



REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Discurso de la Corona del Presidente del Consejo de Ministros, Antonio Cánovas del Castillo, en el Congreso de los Diputados el 8 de marzo de 1876 (Diario de Sesiones, número 17, pp. 309-313)
(Se acompaña comentario «Cánovas, una vida política coherente», de Carlos Dardé y José Varela Ortega)

nº 116

Segundo semestre 2023

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Los contenidos de la Revista de las Cortes Generales están disponibles en acceso abierto en <http://revista.cortesgenerales.es>

El Congreso de los Diputados no se identifica necesariamente con los contenidos y las opiniones sostenidas en esta publicación, sino que éstos recaen única y exclusivamente en los autores.

SUSCRIPCIONES:

Congreso de los Diputados

Secretaría General. Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones (Departamento de Publicaciones)

Floridablanca, s/n – 28071 Madrid

Teléf.: 91 390 68 21 – Fax: 91 429 27 89

E-mail: dpto.publicaciones@congreso.es

PRECIOS AÑO 2023 (SIN IVA)

Suscripción anual en papel (2 núms.)	Número suelto en papel
50 €	30 €

© **Publicaciones del Congreso de los Diputados**

Depósito legal: M-11.707-1984

ISSN: 0213-0130

ISSNe: 2659-9678

DOI: <https://10.33426/rcg/2023/116>

Impreso en Advantía Comunicación Gráfica, S.A.

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

CONSEJO EDITORIAL

Presidenta:

Francina Armengol Socias

Vicepresidente:

Pedro Rollán Ojeda

Consejo de Honor:

Juan José Laborda Martín
Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde
Juan Ignacio Barrero Valverde
Esperanza Aguirre Gil de Biedma
Luisa Fernanda Rudi Úbeda
Francisco Javier Rojo García
José Bono Martínez
Jesús María Posada Moreno
Pío García-Escudero Márquez
Patxi López Álvarez
Ana María Pastor Julián
Manuel Cruz Rodríguez
María Pilar Llop Cuenca
Meritxell Batet Lamaña
Ander Gil García

Consejo Asesor:

Manuel Alba Navarro <i>Cortes Generales</i>	Paloma Biglino Campos <i>Universidad de Valladolid</i>
Ricardo Alonso García <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	Roberto Luis Blanco Valdés <i>Universidad de Santiago de Compostela</i>
José Álvarez Junco <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	Gregorio Cámara Villar <i>Universidad de Granada</i>
Óscar Alzaga Villaamil <i>UNED</i>	Victoria Camps Cervera <i>Consejo de Estado / Universidad Autónoma de Barcelona</i>
Manuel Aragón Reyes <i>Universidad Autónoma de Madrid</i>	Raúl Leopoldo Canosa Usera <i>Universidad Complutense de Madrid</i>
José Manuel M. Araújo <i>Assembleia da República</i>	Ana María Carmona Contreras <i>Universidad de Sevilla</i>
Alberto Arce Janáriz <i>Junta General del Principado de Asturias</i>	Marc Carrillo López <i>Universitat Pompeu Fabra</i>
Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa <i>Cortes Generales</i>	Manuel Caverio Gómez <i>Cortes Generales</i>
Francisco José Bastida Freijedo <i>Universidad de Oviedo</i>	Luis María Cazorla Prieto <i>Cortes Generales / Universidad Rey Juan Carlos</i>

Ricardo Chueca Rodríguez
Universidad de La Rioja

Adela Cortina Orts
Universidad de Valencia

Pedro Cruz Villalón
Universidad Autónoma de Madrid

Alberto Dalla Vía
*Cámara Nacional Electoral de la
República Argentina*

Francesc de Carreras Serra
Universidad Autónoma de Barcelona

Jorge de Esteban Alonso
Universidad Complutense de Madrid

Carmen de Grado Sanz
Registro Mercantil de Madrid

Antonio del Moral García
Tribunal Supremo

Irene Delgado Sotillos
UNED

Alfonso D'Oliveira Martins
Universidad Lusíada

Ascensión Elvira Perales
Universidad Carlos III de Madrid

Tomás Ramón Fernández Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense de Madrid

Manuel Fernández-Fontecha Torres
Cortes Generales

Alfonso Fernández-Miranda Campoamor
Universidad Complutense de Madrid

Teresa Freixes Sanjuán
Universidad Autónoma de Barcelona

Juan Pablo Fusi Aizpurúa
Universidad Complutense de Madrid

Javier García Fernández
Universidad Complutense de Madrid

Francisco Javier García Roca
Universidad Complutense de Madrid

Piedad García-Escudero Márquez
*Cortes Generales / Universidad
Complutense de Madrid*

Yolanda Gómez Sánchez
*Centro de Estudios Políticos y
Constitucionales / UNED*

Alfonso Guerra González
Diputado constituyente

Carlos Gutiérrez Vicén
Cortes Generales

Blanca Hernández Oliver
*Cortes Generales / Universidad Pontificia
Comillas*

Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-
Cienfuegos
Consejo de Estado

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
Ponente constitucional / Consejo de Estado

César Landa Arroyo
Pontificia Universidad Católica del Perú

Miguel Landeros Perkić
Cámara de Diputados de Chile

Francisco Javier Laporta San Miguel
Universidad Autónoma de Madrid

Juan José Lavilla Rubira
*Cortes Generales / Universidad
Complutense de Madrid*

Diego López Garrido
*Cortes Generales / Universidad de
Castilla-La Mancha*

Luis López Guerra
Universidad Carlos III de Madrid

Araceli Mangas Martín
Universidad Complutense de Madrid

Miguel Martínez Cuadrado
Universidad Complutense de Madrid

José Pedro Montero Gómez
Cámara de Senadores de Uruguay

José Antonio Moreno Ara
Cortes Generales

Humberto Nogueira Alcalá
Universidad de Talca

Benigno Pendás García
*Real Academia de las Ciencias Morales y
Políticas / Cortes Generales / Universidad
CEU San Pablo*

Juan José Pérez Dobón
Cortes Generales

Elisa Pérez Vera
Consejo de Estado / UNED

Nicolás Pérez-Serrano y Jáuregui
Cortes Generales

Manuel Pulido Quecedo
*Parlamento de Navarra / Universidad de
Navarra*

Artemi Vicente Rallo Lombarte
Universidad Jaume I

Emilio Andrés Recoder de Casso
Cortes Generales

Fernando Rey Martínez
Universidad de Valladolid

María Rosa Ripollés Serrano
*Cortes Generales / Universidad
Complutense de Madrid*

Miquel Roca i Junyent
Ponente constitucional

Roberto Romboli
Università di Pisa

Fernando Sainz Moreno
*Cortes Generales / Universidad
Complutense de Madrid*

Ángel José Sánchez Navarro
Universidad Complutense de Madrid

Juan Alfonso Santamaría Pastor
*Cortes Generales / Universidad
Complutense de Madrid*

Mercedes Senén Hernández
Cortes Generales

José Manuel Serrano Alberca
Cortes Generales

Juan José Solozabal Echevarría
Universidad Autónoma de Madrid

Antonio Torres del Moral
UNED

José Andrés Torres Mora
Universidad Complutense de Madrid

Diego Valadés Ríos
Universidad Nacional Autónoma de México

Fernando Vallespín Oña
Universidad Autónoma de Madrid

Carlos José Vidal Prado
UNED

EQUIPO EDITORIAL

Consejo de Redacción:

Elviro Aranda Álvarez (*Universidad Carlos III de Madrid*), Eugenio de Santos Canalejo (*Cortes Generales*), Laura Díez Herrero (*Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación [Ministerio de Hacienda] / Cortes de Castilla y León*), Pablo García Mexía (*Cortes Generales / Universidad Autónoma de Madrid*), Esther González Hernández (*Universidad Rey Juan Carlos*), Sylvia Martí Sánchez (*Cortes Generales / Universidad Francisco de Vitoria*), Paloma Martínez Santa María (*Cortes Generales*), Fabio Antonio Pascua Mateo (*Cortes Generales/Universidad Complutense de Madrid*), Pedro José Peña Jiménez (*Cortes Generales*), Tatiana Recoder Vallina (*Asamblea de Madrid / Universidad Carlos III de Madrid*), José Tudela Aranda (*Cortes de Aragón / Universidad de Zaragoza*).

Director:

Fernando Galindo Elola-Olaso
*Letrado Mayor de las Cortes Generales
y Secretario General del Congreso de los
Diputados*

Subdirector:

Manuel Caveró Gómez
*Letrado Mayor-Secretario General del
Senado*

Director de Redacción:

Alfonso Cuenca Miranda.
*Director de Estudios, Análisis y
Publicaciones del Congreso de los
Diputados*

Secretaría Técnico-Administrativa:

Departamento de Publicaciones No Oficiales
Servicios Administrativos de la Dirección de Estudios,
Análisis y Publicaciones
(revistacortes@congreso.es)

ÍNDICE

I. CLÁSICOS DE LA DEMOCRACIA

- Discurso de la Corona del Presidente del Consejo de Ministros, Antonio Cánovas del Castillo, en el Congreso de los Diputados el 8 de marzo de 1876 (Diario de Sesiones, número 17, pp. 309-313) (Se acompaña comentario «Cánovas, una vida política coherente», de Carlos Dardé y José Varela Ortega)* 19
- ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO

II. ARTÍCULOS

- La propuesta de «Ley de Inteligencia Artificial» europea* 81
- MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA
- La educación cívica y constitucional en España* 135
- CARLOS VIDAL PRADO
- Las reglas del juego democrático a examen: el control de constitucionalidad de la ley electoral* 171
- MARÍA GARROTE DE MARCOS
- Pérez Serrano y su relación con la Monarquía española* 211
- NICOLÁS PÉREZ-SERRANO JAUREGUI
- Análisis de la actuación reciente de las Cortes Generales. Dos apuntes críticos* 237
- LAURA BAAMONDE GÓMEZ
- El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023* 261
- SARA SIEIRA MUCIENTES

<i>Un estudio comparativo sobre el Poder Ejecutivo entre Estados Unidos y España: el uso y abuso de las órdenes ejecutivas y los reales decretos-ley</i>	315

MARÍA CORRES-ILLERA
JUAN CARLOS CUEVAS LANCHARES

<i>El control electoral como elemento indisociable de toda democracia: los orígenes de la administración electoral española</i>	357

PABLO FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO

<i>Aspectos documentales del control de subsidiariedad en España. La Comisión Mixta para la Unión Europea</i>	395

MARÍA JOSÉ EIZAGUIRRE MASSÉ

<i>Vitoria vs. Hobbes. Abandonar la geopolítica y asumir el derecho de gentes para un nuevo ordenamiento global</i>	439

JAIME GARCÍA NEUMANN

III. RECENSIONES Y SEMBLANZAS

<i>ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. y DE MONTALVO JÄÄSKLÄINEN, F. (coords.), (2022). España: una democracia parlamentaria. Libro homenaje al profesor Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa. Madrid. Comillas Universidad Pontificia</i>	485

RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ

<i>MONTERO CARO, M. D. (2023). Democracia en transición: una agenda para su regeneración. Madrid: Dykinson</i>	495

EMILIO GUICHOT REINA

<i>GRAZIANI, C. (2023). Sicurezza e diritti in tempi di terrorismo internazionale. Tra endiadi e antitesi. Nápoles: Editoriale Scientifica</i>	503

REMEDIÓ SÁNCHEZ FERRIZ

- AZAÑA, MANUEL (2022). Paseos por mi jaula. Páginas escogidas del diario, 1931-1939. J. L. GALLERO Y C. GUTIÉRREZ (eds). Madrid: Árdora Ediciones 519
JESÚS CAÑETE OCHOA

IV. INFORMES Y JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA

- Nota sobre la posibilidad de realizar sesiones del Pleno, las comisiones u otros órganos de la Cámara, mediante el sistema de videoconferencia* 531
SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

- Proporcionalidad en la designación de senadores por un parlamento autonómico. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2023, de 25 de septiembre. Recurso de amparo núm. 3837-2021. (BOE núm. 261, de 1 de noviembre de 2023)* 539
IGNACIO NAVARRO MEJÍA

- Expulsión de un grupo parlamentario por la exclusiva decisión de su portavoz al haber dejado de pertenecer los recurrentes a la formación política por la que se presentaron a las elecciones. Comentario a la STC 93/2023, de 12 de septiembre. (BOE núm. 244, de 12 de octubre de 2023)* 559
SYLVIA MARTÍ SÁNCHEZ

- El derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal en las comisiones de investigación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2023, de 20 de junio. Recurso de amparo núm. 2646-2019. (BOE núm. 176, de 25 de julio de 2023)* 571
RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ

- Las fórmulas de acatamiento de la Constitución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional*

<i>65/2023 de 6 de junio. Recurso de amparo 4577/2019. (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2023)</i>	585
ISABEL MARÍA ABELLÁN MATESANZ	

<i>El derecho de los parlamentarios a visitar las dependencias de la Administración. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2023, de 23 de mayo. Recurso de amparo núm. 3908-2020. (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2023)</i>	609
FRANCISCO JAVIER RUIZ BURSÓN	

Instrucciones para los autores (español)	625
Instrucciones para los autores (inglés)	633
Listado de colaboradores	641

INDEX

I. CLASSICS OF DEMOCRACY

- Speech on the Crown by the President of the Council of Ministers, Antonio Cánovas del Castillo, in the Congress of Deputies on March 8, 1876 (Journal of Debates, number 17, pp. 309-313) (Including commentary: «Cánovas, a consistent politician», by Carlos Dardé and José Varela Ortega)* 19
ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO

II. ARTICLES

- The proposal for an «Artificial Intelligence Act» in the European Union (EU)* 81
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA
- Civic and constitutional education in Spain* 135
CARLOS VIDAL PRADO
- The rules of the democratic game under scrutiny: the review of the constitutionality of the electoral law* 171
MARÍA GARROTE DE MARCOS
- Pérez Serrano and his relationship with the Spanish Monarchy* 211
NICOLÁS PÉREZ-SERRANO JAUREGUI
- Analysis of the recent performance of the Cortes Generales. Two critical notes* 237
LAURA BAAMONDE GÓMEZ
- The free development of the personality as a general fundamental right of freedom-autonomy: euthanasia and abortion in Constitutional Court Judgments 19/2023 and 44/2023* 261
SARA SIEIRA MUCIENTES

<i>The use and abuse of executive orders and royal decree-laws: a comparative study on unilateral Executive Power in the United States and Spain</i>	315

MARÍA CORRES-ILLERA
JUAN CARLOS CUEVAS LANCHARES

<i>Electoral control as an indissociable element of any democracy: the origins of the Spanish electoral administration</i>	357

PABLO FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO

<i>Documentary aspects of the subsidiarity control in Spain. The Joint Committee for EU Affairs</i>	395

MARÍA JOSÉ EIZAGUIRRE MASSÉ

<i>Vitoria vs. Hobbes. Abandon geopolitics and embrace the law of nations for a new global order</i>	439

JAIME GARCÍA NEUMANN

III. REVIEWS AND BRIEF BIOGRAPHIES

<i>ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. y DE MONTALVO JÄÄSKLÄINEN, F. (coords.), (2022). España: una democracia parlamentaria. Libro homenaje al profesor Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa. Madrid. Comillas Universidad Pontificia</i>	485

RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ

<i>MONTERO CARO, M. D. (2023). Democracia en transición: una agenda para su regeneración. Madrid: Dykinson</i>	495

EMILIO GUICHOT REINA

<i>GRAZIANI, C. (2023). Sicurezza e diritti in tempi di terrorismo internazionale. Tra endiadi e antitesi. Nápoles: Editoriale Scientifica</i>	503

REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ

- AZAÑA, MANUEL (2022). Paseos por mi jaula. Páginas escogidas del diario, 1931-1939. J. L. GALLERO Y C. GUTIÉRREZ (eds). Madrid: Árdora Ediciones 519
JESÚS CAÑETE OCHOA

IV. REPORTS AND PARLIAMENTARY CASE LAW WITH COMMENTARIES

- Note on the possibility of Holding Plenary, committees or other Chamber sessions by videoconference system* 531
SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

- Proportionality in the designation of senators by a regional parliament. Commentary on Constitutional Court Judgment 116/2023, of September 25, concerning the Appeal for legal protection num. 3837-2021. (BOE num. 261, of November 1, 2023)* 539
IGNACIO NAVARRO MEJÍA

- Expulsion from a parliamentary group solely at the discretionary decision of its spokesperson, as the appellants ceased to belong to the political party under which they presented themselves in the elections. Commentary on the Constitutional Court Ruling 93/2023, dated September 12. (BOE num. 244, of October 12, 2023)* 559
SYLVIA MARTÍ SÁNCHEZ

- The right to the presumption of innocence in its extra-procedural aspect in investigative commissions. Comment to the Ruling of the Constitutional Court 77/2023, of June 20. Concerning the Appeal for legal protection num. 2646-2019. (BOE num. 176, of July 25, 2023)* 571
RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ

- The formulas of compliance with the Constitution. Commentary on Constitutional Court Judgement 65/2023 of June 6. Appeal for legal protection 4577/2019 (BOE Num. 167, of July 14, 2023)* 585
ISABEL MARÍA ABELLÁN MATESANZ

<i>The right of parliamentarians to visit Administration buildings. Commentary on Constitutional Court Judgment 58/2023, of May 23. Concerning the Appeal for legal protection num. 3908-2020. (BOE num 150, of June 24, 2023)</i>	609
FRANCISCO JAVIER RUIZ BURSÓN	
Instructions for the authors (Spanish)	625
Instructions for the authors (English)	633
List of collaborators	641

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES

I

Clásicos de la democracia
Classics of Democracy

DISCURSO DE LA CORONA* DEL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS, ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO, EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS EL 8 DE MARZO DE 1876 (DIARIO DE SESIONES, NÚMERO 17, PP. 309-313) (SE ACOMPAÑA COMENTARIO «CÁNOVAS, UNA VIDA POLÍTICA COHERENTE», DE CARLOS DARDÉ Y JOSÉ VARELA ORTEGA)

SPEECH ON THE CROWN BY THE PRESIDENT OF THE COUNCIL OF MINISTERS, ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO, IN THE CONGRESS OF DEPUTIES ON MARCH 8, 1876 (JOURNAL OF DEBATES, NUMBER 17, PP. 309-313) (INCLUDING COMMENTARY: “CÁNOVAS, A CONSISTENT POLITICIAN”, BY CARLOS DARDÉ AND JOSÉ VARELA ORTEGA)

Antonio CÁNOVAS DEL CASTILLO
Presidente del Consejo de Ministros

El Sr. Presidente del CONSEJO DE MINISTROS (Cánovas del Castillo): Pido la palabra.

El Sr. PRESIDENTE: La tiene V. S.

El Sr. Presidente del CONSEJO DE MINISTROS (Cánovas del Castillo): No necesitaba haberse esforzado tanto el Sr. Diputado que acaba de hablar, para que, abandonando mi propósito de no terciar hasta el fin en este debate, dirigiera esta tarde mi palabra al Congreso. Quizás no faltará algún Sr. Diputado á quien extrañe que yo use en este momento de la palabra para defenderme de los ataques personales que ese Sr. Diputado ha tenido por conveniente dirigirme. Sin embargo, no puedo menos de hacerlo por dos razones importantes. Es la primera, que al fin y al cabo, y sea cualquiera la forma en que se me hayan dirigido esos ataques, es su autor un Diputado de la Nación, y acreedor, por este solo título, á que sus palabras no queden

* Se ha reproducido literalmente el texto publicado en el Diario de Sesiones mencionado en el título.

únicamente en el viento. Es la segunda razón el que su señoría, que es un joven de buena intención; S. S., de quien personalmente nada tengo que decir, por lo mismo que tan pocas cosas ha hecho en este mundo hasta ahora, ha sido aquí esta tarde el eco de todas las indignas murmuraciones, de todos los rumores que fraguan los descontentos, de todo lo que por ahí se dice en voz baja, y que rara vez ningún hombre más práctico que S. S. en la vida política se apropia y trae á un Parlamento como éste: un Parlamento en el cual están cifradas las esperanzas de la Pátria; un Parlamento que está destinado á reconstruir tanto como se ha destruido, no solamente por la revolución, que tan duramente ha condenado S. S., sino por otros que no son de la revolución y de quienes S. S. está bastante más cerca.

No se crea, Sres. Diputados, de ningún modo, que al defenderme yo aquí esta tarde de ciertas imputaciones, entiendo defender el derecho con que estoy en este banco, entiendo defender ni poco ni mucho la posición política que ocupó en este momento. Yo no estoy en este sitio por haber trabajado ni por haber dejado de trabajar por la restauración, no; yo no necesito eso, yo rechazo eso por completo. Yo estoy en este banco por la confianza de S. M. el Rey, y he estado hasta ahora en él por eso solo, y en adelante no lo estaré sino por eso mismo, y por la confianza de la mayoría de esta Cámara, por vuestra confianza, Sres. Diputados. Yo no tengo, pues, que responder más que á esta Cámara de mis actos políticos desde que me he hecho cargo del Poder; yo no tengo que responder más que á la Nación del gobierno que la he dado, bueno ó malo, si malos le parecen á S. S. los resultados; yo no tengo que responder de los actos del Gobierno que presido más que á la Nación y á las Cortes. ¿Qué importa mi biografía? ¿Qué importa mi historia pasada? Su Majestad el Rey la sabía ya cuando me otorgó su confianza; vosotros todos la sabéis, porque yo no soy de aquellos que necesitan contarla, como otros que vienen á este Parlamento en condiciones de tener que decir lo que nadie sabe, y de quienes aun después de contarla, se continúa ignorando lo que han podido hacer toda su vida.

Yo tengo una larga vida política; esa vida política es conocida de todos los Sres. Diputados; esa vida política es conocida del país, y con el conocimiento que de ella tienen los Sres. Diputados, y con el conocimiento que de ella tiene el país, me basta y me sobra; para

nada necesito la aprobacion del Sr. Diputado que acaba de hablar. Pero, puesto que desgraciadamente hay que pasar por este género de debate; puesto que esa clase de tema recogido en los corrillos de los cafés y en las calles públicas ha de entretener por ahora los que parecen nuestros ócios, en tanto que llega el valeroso ejército lleno de otra clase de sentimientos y de otro espíritu, despues de haber vencido á los enemigos conscientes é inconscientes de la Pátria, de la libertad y del Rey; puesto que mientras el ejército llega, y mientras las grandes cuestiones políticas que estamos llamados á resolver se ventilan y resuelven, es preciso que por el gasto de algunos Sres. Diputados tengamos algunas sesiones (ya tenemos una, y quizá tengamos otras más) para arrojar lodo al aire, á ver si cae sobre álguien, yo me adelanto, yo, Sres Diputados, acepto personalmente ese debate; yo lo acepto por lo que á mí toca; yo quiero á la vez despejar el terreno, y estoy dispuesto á discutir la conducta de toda mi vida con quien quiera y como quiera. Será tiempo perdido para los grandes negocios del país; será debate que entristecerá los corazones que aquí vienen de buena fe buscando únicamente el bien de la Pátria; pero lo que es necesario, es necesario; lo que es inevitable, es inevitable; y puesto que esto lo es, ¡qué hemos de hacer! acudamos á ese terreno y combatamos.

Conste ante todo, y esto por la gravedad de las últimas palabras que inconscientemente, como tantas otras cosas, ha pronunciado aquí esta tarde el Sr. Diputado que acaba de hablar; conste ante todo, de una vez para siempre, y antes de descender á los detalles en que necesariamente he de entrar con toda la brevedad que me sea posible, que yo no he entendido que el principio fundamental del alfonsismo fuera el que dice S. S., y que si así lo hubiera entendido, habria continuado encerrado en mi casa y jamás me hubiese prestado á una obra de suicidio para la dinastía misma y para la Pátria. En vano se hacen aquí esa clase de afirmaciones ¿Quién es S. S., qué títulos tiene para decir á esta Cámara y decir al país cuál era el principio fundamental de la Monarquía de D. Alfonso? ¿Qué intérprete es S. S. de eso? ¿Por dónde es S. S. el doctor que ha de definir la esencia, que ha de trazar los accidentes, que ha de marcar los límites, que ha de señalar el fondo y las circunstancias de lo que habia de ser y significar la restauracion alfonsina, la restauracion de la dinastía de Borbon en España?

Despues de todo, así como yo no le reconozco ni le reconoce nadie título alguno á S. S. para eso, yo tengo uno incontestado, y es, que en un momento determinado se me ha llamado espontáneamente, se me ha presentado por hombres dignísimos, por hombres importantísimos, que han gastado su vida entera en la defensa del partido conservador, se me ha presentado á esa augusta dinastía, y por consejo de esos hombres ilustres se me ha designado como jefe de todo el partido alfonsino, se me ha entregado la bandera del partido alfonsino, se me ha dicho que escriba su lema é interprete su sentido. Por consiguiente, yo tengo un derecho, que no tiene otro ninguno, para decir por todos estos títulos cuál era el principio, cuál era el verdadero origen, cuáles eran las bases, cuál era la tendencia y cuál la significacion que habia de traer el partido alfonsino.

Pues qué, la bandera que hoy agita en sus inexpertas manos el Sr. Diputado que acaba de hablar, ¿no habia tremolado ya mucho tiempo antes que yo tomara sobre mí esta carga pesada en nuestro país? Pues qué, ¿no habia flotado ya al viento durante cinco ó seis años? ¿Cómo es que durante ese espacio de tiempo no habia ni ese barril de pólvora, ni esa chispa, ni nada de eso que tan oportunamente, á judio del señor preopinante, ha producido despues la restauracion? Y si ese era el significado que la restauracion habia de tener, ¿por qué SS. SS. no la intentaban solos? ¿Por qué no la llevaron á cabo? ¿O es que querian otra cosa? ¿O es que tambien ha llegado á S. S. aquella voz que yo oí con la indignacion que cosas semejantes merecen de hombres honrados, aquella voz de «traiga quien quiera á Don Alfonso, que despues veremos?» No; cuando yo he llamado á los hombres políticos de todos los partidos bajo la bandera de D. Alfonso; cuando les he dicho que la bandera de D. Alfonso significaba la libertad y la concordia, que no excluía á nadie, que era la continuacion del reinado constitucional de su madre en aquellos tiempos en que los liberales unidos la aclamaban como el símbolo comun de sus victorias; cuando he dicho y proclamado todo esto, lo he dicho como hombre honrado que soy; y lo que decia antes de venir D. Alfonso, eso mismo estoy diciendo desde el Poder.

¿Qué se queria? ¿Qué preparase yo alguna celada, que me prestara á engañar corazones generosos, que los trajera á la lucha, que les hiciera compartir conmigo los trabajos, que han sido algo más que

eso que enumera S. S., bastante más que todo eso, y que despues de todo hubiera dicho: «habeis sido unos inocentes porque era mi intento entregaros á vuestros encarnizados enemigos; porque mi propósito era entregaros á los exclusivistas, y el papel que yo me reservaba era el de traidor?» Esto no podia ser, y esto no ha sido, y esto no será. Aquí se puede ir á todas las intransigencias; aquí se pueden levantar todas las banderas exclusivas que se quiera; pero todas se levantarán sin mí, porque todas estarán contra mi conviccion y todas estarán contra mi honor.

Recorramos un poco la historia, que yo no he de esconderme, que yo no he de esconder una historia tan honrada en sus intenciones como la mia, detrás de frases generales.

Y perdonen los Sres. Diputados, porque ya ven que contra mi voluntad tengo que tratar y trato de los hechos que se refieren á mi persona.

El Sr. Diputado que ha hablado esta tarde me ha acusado, unas veces colectiva y otras individualmente, de soberbio. ¡Su señoría, que ha aprovechado la primera ocasion que se le ha presentado, ó que ha creído que se le presentaba en su vida, para compararse con Nuestro Señor Jesucristo! (*Risas.*)

No soy, ciertamente, soberbio, y antes bien me duele profundamente en el alma haber de ocuparme de mi persona; por eso hago esta salvedad. Jamás he traído yo en mi larga vida parlamentaria cuestion personal ninguna al Congreso.

¿Cuál era mi situacion cuando pronuncié las primeras palabras que ha citado poco há el Sr. Diputado á que me refiero? ¿Cuál era mi situacion cuando ocurrió la revolucion de Setiembre? Pues no necesito más que recordarla; que la inmensa mayoría de los Sres. Diputados no son desconocedores, como sin duda lo es su señoría, de la historia contemporánea.

De lo que yo diga no resultará ninguna alusion que pueda molestar á aquellos dignos individuos del antiguo partido moderado, que estando enfrente de mí y ocupando este banco desde 1867 á 1868, han estado despues á mi lado en la situacion de concordia que yo inicié y que mantengo en el Poder. Ellos obraban en 1867 con buena intencion, como sin duda entendian que exigian sus deberes y que exigia el bien de la Pátria. No discuto intenciones, no puedo discutir

este punto; pero al fin y al cabo es preciso que yo establezca este hecho notorio. Yo no he tenido en toda mi vida el honor, pues siempre es un honor pertenecer con rectitud á un partido, yo no he tenido el honor, digo, de pertenecer al partido moderado. Ni un solo momento de mi vida he pertenecido á él; no he pertenecido á otro partido que al de la union liberal. Como individuo de la union liberal he sido perseguido en ciertos momentos; como individuo de la union liberal he venido casi solo á ese banco, enfrente de los últimos Ministerios anteriores á Setiembre de 1868.

Todo el mundo recordará qué clase de oposicion hice yo en sus últimos momentos al partido moderado: no le negué el derecho que tenia á la resistencia frente á frente de las amenazas y aun de las invasiones de la fuerza; no le negué mi concurso para resistir con la fuerza, como es el deber de todo Gobierno, á quien por la fuerza quisiera imponerse: no hice más que combatir su política bajo el punto de vista de mis opiniones pacíficas y legales; pero al cabo y al fin, yo estaba por completo separado de aquella política. Hice cuanto pude por que mis convicciones sobre lo crítico de la situacion que atravesábamos y sobre los remedios que se necesitaban para evitar los males del país pasaran del banco en que yo estaba al banco del Gobierno; no lo obtuve ni tenia derecho para obtenerlo: yo sostenia mis opiniones, aquel Ministerio las suyas, cada cual estaba en su puesto, y el hecho indudable es que yo estaba enfrente del partido moderado y de la situacion política representada por el mismo partido.

