyclopedia Virginia*. [Consulta: 29-11-2020], disponible en: http://www.EncyclopediaVirginia.org/Madison_James_and_Slavery
- 9 J. RAKOVE, “Did the Founding Fathers Really Get Many of Their Ideas of Liberty from the Iroquois?”, *History News Network*, George Mason University, 2005. [Consulta: 07-12-2020], disponible en: <https://historynewsnetwork.org/article/12974> También: E. HOLMES PEARSON, *Remaking Custom: Law and Identity in the Early American Republic*, University of Virginia Press, Charlottesville, 2011. Vid. el documento político: Resolución concurrente del Congreso de los Estados Unidos: H. Con. Res.331-100th Congress (1987-1988), por la que se reconoce la influencia del sistema político desarrollado por la Confederación Iroquesa en el constitucionalismo estadounidense.
- 10 D. A. GRINDE and B. E. JOHANSEN, *Exemplar of Liberty: Native America and the Evolution of Democracy*, UCLA, Los

recogieron esas ideas de pluralidad y reciprocidad; pero sí copiaron la forma política adecuándolo a su filosofía individualista occidental, patriarcal y apoyándose en su supuesta supremacía racial¹¹.

En la historia del constitucionalismo occidental la racialización de las comunidades políticas originarias/nativas, como son los pueblos indígenas, traerá como resultado su marginación, exclusión. Así, la histórica dominación de estos pueblos se mantendrá mediante la imposición de un constitucionalismo occidental instaurado en las Repúblicas americanas independizadas de las metrópolis. Algunas de dichas Repúblicas se organizaron en estados federales, estados descentralizados, etc. El federalismo apareció en el continente americano mediante pactos entre hombres oligarcas occidentales y occidentalizados (hombres blancos, criollos, mestizos). Lo que se buscaba era descentralizar el poder-dominación sobre la base del constitucionalismo eurocéntrico. Una de las exigencias básicas para llevar a cabo esta descentralización fue la exclusión de lo indígena.

II. CONSTITUCIONALISMO MESTIZO

Antes de tratar sobre el constitucionalismo indígena –a propósito del título asignado a esta ponencia– hago una brevísima referencia al “constitucionalismo mestizo”. Tanto en el diccionario de la Real Academia de la Lengua, como el Diccionario de uso del español de María Moliner, mestizo es la persona nacida de padre y madre de raza diferente, en especial de blanco e india, o de indio y blanca. También, mestizo tiene que ver con la “mezcla de culturas distintas”. Desde un punto de vista general, lo mestizo se relaciona con la idea de raza¹². Si hablamos de “constitucionalismo mestizo”, estaríamos ante un pensamiento que tiene que ver con la mezcla racial y/o la mezcla cultural en el cual lo occidental se mantiene como paradigma pues no hay que olvidar que desde la época colonial lo mestizo significaba escapar de la indianidad¹³. Indianidad que, según la visión europea, significaba un “cuerpo sin alma”. La historia del concepto mestizo es también la historia de la racialización de lo indio y de lo negro¹⁴. Además, mestizo, para el mundo colonizado, se refleja en el cuadro o pintura de castas del siglo XVIII que clasifica a la gente por la mezcla de razas. Entonces, desde una perspectiva latinoamericana, hablar de “constitucionalismo mestizo” significaría ocultar la existencia del constitucionalismo indígena –que es sincrético–, con el fin de mantener el paradigma occidental. En este trabajo no utilizaré la expresión “constitucionalismo mestizo” dado que voy a poner en el centro del debate a los pueblos originarios y sus contribuciones en lo político.

Angeles, 1991. [Consulta: 13-12-2020], disponible en: https://ratical.org/many_worlds/6Nations/EoL/ y M. J. GAGE, *Woman, church and state: a historical account of the status of woman through the Christian ages: with reminiscences of the matriarchate*, [Microform], C.H. Kerr & Co, Chicago, 1893

11 Por ejemplo, los prejuicios hacia los iroqueses por parte de los colonos europeos en: B. FRANKLIN, “From Benjamin Franklin to James Parker, 20 March 1751 to James Parker”, Founders Online, National Archives. [Consulta: 15-12-2020], disponible en: <https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-04-02-0037>.

12 Conuerdo con la idea de raza que explican tanto Quijano como Segato. Según Quijano, la idea de raza es un constructo ideológico que no tiene nada que ver con lo biológico y sí, todo que ver con las relaciones de poder en el capitalismo mundial, *colonial/moderno*, eurocentrado. Se trata del cuestionamiento de la humanidad del otro, que va a establecer viejas ideas de superioridad-inferioridad “implicadas en toda relación de dominación”. A. QUIJANO, “¿Qué tal raza?”, *Revista Ecuador Debate*, n° 48, Centro Andino de Acción Popular - CAAAP, Quito, 1999, pp. 144 y 149. Segato explica que raza es signo de trazo, como huella en el cuerpo del paso de una historia otrificadora que construyó “raza” para constituir “Europa” como idea epistémica, económica, tecnológica y jurídico-moral que asigna valores y cánones de la vida. Entonces, para Segato, el no-blanco no es necesariamente el otro indio o africano, sino otro que tiene la marca del indio o del africano, la huella de su subordinación histórica. R. L. SEGATO, *La Nación y sus otros. Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de la identidad*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2007, pp. 23-24.

13 M. DE LA CADENA, “¿Son los mestizos híbridos? las políticas conceptuales de las identidades andinas”, *Universitas Humanística*, n° 61, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, enero-junio de 2006, pp. 51-84.

14 Ares Queija sostiene que mestizo fue el término usado para denominar al individuo nacido de las relaciones sexuales entre indios/as y negros/as. B. ARES QUEIJA, *Mestizos, mulatos y zambaigos (Virreinato del Perú, siglo XVI)*, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, Madrid, 2000.

III. CONSTITUCIONALISMO INDÍGENA

Entiendo por *constitucionalismo indígena* al desarrollado por los movimientos indígenas, descendientes de los pueblos originarios vinculados con los autodenominados campesinos. Algunos ejemplos de estos movimientos, en Ecuador: la Confederación Nacional Indígena de Ecuador (CONAIE) y el Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik. En Bolivia: el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ); Confederación Indígena del Oriente Boliviano (CIDOB); Confederación Sindical Única de Trabajadores de Bolivia (CSUTCB); Federación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia Bartolina Sisa (FNMCIOS-B). Efectivamente, este constitucionalismo está representado por los movimientos indígenas ecuatoriano y boliviano que participaron activamente –y por primera vez– en sus procesos constituyentes. Por ejemplo, el movimiento indígena lideró un proceso constituyente con miras a refundar el estado de Bolivia a la luz de los principios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización. Esta refundación implica el diseño de un nuevo modelo de estado, el cual “se estructura a partir del “pluralismo” como elemento fundante del estado y asegurar una real inclusión de estas colectividades en la estructura del modelo estatal bajo criterios de interculturalidad, complementariedad y a la luz de la doctrina de la “descolonización”¹⁵. Por este constitucionalismo, los pueblos indígenas originario campesinos lograron constituirse como *pueblo* debatiendo en sus Asambleas Constituyentes y redactando sus constituciones. Me refiero a los procesos constituyentes del siglo XXI de los cuales resultaron las Constituciones de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009. Existen numerosos movimientos indígenas en el continente americano que buscan, desde hace mucho tiempo, cambiar el orden constitucional oficial que les excluye¹⁶. Es en Bolivia y es en Ecuador donde los pueblos originarios, por primera vez, fueron *poder constituyente* y protagonistas en sus Asambleas Constituyentes.

El *constitucionalismo indígena* es aquel pensamiento político construido desde abajo, desde la práctica, desde lo comunitario heredado de Abya Yala, que logra constitucionalizar sus valores y principios ancestrales buscando superar las barreras raciales del constitucionalismo occidental oficial. Reconocer como hace la Constitución boliviana en lengua originaria los tres principios ético-morales de la sociedad andina: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso, no seas ladrón) es una de las muchas manifestaciones del constitucionalismo indígena. Busca desmontar la democracia formal del constitucionalismo eurocéntrico para dar prioridad a la democracia real, participativa y directa. Para ello defiende la *democracia comunitaria* que se expresa en el ejercicio del autogobierno mediante la democracia directa. Esta democracia le otorga poder decisorio y responsabilidad a toda la comunidad. Quienes ejercen

15 Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012, Sucre, 24 de septiembre de 2012.