Las cosas se fueron agriando de una y otra parte, hasta el punto de crearse una situacion de fuerza; y esta situacion se creó; y cuando yo la ví venir, ¿qué hice? Hice un sacrificio que tal vez el Sr. Diputado que acaba de hablar ignore aún por no tener suficientemente definido el partido á que pertenece, pero que los antiguos hombres políticos que hay en esta Cámara sabrán apreciar en todo lo que vale; el sacrificio más caro y más meritorio que puede hacer un hombre político; el sacrificio de alejarme de mis amigos, de los amigos políticos de toda la vida, por no estar de acuerdo en el procedimiento de fuerza á que muchos en aquel momento apelaban; hice el sacrificio de anular quizás, de quebrantar aquellas relaciones personales, de alejarme y retraerme de un terreno en que yo no tenia puesto, porque si no lo tenia

al lado de mis amigos, ¿cómo lo habia de tener, cómo podia tenerlo al lado de mis adversarios de toda la vida? (*Muy bien.*)

¡Y esto se me echa en cara hoy; y el que yo dijera, como era verdad, que estaba separado de aquella política porque la tenia por inconstitucional! Pues yo entrego esto confiadamente al juicio de esta Cámara, al juicio de la opinion, y si mi persona fuera digna de ocuparla, al juicio imparcial de la historia.

Era yo un hombre político que veia á todo su partido (con rarísimas excepciones, algunas muy grandes y muy honrosas) lanzado á la revolucion de Setiembre, y contemplaba de otra parte una situacion que en uso de su derecho no habia aceptado para nada mis consejos ni mis advertencias, ni habia tenido para nada en cuenta mi oposicion pacífica y legal; y, colocado en este conflicto, decidí no seguir ninguna corriente, decidí anularme, retirarme de la vida política por entonces, y retirarme quizás para siempre; porque aunque el Sr. Diputado que acaba de hablar que atribuya ya en su ira, no solo prevision, sino tambien presciencia, el don de la profecía; cuando yo me coloqué en una situacion de esta especie, ¿habia de suponer que me traeria á este banco y á esta situacion el retraimiento voluntario en que me colocaba?

Pues vino la revolucion, en la cual habia tomado tan gran parte el partido de que yo no podia renegar, ni renegaré jamás, sino en la disolucion de los partidos que produzca otros nuevos, y en todo caso sin renegar jamás de él en mi historia; aquel partido no me trató en los primeros momentos, á pesar de que sabia mi alejamiento y que conocia mis protestas, no me trató, digo, como á vencido, sino como á vencedor, y desde los primeros instantes me ofreció todas las consideraciones, todas las ventajas que se dan á los vencedores; y en uno de esos bancos (*Señalando á los de enfrente*) veo yo con mucho gusto á una persona que me comunicó determinaciones de aquel Gobierno sumamente ventajosas para mi persona, si yo las hubiera aceptado.

Y hé aquí para mí otra nueva situacion: yo fuí desde el primer momento alfonsista voluntario; y fíjense bien en esto los Sres. Diputados, que no de todos está demostrado lo mismo. Porque hay mucha diferencia entre aquella situacion mia y la de ciertos hombres políticos á quienes una revolucion los arroja, los vence, los declara vencidos, los atropella si es necesario, como atropellan todos los

hechos violentos, sin concederles ni agua ni fuego, ni llamarlos para nada; y verdaderamente tampoco comprendo yo cómo han de ir donde ni los llaman, ni aunque fueran habian de ser admitidos. Mi posicion era completamente distinta, y me parece que puedo decir ante mis amigos que si yo hubiera deseado el Poder lo hubiera ocupado á su lado muchas veces entre ellos, sin adoptar la marcha alfonsista que adopté. Pero yo me coloqué en aquella situacion; nada de esto tiene mérito; esto debe ser vulgar; yo no hacia ningun sacrificio; pero ¿por qué en lugar de alabarme el señor Diputado por este servicio que presté á la causa alfonsista me hace un cargo por la dignidad de mi conducta?

Ya desde entonces se dibujaron naturalmente dos tendencias entre los que creian, como yo, que lo mejor para la libertad, lo mejor para el régimen representativo, lo mejor para todos los intereses sociales, era proclamar Rey al entonces Príncipe de Asturias; la tendencia de los vencidos, que querian lo que vulgarmente se llama una revancha, es decir, no solo la restauracion del Rey, sino de sus personas, de sus intereses, de su significacion y de su supremacia; y la de los alfonsistas que separados de todo este género de intereses y sin tener semejantes antecedentes, no querian más que la restauracion de la Monarquía constitucional con Don Alfonso XII.

Habia además, no tengo por qué negarlo ni ocultarlo, otra tendencia, y era la de ciertas personas que fácilmente pueden ser conocidas por lo que digo, y á cuyos servicios no creo que debe estar reconocida la augusta señora que entonces salió desterrada de España, que profesaban sobre la Monarquía y sobre la libertad política ideas que yo no habia profesado entonces, que no profeso ahora y que no profesaré jamás. En su derecho estaban esas personas opinando como opinaban, por más que yo crea que las exageraciones de algun grupo de ellas, que entonces se llamó neo-católico, tuvo más parte que nadie en la inmensa catástrofe de aquel tiempo; yo respeto en este instante á los que tuvieran en aquel grupo á que me refiero la opinion sincera de que la Monarquía era una institucion familiar, patrimonial, personal, y que no necesitaba ser constitucional.

Pero yo no habia profesado antes esas opiniones, ni las profeso hoy dia: quien quiera que las profese, que venga aquí por la confianza de las Cortes y del país, por la confianza del Rey cuando la tenga.

Nadie debía ignorar, sépase si alguien lo ignora, que yo era un monárquico constitucional, cuyo sistema era necesaria é inevitablemente la Monarquía constitucional; que yo era de los que preferían el principio hereditario que representa D. Alfonso XII á cualquiera otro principio en que estuviera representada la Monarquía.

Otras personas (¿por qué no lo he de decir, si no es más que una verdad evidente y que no debe ofender á nadie?) otras personas eran carlistas ménos el Rey; y yo no era carlista de ninguna manera. ¿Qué razon habia para que lo fuera? ¿Cómo se me puede hoy imputar el no serlo?

De otros hombres sinceramente constitucionales, á quienes no hago ciertamente responsables de mis opiniones, pero que eran y habian sido siempre sinceramente constitucionales dentro del partido moderado, no tenia iguales razones para estar separado; las tenia para estar muy distante de la fraccion vulgarmente conocida con el nombre de neo-católica, la mayor parte de la cual, por cierto arrastrada por la lógica, se hizo carlista. Pero al fin y al cabo, como veníamos de diferentes partidos, como teníamos distintos antecedentes políticos, tampoco pudimos proceder de acuerdo, ni habia para qué en mucho tiempo; y cada cual tomó entonces desinteresadamente el camino que estaba indicado por sus antecedentes, sus convicciones y sus aspiraciones. Yo no voy á hablar ahora sino de las mías propias, que son las que defiendo.

Yo entendía que la revolucion de Setiembre se habia hecho y habia llegado á lo que llegó por la discordia, el quebrantamiento y la disolucion de los partidos monárquicos, algunos de los cuales habian quedado al lado de la dinastía, poniéndose otros al lado de la revolucion. Y la contemplacion serena de aquel hecho, que yo podia juzgar imparcialmente por la situacion excepcional en que estaba colocado, me dió la conviccion profunda, base de mi conducta de la víspera y de mi conducta del dia siguiente, de que un solo partido no podia asegurar y hacer duradera en España la Monarquía constitucional. Y no habria de poder conseguirlo ciertamente el último que quedó al lado de la Reina, aun cuando se hubiera conservado íntegro y una gran parte de él no se hubiera ido á las filas carlistas.

Y cuenta, señores, con la gravedad inmensa que se desprende del hecho de irse al partido carlista; y cuenta, señores, con que fuera

de Madrid, fuera de la corte, donde se establecen solamente ciertas relaciones de esas que el honor impide romper entre el Monarca y los súbditos, en las provincias, la inmensa mayoría de aquel partido, ó se hizo declaradamente carlista, ó estaba muy cerca de serlo.

Yo creía, pues, que había que trabajar en reconstruir los partidos monárquico-constitucionales: podía ser grande mi soberbia al intentarlo; pero esta soberbia debe disculparse porque descansaba en una sincera opinión. Yo creía que antes aún de levantar de una manera activa la bandera de la Monarquía constitucional, era necesario defender los principios conservadores y trabajar por la reconstrucción de los partidos verdaderamente constitucionales frente á frente de los partidos demagógicos, mientras que éstos, destruidos por sus utopías y por la falsedad de sus principios, más y más se desgarraban y dejaban abierto el campo para la reconstrucción de la Monarquía constitucional.

¿He dicho algo aquí en contrario jamás? ¿No es esto lo que se ve palpar en todos mis discursos? ¿No es con estas doctrinas con las que he ido á todas partes defendiendo los principios conservadores en lo que tienen de fundamental y comun á todas las escuelas conservadoras? ¿No es esto lo que he hecho aquí poniéndome al lado (cosa de que yo me envanezco) de todos los Gobiernos en las cuestiones de orden? ¿No consistía mi sistema en dar una completa confianza á todo el mundo, de que si alguna vez intervenía yo en la decisión de los negocios alfonsistas, no sería una restauración de venganza la que se inauguraría, sino una restauración de paz y de concordia, una restauración de nueva vida para el país? Yo apelaría, si lo necesitara, no ya á mis amigos particulares y políticos, sino á mis adversarios, para que, piensen lo que piensen de mi conducta, dijeran si no es verdad y purísima verdad lo que estoy manifestando. Sí: yo me he puesto aquí al lado de todos los Gobiernos conservadores en sus batallas con la revolución; yo he apoyado á todos los que se aproximaban á mi ideal por poco que se aproximasen, y siempre prefiriendo los que se aproximaban más á los que se aproximaban menos.

¿Es que yo he hecho esto de alguna manera interesada ó por motivos particulares? Yo puedo decir delante de hombres de honor, aunque sean mis adversarios, en alta voz, que jamás un hombre ha permanecido más separado que yo en todos esos años de las ventajas

del Poder. Pero yo tenia mi propósito, y este propósito era el restablecimiento de la Monarquía constitucional. ¿Cómo? Con el concurso de los hombres monárquico-constitucionales. ¿Cómo? Haciendo desaparecer, empleando para ello el tiempo que fuera indispensable, los recelos, los temores, las antipatías, los hechos mismos (que hechos habia) que impedian esa grande reconciliacion. Y con esto me parece que queda suficientemente explicada toda mi conducta antes de la proclamacion del Rey D. Alfonso. Todas las páginas incompletas y truncadas que S. S. ha leído dicen esto, y no más que esto; y desde luego reto á S. S. á que leyendo las páginas enteras pruebe lo contrario; si ha habido algun momento en que no he hablado de D. Alfonso XII sino con simpatías, era en tiempo en que solo simpatías se podian tener por el que, despues de todo, no representaba personalmente aún el derecho dinástico, y no le representaba porque no habia recaído todavía en él.

Y despues he dicho pura y simplemente esto, de que me en-vanezco: lo primero es la Pátria; si haceis el bien y la felicidad de la Pátria (que no lo hareis, ésta esta era mi conviccion, porque yo creo que con la Monarquía constitucional y no de otra manera se pudiera hacer), contad con la clase de apoyo que yo he dado á todos los Gobiernos más conservadores contra los ménos conservadores; apoyo que ha llegado hasta el punto de que mis amigos, por consejo mio, votaran en la última votacion que hubo aquí antes de la reunion de esta Cámara en favor del Sr. Castelar. Esta era la clase de apoyo que yo ofrecia, el apoyo que yo podia dar, el apoyo que estaba dando.

Y en cuanto á esas intenciones que el señor preopinante me ha atribuido, en cuanto á esas intenciones de quedarme detrás para alcanzar mayores beneficios, ¿qué he de contestar? ¿Qué ha de contestar un hombre que hubiera sido Ministro con la revolucion, como lo han sido tantos otros, como lo han sido muchos de sus amigos? ¿Qué ha de contestar el que en el mismo día de 3 de Enero fué llamado, y oyó ofertas de participacion en el Poder y tampoco quiso admitirlo? ¿Qué he de contestar yo? ¿Lo necesito por ventura, Sres. Diputados? (*En la derecha:* No, no.)

Yo tenia un sistema, yo tenia una idea; tengo el derecho de decir que esa idea ha triunfado, y esta palpitante verdad quedará grabada en la historia. Esto por lo que respecta á los ataques de la

índole de los que me ha dirigido el Sr. Diputado que ha hablado esta tarde; voy ahora á lo que yo he hecho por la restauracion.

Sobre este punto ya he manifestado algo que es fundamental y que debe constar para siempre; he dicho ya y repito que yo no estoy aquí, que yo no creo estar aquí por esa clase de merecimientos; yo estoy aquí á la cabeza de un Gobierno legítimo por la voluntad del Rey desde que es Rey, y por el apoyo de estas Cámaras; ni más ni menos; yo estoy aquí como he estado otras veces; ni más ni menos.

Pero el Sr. Diputado que ha hablado esta tarde, y que, como he dicho, suele hacer tan inconscientemente las cosas, no ha reparado siquiera en que al disputarle al Presidente de un Gobierno legítimo el título de buen conspirador ó de conjurado, no le disputaba nada que le importara ni al Rey ni á la Pátria. ¿Es que quiere S. S. que yo venga aquí á jactarme desde este banco de haber andado conspirando en las cuadras de los regimientos?

Pero no es esto solo lo que inconscientemente sin duda se ha propuesto este Sr. Diputado: se ha propuesto además una cosa superior á la malicia que pudiera esperarse de su edad; digo esto más bien con envidia que movido por otro sentimiento. ¿Ha creído S. S. que convenia al bien de la Pátria, que convenia al bien de la Monarquía, que convenia quizá á la religion católica, de que es tan ferviente apóstol, el que promoviendo aquí una cuestion entre un general ilustre que acaba de prestar eminentes servicios á su Pátria, y yo, y promoviéndola de una manera indirecta, ó quizá directa, entre ese mismo general y otros generales, viniera la discordia en el ejército que acaba de vencer á los carlistas, en ese ejército que hace falta todavía para reprimir á esos carlistas y á sus cómplices? (*El Sr. Pidal pide la palabra.*) ¿Es ese el primero, grande y notorio servicio que S. S. se propone hacer al Rey? ¿Quiere S. S. que esa sea la primera página de su historia política?

Ha habido en un tiempo, sobre la conducta, sobre la ocasion, sobre las circunstancias, una diferencia de apreciacion y de opiniones entre ese general y yo, esto es indudable; pero á pesar de esas diferencias, ese general y yo nos profesamos el cariño más sincero y estamos en las mejores relaciones; el motivo de esa diferencia de opiniones le ha desconocido S. S., como quien tan lejos estaba de todo lo que entonces acontecia.

Su señoría, y en esto no le atribuyo ignorancia que pueda producirle ningun descrédito, S. S. ignora todo, absolutamente todo lo que sucedió entonces; yo declaro aquí como hombre de honor, para demostrarlo en la ocasion que convenga á los intereses de la Pátria, que esa disidencia no era entre ese general y yo; era entre ese general y otras personas ú otros generales tan bien intencionados como él; y que yo cumplia mi deber, solamente mi deber, y llenaba mi puesto, únicamente mi puesto, mediando é interviniendo en esa disidencia.

Pero toda vez que ya he advertido á S. S. el propósito inconsciente con que ha traído esto al debate, y que no puedo creer que S. S. desee prestar al Rey y á la paz de España el servicio de dividir entre sí á los mismos generales que juntos han combatido bajo una sola bandera y bajo el mando del Rey, y como aunque su señoría se propusiera eso, yo naturalmente no habia de darle gusto, paso de largo.

De lo que yo he hecho en todas las esferas que eran mias propias, y propias de mi carácter, y en todas aquellas que yo consideraba como honradas y políticas, es juez imparcial é inapelable al propio tiempo la opinion pública; esto lo saben perfectamente los que en tal ó cual ocasion, los que en tal ó cual momento de nuestra historia, y en los tiempos mismos que precedieron á la proclamacion de D. Alfonso, eran mis adversarios políticos; pregunte S. S. á cada uno de ellos, uno por uno, si yo no he pesado nada en la restauracion de la Monarquía; pregunte á los que me han tenido frente á frente, luchando de una manera eficaz, no puramente fantástica y quimérica, por la restauracion de Don Alfonso; ellos le dirán si yo realmente he tenido ó no parte en aquel suceso.

Pero aquel suceso se ha verificado tal y como yo lo deseaba; se ha verificado cuando una grandísima parte de la opinion pública, la mayoría á mi juicio, estaba convencida de la absoluta necesidad de la proclamacion del Rey; cuando otra grandísima parte de la opinion pública monárquica lo hacia únicamente cuestion de tiempo; cuando nadie ó casi nadie entre los monárquicos constitucionales lo rechazaba en absoluto; y en este momento, en estas circunstancias, las más favorables, aunque con algun pequeño rozamiento (que cosas tan grandes no se hacen sin eso jamás), ha sido proclamada á un tiempo por todos los ejércitos, por todo el país, ha sido reconocida por todos la Monarquía constitucional, y gracias á esto (no temo decirlo, y lo

diré y repetiré siempre, hasta que una política en contradicción con la mía produzca mayores ventajas para el país), gracias á esta forma de venir D. Alfonso, podemos consignar los triunfos inmensos que ha alcanzado ya la nueva Monarquía constitucional.

Esperad, esperad los que teneis otras opiniones; esperad los que creéis que es posible aplicar á la política los principios inflexibles, cosa que no ha creído jamás ningun hombre de Estado, ningun tratadista político; esperad los que no creéis ó no sabéis que la política ha sido en todo tiempo obra de circunstancias, combinacion de fuerzas en tales ó cuales momentos de la historia; esperad á que esa política vuestra haga algo semejante á lo que nosotros hemos hecho, y entonces solo tendreis derecho para acusar á nuestra política de ineficaz y funesta, y para calificar de hábil la vuestra. Lo que yo sé es que los semi-conservadores mismos de que se ha hablado esta tarde en términos que justamente han llamado la atención del Sr. Presidente, lo que yo sé es que los semi-conservadores de Méjico, al cabo murieron con su Emperador; pero yo mismo he conocido, y ha conocido todo el mundo en Europa, á los miserables que los empujaban á la reacción más desenfadada, y que han vuelto luego ricos á las cortes de Europa, burlándose del mismo Príncipe á quien habian dejado sacrificar.

Yo los he conocido, yo los he visto con asco paseando las cortes de Europa. Le llevaron allí, le pidieron lo que no podia dar, se le pusieron enfrente coligándose de hecho con las pasiones demagógicas, y despues de haberle dejado solo sin que ninguna idea de honor les llevara á ponerse de su parte, se quedaron tranquilos y murmurando de que por no haber aplicado su medicina particular, aquella Monarquía habia sucumbido. Esto hicieron entonces, y hoy tal vez insultan la memoria de aquel mártir á quien comprometieron, y la memoria de los generales que le siguieron y que se hicieron fusilar á su lado.

Podrá ser que para ciertas personas ó para cierto grupo político, porque veo que el Sr. Diputado que ha hablado esta tarde no está solo en esta opinion que yo al principio he creído hija únicamente de la inexperiencia natural de S. S., el hacer aquí ciertas profecías que despues de todo pudieran hacerse por todos los lados de la Cámara con iguales títulos, sea conveniente bajo el punto de vista de la conservación, del prestigio y del honor de la Monarquía constitucional.

Podrá ser que eso sea así á juicio de S. S. y de algun grupo de hombres políticos; mas para la generalidad del país, para la conciencia del país, no lo dude S. S., serán tristísimas semejantes palabras.

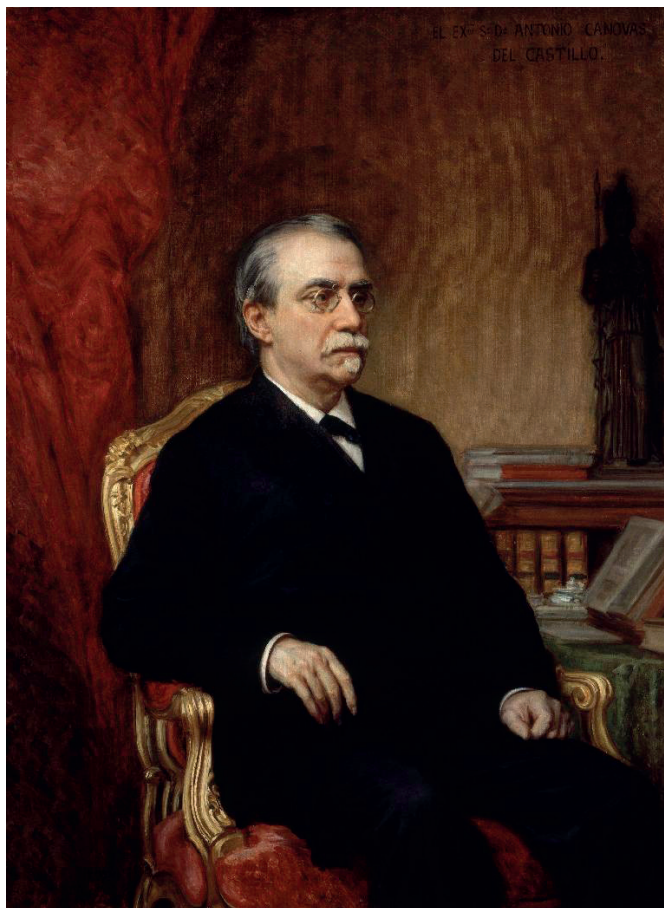
Pues qué, ¿no hay más que pretender probar aquí por medio de sofismas y afirmaciones sin pruebas, que una institucion ha faltado á su origen, y decir luego que las instituciones que faltan á su origen deben caer? ¿Y vale decir asimismo que esto se hace por el bien y la gloria de la misma Monarquía?

Pues si este aire, si esta atmósfera, por hablar de esta suerte, se inficionara con contradictorias amenazas y afirmaciones de tal naturaleza; si cada partido, cada hombre político, si cada jóven que comienza su carrera viniera á amenazar á altísimas instituciones con su ruina para el caso de no seguir sus particulares opiniones, ¿habria Monarquía posible? El Sr. Presidente ha estado generoso con S. S. esta tarde; la mayoría lo ha estado tambien; lo ha estado tambien el Gobierno: palabras como las que ha dicho S. S. no se pueden permitir en esta Cámara.

Su señoría me acusa á mí de haber conservado las conquistas revolucionarias; temo yo que S. S. ha conservado en su cerebro, en su imaginacion, demasiadas tendencias revolucionarias, y debo añadir, obligado por un sentimiento de justicia, que son tendencias revolucionarias de la peor especie.

Porque debo decir, para acabar, que en todo el largo tiempo que he estado aquí casi solo con un reducido número de amigos, enfrente de las fracciones más avanzadas del país, enfrente de los defensores de las más peligrosas utopias, enfrente de los que habian pasado su vida en las barricadas y en las cárceles, siendo los naturalmente perseguidos y perseguidores de todo lo que fuera defender el órden social, jamás he oido un discurso ni tan violento, ni tan falto de consideracion al Gobierno constituido, ni tan personal, ni tan preñado de injurias, ni tan anárquico, como el que S. S. ha pronunciado esta tarde.

El Sr. PRESIDENTE: Se suspende esta discusion.»



Retrato Galería de Presidentes. Málaga, 8 de febrero de 1828 - Santa Águeda (Guipúzcoa), 8 de agosto de 1897. Presidente: 26 de diciembre de 1885 a 5 de enero de 1886.
Retrato pintado por Ricardo de Madrazo y Garreta, 1896.

CÁNOVAS, UNA VIDA POLÍTICA COHERENTE

CÁNOVAS, A CONSISTENT POLITICIAN

Carlos DARDÉ MORALES

Catedrático de Historia Contemporánea
de la Universidad de Cantabria

José VARELA ORTEGA

DPHIL (OXON)
Catedrático de Historia Contemporánea
de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

«Yo tengo una larga vida política», decía Antonio Cánovas del Castillo en el Congreso de los Diputados, el 8 de marzo de 1876. Para entonces, esa vida política era de 29 años –iniciada en 1847 con su afiliación a la facción «puritana» del partido Moderado– y se caracterizaba por la coherencia: siempre había pertenecido a partidos liberal-conservadores que podemos denominar templados, no radicales. A los «puritanos» –cuyo nombre oficial era «partido Liberal Conservador»– siguió la integración de Cánovas en la Unión Liberal, que tenía el mismo carácter; durante el periodo revolucionario, iniciado en 1868, presidió un grupo que también se llamó Liberal Conservador, lo mismo que su partido en la Restauración.

El padre de Cánovas había sido maestro en Málaga y uno de los «más esforzados campeones» del progresismo local, pero Antonio –que no mencionó esta condición de su padre, conocida por el testimonio de su hermano Emilio–¹ nunca formó parte de esta tendencia del liberalismo español, cuya legitimidad defendió; fue partidario –en teoría– de la alternancia en el gobierno de los partidos Moderado y Progresista y –en la práctica, cuando tuvo capacidad para

¹ CÁNOVAS DEL CASTILLO, Emilio, «Los primeros años de Don Antonio Cánovas del Castillo», en Emilio Cánovas del Castillo (compilador), *Antonio Cánovas del Castillo. Juicio que mereció a sus contemporáneos españoles y extranjeros*, Madrid, M. Romero, 1901, p. 7.

ello, en la Restauración– facilitó la formación del partido Liberal y se felicitó cuando accedió al poder. Por otra parte, colaboró con los progresistas en diversas ocasiones, y fue amigo de miembros destacados del partido –lo mismo que de algunos republicanos–. Otra cosa es que, durante algún tiempo, compartiera las ideas progresistas sobre la historia de España, que expuso en su *Historia de la decadencia de España desde el advenimiento de Felipe III al trono hasta la muerte de Carlos II*, de 1854, y que rectificó sustancialmente en el *Bosquejo histórico de la casa de Austria*, de 1869.

Antonio Cánovas del Castillo, malagueño, nacido en 1828, se establecido en Madrid a fines de 1845. Había quedado huérfano de padre dos años antes y buscaba la forma de ayudar al sostenimiento de su madre, Juana del Castillo Ibáñez, y de sus cuatro hermanos. No faltaban oportunidades para un joven de talento en la floreciente economía de su ciudad natal, pero lo que le importaba a Cánovas adolescente eran la literatura y la política, y estar donde pudiera aprender y practicarlas. Por ello consiguió que su madre pidiera a un primo suyo, Serafín Estébanez Calderón –que ya había desarrollado una destacada carrera política y era conocido en el mundo literario con el pseudónimo de *El Solitario*– que le acogiera en Madrid, a lo que este accedió; la mujer de Estébanez era Matilde Livermoore y Salas, cuyas hermanas estaban casadas con dos potentados malagueños: el marqués de Salamanca y Manuel Agustín Heredia. Estébanez consiguió que el marqués de Salamanca empleara a Antonio en las oficinas del ferrocarril de Madrid a Aranjuez y este, al mismo tiempo que iniciaba sus estudios universitarios, con gran esfuerzo, consiguió salir adelante y llevarse a su familia a Madrid.

La adhesión de Cánovas a los «puritanos» –que es lo que nos importa– tuvo lugar en 1847, cuando estos accedieron al gobierno, con Joaquín Francisco Pacheco de presidente del Consejo y el marqués de Salamanca de ministro de Hacienda.

I. LOS «PURITANOS»

El origen de los «puritanos» se remontaba a octubre de 1844 cuando el partido Moderado, finalmente en el poder –tras la regencia de Espartero y los gobiernos de Olózaga y González Bravo– decidió reformar la Constitución de 1837. El gabinete, presidido por el general

Ramón María Narváez, se había resistido a la propuesta del marqués de Viluma, ministro de Estado, de promulgar una nueva Constitución «que emane del poder real»; es decir, volver al Estatuto Real. Según Viluma, «llevar a la reina Isabel a que acepte y apruebe todo lo que se ha hecho durante su menor edad por los enemigos de su padre y de su madre, cuando todo es y ha sido tan mal hecho y por medios tan indignos, es [...] confesar que el trono está vencido y sin poder para enmendar los males de la patria»; y concluía, «la Constitución actual y las leyes que con ella coexisten son la revolución triunfante». Narváez dudó un tiempo, pero terminó adoptando la propuesta, más templada, de los también ministros Alejandro Mon y Pedro José Pidal que pretendían «no romper con la situación, sino modificarla y dirigirla en su sentido [...]»; no suscitar cuestiones, siempre peligrosas, sobre la legalidad de lo existente, sino legalizar en cuanto sea posible, por los medios ordinarios, las variaciones en el régimen del Estado. Esto fue lo que se propusieron con la reforma de la Constitución².