16 Si nos detenemos en el siglo XX, son muchos los movimientos indígenas que contestan al modelo de estado nación constitucional moderno porque los margina e intentan llegar a un “acuerdo” o dialogar con el estado nación constitucional oficial. Sus reivindicaciones son históricas. Por ejemplo, en el norte de Abya Yala pensemos en los pueblos zapatistas y los diálogos de San Andrés. Estos diálogos o “acuerdos” fueron las negociaciones que se emprendieron entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional - EZLN “(acompañado por la sociedad civil) y el Estado mexicano entre octubre de 1995 y febrero de 1996 con la intención de lograr una nueva relación entre el Estado y la sociedad poniendo particular atención en revertir la explotación y marginación en la que se encuentra sumida la población indígena del país”. El llamado diálogos de San Andrés fueron posteriormente ignorados por el Estado mexicano por lo que “el EZLN decidió emprender un proyecto que le hiciera ejercer la autonomía por su propia cuenta”. Véase: Radio Zapatista, Acuerdos de San Andrés, Boletín n°3, San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, México, 16 de febrero de 2016. Disponible en: <https://radiozapatista.org/?tag=acuerdos-de-san-andres>. Pensemos ahora en el sur del continente americano donde también las luchas de los pueblos indígenas vienen dándose desde hace varios siglos. Actualmente podemos ver en Chile cómo distintos pueblos indígenas, por primera vez, han logrado formar parte de un proceso constituyente. Así, mediante la Ley n° 21.298 se reformó la Constitución de 1980 para establecer la reserva de 17 escaños o cupos para los pueblos originarios en la Convención Constitucional. La distribución de esta reserva de escaños es la siguiente: 7 escaños para el pueblo Mapuche, 2 para el pueblo Aymara, 1 para el pueblo Rapa Nui, 1 para el pueblo Quechua, 1 para el pueblo Lican Antay o Atacameño, 1 para el pueblo Diaguita, 1 para el pueblo Colla, 1 para el pueblo Kawashkar, 1 para el pueblo Yagán o Yámana, 1 escaño para el pueblo Chango. Véase: Ley 21298. Modifica la Carta Fundamental para reservar escaños a representantes de los pueblos indígenas en la Convención Constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes, publicada el 23 de diciembre de 2020.

la política tienen que rendirle cuenta a la comunidad. Tiene como finalidad autogobernarse en comunidad para *vivir bien* (sumak kawsay / suma qamaña). La comunidad incluye como parte de todo ser vivo a la Pacha Mama, la Madre Naturaleza. El fundamento filosófico del constitucionalismo indígena está en sus valores y episteme ancestrales, en la historia de su subordinación y en sus luchas por su liberación.

Este constitucionalismo, consciente de su posición en el mundo moderno capitalista, se apropia de algunos conceptos del constitucionalismo oficial para cambiarlo y apela al derecho internacional. Reivindica el derecho a la libre determinación y a conformar sus propios gobiernos¹⁷. El concepto *pueblo soberano*, si bien conserva su carácter occidental, es concebido como la unión de los colectivos más oprimidos. Pretende cambiar el poder-dominación por uno más democrático. Defiende la Plurinacionalidad del estado lo que implica reconocer la existencia precolonial de los pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, implica también que las instituciones indígenas formen parte de la estructura general del estado constitucional moderno¹⁸, es decir, que su cosmovisión se integre en el orden constitucional oficial. El constitucionalismo indígena deconstruye la categoría occidental de sujeto individual titular de derecho reconociendo a los colectivos y a la Madre Naturaleza como sujetos de derechos.

Una de las metas del constitucionalismo indígena es descolonizar el estado ya que el estado heredado de la Colonia tiene una estructura racista. No es casual que el Preámbulo de la Constitución boliviana afirme: “jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia”. Propugna la participación de otro colectivo históricamente oprimido: las mujeres. Defiende el pluralismo jurídico. Busca cambiar la organización territorial del poder político. Plantea la recuperación de la vida comunitaria para lo cual reivindica las Autonomías Indígenas que se constitucionalizaron en Ecuador y Bolivia. No obstante, este estado, sobre el cual el constitucionalismo indígena quiere materializar cambios profundos, aún mantiene su carácter eurocéntrico.

Como he afirmado, es la primera vez (en el siglo XXI) que en el continente americano lo indígena llega a formar parte del poder constituyente en Ecuador y Bolivia buscando realizar cambios en el constitucionalismo oficial. Habrá que esperar unas décadas para ver los avances y resultados de los constitucionalismos donde los pueblos indígenas están participando.

IV. AUTONOMÍAS INDÍGENAS: EL CASO BOLIVIANO

Antes de enfocarnos en las autonomías indígenas de Bolivia, cabe señalar que, en la Constitución de 2008, Ecuador se configura como un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y que se gobierna de manera descentralizada. En cuanto a la organización territorial del estado destacamos la constitucionalización de las Circunscripciones Territoriales Indígenas (CTI). Ello se hizo por razones de conservación ambiental y étnico-culturales. Las CTI no llegaron a materializarse por la inacción del estado, por la desconfianza del colectivo indígena de las instituciones estatales; ausencia de desarrollo legal y por falta de financiación.

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 señala que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”. Se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país¹⁹.

Respecto de la organización territorial del estado prevé que se organiza en autonomías territoriales: departamental, regional, municipal y la Autonomía Indígena Originaria Campesina (en adelante AIOC). Según la Constitución, la AIOC consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia,

17 Convenio 169 OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de 2007.

18 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 30.II.5.

19 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 1.

lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias²⁰. Se le garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales²¹.

Son tres las vías de acceso a la AIOC. Por vía de las Tierras Comunitarias de Origen (TCO) las que fueron reconocidas en 1994. Estas, tras el procedimiento legalmente establecido, se pueden convertir en Autonomías Indígena Originaria Campesinas. Por vía municipal. Y por vía regional. El gobierno de las AIOC se ejerce a través de sus propias normas y formas de organización, con la denominación que corresponda a cada pueblo, nación o comunidad, establecidas en sus estatutos y en sujeción a la Constitución y a la Ley²². El reconocimiento de las autonomías indígenas introduce el concepto de *democracia comunitaria* junto con la democracia participativa, representativa y paritaria (mujeres y hombres). Esta se expresa en la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos²³.

Además de la Constitución, la Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”²⁴, regula también el sistema de autonomías, ambas establecen las competencias. Esta Ley señala que la Autonomía es la cualidad gubernativa que adquiere una entidad territorial de acuerdo a las condiciones y procedimientos establecidos en la Constitución Política del Estado y la presente Ley. Se entiende que es la estructura de gobierno que se hace autónoma por lo que la estructura del estado no sería de carácter autónomo. De ahí que se siga manifestando con fuerza el centralismo estatal. La Ley Marco establece que la Autonomía implica la igualdad jerárquica o de rango constitucional entre entidades territoriales autónomas, la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos y el ejercicio de facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva por sus órganos de gobierno autónomo, en el ámbito de su jurisdicción territorial y de las competencias y atribuciones establecidas por la Constitución Política del Estado y la ley.

4.1. Autonomías Indígenas: contradicciones

Por falta de espacio, se hace aquí un brevísimo resumen de algunas contradicciones de este régimen autónomo priorizando el régimen de la Autonomía Indígena. Mientras el territorio es fundamental tanto para la vida comunitaria indígena como para constituirse como una AIOC, el estado ha constitucionalizado el Régimen de la tierra como su competencia exclusiva²⁵. Esta contradicción sigue reflejando el tradicional poder estatal boliviano. Un ejemplo se puede ver en que parte de las concesiones mineras otorgadas por el poder estatal se encuentran en territorios indígenas. La economía del estado sigue siendo capitalista y en este caso extractivista, lo cual se opone a la visión del constitucionalismo indígena. Recuérdese que para las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la tierra no es un “un simple bien o un medio de producción, sino parte de su vivencia, de su ser, de su existencia, concebida como una integralidad, la casa en la cual vivieron sus antepasados, el territorio que vio el comienzo de los tiempos, viviendo en comunidad con sus hermanos, plantas, animales y otros seres”. Entonces, su “hábitat comprende no solo la tierra, sino también el territorio; es decir, abarca el espacio ancestral en la que desarrolla sus específicas formas de vida, donde se desarrolla su cultura, espiritualidad, su organización social y política, así como sus conocimientos en relación a los recursos naturales y se despliegan todas sus instituciones. Ese espacio geográfico, es su casa grande, donde todas las cosas pertenecen a todos y a nadie en particular”²⁶. Efectivamente, para los

226

20 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 289.