Según el proyecto que el gobierno presentó en el Congreso, la Constitución de 1837 estaba «fundada por lo general en sanos principios de derecho público» y supuso «un paso muy adelantado hacia el buen régimen de la Monarquía», pero presentaba el claro defecto —comprobado por «varios ministerios, distintos en opiniones y aun opuestos en principios políticos»— que habían «tenido que violar algunas de sus disposiciones, por el riesgo de dejar indefensa la autoridad del Gobierno y expuesta a alteraciones y peligros la tranquilidad del Estado». En consecuencia, el proyecto se proponía, en primer lugar, variar el preámbulo para en lugar de establecer «la voluntad de la Nación» como origen de la Constitución —principio que se consideraba «inoportuno si es que no peligroso», y del que podrían «deducirse consecuencias poco conformes al decoro y firmeza del Trono y al acuerdo que debe subsistir entre los poderes del Estado»— «anunciar un hecho»: que la Corona y las Cortes «están de acuerdo» y desean «concurrir unidas» para «acomodar los antiguos fueros y libertades de la Nación a su estado y necesidades actuales»; es decir, fundamentar la Constitución en la «constitución histórica»

² El marqués de Viluma a Narváez, e Informes de Alejandro Mon y Pedro José Pidal, a Viluma, de 1844, en ROZALEJO, marqués de, *Cheste o todo un siglo (1809-1906): el isabelino tradicionalista*, Madrid, Espasa Calpe, 1935, pp. 112 y 115.

de España, consistente en Rey y Cortes, en lugar de en la soberanía nacional. El cambio «capital», «indispensable», que proponían en el texto de 1837 era el relativo al Senado: un Cuerpo «que debe ofrecer estabilidad y firmeza [...], y prestar apoyo a las instituciones con un espíritu conservador, sirviendo de remora y contrapeso al espíritu innovador [...] que naturalmente anima a las Cámaras de Diputados»; así, en lugar de la elección popular existente, y una vez rechazado el principio hereditario —dada la abolición de los señoríos— optaban por un Senado «vitalicio y de nombramiento de la Corona». Otras reformas importantes eran la supresión del Jurado para los delitos de imprenta, y de la Milicia Nacional³.

El debate sobre la reforma se planteó inicialmente en el proyecto de contestación al Discurso de la Corona. Frente a la voluntad del gobierno de llevarla a cabo —haciendo de ella «cuestión de gabinete»— se presentó el voto particular de Francisco Javier Istúriz proponiendo su aplazamiento, porque preveía «grandes males» si se realizaba con «la opinión de un sólo partido», es decir, sin contar con el partido Progresista. En este sentido fue todavía más explícita la intervención de Nicomedes Pastor Díaz en apoyo del voto particular, que se centró en criticar la contestación que Juan Bravo Murillo había dado previamente a Istúriz, de que, si el partido Progresista volviera «legalmente» a reformar la Constitución, cuando llegara al poder, «estaría bien hecho». Pastor Díaz afirmaba que «no estaba teóricamente entusiasmado» por la Constitución de 1837, «porque no está hecha con mis principios, con los principios de nuestro partido», pero recordaba que «tampoco está hecha con los principios del otro partido; no está hecha con los principios de ninguno; está hecha con los de todos, y por eso es buena»; era cierto que el partido Moderado tenía la facultad de cambiar la Constitución, pero «lo que nosotros podemos hacer no debemos hacerlo porque lo pueden [hacer] todos», decía alertando proféticamente del peligro de que cada partido tuviera su propia Constitución. Ya en el proceso legislativo ordinario, Joaquín Francisco Pacheco manifestó su oposición a los principales cambios del proyecto ministerial como la configuración del Senado o el Jurado.

³ *Proyecto del Gobierno sobre reforma de la Constitución*. Firmado por Ramón María Narváez, Francisco Martínez de la Rosa, Luis Mayans, Francisco Armero, Alejandro Mon, y Pedro José Pidal. *DSC*, leg. 1844-1845, núm. 9, 18 octubre 1844, ap. 2.

Su oposición fue inútil. El 4 de diciembre de 1844, se aprobó en el Congreso la reforma de la Constitución por 124 votos a favor y 26 en contra⁴.

El gobierno Moderado complementó su rectificación del modelo político-administrativo anterior con una serie de leyes relativas a los derechos individuales y la libertad política. En materia de libertad de imprenta, la Constitución ya había suprimido el juicio por Jurado y, por Real Decreto de 6 de julio de 1845, se estableció una *jurisdicción especial* formada por jueces de oficio –cinco jueces de primera instancia y un magistrado presidente–. Se publicó una nueva ley electoral, el 18 de marzo de 1846, que adoptó por primera vez los *distritos uninominales* en lugar de los provinciales, y llevó a cabo una drástica reducción del censo electoral al duplicar –respecto a la anterior ley de 1837– la cuota de contribución directa requerida, 400 reales, y eliminar otras vías, como la acreditación de una renta de alquiler o la posesión de una yunta de bueyes; se mantuvo la admisión en el censo de las *capacidades* –enumeradas prolijamente– siempre que acreditasen una contribución de 200 reales; y se rompió la identidad de electores y elegibles, al requerir para ser elegido diputado una renta por «bienes raíces» de 12 000 reales o una contribución directa anual de 1000 reales. El número de diputados se amplió de 241 a 349 –pasando de 1/50 000 a 1/35 000 la proporción de diputado por habitante– y se amplió la duración del Parlamento de tres a cinco años. Finalmente, se terminó de perfilar el Estado *centralizado* mediante las leyes de ayuntamientos y diputaciones, de 8 de enero de 1845, y complementarias sobre consejos provinciales y Gobierno de las provincias de 2 de abril de 1845, para las que el gobierno había sido habilitado por una «delegación legislativa», del 1 de enero de

⁴ DSC, leg. 1844-1845: intervenciones de Istúriz y Bravo Murillo, núm.16, 29 octubre 1844, pp. 133 y 131, respectivamente; de Pastor Díaz, núm. 17, 30 octubre 1844, pp. 141 y 143. Un análisis completo de la reforma de 1845, en MARCUELLO BENEDICTO, Juan Ignacio, *La Constitución de 1845*, Madrid, Iustel, 2007. Ya en la Restauración, el eminente jurista Manuel Alonso Martínez juzgaba la reforma de 1845 como un «grave y trascendental error» del partido Moderado, que en cierta medida explicaba el hecho de que, desde entonces, el partido Progresista no hubiera alcanzado el poder sin recurrir a la fuerza, ya que su advenimiento significaba «la señal de una inmensa perturbación en el Estado, porque era la inauguración de un nuevo periodo constituyente». DSC, leg. 1879-1880, núm. 119, 15 junio 1880, p. 4869.

1845 (una forma de despreciar el papel del Parlamento en el proceso legislativo); en la cuestión del nombramiento de alcaldes, la ley optaba por un sistema «mixto»: los alcaldes eran nombrados por el rey en las capitales de provincia y cabezas de partido judicial de más de 2000 habitantes, pero entre los concejales electos. Sin embargo, esta medida quedaba alterada –y fuertemente debilitada– por la capacidad del rey de nombrar un «alcalde-corregidor» en cualquier población y con duración ilimitada, que le reconocía la ley. Cánovas diría después que aquellas leyes eran «una máquina de ganar elecciones»⁵.

A partir de 1845 se configuró una facción del partido Moderado, con el nombre de «partido conservador de la oposición» –que recibiría el apelativo de «puritanos» por el absoluto respeto a la legalidad proclamado por su jefe, Joaquín Francisco Pacheco– defensor de la creación de un espacio legal común con los Progresistas, con quienes pretendían alternar en el poder, opuesto tanto a la facción Viluma –que, como escribe José Luis Comellas, veía «en la reconciliación y fraternización con los carlistas el camino más franco hacia “un gran partido nacional”»– como al grueso del partido, del que pronto comenzaría una nueva escisión, la «monista», en torno a Alejandro Mon y Pedro José Pidal, enfrentados con el general Narváez por el tema de las bodas reales, entre otros asuntos. De los «puritanos» formaban parte, además de los citados, Pastor Díaz y Pacheco, otros políticos relevantes como Andrés Borrego, Antonio de los Ríos Rosas, Antonio Benavides, el empresario José de Salamanca, y los generales Concha, Serrano y Ros de Olano. Su órgano de prensa en Madrid fue el periódico *El Tiempo*, con la dirección de Manuel Moreno López. Es significativo que aquel primer grupo político en el que se había de integrar Cánovas defendiera cuestiones –una Constitución aceptada por todos los partidos y la alternancia en el poder– que habrían de ser centrales en los otros partidos de los que formó parte o fundó: la Unión Liberal y el partido Liberal Conservador de la Restauración⁶.

⁵ MARCUELLO BENEDICTO, Juan Ignacio, «La monarquía *constitucional* en el reinado de Isabel II», en Juan Ignacio Marcuello Benedicto y Carlos Dardé Morales, *La Corona y la Monarquía constitucional en la España Liberal, 1834-1931*, Madrid, Silex, 2022, pp. 227-230. ESTRADA SÁNCHEZ, Manuel, *El significado político de la legislación electoral en la España de Isabel II*, Santander, Universidad de Cantabria, 1999, pp. 55-64.

⁶ COMELLAS, José Luis, *Los Moderados en el poder, 1844-1854*, Madrid, CSIC, 1970, p. 146. Las distintas facciones del partido Moderado y sus planteamientos constitu-

La crisis que llevó a los «puritanos» al poder en marzo de 1847 –y benefició tanto a Antonio Cánovas como a su hermano Emilio– cabe entenderla como consecuencia de la división del partido Moderado, y forma parte del periodo de «gobiernos efímeros», de febrero de 1846 a septiembre de 1847, entre las dos etapas más prolongadas de gobierno del general Narváez, 1844-1846 y 1847-1851. Efectivamente, el gobierno de los «puritanos» –que, al dejar de estar en la oposición, adoptaron el nombre de «partido Liberal Conservador» (una nueva coincidencia con la trayectoria personal de Antonio Cánovas)– duró sólo seis meses, hasta octubre de 1847. Pero aquella crisis tuvo una causa concreta, bien expuesta por Isabel Burdiel: la decisión de Isabel II –una joven de 16 años, poseída del odio a su madre y a su marido, y del amor por el general Serrano– que hizo uso de sus poderes constitucionales para expulsar a un gobierno que no solo tenía mayoría en las Cortes, sino que acababa de recibir un voto de confianza, y nombrar a otro que asegurara la presencia de su amante en Madrid y le diera mayor libertad en su vida privada. Los excesos de la reina en los siguientes meses –descritos con detalle por Juan Donoso Cortés en su correspondencia con el duque de Riánsares, marido de la reina madre, que se encontraba en París– y la amenaza de que Isabel II pudiera dar el poder al partido Progresista, llevaron a las distintas facciones del partido Moderado a unirse en torno al general Narváez quien, al parecer, sable en mano, entró en la sala donde se celebraba el consejo de ministros y lo disolvió. Ya Narváez le había escrito a Donoso Cortés, con su peculiar estilo: «Carajo, puñetas, yo entro a meter en un puño a Rey, a Reyna, a Serrano y a Serrana y a amolarla a todos juntos. Yo entro ahí para levantar la Monarquía aun a pesar de la Monarquía»⁷.

cionales y políticos en 1844-1845, en CÁNOVAS SÁNCHEZ, Francisco, *El partido moderado*, Madrid, CEC, 1982, pp. 177-246 y MARCUELLO BENEDICTO, «La monarquía constitucional en el reinado de Isabel II», cit., pp. 189-227. GÓMEZ APARICIO, Pedro, *Historia del periodismo español*, Madrid, Editora Nacional, 1967, vol. I, p. 324. Respecto a la continuidad de los planteamientos de los «puritanos» y los posteriores de Cánovas, también es relevante que la configuración del Senado defendida por Pacheco fuera la misma que se adoptó con la Constitución de 1876.

⁷ COMELLAS, *Los Moderados en el poder*, cit., pp. 242-251. La llamada «cuestión de Palacio» en BURDIEL, Isabel, *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, Madrid, Taurus, 2010, pp. 191-212; la cita de Narváez, en p. 208.

A pesar de su fracaso gubernamental, la facción «puritana» siguió existiendo y, un año después, el 1 de enero de 1849, apareció su nuevo portavoz en Madrid, el periódico *La Patria*, en el que Cánovas se integró desde el primer momento, desde abajo, como taquígrafo, un trabajo duro y mal pagado, que según Mesonero Romanos era «el mártir de la representación nacional». Desde allí accedió a la dirección del periódico en diciembre de 1849, no se sabe por cuantos meses, ya que al año siguiente fue comprado por el marqués de Novaliches, que cambió la redacción. No conocemos los artículos políticos que Cánovas escribiría en *La Patria*, porque estos eran anónimos –aunque como él mismo dijo eran «de oposición furiosa» al gobierno Narváez–; lo que sí firmó con su nombre completo o sus iniciales, fueron las cuarenta y tres críticas teatrales y de obras literarias, políticas e históricas que aparecieron en el diario a lo largo de 1849 y 1850⁸.

Tras la caída de Narváez, a comienzos de 1851, Cánovas, además de participar en la vida periodística y literaria madrileña y de culminar sus estudios de Jurisprudencia, siguió haciendo oposición a los gobiernos moderados que se sucedieron: los de Bravo Murillo –que intentó una nueva reforma constitucional en sentido todavía más restrictivo y gubernamental que la de 1845– los «gobiernos palaciegos» de Roncali y Lersundi y, sobre todo, al de Luis Sartorius, conde de San Luis, formado en septiembre de 1853⁹. La oposición a Sartorius, que llevaron a cabo todos los grupos moderados excluidos del poder junto con los progresistas, y en la que participaron de forma destacada los altos mandos militares que tenían asiento en el Senado, se hizo sobre todo en nombre de la moralidad. Llegó a un punto culminante en la alta Cámara con motivo de la discusión de un proyecto de ley de ferrocarriles –una cuestión escandalosa en la que se habían beneficiado particularmente la reina madre María Cristina de Borbón y su esposo, Fernando Muñoz, duque de Riánsares–. El gobierno

⁸ Archivo del Congreso de los Diputados, Gobierno Interior, 18/70/2. MESONERO ROMANOS, Ramón, «Un periódico político», *Semanario Pintoresco Español*, 11, p. 83. Agradecemos a Luis Garrido Muro que nos haya facilitado tanto la noticia del trabajo de taquígrafo de Cánovas, desconocida hasta ahora, y la cita de Mesonero Romanos. Antonio Cánovas del Castillo a a José Rodríguez, 4 de enero de 1850, en CÁNOVAS DEL CASTILLO, Juan Antonio, «Epistolario de la adolescencia» en Alfonso Bullón de Mendoza y Luis E. Togoers (coords.), *Cánovas y su época*, Madrid, FCC, 1999, p. 84.

⁹ KIERNAN, V.G., *La Revolución de 1854 en España*, Madrid, Aguilar, 1970, p. 38.

fue derrotado y su respuesta fue cerrar las Cortes e intensificar la represión de la prensa. Finalmente, en julio de 1854, se organizó un *pronunciamiento* dirigido por el general Leopoldo O'Donnell, conde de Lucena, para obligar a Isabel II a cambiar de política.

Desde hacía algún tiempo, Cánovas estaba en estrecha relación con el general O'Donnell por haber aceptado la oferta que le hizo uno de sus amigos –el sobrino del general, Carlos Manuel O'Donnell– de ordenar el archivo de aquél tras su cese en la capitania general de Cuba. Y Cánovas desempeñó un papel decisivo en aquel *pronunciamiento*: tanto en su origen –legitimando intelectualmente el recurso a las armas– desarrollo –poniendo en marcha la red conspirativa– y, sobre todo, final, ya que no solo fue el redactor del Manifiesto de Manzanares –que convirtió un hecho de armas fracasado en una revolución triunfante– sino el inspirador de este documento y quien convenció a O'Donnell para que lo proclamase¹⁰.

Madrid fue la única ciudad donde se produjo el enfrentamiento armado entre el pueblo y las fuerzas del orden. El día 17 de julio, por la tarde, se celebró una corrida en la plaza de toros, junto a la Puerta de Alcalá. «Los espectadores empezaron a lanzar gritos de libertad y se hizo que la banda interpretara el Himno de Riego. Jubilosa y tumultuaria, la multitud salió de la plaza [...]. Cuando cayó la noche sobre la mal iluminada ciudad, grupos de manifestantes comenzaron a agitarse [...]. Algunos se abrieron paso, sin resistencia, en los edificios públicos [...]. Otro grupo asaltó la cárcel del Saladero y libertó a sus ocupantes [...]. Una masa popular [...] iba cantando burlescamente a coro coplas prosaicas de ‘¡Muera Cristina!’ con la música, entonces muy en boga, de *la donna è mobile*». La multitud asaltó la mansión del conde de San Luis y la redacción de *El Herald*. Cuadros, muebles y libros ardieron en grandes hogueras encendidas en la calle. «El populacho quema, pero no roba, no intenta salvar nada de las llamas», anotó un sorprendido observador inglés. Hasta entonces, la una y media de la madrugada, las fuerzas del orden no habían intervenido,

¹⁰ URQUIJO Y GOITIA, José Ramón, *La revolución de 1854 en Madrid*. Madrid, CSIC, 1984, p. 9. MARTOS, Cristino, *La revolución de julio de 1854*. Madrid, Imp. del Colegio de sordomudos y ciegos, 1854, pp. 101-102 y 180-184. FERNANDEZ DE LOS RÍOS, Ángel, *Estudio histórico de las luchas políticas en la España del siglo XIX*. Madrid, English y Gras, 1879, vol. II, p. 135.

pero los primeros tiros comenzaron en la calle Mayor. Poco después comenzó el asalto a la residencia de María Cristina, el palacio de las Rejas, en la calle de la Bola, donde también ardieron todo tipo de enseres y objetos de valor. Y aquí sí el ejército realizó varias descargas sobre la multitud dejando un número considerable de muertos. «Fue esta matanza la que provocó los más enconados sentimientos contra el “ministerio metralla”, como fue conocido a partir de entonces el gobierno del general Córdova». El orden no volvió a la capital hasta que, el día 19, lo impuso el general Evaristo San Miguel al frente de una Junta de Salvación, Armamento y Defensa. La situación política quedó estabilizada al llamar la reina al general Espartero, el espadón de los progresistas¹¹.

Fue el espectáculo de las barricadas y las hogueras lo que reafirmó el espíritu conservador de Cánovas. Como diría posteriormente, él era entonces «un joven sin antecedentes [...], un hombre sin compromisos [...], que podía ver y veía un porvenir de popularidad [...] y material, ciertamente, siguiendo la corriente revolucionaria [...], que podía [...] inclinarme a un lado o a otro»; y en aquellos momentos, «elegí el que estaba en mi corazón», que era «la expresión de mis sentimientos conservadores». Más adelante comentó que «un hombre honrado no puede tomar parte más que una revolución, y esto porque ignora lo que es». El lado al que se inclinó fue una *Unión Liberal* en ciernes, compuesta por los moderados disidentes y los progresistas más templados, «asustados, espantados de las consecuencias de la revolución» que habían provocado. Un «escarmentado» más de la violencia, que añadir a la lista de los republicanos franceses tras la Comuna de 1871, y de republicanos españoles tras la guerra civil del siglo XX¹².

¹¹ KIERNAN, V.G., *La Revolución de 1854*, cit., pp. 66-69. BURDIEL, *Isabel II*, cit., p. 312.

¹² Cánovas, Discurso en el Congreso de los Diputados, 24 de abril de 1863, en *Obras Completas* (en adelante OC), VII-I, pp. 264-265. Frase sobre la revolución citada por LEMA, marqués de, *Cánovas o el hombre de Estado*, Madrid, Espasa Calpe, 1931, p. 40.

II. ENTRE DOS REVOLUCIONES, 1854-1868

Tras la llamada de la reina, el general Espartero, duque de la Victoria, formó un gobierno de coalición entre progresistas y «vicalvaros» –como se empezó a llamar a los seguidores del general O'Donnell, porque en esta localidad madrileña había comenzado su *pronunciamiento*–. La mayoría correspondió a los progresistas que volvían así al poder que habían abandonado en 1843. Desde esta fecha habían atravesado por una profunda crisis que la escisión de los demócratas, al final de la década, no hizo sino agravar, pero se habían rehecho como partido con la oposición al proyecto de reforma constitucional de Bravo Murillo, en 1851. Ahora fueron los principales beneficiarios de la revolución. Con ellos, O'Donnell ocupó la cartera de Guerra, y Pacheco la de Estado (es decir, Asuntos Exteriores)¹³.

Cánovas obtuvo dos nombramientos como funcionario, y fue elegido diputado por Málaga para las Cortes Constituyentes: «–me he limitado a tomar el acta que me ofreció don Leopoldo», le diría a su amigo Fabié¹⁴. La revolución no había alterado el control gubernamental de las elecciones, que había comenzado en 1840. No fueron muchas las intervenciones de Cánovas en aquellas Cortes que elaboraron una Constitución, que nunca llegó a ser promulgada, y aprobaron algunas importantes medidas económicas –como las leyes de ferrocarriles y de desamortización– que sí tuvieron gran repercusión en el desarrollo económico del país. Habló en diciembre de 1854 para justificar su intervención en la revolución de julio y, al mes siguiente, en la discusión del proyecto de Bases de la Constitución. Abordó los temas con gran profundidad y madurez. Demostró gran valor y seguridad enfrentándose nada menos que al gran patriarca del progresismo, Salustiano Olózaga, al que acusó de hacer «política carlista».

Entre las cuestiones que trató destaca la referida a la soberanía nacional que revela la continuidad en el pensamiento de Cánovas de

¹³ MIRAFLORES, marqués de, *Reseña histórico-crítica de la participación de los partidos en los sucesos políticos de España en el siglo XIX*, Madrid, D.A. Espinosa, 1863, p. 160.

¹⁴ FABIÉ, Antonio María, *Cánovas del Castillo. Su juventud. Su edad madura. Su vejez*. Barcelona, Gustavo Gili, 1928, p. 33.

una cuestión fundamental. Intervino defendiendo el voto particular de Antonio de los Ríos Rosas a la Base I de la Constitución. Tanto el texto de la comisión como el de Ríos Rosas, estaban de acuerdo en la afirmación de la soberanía nacional, pero se diferenciaban esencialmente en que el primero excluía de forma tácita a la monarquía del acto de promulgar la Constitución. El voto particular fue rechazado. Cánovas habló en este caso con espíritu conciliador. El problema no estaba en el principio «metafísico» de la soberanía sino en su representación y manifestación. Que la soberanía radicaba en la nación era algo en lo que todos los monárquicos constitucionales estaban de acuerdo. Pero ¿cómo ejercerla?, ¿por quién?, esa era la cuestión. Y aquí Cánovas apelaba no a los principios –ni al sufragio universal ni a la absorción por el monarca de la soberanía– sino a la observación de la historia para descubrir cuál era la voluntad de la nación. Y encontraba que esta se había manifestado en la existencia conjunta de dos instituciones, las Cortes y la Monarquía. «Creemos en la [...] soberanía nacional del Trono con las Cortes [...]. El Trono con el pueblo es la verdadera soberanía nacional, la única práctica y aceptable [...]. Sois constituyentes por el Trono [...], por el cuerpo electoral en representación del pueblo, pues haced una Constitución con el Trono, producto del cuerpo electoral». Aquí tenemos ya el principio doctrinario de soberanía compartida, recogido posteriormente en la Constitución de 1876, de acuerdo con lo que llamará entonces *constitución interna* de España¹⁵.

En aquellas circunstancias, se mostró favorable a la creación de un tercer partido político, al que calificó de *Unión Liberal*, compuesto por sus amigos y algunos progresistas. «Al reconocer nosotros –decía Cánovas– la insuficiencia de los principios políticos escritos en la Constitución de 1845», y que eran precisas «más garantías para el pueblo y para el Poder parlamentario» y «más vida en las Municipalidades para que no las absorbiera el poder ministerial», se habían encontrado «cerca, muy cerca de gran número de hombres dignísimos» del partido Progresista, que «nos han tendido la mano diciéndonos: aquí hay un partido republicano y otro reaccionario; formemos nosotros un tercer partido constitucional». De hecho, el

¹⁵ Cánovas, Discurso en el Congreso, 30 de enero de 1855, OC VII-I, pp. 46-47.

tercer partido no llegó a formarse, pero era un antecedente de la Unión Liberal que se constituyó en 1857¹⁶.

Las relaciones de Cánovas con los progresistas se deterioraron rápidamente. Para evitar que su actitud comprometiera a O'Donnell, fue enviado a Roma como encargado de la Agencia de Preces, único órgano de representación española en la capital de los Estados Pontificios, tras la ruptura de las relaciones diplomáticas al comienzo de la revolución. En Roma, Cánovas llevó con eficacia los asuntos de la Agencia y aprovechó la ocasión para recorrer toda la península, contemplando sus bellezas naturales y artísticas. Escribió algunos poemas y artículos y, sobre todo, leyó y compró libros y documentos que más tarde habría de utilizar en su trabajo historiográfico. Además, la estancia supuso un gran beneficio económico dados los elevados ingresos anejos al cargo.

La cohabitación de progresistas y «vicálvaros» se terminó haciendo imposible. La ruptura se produjo en julio de 1856, no sin violencia, ya que los progresistas se sublevaron tras la dimisión de Espartero y su sustitución en la presidencia por O'Donnell. Este, después de controlar la situación en las calles, disolvió las Cortes Constituyentes y formó un ministerio en el que Ríos Rosas ocupó la cartera de Gobernación y fue responsable de una medida liberalizadora, el Acta Adicional a la Constitución de 1845, de 15 de septiembre de 1856, por la que se limitaban las atribuciones del monarca y se ampliaban los derechos individuales y del Parlamento. Pero aquella fue una situación transitoria. En octubre, la reina llamó a Narváez quien al frente de los restos del partido Moderado, no solo anuló el Acta Adicional, sino que incrementó el poder de la Corona en la formación del Senado por la Ley de 17 de julio de 1857. El gobierno de Narváez duró poco, en esta ocasión por los problemas creados por la escandalosa relación de Isabel II con uno de sus numerosos amantes, Enrique Puigmoltó y Mayáns¹⁷; en octubre, Narváez fue sustituido brevemente por el general Armero.

Cánovas había dimitido de su puesto en Roma al caer el gobierno O'Donnell. Nuevamente en España, fue nombrado por Armero gobernador civil de Cádiz, cargo que ocupó dos meses. El proyecto de

¹⁶ Cánovas, Discurso en el Congreso, 14 de diciembre de 1854, OC VII-I, pp. 32-33.

¹⁷ BURDIEL, *Isabel II*, cit., pp. 537-539.

creación de una nueva agrupación política, la Unión Liberal, avanzó tras la llamada de O'Donnell, en el Senado, el 17 de mayo de 1857, a «los hombres monárquicos que quieran la pureza de los principios constitucionales», para agregarse «en torno de ellos» y salvar así a la nación, el trono y la libertad, a los que el general consideraba en peligro ante la rápida disolución de los antiguos partidos políticos. El partido se formó con antiguos moderados –en especial, los «puritanos» entre los que se encontraba Cánovas– y algunos progresistas, como el general Juan Prim, a los que se llamó «resellados» en contraposición a los «puros», que se mantenían en el partido. El resultado fue un conjunto heterogéneo, al que un ingenioso político, Antonio Alcalá Galiano, tuvo la ocurrencia de llamar en el Senado, provocando la hilaridad de la Cámara, *La familia feliz*, «comparándolo a una jaula donde cierto domador, que conoció en la feria de su pueblo, allá en sus años mozos, había encerrado ovejas, lobos, perros, gatos, gallinas, zorras y toda suerte de animales antitéticos que vivían juntos en la más cordial amistad, bajo la égida protectora de un letrado que decía: *La familia feliz*»¹⁸.

En junio de 1858, la reina encargó a O'Donnell la formación de un gobierno compuesto por miembros de la Unión Liberal. Lo que más destaca de los unionistas en sus primeros momentos es el propósito de crear no «otro» partido político, sino el «único» partido monárquico constitucional, frente al pasado partido absolutista y al futuro partido demócrata o republicano. Ellos creían poseer «la solución racional de los problemas fundamentales de la organización política [...] [y] en el orden económico». Quienes más claramente se pronunciaron en este sentido fueron Manuel Alonso Martínez y Antonio de los Ríos Rosas. En Cánovas no hay declaraciones de este tipo¹⁹.

¹⁸ Discurso de O'Donnell reproducido por NAVARRO Y RODRIGO, Carlos, *O'Donnell y su tiempo*, Madrid, Biblioteca Universal Económica, 1869, pp. 110-137. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Fernando, marqués de Mendigorria, *Mis Memorias íntimas*, Madrid, Biblioteca de Autores Españoles, 1966, II, p. 327. DURÁN DE LA RÚA, Nelson, *La Unión Liberal y la modernización de la España isabelina. Una convivencia frustrada, 1854-1868*, Madrid, Akal, 1979.

¹⁹ Alonso Martínez, Manuel, *DSC*, leg. 1860-1861, núm. 14, 13 de junio de 1860, p. 130.

Las elecciones celebradas en octubre, con José Posada Herrera en el Ministerio de la Gobernación, les proporcionaron una aplastante mayoría parlamentaria. Aquel gobierno y aquellas Cortes duraron casi cinco años, más que ninguno de los gobiernos y las Cortes del reinado, y del siglo. Fueron años de crecimiento económico, paz social –apenas empañada por sucesos puntuales como los de Loja– y de victorias militares en la guerra de África, que propiciaron una gran exaltación patriótica. Cánovas ocupó cargos relativamente secundarios: director general de Administración, entre junio de 1858 y agosto de 1860, y subsecretario de Gobernación, desde entonces hasta enero de 1863, siempre con Posada Herrera de ministro. Participó en la elaboración y defensa de los proyectos legislativos del ministerio sobre administración local e imprenta, de carácter centralizador. Pero su papel político fue sin duda mucho más importante. El primero de los disidentes del partido, Ríos Rosas, le atribuiría la orientación general del gobierno.

El momento de máxima popularidad de la Unión Liberal fue la guerra de Marruecos, 1859-1860, que O'Donnell emprendió como respuesta a las agresiones sufridas por las tropas españolas en Ceuta y, como tradicionalmente se ha dicho, para ganar prestigio y reforzar su posición política. La guerra fue un éxito, destacando la actuación del general Prim al mando de los «voluntarios catalanes», que le valió el título de marqués de los Castillejos, añadido al que ya tenía de conde de Reus. O'Donnell también adquirió un nuevo título, el de duque de Tetuán. La paz, sin embargo, fue frustrante ya que, por imposición inglesa, España no pudo retener la plaza de Tetuán, que había conquistado.

Cánovas se manifestó a favor de la guerra. En 1851 había escrito que era una «ley histórica» el que «el pueblo conquistador que llegue a dominar en una de las orillas del Estrecho de Gibraltar, antes de mucho tiempo dominará en la orilla opuesta»; y si en España no había «bastante valor o bastante inteligencia para anteponerse a las otras naciones» en el dominio del litoral mediterráneo africano frente a nuestras costas, había de llegar el día en que «sucumba nuestra independencia» y desaparezca «nuestra nacionalidad». «Ahí enfrente hay para nosotros una cuestión de vida o muerte [...]. En el Atlas está nuestra frontera natural, que no en el canal estrecho que junta el Mediterráneo con el Atlántico». Sin embargo, en 1860, en

contra de la tendencia general, mostró su conformidad con una paz que estaba lejos de alcanzar aquel fin, empleando un lenguaje que ya es el característico de su posibilismo posterior: «la idea de dominar en África [...] es en sí grande, noble, útil [...]. Mas, juzgando con frialdad las cosas [...] ¿debía nadie exigir que hoy mismo, apenas restablecido el país de sus largas discordias [...], se emprendiese la obra de llevar de una vez al Atlas nuestra frontera? Aunque sean esos los destinos de nuestra raza en su futuro desarrollo histórico, ¿no había hasta el peligro de malograrlos para siempre, pretendiendo su cumplimiento a deshora? [...]. Lo que hay es que las obras de la política son por naturaleza, para ser seguras, sucesivas y lentas [...]; lo que hay es que el éxito de mañana exige la paciencia y la espera de ahora. La política es la realización en cada momento de la historia de la parte que en él es posible llevar a cabo de la aspiración ideal de una raza o de una generación entera de hombres»²⁰.

Fue otra acción exterior posterior –la expedición a México de 1861-62– la que marcó el principio del fin de la Unión Liberal. La intervención española se llevó a cabo con la de Francia e Inglaterra, interesadas en el pago de la Deuda que el país americano había suspendido. En el caso francés, era público el propósito de Napoleón III de liquidar la República presidida por Benito Juárez y sustituirla por una «monarquía latina», al frente de la cual estaría el archiduque Maximiliano de Austria. En el caso español, también se invocó la defensa de las personas y los intereses de los españoles en México; en el fondo, estaba el afán de mostrar fortaleza, de que se era capaz de defender con las armas las posesiones del Caribe, frente a los independentistas cubanos y las pretensiones expansionistas de los Estados Unidos.

El general Prim solicitó el mando de las tropas españolas, que le fue concedido. Su propósito era muy claro: satisfacer las reclamaciones de las potencias, pero apoyar a Juárez e impedir la instauración de la monarquía de Maximiliano. También tenía intereses particulares ya que estaba casado con una rica heredera mexicana. Tras desembarcar con las tropas españolas en Veracruz, el conde de

²⁰ Ambos textos en CÁNOVAS DEL CASTILLO, Antonio, *Apuntes para la historia de Marruecos*, Madrid, América, 1860, nueva edición ampliada de la obra publicada en 1851, en OC I-I, pp. 694-697.

Reus –tan buen político como militar– manejó la situación a su gusto. Consiguió que los representantes mexicanos se comprometieran a satisfacer las reclamaciones económicas de las potencias y, cuando los franceses trataron de llevar a cabo sus planes, ordenó la retirada de las tropas españolas, lo mismo que hicieron los ingleses, que tampoco estaban dispuestos a colaborar en el proyecto de Napoleón III. Por otra parte, vio satisfechas sus demandas económicas personales. En aquel caso, los asuntos públicos y los privados fueron de la mano. Frente a la claridad de los propósitos del conde de Reus, y a su habilidad política, el gobierno de O'Donnell, y en particular el ministro de Estado, Fernando Calderón Collantes, actuó confusamente, sin ser consciente de la verdadera situación. No se quería romper con Napoleón III, pero tampoco se quería colaborar en la instauración de la monarquía. Cuando Prim ordenó la retirada de las tropas sin consultar con el ministro –lo cual no era fácil porque, sin telégrafo todavía, se tardaba seis semanas en hacer el viaje de ida y vuelta– el gobierno condenó su actuación y se dispuso a sancionarle, pero el general encontró en la reina su salvaguarda. A Isabel II le pareció muy bien que no se hubiera ayudado a establecer en México una monarquía «extranjera», en la persona de alguien que no pertenecía a su familia, y se lo hizo saber a O'Donnell antes de que este le presentara el decreto contra Prim.

La forzada aprobación de la conducta de Prim le ocasionó graves problemas al gabinete de O'Donnell y al partido de la Unión Liberal. Lo peor no fue la dura crítica expresada por las oposiciones moderada y progresista, sino las voces que dentro de la Unión se dedicaron a resaltar sus contradicciones en el planteamiento, desarrollo y conclusión de la expedición a México que, además, puso de manifiesto la falta de acuerdo entre el gabinete y la Corona. En el Congreso hubo dos voces críticas particularmente destacadas: la de Alejandro Mon, que había desempeñado la embajada en París, y la de Cánovas, que presentó, junto con otros, la dimisión de su cargo de subsecretario de Gobernación. En su breve intervención, destacó que eran «hombres políticos antes que funcionarios [...], que no podemos votar según nuestra conciencia en la cuestión de México con el Gobierno»; pero especificó que en «todas las demás cuestiones, especialmente en las cuestiones de principios, y probablemente en todas las demás

cuestiones de conducta [...], el Gobierno nos tendrá a su lado ni más ni menos que hasta ahora»²¹.

En enero de 1863, O'Donnell remodeló su gobierno, dando entrada a los representantes de «una fracción que se llamó de los disidentes», liderada por Ríos Rosas que, desde hacía casi dos años, había criticado la política seguida por el ministerio que consideraban demasiado centralista y autoritaria. Cánovas, identificado con esta última, declaró que su posición en adelante era «de expectativa. No seré yo [...] quien formule [...] ninguna proposición de censura [...] y desearía [...] que tampoco se nos pusiera en el caso de votar hoy una proposición de confianza». Sin los apoyos necesarios, el nuevo ministerio duró poco más de un mes. Nuevamente se hacía realidad la tendencia al suicidio de los partidos en el poder que, como señaló con lucidez Charles Mazade, corresponsal en España de la prestigiosa *Revue des Deux Mondes*, «no sucumben en absoluto por el esfuerzo agresivo de sus adversarios naturales. Comienzan por destruirse a sí mismos. Se dedican a desmembrarse con un cruel y extraño encarnizamiento, llevando la guerra civil a su propio seno, descomponiéndose con una inexorable lógica y dejando a la sociedad sin dirección»²².

El año 1863 fue un año crucial. Se había llegado al «deplorable desquiciamiento» de los «grandes y organizados partidos políticos», sustituidos por «varias, nebulosas y casi indefinibles aspiraciones de los numerosos grupos brotados del seno de aquellos partidos mismos». En la Unión Liberal se reconocía el fracaso de «aquel caos de revueltos y encontrados elementos»; «cesó la época de unir; ha llegado la de crear», reclamaba uno de sus jóvenes elementos. El partido Progresista, por su parte, fortalecido por el éxito de su oposición y por la reintegración de los «resellados» —entre otros, Prim— era solicitado por la reina para gobernar. Se animaba a los partidos «a reconocerse y aceptarse mutuamente en el ancho campo de un verdadero sistema representativo, resignándose a vivir juntos sobre un mismo suelo y bajo una misma ley». El país había cambiado mucho en los últimos años: la construcción de los ferrocarriles estaba propiciando una

²¹ Cánovas, Discurso en el Congreso, 10 de enero de 1863, OC VII-I, pp. 256 y 258.

²² Cánovas, Discurso en el Congreso, 24 de enero de 1863, OC VII-I, p. 260. MAZADE, Charles de, *Les révolutions de l'Espagne contemporaine: quinze ans d'histoire (1854-1868)*, París, Didiet et Cie, 1869, pp. 3-4.

mayor integración y las ciudades crecían y se transformaban. Parecía el comienzo de una nueva época, en la que las soluciones de fuerza ya no serían necesarias²³.

Pero no fue así, sino el inicio de la crisis definitiva del reinado y la vuelta a los procedimientos violentos. El partido Progresista, en lugar de integrarse más activamente en el sistema, se marginó completamente del mismo adoptando el retraimiento parlamentario como respuesta a las medidas restrictivas del ministerio del marqués de Miraflores –que sustituyó al de O'Donnell– en las elecciones de octubre de 1863. Y los restos de moderados y unionistas se turnaron irregularmente en el poder, durante los cinco años siguientes.

El primer puesto ministerial de Cánovas fue en Gobernación, en un gobierno de coalición de moderados y unionistas, presidido por el hacendista Alejandro Mon, entre febrero y septiembre de 1864. El papel de Cánovas parece que excedió al de un simple ministro, teniendo que suplir frecuentemente en sus funciones a un cansado presidente. Fruto de su iniciativa fueron el restablecimiento en su integridad de la Constitución de 1845, la primera ley sobre delitos electorales, y una nueva legislación sobre incompatibilidades parlamentarias, imprenta y derecho de reunión, de carácter más amplio y liberal. En el recuerdo de Cánovas, Mon era «perezoso, tardío; habitualmente pesado, soñoliento, apático, mal educado, pero con sorprendente intuición. En los Consejos estaba repantigado en su sillón, medio durmiéndolo o pareciéndolo, pero de súbito se erguía y con unas cuantas palabras hería en la médula de la cuestión y la iluminaba con tal luz y daba la solución tan certeramente que se quedaban todos pasmados»²⁴.

En junio de 1865 encontramos a Cánovas de nuevo como ministro, en este caso de Ultramar, en un gobierno presidido por O'Donnell. Iniciativa suya fueron una amplia información sobre la

²³ AUTRÁN Y GONZÁLEZ ESTÉFANI, Isidro, *La Unión Liberal de ayer. El ministerio de hoy. El Partido Constitucional de mañana*. Madrid, Fortanet, 1864, p. 47. Pascual Madoz a Manuel Torrens y Ramalló, *et al.*, 28 de febrero de 1863, en OLIVAR BERTRAND, Rafael, *Así cayó Isabel II*, Barcelona, Destino, 1955, p. 326. AHUMADA Y CENTURIÓN, José, *Las cuestiones del momento ante el principio parlamentario*, Madrid, D.F. Garnayo, 1863, pp. 33-34.

²⁴ LEMA, marqués de, *Mis Recuerdos, 1880-1901*. Madrid, Compañía Iberoamericana de Publicaciones, 1930, p. 148.

situación de Cuba y Puerto Rico, y un Real decreto por el que se reorganizaba la administración de las dos Antillas. El gobierno trató de reintegrar a los progresistas en el juego político. Entre otras medidas, reconoció al reino de Italia y promulgó una nueva ley electoral que ampliaba considerablemente el censo y facilitaba la representación de las minorías en las principales ciudades, con la creación de las circunscripciones. Pero todo fue inútil.

El general Prim, convertido en el indiscutible líder militar de los progresistas, había criticado el retraimiento parlamentario del partido. Incluso se había entrevistado con Isabel II para propiciar la vuelta de los progresistas a las instituciones. Sin embargo, sorprendentemente, se levantó en armas en enero de 1866, en Villarejo de Salvanés, cerca de Madrid, sin éxito, ya que el *pronunciamiento* apenas fue secundado por otras fuerzas y el general tuvo que huir a Portugal. El fracaso no desanimó a Prim que, desde el exilio, volvió a intentar un nuevo levantamiento: el del cuartel de San Gil de Madrid, el 22 de junio de 1866, que también acabó en fracaso. Los sargentos comprometidos en la sublevación mataron a algunos oficiales que ofrecieron resistencia. Posteriormente, la promoción de Baltasar Hidalgo (un oficial de Artillería a quien buena parte del Cuerpo le hacían cómplice de la sublevación y fusilamiento de sus compañeros) tendría enorme trascendencia política –y militar– en los gobiernos del sexenio: fue motivo central de la abdicación de don Amadeo y causa de que una parte considerable del Cuerpo de Artillería se pasase a los carlistas²⁵. El gobierno, una vez controlada la situación, decidió dar un escarmiento ejemplar y fusiló a 66 sargentos rebeldes. Tras la ejecución, Isabel II despidió a O'Donnell y llamó nuevamente a Narváez para sustituirle. Aquel acto fue considerado por algunos contemporáneos como el más grave de los llevados a cabo por Isabel II en todo su reinado ya que tuvo el efecto de provocar una grave desafección dinástica entre los unionistas, que se consideraron traicionados por una soberana en cuya defensa habían actuado con un rigor inusual. Cánovas también opinó así. Como escribió posteriormente, «por haber retrocedido de manera brusca la reina Isabel II, en 1866,

²⁵ Los sucesivos ascensos y nombramientos de Hidalgo durante D. Amadeo y en la República fue una de las causas de la desertión de muchos artilleros al carlismo, vid. J. P. Hale a W. H. Seward, Madrid, 24 de junio de 1866, NA (USA), núm. 34 M-31 R-46.

quitando el poder a la Unión Liberal y dándolo a Narváez, a raíz de una sublevación vencida, perdió el trono»²⁶.

Cánovas criticó la política represiva del gobierno Narváez, siendo desterrado a Palencia primero y después a Carrión de los Condes. Elegido diputado, pudo regresar a Madrid. En el Congreso pronunció dos discursos en contra del gobierno moderado. Él era, decía, una persona para quien el orden constituía una especie de segunda naturaleza: «amo el orden y, de tal manera, que creo que aunque yo mismo quisiera, me sería ya imposible quitarme de encima el amor vivo, sincero, invencible que le profeso»; pero, el orden público no podía ser «el único interés del Estado»; el criterio debía ser «llevar sólo el orden a donde no sea peor [...] que el desorden mismo». Ante la inutilidad de sus advertencias, se apartó de una corte que, a su juicio, había dejado «de estar en el terreno constitucional». Pero no por ello se sumó a la conspiración de progresistas y demócratas —a la que se incorporaron los unionistas tras la muerte de O'Donnell, en 1867— para destronar a la reina²⁷.

«Dos o tres meses antes de la revolución de septiembre —afirmaría más tarde— se me vino a indicar que en Palacio había las mejores disposiciones para formar un ministerio de coalición, y que eso probablemente se realizaría si yo me prestaba a ser ministro [...]. Rechacé prestarme a semejante cosa. Hay también otra persona [...] que, habiendo venido a verme pocos días antes de los sucesos de Cádiz, y [...] deseando saber si podría contarse conmigo, contesté también resueltamente que no. Ni con la revolución, pues, ni con la corte, estaba entonces». La experiencia de 1854 pesaba mucho en su ánimo: «no justifico aquella revolución —diría en 1888—; justamente por haber visto aquella de cerca no puedo yo ser revolucionario jamás». «Hice un sacrificio [...], decidí anularme, retirarme de la vida política por entonces, y retirarme quizá para siempre». Se ocupó de publicar sus escritos literarios y se aplicó a la investigación histórica. La revolución de 1868 le sorprendió en el Archivo de Simancas²⁸.

²⁶ Cánovas a Fabié, 30 de septiembre de 1886, en FABÍE, *Cánovas del Castillo*, cit., p. 184.

²⁷ Cánovas, Discursos en el Congreso, 11 de abril de 1867 y 6 de junio de 1876, OC VII-I, p. 920 y VII-II, p. 80.

²⁸ Cánovas, Discursos en el Congreso, 6 de junio de 1876, 8 de febrero de 1888, y 8 de marzo de 1876, OC VII-II, p. 80, VII-IV, p. 217, y VII-II, p. 270.

III. LA OPOSICIÓN LIBERAL CONSERVADORA EN EL PERIODO REVOLUCIONARIO, 1868-1874

En el ambiente post revolucionario, dominado políticamente por el progresismo e ideológicamente por la democracia, Cánovas levantó «la bandera de los principios conservadores», cosa que hoy —escribía en 1875 el periodista catalán Juan Mañé y Flaquer— parece «llana y hacedera», pero que no lo fue entonces porque dichos principios «andaban desacreditados por la conducta de sus últimos representantes en el poder». Principios, entendidos dentro de la esfera liberal: por eso se describió a sí mismo entonces como alguien que «por encima de todo, siempre ha sido y es y no puede dejar de ser liberal»; a diferencia de lo que hicieron antiguos moderados —González Bravo— o neocatólicos —Cándido Nocedal— que se pasaron al bando carlista²⁹.

Elegido diputado para las Cortes Constituyentes, figuró en las mismas como cabeza de un grupo de siete diputados denominado Liberal-Conservador. En aquellas Cortes, manifestó algunas diferencias sustanciales con el proyecto de Constitución: criticó que se considerara el sufragio universal como un derecho natural y se centró en el modelo de Estado del proyecto, al que se opuso por no asegurar el ejercicio de los derechos individuales; a su juicio, el problema consistía en alcanzar un equilibrio entre los derechos individuales y la autoridad del Estado, para hacer compatible la libertad y el orden³⁰. A pesar de sus diferencias, votó a favor de la Constitución.

Cuando se discutió la cuestión monárquica, en el debate sobre la elección de rey, Cánovas manifestó que no sentía una «repugnancia invencible contra la raza a que pertenece el príncipe Alfonso» —como otros, y especialmente el general Prim, habían mostrado—; por el contrario, decía, «dentro de mi conciencia, no hay más que una sola simpatía y esa simpatía es por el príncipe Alfonso»; él sería siempre su candidato predilecto, además de por razones personales —«le he conocido desde niño»— por una cuestión de principio: «de todas

²⁹ MAÑÉ Y FLAQUER, Juan, *Cartas provinciales dirigidas a D. Antonio Cánovas del Castillo y publicadas en El Diario de Barcelona*. Barcelona, Jaime Jepús, 1875, pp. 35-36. Cánovas, *DSCC*, leg. 1869-1871, núm. 44, 8 de abril de 1869, p. 938.

³⁰ *DSCC*, leg. 1869-1871, núm. 44, 8 de abril de 1869, p. 926-938.

las maneras de ocupar los reyes el trono, la herencia es la mejor, la herencia no interrumpida». Pero, junto a aquellas preferencias personales y teóricas, afirmó que la cuestión monárquica no debía resolverse sino «con el criterio de la posibilidad, de los intereses y del bien general de la patria»; en consecuencia, no propuso ni defendió la candidatura de Alfonso de Borbón por «el convencimiento de que no estaba en el interés del país el proclamar una minoría», con la consiguiente regencia³¹.

El político malagueño se abstuvo en la elección de Amadeo de Saboya y mantuvo una actitud expectante durante el primer año de la nueva monarquía. Rota la coalición revolucionaria, disuelto el partido Progresista, y formados los partidos Constitucional y Radical, llegó a prestar su apoyo al gobierno constitucional del duque de la Torre, en junio de 1872, al permitir que participara en el mismo uno de sus amigos, José Elduayen. Pero tras el fracaso de este gobierno, apostó abiertamente por la restauración de los Borbones. Así lo manifestó a sus electores de los distritos murcianos de Cieza y Yecla: «nadie puede negar ya imparcialmente que el esperado ensayo de una política conservadora con las instituciones y los poderes actuales ha fracasado por completo [...]. Llegada es, pues, la hora –que no he querido apresurar por mi parte, aunque la esperase con casi total certidumbre– de que repita yo [...] que “dentro de mi conciencia no hay más que una sola simpatía, y esa simpatía es por el príncipe Alfonso”». Isabel II había abdicado en su hijo el 20 de junio de 1870³².

Comenzaba una nueva etapa y Cánovas hacía un llamamiento a los «muchísimos» conservadores que habían obrado «arrastrados por el torrente de las circunstancias, o movidos por graves consideraciones»; «no es hora ésta de pensar ya en los pasados hechos de nadie [...]; todo error de pensamiento u obra debe reconocerse con ingenuidad, y remediarse con generoso apresuramiento [...]; la patria no puede exigir la infalibilidad a sus hijos, sino que ajusten siempre sus actos a los dictados de su conciencia, y que lo que sean, lo sean

³¹ DSCC, leg. 1869-1871, núm. 299, 6 de junio de 1870, p. 8628.

³² CÁNOVAS, Antonio, *Carta de despedida [...] a los electores de los distritos de Cieza y Yecla*, Madrid, M. Rivadeneyra, 1872, pp. 12-14.

de corazón, por verdadero convencimiento, y sin interesados o torpes motivos»³³.

Empezó a trabajar abiertamente en favor de la restauración, pero no fue hasta agosto de 1873, en medio de la I República, cuando Cánovas recibió el encargo de dirigir el movimiento favorable al príncipe Alfonso. La decisión fue tomada en una reunión celebrada en el palacio de Castilla, en agosto de 1873, a la que asistieron Isabel II, el príncipe Alfonso —que se encontraba de vacaciones en la capital francesa procedente del colegio de Viena— la infanta Isabel, el moderado Alejandro de Castro y el unionista marqués de Molins, además de Cánovas. Fue Castro quien propuso el nombre de Cánovas, con lo que se mostró conforme Molins, y fue aceptado y «celebrado» por la reina. La carta en que se comunicó a Cánovas su designación —firmada por Isabel y por Alfonso, de acuerdo con la condición impuesta por aquel— fue redactada por Molins. Suponía la aprobación explícita de la conducta que había seguido en el periodo revolucionario: después de hacer mención a que no hubiera dificultado «las últimas e inútiles aspiraciones al orden», sus firmantes declaraban «con cuanto placer [...] te veíamos intervenir en los partidos, no empeñado en exacerbarlos o dividirlos, sacrificando mucho pero no la justicia al bien común, aguardando el tiempo oportuno, y ganando en tanto a tu persona y a tus doctrinas la consideración de unos, la influencia con otros, el respeto de todos»³⁴.

Los canovistas edificaron un movimiento de opinión importante, para lo que entonces eran aquellas cosas. Se crearon círculos alfonsinos que fueron extendiéndose por todo el país y se compraron periódicos en toda España. *La Época* era el principal órgano del partido en Madrid. Según uno de los banqueros alfonsinos se gastaban tres mil duros mensuales en subvenciones a la prensa. Trataron de llegar a todas las clases sociales, pero el mayor éxito de aquella propaganda se registró entre la alta sociedad española, donde muy pocos se resistieron.

³³ *Ibidem*, pp. 5-6.

³⁴ CASTRO, Alejandro de, *Apuntes y detalles que pueden ser útiles a quien escriba la historia de los acontecimientos en España desde 1873 hasta nuestros días*, Madrid, T. Fortanet, 1877, pp. 28-30. ALQUIBLA, marqués de, *Una embajada interesante. Apuntes para la historia, 1875-1881*, Madrid, Imprenta Alemana, 1913, p. 31. LEMA, marqués de, *De la Revolución a la Restauración*, Madrid, Voluntad, 1927, vol. II, pp. 603-604.

Nombrar a Cánovas significaba dotar a la acción dinástica de un nuevo contenido: «se me ha dicho que escriba su lema e interprete su sentido», afirmarí­a en el Congreso. Este nuevo sentido estribaba básicamente en recomponer el consenso básico de los liberales constitucionales en torno a la Corona y a la dinastía borbónica. El documento que mejor expresa las líneas fundamentales del proyecto canovista es el *Manifiesto de Sandhurst*, de 1 de diciembre 1874, dirigido por el príncipe Alfonso a quienes le habían felicitado con motivo de su diecisiete cumpleaños. «Para lo que nosotros veníamos a hacer [...], allí estaba el fundamento, allí estaba el germen de toda la política que se desarrolló en el primer periodo de la Restauración», diría posteriormente Cánovas. En el Manifiesto, el príncipe hacía referencia a su contacto con «las naciones más grandes y prósperas de la Europa moderna» que son las que «respetan más su propia historia», mejor aún «el orden, la libertad y la justicia», y siguen «con seguros pasos la marcha progresiva de la civilización»; miraba al pasado para alabar los «muchos años de progreso constante, de prosperidad, de crédito, y aun de alguna gloria» del reinado de su madre, en el que «las instituciones representativas [...] nunca dejaron de funcionar legalmente», al tiempo que lamentaba «la dura lección de estos tiempos que si para nadie puede ser perdida, todavía menos deberá serlo para las honradas y laboriosas clases populares, víctimas de sofismas pérfidos o de absurdas ilusiones»; para el futuro, reiteraba el carácter imprescindible de la «Monarquía hereditaria y representativa» como garantía de los derechos e intereses tanto de las clases obreras como de las más elevadas; insistía en la importancia que habría de tener en la futura Monarquía la opinión de la nación, a través de sus instituciones representativas; para concluir, Alfonso de Borbón hacía una llamada a todos los que «de buena fe, sean cuales fuesen sus antecedentes políticos, comprendiendo que no pueden temer exclusiones, ni de un monarca nuevo y desapasionado ni de un régimen que, precisamente hoy, se impone porque representa la unión y la paz», y terminaba afirmando el que «sea la que quiera mi suerte, ni dejaré de ser buen español, ni como todos mis antepasados

buen católico, –[única referencia a la religión en todo el texto]– ni como hombre del siglo, verdaderamente liberal»³⁵.

El año 1874 se había iniciado con el golpe de Estado que el general Manuel Pavía y Rodríguez de Alburquerque, capitán general de Madrid, dio en la madrugada del 3 de enero. Pavía disolvió por la fuerza las Cortes Constituyentes después de que la gestión del presidente Emilio Castelar –que había tratado de poner orden en el caos republicano– no fuera aprobada y la Asamblea se dispusiera a elegir un nuevo presidente, previsiblemente entre las filas de los federales intransigentes. Aquel nuevo giro a la izquierda –que, a juicio de los militares, daría fuerza a las sublevaciones cantonalistas y agravaría tanto la guerra carlista como la cubana– era más de lo que el Ejército estaba dispuesto a consentir. Pero Pavía no se reservó el poder para sí, sino que convocó a los líderes de todos los partidos políticos a una reunión que se celebró el día 4 de enero; en ella, según la narración de Cánovas, los radicales defendieron el establecimiento de una república unitaria, bajo la presidencia del duque de la Torre, aplazando la convocatoria de Cortes. «Al oír esto, me opuse enérgicamente y propuse la formación de un gobierno neutro nacional de carácter provisorio que preparase el advenimiento del gobierno definitivo [...]. Vista la discrepancia, llamose al capitán general (Pavía) para que decidiera. Este [...] manifestó que suprimir el nombre de república era lo mismo que traer la Monarquía de don Alfonso y que nunca había estado en su ánimo que ese nombre se suprimiera [...], resolviendo la cuestión favorablemente a los radicales y al duque de la Torre». Cánovas se negó entonces a formar parte del nuevo ministerio, que quedó en manos de los mismos partidos que habían gobernado durante la monarquía de Amadeo de Saboya³⁶.

Cánovas prefería que el príncipe Alfonso de Borbón accediese al trono por un procedimiento civil –la proclamación por las Cortes– pero tampoco desechaba la posibilidad de lograr este objetivo mediante la intervención del Ejército. El medio para conseguirlo no

³⁵ DSC, leg. 1876-1877, núm. 17, 8 de marzo de 1876, p. 309, y discurso en el Congreso de 15 de junio de 1880, OC VII-II, p. 574. Manifiesto de Sandhurst, ejemplar manuscrito dirigido al presidente del Comité conservador de Teruel. Fundación Lázaro Galdiano, Archivo Cánovas, l. 13, c. 12, 7.

³⁶ LEMA, *De la Revolución*, cit., vol. II, pp. 636-637.

podía ser un *pronunciamiento*, porque «una Monarquía legítima y restauradora del orden social no puede ser levantada por motines desorganizadores y acaso sangrientos de los que tan fácilmente promueven los partidos demagógicos». El único camino posible quizá fuera una suerte de *proclamación*: una acción iniciada «por una importante fuerza organizada y regularmente dirigida y capitaneada por sus jefes naturales». En la primavera de 1874, Cánovas intentó por dos veces este procedimiento cuando planeó que la Monarquía fuera proclamada por el general Manuel Gutiérrez de la Concha, marqués del Duero, tras algún resonante éxito frente a los carlistas: primero, con el levantamiento del cerco a Bilbao y, más tarde, con motivo de la toma de Estella, pero en ninguno de los dos casos fue posible. En el primero, porque el triunfo liberal fue solo parcial ya que la capital vizcaína fue liberada, pero el ejército carlista consiguió retirarse con orden, y en Estella porque una bala perdida mató al marqués del Duero en el campo de batalla³⁷.

Tras estos fracasos, Cánovas continuó confiando en los efectos de la propaganda tanto en la sociedad como en el Ejército. Como escribió el marqués de Rozalejo, censurando a Cánovas, este tenía «miedo al fracaso de un golpe militar; pero lo que más le inquietaba era que fuese dado por generales moderados, como Valmaseda y Martínez Campos», ya que su propósito era «anular en la futura gobernación del Estado cuanto tuviese un tinte demasiado derechista». Efectivamente, Cánovas temía que ese golpe se produjera porque si fracasaba, el partido alfonsino sería perseguido y la restauración se demoraría o frustraría definitivamente. Pero incluso si triunfaba, Cánovas veía dos peligros para la realización de su proyecto político; uno, que los militares triunfantes quisieran mandar ellos mismos: bien fresca estaba la memoria de los espadones isabelinos; el otro peligro era la fuerza que los militares victoriosos pudieran dar al proyecto político de los moderados —volver a la situación anterior a 1868— tan diferente del suyo³⁸.

A juicio de algunos militares moderados, la actitud relativamente pasiva de Cánovas estaba poniendo en peligro la restauración, por

³⁷ Cánovas a Isabel II, 9 de enero de 1874, en FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor, *Cánovas. Su vida y su política*, Madrid, Tebas, 1972 (2ª ed.), p. 591.