21 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 2.

22 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 296.

23 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 11.

24 Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés IBÁÑEZ”. Ley N° 031 Ley de 19 de julio de 2010.

25 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 298 II.

26 Sentencia Constitucional Plurinacional 0284/2018-S4, Sucre, 18 de junio de 2018.

pueblos indígenas “la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”²⁷.

El procedimiento para el acceso a la Autonomía Indígena, al ser complejo obstaculiza su creación. La Ley marco, heredera del sistema de derecho moderno, es compleja y difícil de ser comprendida por la ciudadanía en general. Quienes legislan no cuentan con formación en derecho indígena y constitucionalismo indígena. De ahí la dificultad para desarrollar e implementar una AIOC y la poca financiación que se prevé para ello.

La posibilidad de que un municipio se convierta en Autonomía Indígena Originaria Campesina puede generar una merma en la forma eurocéntrica de hacer política. De las tres AIOC que existen hasta ahora, dos resultan de un largo y tedioso proceso de conversión de municipios a Autonomías Indígenas. Por ejemplo, en una asamblea electiva guaraní de Charagua Iyambae cabe la elección de autoridades por aclamación de la comunidad. Se trata de la elección de autoridades para la Asamblea Interzonal de esta Autonomía Indígena guaraní. La paridad de género está presente en el diseño de gobierno autonómico, en el Órgano Legislativo y en su Órgano de Decisión Colectiva de la Autonomía Indígena Charagua Iyambae, en ellos hay una total paridad de mujeres y hombres. Los Estatutos de las AIOC de Charagua Iyambae, Raqaypampa y Uru Chipaya reconocen la igualdad real de mujeres y hombres.

V. REFLEXIONES.

El constitucionalismo indígena frente al racismo del constitucionalismo dominante intenta reconfigurar la organización territorial del estado mediante las autonomías indígenas sin necesidad de copiar los modelos de Estado Federal estadounidense y europeos. En este caso, los pueblos indígenas son sujetos políticos que reivindican su derecho a la libre determinación y el dominio ancestral de sus territorios.

No obstante, el constitucionalismo indígena y su objetivo de descentralizar el poder, parece no tener éxito ante el centralismo estatal. En Bolivia, tras más de diez años de vigencia de la Constitución, se encuentran en funcionamiento solo tres Autonomías Indígena Originario Campesinas: Charagua Iyambae en Santa Cruz; Raqaypampa en Cochabamba y Uru Chipaya en Oruro. Tal vez sea temprano establecer diferencias y similitudes de la experiencia del constitucionalismo indígena con otras experiencias constitucionales por encontrarse aún en desarrollo. La primera AIOC que se consolidó, tras un largo proceso, fue Charagua Iyambae y lo hizo en 2017.

El constitucionalismo indígena ha sido capaz de constitucionalizar a la Madre Naturaleza como sujeto de derecho (especialmente en Ecuador) lo cual puede cambiar el paradigma occidental de la organización territorial del estado. No se sabe qué derrotero tomará tal reconocimiento, pues hace falta consolidar mecanismos jurídicos, políticos y sociales para la protección eficaz de los derechos de la Pachamama. El camino se ha iniciado, por tanto, las AIOC posiblemente van a generar cambios profundos al estado boliviano.

El concepto de democracia comunitaria en las AIOC se aleja de la democracia representativa, la política se abre a otras posibilidades de legitimación democrática superando el clásico sistema de representación porque hay una participación directa y permanente en la toma de decisiones y control directo de la población. Esto implica un cambio importante en el sistema de representación política eurocéntrico que actualmente está en crisis. La autonomía indígena implica un gobierno paritario de mujeres y hombres. Ello hace que las mujeres indígenas originaria campesinas tengan la posibilidad de superar la intersección de opresiones y acceder al ámbito de la política.

27 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 144.