³⁸ ROZALEJO, *Cheste*, cit., pp. 257-258.

desaprovechar el ambiente favorable de muchos círculos castrenses y sociales, y permitir que los partidos en el poder —especialmente los constitucionales del duque de la Torre y Práxedes Mateo Sagasta— se reorganizaran ocupando ayuntamientos y diputaciones provinciales. Por otra parte, en diciembre de 1874, el duque de la Torre se arriesgó a abandonar Madrid para ponerse al mando del Ejército de Norte. La guerra carlista había evolucionado favorablemente para los liberales a lo largo del año. Era previsible que si el general Serrano conseguía liquidarla o, al menos, lograr una serie de victorias decisivas, su posición al frente de la República se consolidara definitivamente³⁹.

En esta coyuntura, el general Arsenio Martínez Campos decidió actuar. El 21 de diciembre escribió una carta al príncipe Alfonso: «Mi crédito con el ejército y con el público se va gastando rápidamente; me he hecho incompatible con D. Antonio Cánovas, que podrá ver con más calma y lucidez el estado de los asuntos, pero que yo creo no va por buen camino, y he creído mi deber acudir a V.A. rogándole me autorice reservadamente para obrar independientemente de D. Antonio Cánovas [...]. Aguardo con ansiedad la resolución de V.A., porque los momentos los considero supremos». No sabemos si hubo contestación del príncipe, pero, en cualquier caso, Martínez Campos puso en marcha sus planes al viajar a Valencia el día 27 de diciembre para ponerse al frente de las escasas fuerzas —1 800 hombres— que le ofreció el brigadier Luis Dabán. El *pronunciamiento* tuvo lugar a primeras horas del día 29 de diciembre, en un campo de olivos próximo a Sagunto. Alfonso XII fue proclamado rey de España. Ninguna otra fuerza estaba formalmente comprometida, pero el apoyo del general en jefe del Ejército del Centro, Joaquín Jovellar, resultó decisivo. Serrano, en el Norte, y Sagasta, en Madrid, trataron de resistir, pero al comprobar el *pronunciamiento* pasivo de la mayoría de los mandos, lo aceptaron y se resignaron a abandonar el poder. Según le escribió Martínez Campos al rey, a los pocos días de entrar este en España, el verdadero autor del plan era el moderado general Blas de Villate,

³⁹ BECK, Earl R., *A time of triumph and of sorrow. Spanish politics during the reign of Alfonso XII, 1874-1885*, Carbondale, Southern Illinois University Press, 1979, p. 16.

conde de Valmaseda: «él ha sido el iniciador, yo me he limitado a ser el ejecutor de su voluntad y órdenes»⁴⁰.

Cánovas se enteró del propósito de Martínez Campos por una carta de este, cuando ya era tarde para impedirselo. «No olvidaría jamás, aunque viviera siglos –escribió Francisco Silvela, asistente a la reunión donde se leyó la carta del general– la impresión de aquella lectura, que se hacía en el momento mismo de recibirse en Madrid la noticia del movimiento entre los dos ejércitos del Norte y del Centro, que sabíamos bien que eran ajenos a él, y podían caer sobre aquella pequeña columna y deshacerla [...]. Por primera vez vimos temblar al Sr. Cánovas por el éxito de la Restauración, que él creía seguro, pero aplazado a más remota fecha»⁴¹.

Al conocerse en Madrid el *pronunciamiento*, Cánovas fue detenido y conducido al Gobierno Civil, donde recibió un trato exquisito. El gobernador, Juan Moreno Benítez, le invitó a comer, junto con su amigo Antonio María Fabié y el director de *La Época*, Ignacio José Escobar. A los postres, llegó Cristino Martos confirmando el éxito del acto de Sagunto. Cánovas se trasladó entonces al palacio de Buenavista –sede del ministerio del Ejército– donde reunió a los personajes del partido alfonsino y les presentó los poderes que le había dado el príncipe Alfonso. La composición final del Ministerio-Regencia con ex revolucionarios –el general Jovellar, Francisco Romero Robledo y Adelardo López de Ayala, autor en 1868 del Manifiesto de «España con honra»– ex moderados, como el marqués de Orovio, y ex unionistas, como Pedro Salaverría, era toda una declaración de principios e intenciones.

IV. LA RESTAURACIÓN

El atractivo, a derecha e izquierda, de la apuesta conciliadora e integradora de la Restauración en versión canovista no puede entenderse sin las experiencias de las generaciones que vivieron la política entre los años sesenta y setenta del ochocientos. Años críticos,

⁴⁰ Martínez Campos a Alfonso XII, Madrid, 24 diciembre 1874 y Barcelona, 9 de enero, 1875, Archivo General de Palacio. Secretaría de S.M. Alfonso XII, cajón 22/1.

⁴¹ SILVELA, Francisco, *Revista Política y Parlamentaria*, 30 de enero de 1900, en CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Antonio Cánovas del Castillo*, cit., p. 459.

en España y en Europa. Porque, debemos ser conscientes que la *Commune* es un parteaguas en casi todo el Continente. Y, en la España del último tercio del XIX, se desencadena una dinámica que recuerda algo, aunque en tono muy suavizado, a lo sucedido en la Francia de la *débâcle* ante los prusianos y de la Comuna frente al obrerismo revolucionario (1870-1871). La cascada de regímenes y gobiernos que en España siguen a la Revolución de 1868 hasta 1874, desde el ensayo de la monarquía democrática amadeísta, a la I República, con su revolución cantonal y una reacción contrarrevolucionaria en que los carlistas se postularon, con cierto éxito, a decir del agregado militar francés, como «la causa del orden», representando el papel de «bomberos de la revolución», tiene un efecto traumático para la generación de políticos que vive ese tiempo trepidante de cataclismos y riesgos: «cada mañana nos preguntamos al levantarnos, ¿dónde fue ayer el motín?; y, al acostarnos, ¿cuál será el conflicto de mañana?»⁴².

La penúltima aventura legitimista, en efecto, más que una *jacquerie* de campesinos ultramontanos alzados contra la modernidad, fue una reacción contra lo que demasiados consideraron –un diplomático francés entre ellos– «los excesos de la revolución». Lo cual, junto a la disolución del cuerpo de Artillería, «llena[ron] sus filas de muchos oficiales que vieron la bandera de don Carlos como la sola representante de la causa del orden»⁴³. Muchos liberales –Cánovas, entre ellos– lo percibieron como la posibilidad del triunfo final «del enemigo común»⁴⁴. Cánovas señaló de lejos el peligro que el creía se cernía sobre la causa liberal: «el único medio de preparar una resistencia eficaz a las reacciones futuras –les advirtió temprano a los revolucionarios de la Gloriosa– es tener hoy moderación en los propósitos», porque –insistía– «lo que siento es un convencimiento doloroso de que la exageración de ciertos principios puede

⁴² Archives Historiques de l'Armée, Vincennes (AHA), Espagne, 7N 1196, núm. 61 bis: de Cambis-Alais a ministro de la Guerra, Madrid, 25 de marzo de 1876, e *idem*, Cambis-Alais a general Barrail, 4 de julio de 1873. *El Diario Español*, 16 de marzo de 1875.

⁴³ AHA, Espagne 7N 1196: Cambis-Alais a M. de la Guerra, 7 bis, 7 de marzo de 1875.

⁴⁴ AHA, Espagne 7N 1196: Cambis-Alais a M. de la Guerra, 7 de febrero y 16 de mayo de 1873 y núm. 61 bis, 25 de marzo de 1876. La misma frase de Cánovas, en Cánovas a Dña. Isabel: 13 Abri, 1874, vid., IZQUIERDO, M., *Historia clínica de la Restauración*, Madrid, 1946, p. 43.

bien destruir en la práctica aquello mismo que todos deseáramos conservar [...]: la libertad»⁴⁵. Antonio Maura, a la sazón un joven pasante, ilustraría, cuarenta años después, el impacto que produjo el Sexenio revolucionario en una generación de políticos: «aquel año de 1873 fue un año tal que, si hubieran quedado vivos los testigos presenciales, con ellos solos, mudos, sin que nada dijeran, estaría perpetuamente preservada la Nación de nuevos trastornos»⁴⁶. De esta suerte, no resulta una afirmación aventurada señalar que, tras la resaca de la *Commune à la espagnole*, mediados los años setenta del siglo antepasado, un grupo numeroso de políticos, a la derecha e izquierda del espectro liberal, estaban sumamente escaldados de las prácticas de la violencia política y sus consecuencias. Y, a esa altura, vivían además persuadidos de que, como en tiempos clásicos, la hegemonía de poder, el monopolio o «exclusivismo de partido», como ellos lo llamaban, «no producía más que catástrofes», para decirlo en palabras de Sagasta⁴⁷; esa, según su diagnóstico, era la raíz del problema. En este contexto, y desde estas experiencias difíciles, cuando no amargas, se gesta la solución restauradora.

Como Cánovas afirmó en el Congreso, al iniciarse las nuevas Cortes Constituyentes, el 8 de marzo de 1876, cuanto había dicho y proclamado «antes de venir D. Alfonso», «como hombre honrado que soy [...], eso mismo estoy diciendo desde el Poder». Con ello se refería al llamamiento «a los hombres políticos de todos los partidos bajo la bandera de D. Alfonso», que «significaba la libertad y la concordia, que no excluía a nadie, que era la continuación del reinado constitucional de su madre en aquellos tiempos en que los liberales unidos la aclamaban como el símbolo común de sus victorias»⁴⁸: don Alfonso, y la Restauración canovista, habían venido a «continuar la Historia de España», que no a imponer un ajuste de cuentas vindicativo: la continuación de la España liberal, «como rey absolutamente

⁴⁵ Cánovas, *DSCC*, leg. 1869-1871, núm. 44, 8 de abril de 1869, p. 938.

⁴⁶ Maura, *DSC*, leg. 1910-1911, núm. 29, 19 de julio de 1910, p. 743, citado por ARRANZ, Luis, «El debate parlamentario sobre las crisis de gobierno, 1909-1913. Una crisis de eficacia», documento de trabajo presentado al Seminario de Historia Contemporánea del Instituto Universitario Ortega y Gasset, 0296, p. 58.

⁴⁷ Sagasta, *DSC*, leg. 1871-1872, núm. 113, 6 de octubre de 1871, p. 2892.

⁴⁸ *DSC*, leg. 1876-77, núm. 17, 8 marzo 1876, p. 310. *New York Times*, 8 de enero de 1875.

de todos los españoles» –le recordó don Alfonso a un amenazador Arzobispo de Valencia⁴⁹.

Parte fundamental del proyecto político de Cánovas era hacer una nueva Constitución integradora, frente al propósito de los moderados de volver a implantar la Constitución de 1845, y de los constitucionales, de restablecer la de 1869. En la Constitución de 1876 sintetizó los principios fundamentales de la Constitución moderada de 1845 –la soberanía compartida por las Cortes con el Rey, que consideraba la *constitución interna* de España– y de la Constitución democrática de 1869 –los derechos individuales–; en la cuestión religiosa se llegó a una solución de compromiso (art. 11): ni monopolio católico (exigencia de los moderados, con Dña. Isabel al frente, que era «faro» principal del carlismo) ni completa libertad de cultos, sino tolerancia religiosa. Un compromiso que a pocos políticos satisfacía: tampoco al rey, pero –le confesó resignado don Alfonso al ministro británico– «*il faut contenter le Pays*». Como diría Francisco Silvela, secretario de la Comisión constitucional del Congreso de los Diputados, «el proyecto de Constitución no es [...] una política, ni un programa de política; bajo esta Constitución pueden realizarse todas las políticas posibles dentro del sistema monárquico constitucional». Y, efectivamente, así ocurrió: el partido Liberal pudo aprobar con ella su programa democrático –la ley de Asociaciones, el Jurado, leyes garantes de la libertad de imprenta y el gran impulso de codificación–.

En la práctica, el sistema canovista consistió en la alternancia de dos partidos en el poder, de acuerdo con el arbitraje de la Corona, y no con el veredicto de las urnas, con la opinión de los ciudadanos expresada en las elecciones. Cánovas era plenamente consciente de que hacer de la Corona el intérprete último de la voluntad y el interés de la nación, era algo anormal en un sistema representativo; también señaló los peligros que entrañaba para la monarquía, pero consideró que era la mejor solución –la única– para asegurar la alternancia, dada la inexistencia de un cuerpo electoral independiente en el país –al menos, desde hacía treinta años, como demostraba palmariamente el constante triunfo gubernamental en las elecciones– y evitar el recurso a los *pronunciamientos*. Un déficit –de electores indepen-

⁴⁹ Cánovas, *DSC*, leg. 1876-1877, núm. 20, 11 de marzo de 1876, p. 375.

dientes— del cual casi todos eran responsables: el propio Cánovas incluido, puesto que ejerció de subsecretario de Gobernación con Posada Herrera, motejado de «gran elector», muchas décadas antes de que Giolitti se ganara en Italia tan dudoso honor. En las últimas elecciones del periodo, las de la I República, el fraude alcanzó proporciones abrumadoras, de modo que «las elecciones se escribían», (desde Gobernación, sobre todo), en lugar de votarse en las urnas: se entiende que «las escribía» o «encasillaba», el partido que recibía del monarca el decreto de disolución de las Cortes, de modo que eran los gobiernos quienes «fabricaban» las mayorías electorales, que no al «derecho», las mayorías quienes formaban gobiernos. De estas experiencias durante el Sexenio, Cánovas salió persuadido de que, más que llave de alternancia, las elecciones democráticas manipuladas eran grillete y garantía de monopolio de poder: «porque los gobiernos harán lo que quieran [...] mientras haya gobernadores y alcaldes a [su] disposición». Sin «elecciones verdaderas», comentaba un diplomático francés, sólo quedaba la Corona como fiel de la balanza de poder; eso sí: una Corona imparcial y liberal, que repartiera el poder alternativamente entre las dos principales agrupaciones políticas del país, conservadores (que integraran a los viejos moderados y a los unionistas) y liberales (herederos de progresistas, radicales y hasta algunos demócratas); una Corona presidida por un «rey-soldado». «Necesitamos un rey-soldado, lo más pronto posible», clamaba Cánovas, «en el cual los militares vean en él a su jefe», alejándoles de banderías políticas, algaradas y pronunciamientos de cualquier especie⁵⁰.

El hecho de que el Manifiesto programático del nuevo régimen se firmara en Inglaterra, «el país clásico de los reyes constitucionales» —escribía Cánovas al príncipe Alfonso— y en la Academia Militar británica de Sandhurst, donde el príncipe Alfonso cursaba sus estudios en 1874, es indicativo de ambas características: una Corona liberal e imparcial ceñida por un rey militar. Es también revelador del interés que puso Cánovas en la educación del joven príncipe, alejándole de la corte de su madre, la reina Isabel, plagada de mojas milagreras,

⁵⁰ AHA, Espagne, 7N 1196, Attaché a m. de la Guerra, Rappt. núm. 116, 3 de diciembre de 1877. Cánovas utiliza las mismas palabras en una carta a la reina Isabel, que reproduce LEMA, *De la Revolución a la Restauración*, cit., II, pp. 688-689.

simpatizantes del carlismo, y de militares moderados, golpistas y revanchistas⁵¹. Desde antes incluso del movimiento revolucionario de 1868, Cánovas buscaba una salida consensuada e integradora. Aquello suponía una novedad en la historia de la monarquía constitucional en España porque, como diría en el Congreso, «una de las cosas que con frecuencia andan de boca en boca es que era un gran tiempo aquel en que no había más que dos partidos; el partido Progresista y el partido Moderado, y se sucedían alternativamente; es decir, cada vez que el uno podía más que el otro, le fusilaba, le cañoneaba (*Risas*), le vencía y ocupaba el Poder. Si alguna vez hubiera habido semejantes partidos organizados que debieran su triunfo al cuerpo electoral, habría podido decirse que existía el turno pacífico de los partidos, pero esto no ha sucedido». La razón, a su juicio, estaba «en que no hay prudencia, en que no hay moderación, en que no hay espíritu de obediencia; en que nadie quiere esperar del desenvolvimiento lento de las ideas, de la predicación y del convencimiento, el triunfo de sus principios, y en que a todo el mundo se le hace tarde para esperar, fiando la resolución de todos los problemas políticos al triste recurso de la fuerza» del pronunciamiento militar⁵².

La injerencia del Ejército en la política, era una «enfermedad» que «comprometía» la vida pública española desde 1808, le confesaba Cánovas a un diplomático francés. Una dolencia que afectaba a «todos los partidos»; por ello, «mientras en los partidos no reine el convencimiento de que la política es el modo de vivir juntos los hombres en las grandes sociedades que se llaman naciones, y que para vivir juntos se necesita una serie de transacciones constantes que lleguen desde lo más alto hasta lo más bajo, y que pueden muy bien no tener límite alguno [...], no habrá Gobierno que no tenga enfrente revoluciones». La fórmula para conjurar tal patología, según el razonamiento canovista, consistía en satisfacer, alternativamente, las ansias de poder de los profesionales de la política. Entiéndase bien: no se trataba tanto de conquistar electores, como de contentar a los políticos profesionales.

⁵¹ Cánovas a Alfonso de Borbón, 17 de enero de 1874, AGP, cajón 21/14, núm. 1. Cánovas en el control de la educación del Príncipe Alfonso, en «Diario. Memorias políticas del conde de Toreno»: 27 de agosto y 13 de septiembre de 1873.

⁵² DSC, leg. 1876-77, núm. 51, 3 mayo 1876, pp. 1085. *Diario de Sesiones del Senado*, leg. 1876-77, núm. 46, 5 junio 1876, pp. 537-538.

Puesto que los partidos «buscaban en la revolución lo que les rehusaba la monarquía» –le explicaba Cánovas al agregado militar francés–, el mecanismo habría de encontrarse «transformando la monarquía en una corona imparcial», clave y llave de una alternancia regular que evitara que políticos frustrados buscaran satisfacer sus ansias de poder en «las cuadras de los cuarteles»⁵³.

En suma: en lugar de «exclusivismo de partido» y *pronunciamientos* como mecanismo de cambio, «turno» y alternancia pacífica. Así pues, desde este mecanismo, se perfeccionó, a partir de 1875, el rígido y coactivo sistema imperial francés, introduciendo la idea de una elección, o encasillado, por negociación con la oposición dinástica –en lugar de la napoleónica persecución o marginación de los opositores– y la noción de *candidatos idóneos* (con ventaja sobre los *oficiales* franceses o, incluso, los *adictos* bismarckianos). Entre los candidatos encasillados por el ministro de Gobernación de turno, se incluía, para reservarles un cupo electoral respetable, a la leal oposición, a quien la Corona garantizaba una alternancia en el gobierno regular, cierta, y, en consecuencia, pacífica, como sustituto y vacuna de anteriores tentaciones golpistas.

El sistema funcionó gracias a la formación de dos partidos: el Conservador dirigido por el mismo Cánovas y el Liberal, cuyo jefe era Sagasta, que empezaron a alternar en el poder a partir de 1881. Cánovas, que había estado al frente del gobierno entre 1875 y 1881 –salvo dos pequeños paréntesis– volvió a recobrar el poder a comienzos de 1884 y lo retuvo hasta la muerte de Alfonso XII, al finalizar el año siguiente. En aquella circunstancia –fuente de inquietudes e incertidumbres– Cánovas facilitó la continuidad de la monarquía abandonando voluntariamente el poder en manos de los liberales, que se convirtieron en los mejores guardianes de las instituciones. El hecho ha recibido generalmente el nombre de «Pacto de El Pardo», pero más bien podría llamarse «Tregua de El Pardo», y merece una atención especial.

El 24 de noviembre, víspera de la muerte del rey, Sagasta fue convocado a El Pardo, donde mantuvo una larga entrevista con María Cristina de Austria, en la que se le pidieron garantías del apoyo de

⁵³ A. Cánovas, 1874; y AHA, Espagne, 7N 1196, Attaché a M.o Guerra, Rappt. núm. 116, 3 diciembre 1877. *DSS*, leg. 1876-77, núm. 46, 5 junio 1876, p. 538.

los liberales a la futura regencia, en caso de confirmarse los peores presagios. Al volver a su domicilio, le esperaba la plana mayor del partido, convocada por Martínez Campos. De la reunión que mantuvo con Martos, Alonso Martínez, Camacho, el marqués de Vega de Armijo, Montero Ríos y Venancio González, salió «un acuerdo unánime», cuyo contenido fue expuesto por Martos: los liberales declaraban su firme adhesión al trono, y manifestaban su voluntad de defenderlo, aunque por distintos motivos; unos, monárquicos de corazón, «por amor a la persona y a la dinastía», otros, monárquicos de razón, porque representaba «la legalidad constitucional y la salvación de la libertad y del orden». Más tarde, también por mediación de Martínez Campos, Sagasta se trasladó a la presidencia del Consejo de ministros, en la calle Alcalá, donde le esperaba Cánovas⁵⁴.

La propuesta de formar gobierno le fue hecha formalmente a Sagasta por María Cristina, la tarde del 27 de noviembre, en el Palacio Real de Madrid, adonde el cadáver del rey había sido trasladado desde El Pardo para ser expuesto públicamente, antes de ser inhumado en El Escorial. Una serie de errores retrasaron aquel acto, que se había querido celebrar inmediatamente después del de la dimisión de Cánovas. El jefe liberal, perfectamente al tanto de la situación, llevaba preparada la lista de su «gabinete de altura», que María Cristina aprobó. Los ministros juraron sus cargos allí mismo. Inmediatamente después, el nuevo ministro de Gracia y Justicia, Manuel Alonso Martínez, recibió el juramento constitucional de la regente, que habría de renovar solemnemente ante las Cortes, el 30 de diciembre de aquel año. Parece claro que hubo acuerdo entre Cánovas y Sagasta. Moret, en una Circular a los representantes españoles en el exterior de 5 de diciembre de 1885, lo reconocía expresamente, al señalar entre los factores que habían facilitado la resolución de la crisis, «la conducta seguida por el señor Cánovas del Castillo al

⁵⁴ *Crónica contemporánea. Los dos primeros años de la Regencia*, pág. 34. *La Época*, 25 noviembre 1885, citado por Melchor FERNÁNDEZ ALMAGRO: *Historia política de la España contemporánea*, Madrid, Alianza, 1969, vol. I, pág. 443. Juan ORTEGA RUBIO: *Historia de la regencia de doña María Cristina de Habsburgo-Lorena*, Madrid, F.G. Rojas, 1905, vol. I, pág. 201. Según Fabié –generalmente bien informado, por disponer de la documentación de su padre, muy próximo al líder conservador–, Cánovas y Sagasta ya se habían entrevistado el día anterior, en el palacete de la Moncloa. FABIÉ, *Cánovas del Castillo*, cit., p. 144.

ponerse en contacto con el señor Sagasta y pedirle su cooperación para salvar la Monarquía constitucional sin condición alguna, cooperación ofrecida inmediatamente y con el mayor entusiasmo»⁵⁵.

Cánovas fue elegido presidente del Congreso de los diputados. En aquella ocasión reconoció que «he tenido el honor de aconsejar, de proponer y de defender una gran tregua política, una tregua que, a mi juicio, se impone a todos durante estas circunstancias». Con mayor detenimiento expuso esta idea en las nuevas Cortes liberales:

Nació en mí el convencimiento de que era preciso que la lucha ardiente en que nos encontrábamos a la sazón los partidos monárquicos [...], lucha que la robustez del trono a cuyo alrededor estábamos permitía, cesara de todos modos y cesara por bastante tiempo. Pensé que era indispensable una tregua y que todos los monárquicos nos reuniéramos alrededor de la Monarquía [...]. Y una vez pensado esto [...] ¿qué me tocaba hacer a mí? ¿Es que después de llevar entonces cerca de dos años en el gobierno y después de haber gobernado la mayor parte del reinado de Alfonso XII, me tocaba a mí dirigir la voz a los partidos y decirles: ‘porque el país se encuentra en esta crisis no me combatáis más; hagamos la paz alrededor del trono’ [...]? Esto hubiera sido absurdo y además de poco generoso y honrado hubiera sido ridículo. Pues que yo me levantaba a proponer la concordia y a pedir la tregua, no había otra manera de hacer creer en mi sinceridad sino apartarme yo mismo del poder⁵⁶.

La tregua entre los partidos duró hasta el otoño de 1888. En el parlamento, la actuación de los conservadores agravó las crisis que los liberales atravesaban con motivo de las disidencias del general Cassola y de Martos, y del enfrentamiento económico entre Gamazo (proteccionista) y Moret (librecambista). La época relativamente tranquila de los liberales en el poder tocaba a su fin. Los temores surgidos tras la muerte del rey se consideraban superados y el trono definitivamente afianzado. La ley de sufragio universal (masculino) aprobada por las Cortes liberales al final casi de su mandato, fue un intento de Sagasta *in extremis* de conjurar unas divisiones de las

⁵⁵ Segismundo MORET: «Circular a los representantes de España en el extranjero», 5 de diciembre de 1885. Archivo General de Palacio, Cajón 13/3.

⁵⁶ DSC, leg. 1885-1886, núm. 1, 26 de diciembre de 1885, p. 23 y leg. 1886, nº 44, 3 de julio de 1886, p. 796.

facciones liberales que no hacían sino iluminar los estertores del gobierno liberal. La situación estaba agotada.

En la última década del siglo, Cánovas volvió a ocupar el gobierno en 1890. Aunque con la ley Sagasta de 1890 España se había convertido en uno de los primeros países en introducir el sufragio universal masculino (como treinta años antes del Reino Unido), paradójica y probablemente la repentina extensión del sufragio incrementó los «electores-cifra», a disposición de la maquinaria de Gobernación, más que los votantes verdaderos. Así lo había manifestado Cánovas, que consideraba «que con ese sistema de elección es imposible llegar a la verdad electoral; que los males electorales en España, lejos de mitigarse, aumentarán con el número de electores». Sin embargo, la postura respetuosa del partido Conservador tuvo enorme trascendencia, en la medida que supuso la aceptación del principio básico del partido progresista de la *Soberanía Nacional* (española), un principio que ha permanecido desde entonces indiscutido hasta el gobierno Zapatero, entre el 2004-2010. Porque, en el Congreso, el gobierno conservador de 1890 anunció que no tenía el propósito de presentar «restricción ninguna de las reformas políticas y jurídicas que, llevadas a término en los primeros años de la regencia, constituyen un estado legal digno de respeto». El partido Conservador aceptaba íntegramente la labor legislativa del partido Liberal, sufragio universal incluido. Consideraba que con ella se había concluido la fase constituyente de la Monarquía y la atención preferente a las cuestiones políticas. Era hora de dedicar las mejores energías a las materias económicas, administrativas y sociales, «desarrollando un régimen de eficaz protección a todos los ramos del trabajo», con una especial atención a «cuanto atañe a los intereses de la clase trabajadora». Estas palabras no eran pura retórica, sino que significaban cosas nuevas y hasta revolucionarias en la trayectoria del liberalismo clásico⁵⁷.

Finalmente, Cánovas ocupó el poder, por última vez, desde 1895 –ya había estallado la guerra cubana– hasta su muerte, el 8 de agosto de 1897, cuando fue asesinado por un anarquista italiano en el balneario de Santa Águeda, en Mondragón (Guipúzcoa). El avispero cubano, que ya había sido determinante en la política española desde

⁵⁷ Cánovas, Discurso en el Congreso, 15 de junio de 1889, en OC VII-IV, p. 467. DSC, leg. 1891-91, núm. 1, 2 marzo 1891, pp. 2-3.

1868, lo fue aún con más estridencia desde 1895. Cuba, que había sido principalmente un baluarte estratégico durante siglos, cuando el golfo de México era un lago virreinal, tras la independencia del continente, se convirtió en un enclave de creciente prosperidad comercial y económica. Exponente de riqueza de una economía de plantaciones de azúcar y de tabaco, atrajo a multitud de inmigrantes peninsulares, hasta convertirse en una colonia más próspera que la propia metrópoli. El dinero cubano fue fundamental en la financiación de la propia Restauración y muchas familias de los políticos conservadores y liberales, (como el propio Cánovas y su hermano Emilio, o Víctor Balaguer, en el partido liberal, o Gabriel Maura, el hijo de Antonio Maura, liberal gamacista, entonces, y futuro jefe conservador) tenían estrechos vínculos cubanos y sólidos intereses.

Cuba era, pues, un problema de política interior: un problema que la sublevación revolucionaria cubana de 1895, a las puertas de los EE. UU., convirtió en explosivo. En este punto, la evidencia es abrumadora. Multitud de testimonios, variados y contrastados –y la propia secuencia de los acontecimientos– revelan «la verdad de Perogrullo –que decía el embajador británico– de que quien entregue la Isla sin lucha» se tendrá que enfrentar a una sublevación popular y a una rebelión militar. «Los políticos españoles», pues, se debatían en «un terrible dilema: la guerra o el deshonor», en palabras de Sagasta; cfr. enfrentarse con el ejército norteamericano, para defender lo indefendible, o hacerlo con el propio, arriesgando lo intocable –la monarquía y las libertades constitucionales– y, por ende, la paz interna. Frente a disyuntiva tan dramática, advertía *La Correspondencia Militar*, «que escoja el Gobierno, antes de que el país y el ejército resuelvan declararle inútil». Así pues, «si difícil e[ra] conservar y asegurar nuestro dominio legítimo en Cuba; [...] muchísimo más difícil [resultaba] abandonarla [porque] contra eso se levantaría la nación», comprendería Azaña un cuarto de siglo después. En contra de lo que machaconamente suele todavía repetirse, aquella no fue «una decisión numantina» ni «quijotesca», sino calculada sobre lo que los políticos de la Restauración consideraban «el mal menor». En suma, la guerra del 98 es uno de esos casos, no infrecuentes en un ambiente

nacionalista que fue enrareciéndose hasta la Gran Guerra, en que «el pueblo se sacrifica a la nación» (Unamuno)⁵⁸.

No obstante, si bien pocos pensaban lo que decían, aun eran menos quienes decían lo que pensaban. Sin embargo, en la discreta reserva de la correspondencia privada, casi todos admitían que lo «más sensato era negociar»... «la paz que se pueda, amén», escribiría Antonio Maura al borde de la catástrofe: pero «la Paz» –vendría a reconocer después, que no antes, el ministro de la guerra del gobierno Sagasta– «dependía del Ejército». La mayoría abrumadora, pues, de políticos y de militares –marinos incluidos– eran perfectamente conscientes de lo «pavoroso» del problema (Sagasta). Sabían que una guerra contra los Estados Unidos, «sin aliados», era una «demencia» (Castelar) y «una temeridad» (Canalejas) que llevaría al desastre, «¡a ciencia cierta!», reconocía el Almirante Cervera, a punto de ser nombrado jefe de la Escuadra de operaciones en las Antillas⁵⁹.

Cánovas estaba entre ellos. La paradoja estaba en que la suerte política del dirigente conservador discurría en sentido inverso a su fortuna militar: durante 1895 y 1896, una situación militar desastrosa, en que a la ofensiva revolucionaria cubana (que llegó a la parte occidental de la Isla, invadiendo Pinar del Río) se sumó la rebelión en Filipinas, la situación política de Cánovas se mostró sólida. Los liberales le apoyaron y, salvedad hecha de la prensa socialista y de los anarquistas, nadie, ni siquiera carlistas y republicanos, se atrevieron a provocar fisuras frente al enemigo común. Pero, cuando, en 1897, la situación dio un vuelco militar, con la pacificación de Filipinas y la reducción de los revolucionarios cubanos a una parte oriental de la Isla, cada vez más estrecha, comenzaron los problemas políticos para el dirigente conservador. Porque nadie estaba dispuesto a que Cánovas se alzara con el premio de la victoria: los liberales, acompañados de la

⁵⁸ UK, NA, National Archives, Foreign Office, 72/2062, 50 y 59, Barclay a Salisbury, 4 y 17 de marzo de 1898. Sagasta, DSS, leg. 1898-1899, núm. 24, 20 de mayo de 1898, p. 241. *La Correspondencia militar*, 2 de marzo de 1898. AZAÑA, Manuel, *España*, 17 noviembre 1923. Los «dilemas» y «angustias» de Sagasta, en la correspondencia del conde de Rascón, embajador de España en Londres, con Gullón, Sagasta y Sanderson: AHN Estado 8664, entre marzo y julio de 1898.

⁵⁹ Sagasta, DSS, leg. 1898-1899, núm. 24, 20 de mayo de 1898, p. 241. Maura a Trifino Gamazo, 9 de julio de 1898, Archivo Histórico Nacional, Archivo de Trifino Gamazo. Cervera a Juan Spottorno, 14 de marzo de 1896, Archivo de la Fundación Ortega-Marañón.

facción silvelista del partido conservador, le retiraron su colaboración parlamentaria, se hicieron eco de la campaña norteamericana contra la estrategia duramente represiva del general Weyler y exigieron la inmediata concesión de una amplísima autonomía *à la canadienne* para Cuba. Parece que el político conservador era consciente de que se le terminaba el tiempo, dentro y fuera de España. Los despachos del ministro español en Washington le advertían que el Presidente McKinley no podría resistir mucho más la presión de una opinión pública, sobre todo en los estados del medio Oeste, enardecida por una prensa amarillista, volcada en denunciar las supuestas «atrocidades de los españoles», «como en tiempos de Alva» (sic), y favorable a una intervención norteamericana que pusiera fin a la guerra, incluso a costa de exigir la expulsión de España de la Gran Antilla⁶⁰. Por la correspondencia que Cánovas mantuvo con los militares en la campaña cubana, sabemos que el jefe del gobierno conservador les había conminado a terminar con la guerra para fin de año. Y, en relación a un posible conflicto con los EE.UU., su posición, clara y contundente, aparece registrada en la entrevista que concedió al periodista francés G. Routier, semanas antes del magnicidio: no estaba dispuesto –aseguraba Cánovas– a dejarse arrastrar a una conflagración tal; y, si la opinión pública forzase un «disparate» de ese calibre, él –en un ademán que al articulista francés le recordó al Thiers frente al dilema prusiano treinta años atrás– se retiraría de la política. No hubo caso. El 8 de agosto caía asesinado por un anarquista, en venganza –aseguró su ejecutor– de los sucesos de Montjuic (la sangrienta represión que siguió a la bomba contra la procesión del Corpus en Barcelona el 7 de junio de 1896). Es muy probable que Michele Angiolillo, el periodista y pistolero italiano que perpetró el atentado, actuara como anarquista convencido de su causa, pero resulta también muy verosímil la conexión cubana en la preparación y financiación del magnicidio⁶¹.

La Restauración, aunque nació de un pronunciamiento, sobrevivió por la tolerancia, se asentó con la alternancia y se prolongó con

⁶⁰ La correspondencia del ministro español en Washington, Dupuy de Lôme, entre abril y junio de 1897, en AGP, Secc. Hist., C35.

⁶¹ ROUTIER, G., *L'Espagne en 1897*, París, 1897. «La opinión de Cánovas sobre la guerra con los Estados Unidos», en CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Antonio Cánovas del Castillo*, cit., pp. XX-XXXVI.

transacciones y negociaciones. En definitiva, el llamado caciquismo, *lato sensu*, no es otra cosa que un sistema de intereses articulados por una dinámica de pactos y acuerdos. Quizá por eso, los políticos de aquel régimen tuvieron éxito en su principal objetivo: resolver el problema de la falta de alternancia y eliminar su corolario golpista. En definitiva, la Restauración buscó –y logró– superar «la política de la bolsa o la vida [...], causa –según Cánovas– de todas nuestras desdichas», consistente en «exigirlo todo o declararse en rebeldía». Pero aquella solución también tuvo su coste. En política, con frecuencia, la solución de un problema suele traer como envoltorio la floración de nuevos intereses y la generación de una nueva dificultad. Así, del mismo modo que la solución del *problema de Estado* a la muerte de Fernando VII produjo, con las leyes centralistas de 1845, un *problema de alternancia o gobernación*, la consecuencia no deseada de resolver éste, pactando resultados por «turno», generó un *problema de representación o democracia* –aunque éste fuera un asunto que no se planteará hasta avanzado el reinado de Alfonso XIII–. No obstante, pudiera ser también cierto que un modelo político tan predecible y constructivista, dificultó y retrasó el alumbramiento de movimientos de reforma democrática. En este sentido, reparemos que lo pacífico del turno trajo la «paz de las urnas», puesto que la clave del «turno pacífico» residía en un intento de suprimir el conflicto pasado (cfr. el pronunciamiento), aun a costa de amortiguar el presente (electoral), rebajando la competencia, en la medida en que una alternancia garantizada por la Corona eliminaba los motivos de lucha en los cuarteles –como era su intención– pero también incentivos de hacerlo en las urnas, como fue su consecuencia. Articulado en términos lógicos, podríamos decir que Cánovas y los suyos despejaron la falacia que identificaba competencia con pendencia, generando costos de exclusión, inabordables a la postre: en semántica política, un error apenas mayor que el cometido por la solución restauradora, convirtiendo la alternancia en un pacto de resultados que eliminaba la violencia, pero también los incentivos para desarrollar una genuina política competitiva. Dos errores, eso sí, de diversa naturaleza y resultado. El primero, perseguía políticas de exclusión y generaba violencia, mientras, el segundo, alimentaba estrategias de integración que vivían de acuerdos y producían instituciones.

Si recordamos la definición funcionalista de la democracia como la de un sistema de «reglas fijas para resultados inciertos», el «turno pacífico» invierte la propuesta: lo incierto son las reglas y lo fijo es el pacto de resultados. En este sentido, el turno es un buen ejemplo de economía proteccionista de la política que caminaba, *pari passu*, con una política económica proteccionista, sobre todo desde 1891. En otras palabras, en muchos casos, eran los políticos, que no el mercado, quienes tenían «el poder de asignación de los recursos»⁶². Nada muy original: Gerschenkron pensaba que era característica de los países atrasados que «el Estado sustituyera al mercado», de modo que la economía quedara «al servicio del poder político» (E. Morin). Un caso más, pues, de «capitalismo políticamente garantizado», como lo definió Weber; un contexto en que lo racional para incrementar poder, era intrigar «en las oficinas públicas»⁶³ por rentas fiscales (o de influencia), en lugar de competir por rentas comerciales⁶⁴: léase, caciquear; esto es, dividir entre los nombres y apellidos de la clientela los beneficios públicos que la ley contemplaba como indivisibles e igualitarios.

⁶² A. Vannucci, «Scambi e collusioni: analisi di un caso», en IL PROGETTO, número 74, 1993, pp. 75-86.

⁶³ G. SAPELLI, *Cleptocrazia: il «meccanismo unico» della corruzione tra economia e politica*, Milán, Feltrinelli, 1994.

⁶⁴ G. FORTUNATO, *Il Mezzogiorno e lo Stato italiano*, Florencia, Vallecchi, 1973.

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
II
Artículos
Articles

LA PROPUESTA DE «LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL» EUROPEA*

THE PROPOSAL FOR AN “ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT” IN THE EUROPEAN UNION (EU)

Miguel Ángel PRESNO LINERA
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Oviedo
<https://orcid.org/0000-0002-0033-6159>

A Ibán García del Blanco.

Fecha de recepción del artículo: noviembre 2023
Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2023

RESUMEN

En este trabajo se analiza el origen y el desarrollo de la propuesta de «Ley de inteligencia artificial» europea, es decir, del proyecto de la Unión Europea de aprobar un conjunto de normas armonizadas para el desarrollo, la introducción en el mercado y la utilización de sistemas de IA de manera que esos objetivos sean compatibles con la dignidad humana y la autonomía individual, los derechos humanos y las libertades fundamentales, el funcionamiento de la democracia y el respeto del Estado de Derecho. Cuando se terminaron estas páginas (20 de noviembre de 2023) no había concluido el proceso legislativo pero es interesante conocer su desarrollo, los importantes y veloces cambios tecnológicos a los que ha debido hacer frente y el impacto que ya tiene tanto dentro como fuera de la Unión Europea.

Palabras clave: Unión Europea, derechos fundamentales, inteligencia artificial, riesgo tecnológico, modelos fundacionales, efecto Bruselas.

* Esta publicación es uno de los resultados del proyecto PID2022-136548NB-I00 *Los retos de la inteligencia artificial para el Estado social y democrático de Derecho*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en la Convocatoria Proyectos de Generación de Conocimiento 2022.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the origin and development of the European proposal for an 'Artificial Intelligence Act', i.e. the European Union's project to adopt a set of harmonised rules for the development, market introduction and use of AI systems in a way that is compatible with human dignity and individual autonomy, human rights and fundamental freedoms, the functioning of democracy and respect for the rule of law. At the time this paper is being written (20 November 2023) the legislative process has not been completed. Nonetheless, it is interesting to learn about its development, the significant and quick technological changes it has had to cope with and the impact that the proposal it is already having on the European Union and abroad.

Keywords: European Union, Fundamental Rights, Artificial Intelligence, Technology Risk, Foundational Models, Brussels Effect.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS INICIATIVAS PARA LA REGULACIÓN SUPRANACIONAL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. 1. En la Unión Europea. 2. En otros contextos supranacionales. III. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROPUESTA DE REGULACIÓN EUROPEA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. IV. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL? V EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EUROPEA. VI. LOS PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES A TODOS LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL. VII. EL ENFOQUE BASADO EN LOS RIESGOS. VIII. LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL OBJETO DE PROHIBICIÓN. IX. LOS REQUISITOS PARA LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE ALTO RIESGO. X. LOS MODELOS FUNDACIONALES. XI. LAS AUTORIDADES DE SUPERVISIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL. XII. LAS REGLAS EN MATERIA DE SANCIONES. XIII. EL ACUERDO DE 8 DE DICIEMBRE DE 2023 ENTRE EL CONSEJO Y EL PARLAMENTO. XIV. ¿GENERARÁ LA REGULACIÓN EUROPEA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL UN «EFECTO BRUSELAS»? BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2022, la Fundación del Español Urgente, promovida por la Agencia EFE y la Real Academia Española, otorgó el título de «palabra del año» a la expresión compleja inteligencia artificial (IA). Esta elección se justificó, entre otras razones, porque «el análisis de datos, la ciberseguridad, las finanzas o la lingüística son algunas de las áreas que se benefician de la inteligencia artificial. Este concepto ha pasado de ser una tecnología reservada a los especialistas a acompañar a la ciudadanía en su vida cotidiana: en forma de asistente virtual (como los que incorporan los teléfonos inteligentes), de aplicaciones que pueden crear ilustraciones a partir de otras previas o de chats que son capaces de mantener una conversación casi al mismo nivel que una persona. No obstante, también ha estado muy presente por las implicaciones éticas que supone el desarrollo de la inteligencia de las máquinas»¹.

Dos años antes, en el primer párrafo del *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial* de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2020, se dijo que «la IA se está desarrollando rápido. Cambiará nuestras vidas, pues mejorará la atención sanitaria (por ejemplo, incrementando la precisión de los diagnósticos y permitiendo una mejor prevención de las enfermedades), aumentará la eficiencia de la agricultura, contribuirá a la mitigación del cambio climático y a la correspondiente adaptación, mejorará la eficiencia de los sistemas de producción a través de un mantenimiento predictivo, aumentará la seguridad de los europeos y nos aportará otros muchos cambios que de momento solo podemos intuir. Al mismo tiempo, la IA conlleva una serie de riesgos potenciales, como la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos»².

Como veremos en las siguientes líneas, el impacto de la IA ya se había detectado con anterioridad y con él la consciencia de que estamos inmersos en una *infoesfera* (Floridi, 2012, p. 11), en un ambiente

¹ <https://www.fundeu.es/recomendacion/inteligencia-artificial-es-la-expresion-del-2022-para-la-fundeurae/> (consulta el 20 de noviembre de 2023).

² <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>, (consultado el 20 de noviembre de 2023).

global compuesto por organismos informacionales interconectados y este mestizaje ontológico entre lo biológico y lo técnico, entre lo carbónico y lo silícico (Campione, 2020, p. 13), exige dar respuestas jurídicas a preguntas como las que formuló en el plano ético el Grupo Europeo sobre Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías en su *Declaración sobre Inteligencia artificial, robótica y sistemas «autónomos»*, de 9 de marzo de 2018: ¿cómo podemos construir un mundo con IA y dispositivos «autónomos» interconectados que sea seguro y cómo podemos estimar los riesgos involucrados? ¿Quién es responsable de resultados no deseados y en qué sentido es responsable? ¿Cómo se deben rediseñar nuestras instituciones y leyes para que estén al servicio del bienestar de las personas y la sociedad, y para hacer de la sociedad un lugar seguro ante la aplicación de estas tecnologías? ¿Cómo evitar que, a través del aprendizaje automático, los datos masivos y las ciencias del comportamiento se manipulen las arquitecturas de toma de decisiones según fines comerciales o políticos? En suma, ¿cómo se puede prevenir que estas poderosas tecnologías sean utilizadas como herramientas para socavar sistemas democráticos y como mecanismos de dominación?³.

Pues bien, en este texto se analiza el intento de la Unión Europea, impulsado formalmente el 21 de abril de 2021, de aprobar un conjunto de normas armonizadas para el desarrollo, la introducción en el mercado y la utilización de sistemas de IA en la Unión a partir de un enfoque proporcionado basado en los riesgos al que se denominaría, de manera gráfica, «Ley de inteligencia artificial», aunque su nombre técnico, caso de que salga adelante, sería Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión⁴.

Al cierre de estas páginas se acaba de superar la fase última de deliberación a través de los «trilogos» entre las instituciones europeas

³ https://research-and-innovation.ec.europa.eu/news/all-research-and-innovation-news/ethics-artificial-intelligence-statement-ege-released-2018-03-09_en (consulta el 20 de noviembre de 2023).

⁴ Sobre las normas armonizadas en la Unión Europea, Álvarez García, 2020; sobre dichas normas en relación con la inteligencia artificial, Álvarez García y Tahiri Moreno, 2023.

implicadas⁵, y aunque no es seguro sí es probable que culmine con éxito este proyecto normativo; en todo caso, creemos que merece la pena conocer el desarrollo de este proceso, los importantes y veloces cambios tecnológicos a los que ha debido hacer frente y el impacto que ya tiene, antes de, en su caso, aprobación y publicación tanto dentro como fuera de la UE.

II. LAS INICIATIVAS PARA LA REGULACIÓN SUPRANACIONAL DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

1. *En la Unión Europea*

En su reunión de 19 de octubre de 2017, el Consejo Europeo concluyó que, para construir con éxito una Europa digital, la Unión Europea (UE) necesita, en particular, «concienciarse de la urgencia de hacer frente a las nuevas tendencias, lo que comprende cuestiones como la inteligencia artificial y las tecnologías de cadena de bloques, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos, así como los derechos digitales y las normas éticas. El Consejo Europeo ruega a la Comisión que, a principios de 2018, proponga un planteamiento europeo respecto de la inteligencia artificial y le pide que presente las iniciativas necesarias para reforzar las condiciones marco con el fin de que la UE pueda buscar nuevos mercados gracias a innovaciones radicales basadas en el riesgo y reafirmar el liderazgo de su industria»⁶. Se comienza a evidenciar así la preocupación de las instituciones de la UE a propósito, por lo que aquí interesa, de la regulación jurídica de la inteligencia artificial (IA), de manera que se pueda aprovechar todo lo que supone en materia de innovación y desarrollo tecnológico y, al mismo tiempo, queden garantizados de manera adecuada los derechos fundamentales y el propio Estado social y democrático de Derecho.

⁵ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/asuntos-economicos/Paginas/2023/081123-reglamento-identidad-digital-europea.aspx> (consulta el 20 de noviembre de 2023) y <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

⁶ <https://www.consilium.europa.eu/media/21604/19-euco-final-conclusions-es.pdf>, p. 7 (consultado el 20 de noviembre de 2023).

Transcurrido poco más de un año, el 7 de diciembre de 2018, la Comisión Europea presentó al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones la comunicación titulada «Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial», junto con el Plan Coordinado sobre el Desarrollo y Uso de la Inteligencia Artificial «Made in Europe» 2018, preparado por los Estados miembros (como parte del Grupo sobre la Digitalización de la Industria Europea y la Inteligencia Artificial), Noruega, Suiza y la Comisión⁷. Cabe destacar que aquí se ofrece un concepto de IA que, como iremos viendo, cambiará a lo largo de este proceso: «el término “inteligencia artificial” se aplica 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». Se apunta aquí a la idea de «cierto grado de autonomía», que será esencial para la conceptualización de los sistemas de IA.

La preocupación por la garantía de los derechos fundamentales frente a los riesgos que plantea la IA se exteriorizó de manera evidente en el Consejo de la Unión Europea de 11 de febrero de 2019 donde se destacó la importancia de garantizar el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos europeos mediante la aplicación de directrices éticas para el desarrollo y el uso de la inteligencia artificial dentro de la Unión Europea y a nivel mundial, haciendo de la ética de la inteligencia artificial una ventaja competitiva para la industria europea⁸.

Poco más de un año después, el 19 de febrero de 2020, la Comisión publicó el ya citado *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*⁹, donde se afirma que «la Comisión respalda un enfoque basado en la regulación y en la inversión, que tiene el doble objetivo de promover la adopción de la inteligencia artificial y de abordar los riesgos vinculados a determinados usos de esta nueva tecnología. La

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:-52018DC0795> (consultado el 20 de noviembre de 2023).

⁸ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6177-2019-INIT/es/pdf>, p. 8 (consultado el 20 de noviembre de 2023).

⁹ <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>, (consultado el 20 de noviembre de 2023).

finalidad del presente Libro Blanco es formular alternativas políticas para alcanzar estos objetivos...»

En el mes de octubre del mismo año 2020, el Parlamento Europeo aprobó diversas resoluciones en materia de IA en el ámbito de la ética¹⁰, la responsabilidad civil¹¹ y los derechos de propiedad intelectual¹², a las que siguieron, ya en 2021, resoluciones sobre el uso de la IA y en los sectores educativo, cultural y audiovisual¹³ y en materia penal¹⁴.

Antes de esta última Resolución ya se había publicado el documento con el que formalmente se abrió el procedimiento normativo que nos ocupa: el 21 de abril de 2021 se conoció la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, elaborada por la Comisión (Cotino, 2021)¹⁵. Según se explica en la exposición de motivos, «la propuesta establece normas armonizadas para el desarrollo, la introducción en el mercado y la utilización de sistemas de IA en la Unión a partir de un enfoque proporcionado basado en los riesgos. También propone una definición única de la IA que puede resistir el paso del tiempo. Asimismo, prohíbe determinadas prácticas particularmente perjudiciales de IA por ir en contra de los valores de la Unión y propone restricciones y

¹⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, [2020/2012\(INL\)](#) (consultada el 20 de noviembre de 2023).

¹¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, [2020/2014\(INL\)](#) (consultada el 20 de noviembre de 2023).

¹² Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre los derechos de propiedad intelectual para el desarrollo de las tecnologías relativas a la inteligencia artificial, [2020/2015\(INI\)](#) (consultada el 20 de noviembre de 2023).

¹³ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2021, sobre la inteligencia artificial en la educación, la cultura y el sector audiovisual, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0238_ES.html (consultado el 20 de noviembre de 2023).

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en materia penal, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0238_ES.html (consultado el 20 de noviembre de 2023).

¹⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52021PC0206> (consultada el 20 de noviembre de 2023).

salvaguardias específicas en relación con determinados usos de los sistemas de identificación biométrica remota con fines de aplicación de la ley. La propuesta establece una sólida metodología de gestión de riesgos para definir aquellos sistemas de IA que plantean un "alto riesgo" para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales de las personas. Dichos sistemas de IA tendrán que cumplir una serie de requisitos horizontales obligatorios que garanticen su fiabilidad y ser sometidos a procedimientos de evaluación de la conformidad antes de poder introducirse en el mercado de la Unión. Del mismo modo, se imponen obligaciones previsibles, proporcionadas y claras a los proveedores y los usuarios de dichos sistemas, con el fin de garantizar la seguridad y el respeto de la legislación vigente protegiendo los derechos fundamentales durante todo el ciclo de vida de los sistemas de IA. En el caso de determinados sistemas de IA, solo se proponen obligaciones mínimas en materia de transparencia, en particular cuando se utilizan robots conversacionales o ultrafalsificaciones».

Cabe recordar ahora, por lo que luego veremos, que la IA se definió entonces (artículo 3.1) como «el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa». También que en esa propuesta no se incluyó referencia alguna a los que, en el momento de escribir estas líneas, son los famosos «modelos fundacionales», es decir, los sistemas de IA entrenados con una cantidad ingente de datos y que son capaces de realizar una gran variedad de tareas generales como comprender el lenguaje, generar texto e imágenes y conversar en lenguaje natural¹⁶.

A propósito de esta propuesta, el 6 de diciembre de 2022, el Consejo de la Unión Europea hizo pública su orientación general de 25 de noviembre¹⁷, donde se señala que «para garantizar que la

¹⁶ OpenAI entrenó el chat GPT-4 mediante la utilización de 170 billones de parámetros y un conjunto de datos de entrenamiento de 45 Gigabytes, unidad que equivale a (aproximadamente) a 10 elevado a 9 (mil veinticuatro millones) de bytes, la unidad más pequeña de información. Sobre los datos que «sirven de alimento» a la inteligencia artificial, Jove Villares, 2023.

¹⁷ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/es/pdf> (consultada el 20 de noviembre de 2023).

definición de los sistemas de IA proporcione criterios suficientemente claros para distinguirlos de otros sistemas de software más clásicos, el texto transaccional restringe la definición del artículo 3, apartado 1, a los sistemas desarrollados a través de estrategias de aprendizaje automático y estrategias basadas en la lógica y el conocimiento», es decir, se introduce el criterio del aprendizaje automático como una de las características de los sistemas de IA, algo que no estaba previsto así en la propuesta de la Comisión; también se amplían los sistemas que se pretende prohibir y se introducen cambios en los considerados de «alto riesgo».

Finalmente, y por lo que se conoce al finalizar estas páginas (noviembre de 2023), tenemos las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo en el texto de la Comisión y aprobadas el 14 de junio de 2023¹⁸ (Barrio Andrés, 2023), que han incorporado una nueva definición de sistema de IA —«un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida —como predicciones, recomendaciones o decisiones— que influya en entornos reales o virtuales»¹⁹; también de lo que se entiende por un modelo fundacional —«un modelo de sistema de IA entrenado con un gran volumen de datos, diseñado para producir información de salida de carácter general y capaz de adaptarse a una amplia variedad de tareas diferentes», al tiempo que, entre otras cosas, se amplían los sistemas de IA prohibidos.

¹⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html (a 20 de noviembre de 2023).

¹⁹ En el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, se define el «Sistema de inteligencia artificial» como el «diseñado para funcionar con un cierto nivel de autonomía y que, basándose en datos de entradas proporcionadas por máquinas o por personas, infiere cómo lograr un conjunto de objetivos establecidos utilizando estrategias de aprendizaje automático o basadas en la lógica y el conocimiento, y genera información de salida, como contenidos (sistemas de inteligencia artificial generativos), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyan en los entornos con los que interactúa»; por lo que respecta a los modelos fundacionales, se conciben como los entrenados en una gran cantidad de datos no etiquetados a escala (generalmente mediante aprendizaje autosupervisado y/o con recopilación automática de contenido y datos a través de internet mediante programas informáticos) que da como resultado un modelo que se puede adaptar a una amplia gama de tareas posteriores.

2. *En otros contextos supranacionales*

En un contexto más amplio como es el del Consejo de Europa cabe destacar, en primer lugar, el trabajo de investigación sobre algoritmos y derechos humanos, según el cual la IA afectará a un gran número, si no a la práctica totalidad, de nuestros derechos fundamentales²⁰; así, al derecho a la libertad personal y, muy relacionado con él, al derecho a un juicio justo y a la tutela de los tribunales; en segundo lugar, a los derechos de las personas en su dimensión más privada, como el derecho a la intimidad y a la protección de datos; en tercer lugar, a los derechos vinculados a la dimensión pública y relacional de las personas, como las libertades de expresión, información, creación artística e investigación pero también a las libertades de reunión y asociación, tanto en el plano meramente ciudadano como en lo que se refiere, por ejemplo, al ámbito laboral (libertad sindical, derecho de huelga); en cuarto lugar, y a su vez vinculado a muchos otros derechos, al de no sufrir discriminación por raza, género, edad, orientación sexual...; en quinto lugar, a los derechos dependientes del acceso a los servicios públicos (educación, sanidad...) y, en general, a los derechos sociales (prestaciones por desempleo, enfermedad, jubilación...); finalmente, y por no extendernos mucho más, al derecho a intervenir en procesos participativos de índole política (elecciones, referendos, iniciativas legislativas populares...) y, en general, a las libertades en el ámbito ideológico (de pensamiento, conciencia y religión).

En segundo lugar, cabe recordar que el Comité de Ministros ha decidido adoptar un enfoque transversal de la inteligencia artificial en los diversos sectores del Consejo de Europa, estableciendo el Comité sobre Inteligencia Artificial (CAI) y encomendándole la elaboración de un Convenio [marco] jurídicamente vinculante sobre el desarrollo, diseño y aplicación de sistemas de IA, basado en las normas del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, sobre la base de estos principios fundamentales. Al mismo tiempo, el instrumento debe favorecer la innovación.

²⁰ *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Published by the Council of Europe, 2018, disponible en <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-re-v/16807956b5> (a 20 de noviembre de 2023).

En tercer lugar, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha aprobado un conjunto de principios éticos básicos que deberían respetarse al elaborar y establecer aplicaciones de IA, incluida la transparencia, la justicia y la equidad, la responsabilidad humana de la toma de decisiones, la seguridad, la privacidad y la protección de datos. Ha identificado la necesidad de crear un marco normativo transversal para la IA, con principios específicos basados en la protección de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho, y ha instado al Comité de Ministros a elaborar un instrumento jurídicamente vinculante que regule la IA. La Asamblea tiene un Subcomité sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos.

Pues bien, a estas alturas conocemos el texto del proyecto de trabajo consolidado de Convenio Marco sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, de 7 de julio de 2023, donde se exterioriza la conocida doble vertiente que presenta la IA: por una parte, los sistemas de inteligencia artificial pueden diseñarse, desarrollarse y utilizarse para ofrecer oportunidades sin precedentes para la protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho; por otra, el diseño, el desarrollo, la utilización y el desmantelamiento de los sistemas de inteligencia artificial puedan socavar la dignidad humana y la autonomía individual, los derechos humanos y las libertades fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho.

Se trata, como parece lógico en un contexto de integración jurídica menos intenso, de un texto mucho más escueto y no tan detallado como la propuesta de Reglamento de la Unión Europea y donde, no obstante, se establecen los principios y las obligaciones necesarios para garantizar que el diseño, el desarrollo, la utilización y el desmantelamiento de los sistemas de inteligencia artificial sean plenamente compatibles con el respeto de la dignidad humana y la autonomía individual, los derechos humanos y las libertades fundamentales, el funcionamiento de la democracia y el respeto del Estado de Derecho.

Por su parte, en un contexto de mayor globalización, los 36 países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), junto con Argentina, Brasil, Colombia,

Costa Rica, Perú y Rumanía suscribieron el 22 de mayo de 2019 los principios de la OCDE sobre la Inteligencia Artificial²¹.

En síntesis, dichos principios postulan que, primero, la IA debe estar al servicio de las personas y del planeta, impulsando un crecimiento inclusivo, el desarrollo sostenible y el bienestar; en segundo lugar, los sistemas de IA deben diseñarse de manera que respeten el Estado de Derecho, los derechos humanos, los valores democráticos y la diversidad, e incorporar salvaguardias adecuadas –por ejemplo, permitiendo la intervención humana cuando sea necesario– con miras a garantizar una sociedad justa y equitativa; en tercer término, los sistemas de IA deben estar presididos por la transparencia y una divulgación responsable a fin de garantizar que las personas sepan cuándo están interactuando con ellos y puedan oponerse a los resultados de esa interacción; en cuarto lugar, estos sistemas han de funcionar con robustez, de manera fiable y segura durante toda su vida útil, y los potenciales riesgos deberán evaluarse y gestionarse en todo momento. Finalmente, las organizaciones y las personas que desarrollen, desplieguen o gestionen sistemas de IA deberán responder de su correcto funcionamiento en consonancia con los principios precedentes.

La OCDE recomienda a los Gobiernos facilitar una inversión pública y privada en investigación y desarrollo que estimule la innovación en una IA fiable; fomentar ecosistemas de IA accesibles con tecnologías e infraestructura digitales, y mecanismos para el intercambio de datos y conocimientos; desarrollar un entorno de políticas que allane el camino para el despliegue de unos sistemas de IA fiables; capacitar a las personas con competencias de IA y apoyar a los trabajadores con miras a asegurar una transición equitativa y cooperar en la puesta en común de información entre países y sectores, desarrollar estándares y asegurar una administración responsable de la IA.

Finalmente, y poco antes del cierre de estas páginas, el 1 y 2 de noviembre, Estados Unidos, China, la Unión Europea y otros 26 países llegaron a un acuerdo global para avanzar la cooperación científica y tratar de frenar los posibles peligros «catastróficos» de la

²¹ <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449#mainText> (consultado el 20 de noviembre de 2023).

IA, la llamada *The Bletchley Declaration*²², donde, entre otras cosas, se acogen con satisfacción los esfuerzos internacionales pertinentes para examinar y abordar el impacto potencial de los sistemas de IA en los foros existentes y otras iniciativas pertinentes, así como el reconocimiento de que es necesario abordar la protección de los derechos humanos, la transparencia y la explicabilidad, la equidad, la rendición de cuentas, la regulación, la seguridad, la supervisión humana adecuada, la ética, la mitigación de los prejuicios, la privacidad y la protección de datos.

Con esos fines, se acordó apoyar una red internacional inclusiva de investigación científica sobre la seguridad en las fronteras de la IA que abarque y complemente la colaboración multilateral, plurilateral y bilateral existente y nueva, incluso a través de los foros internacionales existentes y otras iniciativas pertinentes, para facilitar el suministro de la mejor ciencia disponible para la formulación de políticas y el bien público. Adicionalmente, y en reconocimiento del potencial positivo transformador de la IA, y como parte de la garantía de una cooperación internacional más amplia en materia de IA, resuelven mantener un diálogo mundial inclusivo que implique a los foros internacionales existentes y otras iniciativas pertinentes y contribuya de manera abierta a debates internacionales más amplios, y continuar la investigación sobre la seguridad de la IA en las fronteras para garantizar que los beneficios de la tecnología puedan aprovecharse de manera responsable para el bien de todos.

III. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROPUESTA DE REGULACIÓN EUROPEA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La propuesta de la Comisión Europea explica cuál es su fundamento jurídico: en primer lugar, el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuyo apartado 1 dispone que «el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones

²² <https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/the-bletchley-declaration-by-countries-attending-the-ai-safety-summit-1-2-november-2023> (consultado el 20 de noviembre de 2023).

legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior». Añade la propuesta que «constituye una parte fundamental de la Estrategia para el Mercado Único Digital de la UE. Su objetivo primordial es garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de normas armonizadas, en particular en lo que respecta al desarrollo, la introducción en el mercado de la Unión y el uso de productos y servicios que empleen tecnologías de IA o se suministren como sistemas de IA independientes» (Álvarez García y Tahiri Moreno, 2023, pp. 7 y ss).

En segundo lugar, la propuesta invoca el principio de subsidiariedad: «la naturaleza de la IA, que a menudo depende de conjuntos de datos amplios y variados y que puede integrarse en cualquier producto o servicio que circula libremente por el mercado interior, implica que los Estados miembros no pueden alcanzar de manera efectiva los objetivos de esta propuesta por sí solos. Asimismo, está surgiendo un mosaico de normas nacionales con posibles divergencias que entorpecerá la circulación fluida en la UE de productos y servicios asociados a sistemas de IA y no garantizará de manera efectiva la seguridad y la protección de los derechos fundamentales y los valores de la Unión en los distintos Estados miembros. Las estrategias nacionales orientadas a afrontar estos problemas solo crearán inseguridad jurídica y barreras adicionales, y ralentizarán la adopción de la IA por parte del mercado.

Resultará más fácil alcanzar los objetivos de esta propuesta a escala de la Unión para evitar que el mercado único se fragmente en marcos nacionales potencialmente contradictorios que impidan la libre circulación de bienes y servicios que lleven IA incorporada. Por otro lado, el establecimiento de un marco reglamentario europeo sólido para conseguir que la IA sea fiable garantizará la igualdad de condiciones y protegerá a todas las personas, al tiempo que reforzará la competitividad y la base industrial de Europa en el ámbito de la IA. Además, la única manera de proteger la soberanía digital de la UE y de aprovechar sus herramientas y competencias reguladoras para crear normas y reglas globales es mediante la adopción de medidas comunes a escala de la Unión».

En tercer lugar, se apela al principio de proporcionalidad: «la propuesta se fundamenta en los marcos jurídicos existentes y es

proporcionada y necesaria para alcanzar sus objetivos, ya que sigue un enfoque basado en los riesgos y únicamente impone cargas normativas cuando es probable que un sistema de IA entrañe altos riesgos para los derechos fundamentales y la seguridad... Unas normas armonizadas, y los instrumentos de orientación y cumplimiento en que se apoyan, ayudarán a los proveedores y los usuarios a cumplir los requisitos establecidos en la propuesta y a reducir al mínimo sus gastos. Los costes en que incurren los operadores son proporcionales a los objetivos logrados y a los beneficios que pueden obtener gracias a esta propuesta en términos económicos y de reputación».

Finalmente, se justifica el instrumento jurídico elegido –el Reglamento– «por la necesidad de aplicar uniformemente las nuevas normas, tales como la definición de IA, la prohibición de determinadas prácticas perjudiciales que la IA permitiría y la clasificación de determinados sistemas de IA. Puesto que, de conformidad con el artículo 288 del TFUE, los Reglamentos son directamente aplicables, la elección de este instrumento reducirá la fragmentación jurídica y facilitará el desarrollo de un mercado único de sistemas de IA legales, seguros y fiables... Al mismo tiempo, las disposiciones del Reglamento no son excesivamente prescriptivas y permiten que los Estados miembros actúen a distintos niveles en relación con aquellos elementos que no socavan los objetivos de la iniciativa, en particular en lo que respecta a la organización interna del sistema de vigilancia del mercado y la adopción de medidas para promover la innovación».

IV. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL?

En la corta historia de la IA –existe acuerdo en ubicar el nacimiento del nombre IA en un taller científico que, en el verano de 1956, reunió, entre otros, a John McCarthy, Marvin Minsky, Claude Shannon, Herbert Simon, Allan Nevell... en el Dartmouth College y en que esa denominación la propuso John McCarthy– se han proporcionado distintas definiciones que, en general, aluden al desarrollo de sistemas que imitan o reproducen el pensamiento y obrar humanos,

actuando racionalmente —en el sentido de hacer lo «correcto» en función de su conocimiento— e interactuando con el medio²³.

La IA pretende sintetizar o reproducir los procesos cognitivos humanos, tales como la percepción, la creatividad, la comprensión, el lenguaje o el aprendizaje (Russel y Norvig, 2008, pp. 1 y ss.). Para ello, la IA utiliza todas las herramientas a su alcance, entre las que destacan las proporcionadas por la computación, incluidos los algoritmos. No obstante, los sistemas de IA no usan cualquier algoritmo sino, esencialmente, los que «aprenden» a base del procesamiento de datos.

Por otro lado, en ocasiones se habla de IA cuando en realidad estamos hablando de un subcampo, el aprendizaje automático (o *machine learning* en inglés, AA en lo sucesivo). El AA trata de encontrar patrones en datos para construir sistemas predictivos o explicativos; por tanto, puede considerarse una rama de la IA ya que a partir de la experiencia (los datos) toma decisiones o detecta patrones significativos y eso es una característica fundamental de la inteligencia humana. Es importante resaltar que para que un sistema de AA tenga éxito es tan necesario utilizar los algoritmos adecuados como realizar una correcta gestión y tratamiento de los datos utilizados para desarrollar el sistema.

Profundizando un poco más, nos encontramos con las redes neuronales, también llamadas redes neuronales artificiales, que son un modelo computacional de aprendizaje automático que procesa la

²³ En esos primeros momentos cundió el optimismo sobre la IA y su impacto: Herbert Simon predijo que «en veinte años las máquinas serán capaces de hacer el trabajo de una persona» y Marvin Minsky declaró en 1970 a la revista *Life* que «dentro de tres a ocho años tendremos una máquina con la inteligencia general de un ser humano». No hay que olvidar que poco antes (1969) se había llegado a la Luna y en el cine (1968) se había estrenado *2001: una odisea del espacio*, la película de Stanley Kubrick basada en varios cuentos de Arthur C. Clarke, en la que, como es conocido, el ordenador HAL 900 desempeña un papel decisivo y en la trama argumental se cuestiona si una máquina como esa puede tener emociones y sentimientos y, en última instancia, «morir».

Pero como estas optimistas previsiones no se cumplieron, entre otras razones por la existencia de pocos datos y la escasa capacidad de la computación del momento, a principios de los años setenta se enfriaron las expectativas, que volvieron a coger auge y financiación durante los años ochenta pero que decayeron de nuevo en los noventa hasta que, en el presente siglo, el acceso a cantidades ingentes de datos —Big Data—, la disponibilidad de procesadores muy potentes a bajo coste y el desarrollo de redes neuronales profundas y complejas consolidaron definitivamente la IA (Oliver, 2020, pp. 36 y ss.) y han despejado las dudas sobre su decisiva importancia en los próximos años.

información a través de un conjunto de unidades llamadas neuronas, o neuronas artificiales, que están conectadas entre sí y organizadas por capas, formando una red. Los datos de entrada atraviesan la red neuronal, donde son procesados mediante operaciones matemáticas, generando una salida. Por su parte, El concepto de aprendizaje profundo (*Deep learning*) hace referencia a las redes neuronales de un gran número de capas. No existe un criterio claro en cuanto a partir de qué número de capas ocultas podemos considerar una red neuronal como profunda, y por tanto, aprendizaje profundo, pero hay una opinión cada vez más extendida entre los expertos que afirma que cualquier red con más de 2 capas ocultas puede considerarse «profunda» (González Cabanes, Díaz Díaz; 2022, pp. 58 y 64).

La dificultad de ofrecer una definición «acabada» de la IA se presenta también en el ámbito jurídico (Barrio Andrés, 2022, pp. 14-21; Ruíz Tarrías, 2023, pp. 91-119), como se puede comprobar leyendo las diferentes versiones que se han ido ofreciendo en la propuesta de Reglamento de inteligencia artificial: así, en el texto que presentó la Comisión el 21 de abril de 2021 se entendía como «el software que se desarrolla empleando una o varias de técnicas y estrategias que figuran en el Anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa» (artículo 3) pero, tras las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023, se define como «un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida –como predicciones, recomendaciones o decisiones– que influya en entornos reales o virtuales».

En los considerandos previos al articulado se explica con un poco más de detalle este concepto precisando que las principales características de la inteligencia artificial son su capacidad de aprendizaje, de razonamiento o de modelización, diferenciándola así de otros sistemas de software y planteamientos de programación más sencillos. «Los sistemas de IA están diseñados para operar con distintos niveles de autonomía, lo que significa que tienen al menos cierto grado de independencia de las acciones de los controles hu-

manos y ciertas capacidades para operar sin intervención humana. El término «basado en máquinas» se refiere al hecho de que todo sistema de IA funciona con máquinas. La referencia a objetivos explícitos o implícitos subraya que los sistemas de IA pueden operar con arreglo a objetivos explícitos definidos por el ser humano o a objetivos implícitos. Los objetivos del sistema de IA pueden ser diferentes de la finalidad prevista del sistema de IA en un contexto específico. La referencia a las predicciones incluye el contenido, una forma de predicción en tanto una posible información de salida producida por un sistema de IA. A efectos del Reglamento, los entornos deben entenderse como los contextos en los que operan los sistemas de IA, mientras que la información de salida generada por el sistema de IA, es decir, las predicciones, recomendaciones o decisiones, responden a los objetivos del sistema, sobre la base de las entradas de dicho entorno. Dicha información de salida influye a su vez en el entorno, por el simple hecho de introducir nueva información en él».

Como ya se ha dicho, en el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, se define el «Sistema de inteligencia artificial» como el «diseñado para funcionar con un cierto nivel de autonomía y que, basándose en datos de entradas proporcionadas por máquinas o por personas, infiere cómo lograr un conjunto de objetivos establecidos utilizando estrategias de aprendizaje automático o basadas en la lógica y el conocimiento, y genera información de salida, como contenidos (sistemas de inteligencia artificial generativos), predicciones, recomendaciones o decisiones, que influyan en los entornos con los que interactúa».

Previamente, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital se recordaba que hay una diferencia significativa entre la IA simbólica, que constituye el principal enfoque de la IA entre los años cincuenta y los años noventa, y la IA basada en datos y aprendizaje automático, que domina desde el año 2000: durante la primera oleada, la IA se desarrolló codificando los conocimientos y la experiencia de los expertos en un conjunto de reglas que luego ejecutaba una máquina;

en la segunda oleada, los procesos de aprendizaje automatizados de algoritmos basados en el procesamiento de grandes cantidades de datos, la capacidad de reunir datos procedentes de múltiples fuentes diferentes y de elaborar representaciones complejas de un entorno dado, y la determinación de patrones convirtieron a los sistemas de IA en sistemas más complejos, autónomos y opacos, lo que puede hacer que los resultados sean menos explicables; en consecuencia, la IA actual puede clasificarse en muchos subcampos y técnicas diferentes²⁴.

Por lo que respecta al concepto de IA asumido en otros contextos internacionales, cabe mencionar que en el texto del proyecto de trabajo consolidado de Convenio Marco sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, se define, de manera bastante diferente a la propuesta de Reglamento de la UE, como «cualquier sistema algorítmico o combinación de tales sistemas que utilice métodos computacionales derivados de la estadística u otras técnicas matemáticas y que genere texto, sonido, imágenes u otros contenidos o que ayude o sustituya la toma de decisiones humana. La Conferencia de las Partes podrá, en su caso, decidir interpretar esta definición de forma coherente con los avances tecnológicos pertinentes» (artículo 3); por su parte, la OCDE, en la línea del concepto de IA de la propuesta de Reglamento de la UE, lo entiende como un sistema operado por una máquina capaz de influir en su entorno produciendo resultados (como predicciones, recomendaciones o decisiones) para cumplir un conjunto determinado de objetivos. Utiliza datos y entradas generados por la máquina y/o introducidos por el ser humano para (i) percibir entornos reales y/o virtuales; (ii) producir una representación abstracta de estas percepciones en forma de modelos derivados de análisis automatizados (por ejemplo, aprendizaje automático) o manuales; y (iii) utilizar las inferencias del modelo para formular diferentes opciones de resultados. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar de forma más o menos autónoma.

²⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html (consultada el 20 de noviembre de 2023).

V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROPUESTA DE LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EUROPEA

Tras las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo se ha ampliado el ámbito de futura aplicación de la «Ley» europea de IA, que abarcaría, en primer lugar, a los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio sistemas de IA en la Unión, con independencia de si dichos proveedores están establecidos en la Unión o en un tercer país; de esta manera, si un proveedor no establecido en el territorio comunitario quiere poner en servicio un sistema de IA en la Unión Europea estará sometido a las exigencias y prohibiciones previstas en el Reglamento.

En segundo lugar, se aplicarán las provisiones del Reglamento a los implementadores de sistemas de IA que estén establecidos o se encuentren en la Unión; también, a los proveedores e implementadores de sistemas de IA que estén establecidos o se encuentren en un tercer país, cuando se aplique la legislación de un Estado miembro en virtud de un acto de Derecho internacional público o cuando esté previsto que la información de salida generada por el sistema se utilice en la Unión y a los proveedores que introduzcan en el mercado o pongan en servicio fuera de la Unión un sistema de IA contemplado en el artículo 5 [los prohibidos por el Reglamento] cuando el proveedor o distribuidor de dicho sistema esté situado dentro de la Unión; una nueva forma de «exportar» los efectos de la normativa europea más allá de las fronteras de la UE.

En tercer lugar, se aplicará el Reglamento a las personas afectadas, tal como se definen en el artículo 3, apartado 8 bis, que se encuentren en la Unión y cuya salud, seguridad o derechos fundamentales se vean perjudicados por el uso de un sistema de IA comercializado o puesto en servicio en la Unión.

Esta normativa no se aplicará a las autoridades públicas de terceros países ni a las organizaciones internacionales que entren dentro del ámbito de aplicación de este Reglamento cuando dichas autoridades u organizaciones utilicen sistemas de IA en el marco de la cooperación internacional o de acuerdos internacionales con fines de aplicación de la ley y cooperación judicial con la Unión o con uno o varios Estados miembros y sean objeto de una decisión de la Comisión adoptada de conformidad con el artículo 36 de la Directiva (UE)

2016/680 o el artículo 45 del Reglamento (UE) 2016/679 (decisión de adecuación) o formen parte de un acuerdo internacional celebrado entre la Unión y el tercer país o la organización internacional de que se trate con arreglo al artículo 218 del TFUE que ofrezca garantías adecuadas con respecto a la protección de la intimidad y los derechos y libertades fundamentales de las personas.

Tampoco se aplicará el Reglamento a las actividades de investigación, pruebas y desarrollo en relación a un sistema de IA antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, siempre que dichas actividades se lleven a cabo respetando los derechos fundamentales y la legislación aplicable de la Unión. Las pruebas en condiciones reales no estarán cubiertas por esta exención. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados con el fin de especificar esta exención y evitar que se abuse o pueda abusarse de ella.

Finalmente, el Reglamento no se aplicará a los componentes de IA proporcionados en el marco de licencias libres y de código abierto, salvo en la medida en que sean comercializados o puestos en servicio por un proveedor como parte de un sistema de IA de alto riesgo o de un sistema de IA incluido en el ámbito de aplicación de los títulos II o IV. Esta exención no se aplicará a los modelos fundacionales.

Por lo que respecta al uso de los sistemas de IA con fines militares, desaparece del articulado la previsión incluida en el texto presentado por la Comisión conforme a la cual no se aplicaría a los sistemas de IA desarrollados o utilizados exclusivamente con fines militares. No obstante, se mantiene en la exposición de motivo que los sistemas de IA desarrollados o utilizados exclusivamente con fines militares deben quedar excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento cuando su uso sea competencia exclusiva de la política exterior y de seguridad común regulada en el título V del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Por otra parte, y de acuerdo con el instrumento jurídico adoptado para la aprobación de esta normativa, el Reglamento no impedirá que los Estados miembros o la Unión mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los emplea-

dores o fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores.

En el texto del proyecto de trabajo consolidado de Convenio Marco sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho se prevé su aplicación al diseño, desarrollo, uso y desmantelamiento de sistemas de inteligencia artificial con potencial para interferir en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el funcionamiento de la democracia y el respeto del Estado de Derecho. No se aplicará a las actividades de investigación y desarrollo relativas a los sistemas de inteligencia artificial, a menos que los sistemas se prueben o utilicen de un modo que pueda interferir con los derechos humanos y las libertades fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho (artículo 4).

VI. LOS PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES A TODOS LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Merced a las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo se incorporaron una serie de principios generales aplicables a todos los sistemas de IA y a los modelos fundacionales con el objetivo de promover un enfoque europeo coherente centrado en el ser humano con respecto a una inteligencia artificial ética y fiable, que esté plenamente en consonancia con la Carta, así como con los valores en los que se fundamenta la Unión. Dichos principios, por otra parte, bastante obvios, son los siguientes:

- a) «Intervención y vigilancia humanas»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán como una herramienta al servicio de las personas, que respete la dignidad humana y la autonomía personal, y que funcione de manera que pueda ser controlada y vigilada adecuadamente por seres humanos.
- b) «Solidez y seguridad técnicas»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán de manera que se minimicen los daños imprevistos e inesperados, así como para que sean sólidos en caso de problemas imprevistos y resistentes a los intentos de modificar el uso o el rendimiento del sistema de IA para permitir una utilización ilícita por parte de terceros malintencionados.

- c) «Privacidad y gobernanza de datos»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán de conformidad con las normas vigentes en materia de privacidad y protección de datos, y tratarán datos que cumplan normas estrictas en términos de calidad e integridad.
- d) «Transparencia»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán facilitando una trazabilidad y explicabilidad adecuadas, haciendo que las personas sean conscientes de que se comunican o interactúan con un sistema de IA, informando debidamente a los usuarios sobre las capacidades y limitaciones de dicho sistema de IA e informando a las personas afectadas de sus derechos.
- e) «Diversidad, no discriminación y equidad»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán incluyendo a diversos agentes y promoviendo la igualdad de acceso, la igualdad de género y la diversidad cultural, evitando al mismo tiempo los efectos discriminatorios y los sesgos injustos prohibidos por el Derecho nacional o de la Unión.
- f) «Bienestar social y medioambiental»: los sistemas de IA se desarrollarán y utilizarán de manera sostenible y respetuosa con el medio ambiente, así como en beneficio de todos los seres humanos, al tiempo que se supervisan y evalúan los efectos a largo plazo en las personas, la sociedad y la democracia.

En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo, los principios generales serán aplicados y cumplidos por los proveedores o implementadores mediante los requisitos establecidos en el Reglamento. En el caso de los modelos fundacionales, los principios generales serán aplicados y cumplidos por los proveedores o implementadores.

La Comisión y la Oficina de IA incorporarán estos principios rectores en las peticiones de normalización, así como en las recomendaciones consistentes en orientaciones técnicas destinadas a prestar asistencia a proveedores e implementadores en cuanto al modo de desarrollar y utilizar los sistemas de IA. Las organizaciones europeas de normalización tendrán en cuenta los principios generales como objetivos basados en los resultados cuando elaboren las correspondientes normas armonizadas para los sistemas de IA de alto riesgo.

Por su parte, y en una línea muy similar, en el Capítulo III del proyecto de trabajo consolidado de Convenio Marco sobre inteligen-

cia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho se incluyen los principios de diseño, desarrollo, utilización y desmantelamiento de sistemas de inteligencia artificial que se imponen a los Estados parte: transparencia y control, rendición de cuentas y responsabilidad, igualdad y no discriminación, intimidad y protección de datos; seguridad, protección y solidez e innovación segura.

VII. EL ENFOQUE BASADO EN LOS RIESGOS

La regulación de la IA, tal y como se concibe en la UE aunque no solo en este espacio jurídico, requiere la aplicación de un enfoque basado en los riesgos que esté claramente definido, que adapte el tipo de las normas y su contenido a la intensidad y el alcance de los riesgos que puedan generar los sistemas de IA en cuestión. Cuando el nivel de riesgo alcance determinada intensidad será necesario prohibir determinadas prácticas de inteligencia artificial que se consideren inaceptables (considerando 6 de la exposición de motivos de la propuesta) y es que, dependiendo de las circunstancias de su aplicación y utilización concretas, así como del nivel de desarrollo tecnológico, la inteligencia artificial puede generar riesgos y menoscabar los intereses públicos o privados y los derechos fundamentales de las personas físicas que protege el Derecho de la Unión, de manera tangible o intangible, incluidos daños físicos, psíquicos, sociales y económicos (considerando 4).

Este aproximación basada en el riesgo también está presente en el proyecto de trabajo consolidado de Convenio Marco sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, donde se dice (artículo 2) que cada parte mantendrá y adoptará, en su ordenamiento jurídico interno, las medidas graduadas y diferenciadas que sean necesarias y apropiadas teniendo en cuenta la gravedad y la probabilidad de las repercusiones negativas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho del diseño, el desarrollo, la utilización y el desmantelamiento de los sistemas de inteligencia artificial.

En definitiva, estamos ante una concreción del bien conocido «principio de precaución», que ya está presente en el artículo 18.4 de la Constitución española, pues, como se recordará, se mandata a la ley para que limite el uso de la informática a fin de «garantizar el

honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», y es igualmente un principio que, como también es sabido, guía la actuación de la Unión Europea²⁵ (San Martín Segura, 2023, pp. 231 y ss); así, y por citar únicamente dos ejemplos en el ámbito que nos ocupa, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, se dice que «las actividades de investigación en el ámbito de la robótica deben llevarse a cabo de conformidad con el principio de precaución,

²⁵ Como se explica en la comunicación de la Comisión Europea, de 2 de febrero de 2000, sobre el recurso al principio de precaución, el Tratado CE solo contiene una referencia explícita al principio de precaución, a saber, en el título dedicado a la protección del medio ambiente. No obstante, en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más amplio y se extiende asimismo a la política de los consumidores y a la salud humana, animal o vegetal. A falta de una definición del principio de precaución en el Tratado o en otros textos comunitarios, el Consejo solicitó a la Comisión, en su Resolución de 13 de abril de 1999, que elaborase líneas directrices claras y eficaces con vistas a la aplicación de este principio. La comunicación de la Comisión es una respuesta a esta solicitud. El establecimiento de líneas directrices comunes acerca de la aplicación del principio de precaución tendrá asimismo repercusiones positivas a escala internacional.

La Comisión subraya que el principio de precaución solo puede invocarse en la hipótesis de un riesgo potencial y que en ningún caso puede justificar una toma de decisión arbitraria. El recurso al principio de precaución solo está justificado cuando se cumplen las tres condiciones previas, a saber: identificación de los efectos potencialmente negativos, evaluación de los datos científicos disponibles y determinación del grado de incertidumbre científica.

Medidas que se derivan del recurso al principio de precaución. El recurso al principio de precaución debe guiarse por tres principios específicos: 1) la aplicación del principio debe basarse en una evaluación científica lo más completa posible; en cada etapa esta evaluación debe determinar, en la medida de lo posible, el grado de incertidumbre científica; 2) toda decisión de actuar o de no actuar en virtud del principio de precaución debe ir precedida de una determinación del riesgo y de las consecuencias potenciales de la inacción; 3) tan pronto como se disponga de los resultados de la evaluación científica o de la determinación del riesgo, todas las partes interesadas deben tener la posibilidad de participar, con la máxima transparencia, en el estudio de las diferentes acciones que pueden verse.

Aparte de estos principios específicos, siguen siendo aplicables los principios generales de una buena gestión de los riesgos cuando se invoca el principio de precaución. Se trata de los cinco principios siguientes: la proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el nivel de protección elegido; la no discriminación en la aplicación de las medidas; la coherencia de las medidas con las ya adoptadas en situaciones similares o utilizando planteamientos similares; el análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la inacción y la revisión de las medidas a la luz de la evolución científica. <https://web.archive.org/web/20071222063317/http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l32042.htm> (consulta el 20 de noviembre de 2023).

anticipándose a los posibles impactos de sus resultados sobre la seguridad y adoptando las precauciones debidas, en función del nivel de protección, al tiempo que se fomenta el progreso en beneficio de la sociedad y del medio ambiente», y en la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas se recuerda que «tal enfoque debe estar en consonancia con el principio de precaución que guía la legislación de la Unión y debe ocupar un lugar central en cualquier marco regulador para la inteligencia artificial»²⁶

VIII. LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL OBJETO DE PROHIBICIÓN

En la propuesta de la Comisión las prohibiciones eran cuatro y englobaban las prácticas que tienen un gran potencial para manipular a las personas mediante técnicas subliminales que trasciendan su consciencia o que aprovechan las vulnerabilidades de grupos de personas concretos, como los menores o las personas con discapacidad, para alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que es probable que les provoque perjuicios físicos o psicológicos a ellos o a otras personas. La propuesta prohibía igualmente que las autoridades públicas realizasen calificación social basada en IA con fines generales. Por último, también se prohibía, salvo excepciones limitadas, el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley.

Pues bien, tras las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo, se ha ampliado el abanico de prácticas prohibidas por entender que suponen un riesgo inaceptable y se eleva el número a nueve: se mantiene, en primer lugar, la prohibición de los sistemas de IA que se sirvan de técnicas subliminales o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un

²⁶ Sobre el tratamiento de las situaciones de riesgo tecnológico y científico por parte del Derecho, Esteve Pardo, 1999 y 2009; sobre el concepto de «riesgo algorítmico», San Martín Segura, 2023, pp. 272 y ss.; sobre los riesgos en el ámbito de la inteligencia artificial, Barrio Andrés, 2021, pp. 186 y ss.

grupo de personas mermando de manera apreciable su capacidad para adoptar una decisión informada y causando así que la persona tome una decisión que de otro modo no habría tomado, de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios significativos a esa persona o a otra persona o grupo de personas; se conserva igualmente la prohibición de los sistemas de IA que aprovechen alguna de las vulnerabilidades de una persona o un grupo específico de personas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial su comportamiento de un modo que provoque o sea probable que les provoque perjuicios significativos a esa persona o a otra.

En tercer lugar, se mantiene, aunque con modificaciones, la prohibición de sistemas de IA con el fin de evaluar o clasificar a las personas físicas o grupos de personas físicas a efectos de su calificación social durante un período determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes: un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos enteros en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente; la prohibición iba dirigida inicialmente a las autoridades públicas o a quien ejerciera su representación y con la enmienda del Parlamento Europeo se incluye a los sujetos privados, físicos y jurídicos (sobre estos sistemas, García Sánchez, 2022, pp. 779-793).

Finalmente, también subsiste la prohibición del uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público, pero se han eliminado todas las excepciones que proponía la Comisión²⁷, algo que, en mi opinión, está por ver que se mantenga en el texto si resulta finalmente aprobado.

²⁷ i) la búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de un delito, incluidos menores desaparecidos;

ii) la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de un atentado terrorista;

iii) la detección, la localización, la identificación o el enjuiciamiento de la persona que ha cometido o se sospecha que ha cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, para el que la normativa en vigor en el Estado miembro implicado imponga una pena o una medida de seguridad

Además, se han incorporado cinco nuevas prohibiciones: 1) la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen a personas físicas con arreglo a atributos o características sensibles o protegidos, o sobre la base de una inferencia de dichos atributos o características; 2) la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA que creen o amplíen bases de datos de reconocimiento facial mediante la extracción no selectiva de imágenes faciales a partir de internet o de imágenes de circuito cerrado de televisión; 3) la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los ámbitos de la aplicación de la ley y la gestión de fronteras, en lugares de trabajo y en centros educativos; 4) la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA para el análisis de imágenes de vídeo grabadas de espacios de acceso público que empleen sistemas de identificación biométrica remota «en diferido», salvo que estén sujetos a una autorización judicial previa de conformidad con el Derecho de la Unión y sean estrictamente necesarios para una búsqueda selectiva destinada a fines de aplicación de la ley y relacionada con un delito grave (según la definición del artículo 83, apartado 1, del TFUE) concreto que ya se haya cometido; 5) la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA para llevar a cabo evaluaciones de riesgo de personas físicas o grupos de personas físicas con el objetivo de determinar el riesgo de que estas personas cometan delitos o infracciones o reincidan en su comisión, o para predecir la comisión o reiteración de un delito o infracción administrativa reales o potenciales, mediante la elaboración del perfil de personas físicas o la evaluación de rasgos de personalidad y características, en particular la ubicación de la persona o las conductas delictivas pasadas de personas físicas o grupos de personas físicas.

Esta última prohibición también es posible que se elimine o que los sistemas prohibidos por el Parlamento pasen finalmente a ser calificados como de «alto riesgo» pues es discutible que los Estados acepten renunciar a todas estas herramientas de «inteligencia artificial policial» o de «policía predictiva». Y es que, como señala Miró

privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de tres años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro.

Llinares (2019, p. 100), «hoy, y en parte gracias a las expectativas que parece dar la IA, la sociedad no espera solo que la policía reaccione a los accidentes de tráfico, a los hurtos en los lugares turísticos o a los altercados y agresiones violentas relacionadas con manifestaciones deportivas o políticas, sino que no sucedan, que se intervenga incluso antes de que acontezcan (...)».

A este respecto, en España es bien conocida la herramienta predictiva *VioGén* (González Álvarez *et alii*, 2018; Presno Linera, 2023; San Martín Segura, 2023), que desde su entrada del sistema en funcionamiento y hasta el 30 de septiembre de 2023 ha permitido la evaluación de 770.944 casos de violencia de género. Del total de los casos registrados había, en esa fecha, 81.319 activos, es decir, con seguimiento policial, y 675.698 inactivos. De los activos, 31.685 eran sin riesgo apreciado, 35.715 con riesgo bajo, 13.028 con riesgo medio, 868 con riesgo alto y 23 con riesgo extremo (Estadísticas Ministerio del Interior, 2023). En conjunto estamos hablando del mayor sistema del mundo en ese ámbito.

Esta herramienta predictiva no es, en rigor, IA, pues no usa algoritmos que «aprenden» a partir del procesamiento de datos; es un sistema actuarial que utiliza modelos estadísticos para inferir el riesgo que puede correr una víctima (tanto de agresión como de homicidio) así como su evolución en base a un conjunto de indicadores que han sido determinados y posteriormente evaluados por un grupo de expertos (Fundación Éticas, p. 10). No obstante, algunas informaciones del Ministerio del Interior parecen mostrar que no está descartada la incorporación de un algoritmo de autoaprendizaje²⁸.

Si llevamos a cabo una «evaluación de su impacto algorítmico» (Simón Castellanos, 2023, pp. 67 y ss. y 101 y ss.) sobre los derechos del presunto agresor para valorar si las eventuales limitaciones se corresponden con las conocidas exigencias del principio de proporcionalidad cabe concluir, en primer lugar, *VioGén* parece una herramienta idónea, pues las medidas que adoptar y que, en su caso, afectarán al presunto agresor, están vinculadas al nivel de riesgo detectado, es decir, se orientan a proteger la vida y la integridad física de la mujer en tanto que sean necesarias para ello. En segun-

²⁸ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2020/151220-inteligencia.aspx>. (a 20 de noviembre de 2023).

do término, *VioGén* es, en principio, una herramienta necesaria en términos relativos, pues no parecen existir sistemas menos gravosos para el presunto agresor que al tiempo garanticen de forma similar los derechos fundamentales de la mujer denunciante; así, si el riesgo detectado es alto se hará un control aleatorio de sus movimientos y contactos esporádicos con personas que frecuente o de su entorno; si el riesgo se califica como extremo se hará un control intensivo de sus movimientos hasta que este deje de ser una amenaza inminente para la seguridad de la víctima. Finalmente, es un sistema que aporta proporcionalidad en un sentido estricto entre los derechos que pueden verse limitados como resultado de su aplicación y los derechos que pretenden garantizarse, pues se trata de predicciones hechas para tener validez durante un período de tiempo no muy largo que, en su caso, implicarán medidas limitativas que se correspondan con el pronóstico concreto de peligrosidad alcanzado, y todo ello bajo la supervisión de personas especializadas en el tratamiento y seguimiento de la violencia de género.

No obstante, y a nuestro juicio, para llevar a cabo con más rigor una evaluación del impacto algorítmico y, en suma, de la proporcionalidad de *VioGén*, es imprescindible más información sobre su metodología que la que actualmente ofrece el Ministerio del Interior; en particular, sobre el valor relativo de los diferentes tipos de datos con los que trabaja y sobre cómo se combinan para el resultado final (más extensamente, Martínez Garay et al., 2023, p. 18). Faltan, en suma, mayor rendición de cuentas, transparencia y explicabilidad (Presno Linera, 2022, pp. 25 y ss; 2023, p. 7) pero, dados sus resultados, nos parece un ejemplo de policía predictiva que, difícilmente, será objeto de una prohibición total si llega a convertirse en un sistema de IA.

IX. LOS REQUISITOS PARA LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE ALTO RIESGO

Siguiendo con el criterio de los riesgos, tanto en la propuesta de la Comisión como en el texto de las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo se conviene en establecer normas comunes para todos los sistemas de IA considerados de alto riesgo al objeto de garantizar un nivel elevado y coherente de protección de los intereses públicos en lo que respecta a la salud, la seguridad y los derechos

fundamentales (Soriano Arnanz, 2021; Añón Roig, 2022, pp. 17-49; de Hoyos Sancho, 2022, pp. 403-422; San Martín Segura, 2023, p. 288). El Parlamento Europeo ha añadido como bienes a proteger la democracia, el Estado de Derecho y el medio ambiente. Dichas normas deben ser coherentes con, entre disposiciones, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no deben ser discriminatorias y deben estar en consonancia con los compromisos de la Unión en materia de comercio internacional.

Entre los sistemas de IA se considerarán de alto riesgo, entre otros, los que se incluyen en un Anexo que acompañará al Reglamento si presentan un riesgo significativo de causar perjuicios para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas o, en su caso, si presentan un riesgo significativo de causar perjuicios medioambientales²⁹.

Y para mantener el control del riesgo se establecerá, implantará, documentará y mantendrá un sistema de gestión durante todo el ciclo de vida del sistema, lo que requerirá revisiones y actualizaciones periódicas. Como parece lógico, el control de los sistemas de IA de alto riesgo se realizará antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio y los ensayos se realizarán a partir de parámetros y um-

²⁹ En el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial se entiende por «Sistema de inteligencia artificial de alto riesgo» el que cumpla alguno de los siguientes supuestos: a) Un sistema de inteligencia artificial que constituya un producto regulado por la legislación de armonización de la Unión especificada en el anexo VII del presente real decreto se considerará de alto riesgo si debe someterse a una evaluación de la conformidad por un tercero con vistas a la introducción en el mercado o puesta en servicio de dicho producto con arreglo a la legislación mencionada. b) Un sistema de inteligencia artificial que vaya a ser utilizado como un componente que cumple una función de seguridad y cuyo fallo o defecto de funcionamiento pone en peligro la salud y la seguridad de las personas o los bienes en un producto regulado por una norma armonizada de la Unión Europea, si debe someterse a una evaluación de conformidad por parte de un tercero con vistas a la introducción en el mercado o puesta en servicio de dicho producto con arreglo a la legislación de armonización aplicable. Este supuesto será aplicable, aunque el sistema de inteligencia artificial se comercialice o se ponga en servicio independientemente del producto. c) Sistemas de inteligencia artificial mencionados en el anexo II, siempre que la respuesta del sistema sea relevante respecto a la acción o decisión a tomar, y pueda, por tanto, provocar un riesgo significativo para la salud, los derechos de las personas trabajadoras en el ámbito laboral o la seguridad o los derechos fundamentales (artículo 3.4).

brales de probabilidades previamente definidos que sean adecuados para la finalidad prevista o el uso indebido razonablemente previsible del sistema de IA de alto riesgo de que se trate.

Los sistemas de alto riesgo estarán sometidos a una serie de exigencias orientadas a su control y que cabe resumir como de registro de actividades, de medición de su impacto ambiental, de transparencia, de inteligibilidad, de supervisión humana, de seguridad en el diseño, de resistencia a los errores, de subsanación de eventuales sesgos y de resistencia frente a los intentos de usos no autorizados.

Con más detalle, estos sistemas se diseñarán y desarrollarán con capacidades que permitan registrar automáticamente eventos («archivos de registro») mientras están en funcionamiento.

En segundo lugar, deberán registrar el consumo de energía, la medición o el cálculo del uso de los recursos y el impacto ambiental del sistema de IA de alto riesgo durante todas las fases de su ciclo de vida.

En tercer lugar, estos sistemas se diseñarán y desarrollarán de un modo que garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente para que los proveedores y usuarios entiendan razonablemente el funcionamiento del sistema. El usuario estará capacitado para comprender y utilizar adecuadamente el sistema de IA sabiendo, en general, cómo funciona y qué datos trata, lo que le permitirá explicar las decisiones adoptadas por el sistema a la persona afectada.

En cuarto lugar, los sistemas de IA de alto riesgo irán acompañados de las instrucciones de uso inteligibles correspondientes en un formato digital adecuado o puestas a disposición de otra forma en un medio durable, las cuales incluirán información concisa, correcta, clara y, en la medida de lo posible, completa que proporcione asistencia en el funcionamiento y el mantenimiento del sistema de IA, que contribuya a fundamentar la toma de decisiones informada por parte de los usuarios y sea razonablemente pertinente, accesible y comprensible para los usuarios.

En quinto término, estos sistemas se diseñarán y desarrollarán de modo que sean vigilados de manera efectiva por personas físicas, lo que incluye dotarlos de una herramienta de interfaz humano-máquina adecuada, entre otras cosas, de forma proporcionada a los riesgos

asociados a dichos sistemas. Las personas físicas encargadas de garantizar la vigilancia humana tendrán un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA y contarán con el apoyo y la autoridad necesarios para ejercer esa función durante el período en que los sistemas de IA estén en uso y para permitir una investigación exhaustiva tras un incidente.

En la propuesta enmendada por el Parlamento se explica que el objetivo de la vigilancia humana será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad, los derechos fundamentales o el medio ambiente que pueden surgir cuando un sistema de IA de alto riesgo se utiliza conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible, en particular cuando dichos riesgos persisten a pesar de aplicar otros requisitos establecidos y cuando las decisiones basadas únicamente en el procesamiento automatizado por parte de sistemas de IA producen efectos jurídicos o significativos de otro tipo para las personas o grupos de personas con los que se deba utilizar el sistema.

En sexto lugar, los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán siguiendo el principio de seguridad desde el diseño y por defecto. Teniendo en cuenta su finalidad prevista, deben alcanzar un nivel adecuado de precisión, solidez, seguridad y ciberseguridad y funcionar de manera consistente en esos sentidos durante todo su ciclo de vida.

En séptimo lugar, se deberán adoptar medidas técnicas y organizativas para garantizar que estos sistemas sean lo más resistentes posible a los errores, fallos e incoherencias que pueden surgir en los propios sistemas o en el entorno donde operan, en particular a causa de su interacción con personas físicas u otros sistemas.

En octavo lugar, los sistemas de IA de alto riesgo que continúan aprendiendo tras su introducción en el mercado o puesta en servicio se desarrollarán de tal modo que los posibles sesgos en la información de salida que influyan en los datos de entrada en futuras operaciones («bucle de retroalimentación») y la manipulación maliciosa de los datos de entrada utilizados para el aprendizaje durante el funcionamiento se subsanen debidamente con las medidas de mitigación oportunas.

Finalmente, estos sistemas serán resistentes a los intentos de terceros no autorizados de alterar su uso, comportamiento, información de salida o funcionamiento aprovechando las vulnerabilidades del sistema.

Una exigencia previa para que el control de los riesgos sea eficaz es la llamada «alfabetización» en materia de IA, cuya promoción se configura como una obligación tanto para la Unión Europea como para los Estados miembros y que se extiende a los proveedores e implementadores de sistemas de IA, garantizando, en todo caso, un equilibrio adecuado en materia de género y de edad, con vistas a permitir un control democrático de los sistemas de IA. En particular, dichas medidas de alfabetización consistirán en la enseñanza de nociones y capacidades básicas sobre sistemas de IA y su funcionamiento, incluidos los distintos tipos de productos y usos, sus riesgos y sus beneficios.

X. LOS MODELOS FUNDACIONALES

Si hubiera que destacar una novedad incorporada en las fases finales de elaboración del Reglamento y que no estaba prevista ni en la propuesta de la Comisión ni en la orientación general del Consejo es, sin duda, la de los llamados modelos fundacionales, que en las enmiendas parlamentarias se han definido como un avance reciente en el que se desarrollan modelos de IA a partir de algoritmos diseñados para optimizar la generalidad y versatilidad de la información de salida. A menudo, estos modelos se entrenan con un amplio abanico de fuentes de datos y grandes volúmenes de datos a fin de llevar a cabo una extensa gama de tareas posteriores, incluidas algunas para las que no han sido desarrollados y entrenados específicamente³⁰.

³⁰ En el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial se entiende por «modelo fundacional» un modelo de inteligencia artificial entrenado en una gran cantidad de datos no etiquetados a escala (generalmente mediante aprendizaje autosupervisado y/o con recopilación automática de contenido y datos a través de internet mediante programas informáticos) que da como resultado un modelo que se puede adaptar a una amplia gama de tareas posteriores (artículo 3.6).

El modelo fundacional puede entrenarse con diferentes métodos, como el aprendizaje supervisado³¹ o el aprendizaje reforzado³². Los sistemas de IA con una finalidad prevista específica o los sistemas de IA de uso general pueden constituir aplicaciones concretas de un modelo fundacional, lo que significa que cada modelo fundacional puede reutilizarse en innumerables sistemas de IA de etapas posteriores o sistemas de IA de uso general. Estos modelos tienen una importancia cada vez mayor para numerosas aplicaciones y sistemas de etapas posteriores”.

Se trata de modelos que han alcanzado una gran popularidad en los últimos tiempos, como el ChatGPT³³ o BARD³⁴, en especial por su extraordinaria capacidad para generar textos, códigos e imágenes, algo que ha generado, en palabras introducidas por el Parlamento Europeo en la propuesta de Reglamento, «una incertidumbre significativa sobre el modo en que evolucionarán los modelos fundacionales, tanto en lo que se refiere a la tipología de los modelos como a su autogobernanza».

³¹ Es el aprendizaje en el cual los datos de entrenamiento que se aportan al algoritmo incluyen la solución deseada para que pueda aprender. Se dice que están «etiquetados». Para el ejemplo del filtro de spam en el correo electrónico, entrenando el sistema a partir de un conjunto de emails etiquetados con *spam* y no *spam*, el sistema podría predecir qué tipo de correo sería uno recién recibido (González Cabanes y Díaz Díaz, 2022, p. 49).

³² Un tipo de aprendizaje en el que el sistema es un simulador o «agente» y aprende en base a ensayo-error. Tras cada ensayo llega una recompensa o una penalización, y el sistema aprende generando una estrategia o «política» que refuerza las acciones que le han llevado a la recompensa, definiendo qué acciones debe escoger el agente en una situación dada. Este aprendizaje se potencia con supercomputadoras que aceleran el aprendizaje con varias simulaciones en paralelo, de forma que en poco tiempo el sistema adquiere el aprendizaje de plazos mucho más largos. Veamos algunos casos de uso: • Ampliando el caso del filtro de *spam* para el correo, una vez entrenado el sistema como supervisado, en la bandeja de *spam* nos pregunta si los correos son realmente *spam* o no lo son, para generar esa política que potencie las decisiones que ha tomado de forma correcta. • Tiene muchas aplicaciones a la robótica, por ejemplo, para el control de calidad en líneas de producción. Los descartes, piezas defectuosas, son reforzados mediante validación del defecto por parte de operarios y el sistema aprende de esta forma potenciando los criterios que le llevaron a considerarlo como tal, defectuoso... (González Cabanes y Díaz Díaz, 2022, pp. 49 y 50).

³³ Chat Generative Pre-Trained Transformer, desarrollado en 2022 por la empresa OpenAI: página web: <https://chat.openai.com/auth/login>

³⁴ Sistema conversacional de inteligencia artificial desarrollado por Google en 2023; página web: <https://bard.google.com/>

Y se añade que, «teniendo en cuenta la complejidad de dichos modelos y su impacto imprevisible, así como la falta de control del proveedor de IA de etapas posteriores sobre el desarrollo del modelo fundacional y el consiguiente desequilibrio de poder, y con el fin de garantizar un reparto equitativo de las responsabilidades a lo largo de la cadena de valor de la IA... deben evaluar y mitigar los posibles riesgos y perjuicios mediante un diseño, unas pruebas y un análisis adecuados, aplicar medidas de gobernanza de datos –en particular, una evaluación de los sesgos– y cumplir requisitos de diseño técnico que garanticen niveles adecuados de rendimiento, previsibilidad, interpretabilidad, corregibilidad, seguridad y ciberseguridad, así como cumplir las normas medioambientales... Los modelos fundacionales generativos deben garantizar la transparencia sobre el hecho de que el contenido ha sido generado por un sistema de IA y no por seres humanos...»

Estos modelos estarán sujetos a las obligaciones generales impuestas a los sistemas de IA, y ya mencionadas, y los proveedores de modelos fundacionales destinados específicamente a generar, con distintos niveles de autonomía, contenidos como texto, imágenes, audio o vídeo complejos («IA generativa») formarán y, en su caso, diseñarán y desarrollarán el modelo fundacional de manera que se garanticen salvaguardias adecuadas contra la generación de contenidos que infrinjan el Derecho de la Unión, en consonancia con el estado de la técnica generalmente reconocido y sin perjuicio de los derechos fundamentales, incluida la libertad de expresión; además, documentarán y pondrán a disposición del público un resumen suficientemente detallado del uso de los datos de formación protegidos por la legislación sobre derechos de autor.

Adicionalmente, y por su vinculación con la generación de contenidos por los modelos fundacionales, se ha introducido en la propuesta de Reglamento la definición de «ultrafalsificación» como un contenido de sonido, imagen o vídeo manipulado o sintético que puede inducir erróneamente a pensar que es auténtico o verídico, y que muestra representaciones de personas que parecen decir o hacer cosas que no han dicho ni hecho, producido utilizando técnicas de IA, incluido el aprendizaje automático y el aprendizaje profundo.

XI. LAS AUTORIDADES DE SUPERVISIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Como es conocido, existen garantías orgánicas especializadas en materia de protección de datos, tanto en el ámbito nacional como en el europeo, con organismos como la Agencia Española de Protección de Datos y el Comité Europeo de Protección de Datos; la primera es una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de las previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones; el segundo es un organismo europeo independiente que tiene como objetivo garantizar la aplicación coherente del Reglamento General de Protección de Datos y la directiva europea sobre protección de datos en el ámbito policial. Parece obvio que estas entidades también están llamadas a jugar un papel importante en todo aquello que vincula a la IA con la protección de datos personales.

Por su parte, la ya citada resolución del Parlamento Europeo a propósito de normas de Derecho civil sobre robótica prevé la creación de una agencia europea para la robótica y la inteligencia artificial que «proporcione los conocimientos técnicos, éticos y normativos necesarios para apoyar la labor de los actores públicos pertinentes, tanto a nivel de la Unión como a nivel de los Estados miembros, en su labor de garantizar una respuesta rápida, ética y fundada ante las nuevas oportunidades y retos—sobre todo los de carácter transfronterizo— que plantea el desarrollo tecnológico de la robótica, por ejemplo en el sector del transporte» y «considera justificado, en vista del potencial de la robótica, de los problemas que suscita y de la actual dinámica de inversiones, que esa agencia europea esté dotada de un presupuesto adecuado y de un personal compuesto por reguladores y por expertos externos en cuestiones técnicas y deontológicas dedicados a controlar, desde un punto de vista intersectorial y pluridisciplinar, las aplicaciones basadas en la robótica, a determinar las normas en materia de mejores prácticas y, en su caso, a recomendar medidas reguladoras, a definir nuevos principios y a hacer frente a posibles problemas de protección de los consumidores y desafíos sistémicos; pide a la Comisión (y a la agencia europea, en el caso de que se cree)

que informen anualmente al Parlamento sobre los últimos avances de la robótica, así como sobre las medidas que resulten necesarias».

Ya centrada en la IA y no tanto en la robótica, la propuesta de Reglamento que estamos analizando prevé (artículo 59, enmendado por el Parlamento Europeo) que «cada Estado miembro designará una autoridad nacional de supervisión, que se organizará de manera que se preserve la objetividad e imparcialidad de sus actividades y funciones» a más tardar ... [tres meses después de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento]; esta autoridad garantizará la aplicación y la ejecución del Reglamento y deberá actuar de manera independiente, imparcial y objetiva. Se dispone que cada autoridad nacional de supervisión ejercerá sus funciones en el territorio de su Estado miembro y, de darse un caso que afecte a dos o más autoridades nacionales de supervisión, la del Estado miembro en el que haya tenido lugar la infracción será considerada la autoridad de supervisión principal.

A efectos de que puedan cumplir estos objetivos, se prescribe que tal autoridad debe disponer de recursos técnicos, financieros y humanos adecuados, así como de las infraestructuras para el desempeño eficaz de sus funciones; en concreto, dispondrá permanentemente de suficiente personal cuyas competencias y conocimientos técnicos incluirán un conocimiento profundo de las tecnologías de inteligencia artificial, datos y computación de datos, la protección de datos personales, la ciberseguridad, el Derecho en materia de competencia, los riesgos para los derechos fundamentales, la salud y la seguridad, y conocimientos acerca de las normas y requisitos legales vigentes.

Pues bien, España, adelantándose no solo al plazo previsto en el Reglamento sino a la propia aprobación del mismo, ya cuenta con su autoridad nacional de supervisión: la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, recogió, en su disposición adicional centésimo trigésima, la «creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial», autorizando al Gobierno a impulsar una ley para la creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial, configurada como una Agencia Estatal dotada de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, con potestad administrativa. Por su parte, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre,

de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, prevé la «creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial», cumpliendo con ello la exigencia prevista en el artículo 91 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y eso es lo que se ha hecho a través del Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (Barrio Andrés, 2023).

Con arreglo al artículo 4 del real decreto, le corresponde a la Agencia llevar a cabo tareas de supervisión, el asesoramiento, la concienciación y la formación dirigidas a entidades de derecho público y privado para la adecuada implementación de toda la normativa nacional y europea en torno al adecuado uso y desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial, más concretamente, de los algoritmos. Además, la Agencia tendrá la función de inspección, comprobación, sanción y demás que le atribuya la normativa europea que le resulte de aplicación y, en especial, en materia de inteligencia artificial. En el ámbito de la competencia estatal, ejercerá las funciones de autoridad responsable de la supervisión, y en su caso sanción, de los sistemas de inteligencia artificial con el objeto de eliminar o reducir los riesgos para la integridad, la intimidad, la igualdad de trato y la no discriminación, en particular entre mujeres y hombres, y demás derechos fundamentales que pueden verse afectados por el mal uso de los sistemas³⁵.

Una de las funciones de la Agencia es la promoción de entornos de prueba que permitan una correcta adaptación de sistemas

³⁵ De acuerdo con el artículo 8, La Agencia observará los principios de interés general por los que debe regirse la actuación. En el ejercicio de sus funciones específicas se regirá, además, por los siguientes principios básicos:

a) Autonomía, entendida como la capacidad de la Agencia de gestionar, en los términos previstos en su Estatuto, los medios puestos a su disposición para alcanzar los objetivos comprometidos.

b) Independencia técnica, basada en la capacitación, especialización, profesionalidad y responsabilidad individual del personal al servicio de la Agencia que deberá observar los valores de competencia, ética profesional y responsabilidad pública que son de aplicación. En el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias, la Agencia actuará con plena autonomía.

c) Transparencia en todas las actividades administrativas y cumplimiento de las obligaciones de buen gobierno por parte de los responsables públicos de la Agencia, así como

innovadores de inteligencia artificial a los marcos jurídicos en vigor (artículo 10.1.a) y, a este respecto, también se ha aprobado el anteriormente mencionado Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, que tiene por objeto establecer un entorno controlado de pruebas para ensayar el cumplimiento de ciertos requisitos por parte de algunos sistemas de inteligencia artificial que puedan suponer riesgos para la seguridad, la salud y los derechos fundamentales de las personas. Asimismo, regula el procedimiento de selección de los sistemas y entidades que participarán en dicho entorno³⁶.

Este decreto, a la hora de excluir de los entornos de pruebas a los sistemas de IA cuya prohibición se pretende en el texto europeo, incluye literalmente los que en su día incorporó la Comisión y avaló el Consejo³⁷, no la lista más extensa y restrictiva aprobada por el Par-

la rendición de cuentas y compromisos para presentar la información precisa y completa sobre todos los resultados y procedimientos utilizados en la gestión.

d) Eficacia en su actuación, utilizando todos los medios disponibles para el logro de los fines definidos en su Estatuto.

e) Eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos y evaluación continuada de la calidad de los procesos de gestión y de los procedimientos de actuación, que se efectuará atendiendo a los criterios de legalidad, celeridad, simplificación y accesibilidad electrónica.

f) Cooperación interinstitucional, entendido como la búsqueda de sinergias en la colaboración con otras Administraciones Públicas, agentes e instituciones, públicas o privadas, nacionales e internacionales para el fomento del conocimiento en todos sus ámbitos.

g) Integración del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, promoviendo la perspectiva de género y una composición equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos, consejos y comités y actividades...

³⁶ A los efectos de esa norma, se entiende por entorno controlado de pruebas o experiencia el entorno o experiencia, con una duración determinada, que proporciona un contexto estructurado para el desarrollo de las actuaciones necesarias que posibiliten a proveedores y usuarios de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, sistemas de propósito general y modelos fundacionales, que realicen las pruebas necesarias para la implementación de los requisitos establecidos en este real decreto, bajo la supervisión del órgano competente (artículo 3.2).

³⁷ Los sistemas de inteligencia artificial propuestos por los proveedores IA solicitantes no podrán estar incluidos en los siguientes supuestos:

a) Sistemas de inteligencia artificial comercializados o puestos en servicio para actividades militares, de defensa o seguridad nacional, cualquiera que sea la entidad que desarrolle esas actividades.

b) Sistemas de inteligencia artificial que se sirvan de técnicas subliminales que trasciendan la consciencia de una persona con el objetivo o el efecto de alterar efectivamente su

lamento y a la que nos referimos con anterioridad. Tras la valoración de las solicitudes se emitirá una resolución motivada³⁸.

Pero, además de estas autoridades nacionales, se contempla también (artículo 56), la constitución de la Oficina Europea de Inteligencia Artificial, como un organismo independiente de la Unión que tendrá personalidad jurídica propia y estará situada en Bruselas.

Entre sus múltiples funciones cabe destacar las siguientes: La Oficina de IA desempeñará las siguientes funciones: apoyar, asesorar y cooperar con los Estados miembros, las autoridades nacionales de supervisión, la Comisión y otras instituciones, órganos y organismos de la Unión en lo que respecta a la aplicación del presente Reglamento; llevar un seguimiento de la aplicación efectiva

comportamiento de un modo que provoque o pueda provocar, con probabilidad razonable, perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra.

c) Sistemas de inteligencia artificial que aprovechen alguna de las vulnerabilidades de un grupo específico de personas debido a su edad o discapacidad o una situación social o económica específica con el objetivo o el efecto de alterar efectivamente el comportamiento de una persona de ese grupo de un modo que provoque o pueda provocar, con probabilidad razonable, perjuicios físicos o psicológicos a esa persona o a otra.

d) Sistemas de inteligencia artificial que tengan el fin de evaluar o clasificar personas físicas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su conducta social o a características personales o de su personalidad conocidas o predichas, de forma que la clasificación social resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes: 1.º Un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente. 2.º Un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos que sea injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este.

e) Sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» para su uso en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley, salvo y en la medida en que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes: 1.º La búsqueda selectiva de posibles víctimas concretas de un delito, incluido personas menores desaparecidas. 2.º La prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas, para infraestructuras críticas, o un atentado terrorista. 3.º La detención, la localización, la identificación o el enjuiciamiento de la persona que ha cometido o se sospecha que ha cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión marco 584/2002/JAI del Consejo, para el que la normativa en vigor en el Estado miembro implicado imponga una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos tres años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro (artículo 5.6).

³⁸ El órgano competente para la instrucción del procedimiento es la Subdirección General de Inteligencia Artificial y Tecnologías Habilitadoras Digitales con el apoyo de la Oficina del Dato dependiente de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia

y coherente del Reglamento y garantizarla; contribuir a la coordinación entre las autoridades nacionales de supervisión; actuar como mediador en los debates sobre desacuerdos graves que puedan surgir entre las autoridades competentes en relación con la aplicación del Reglamento; coordinar investigaciones conjuntas; contribuir a la cooperación efectiva con autoridades competentes de terceros países y con organizaciones internacionales; examinar, por propia iniciativa o a petición de su Consejo de Administración o de la Comisión, las cuestiones relativas a la aplicación del Reglamento y emitir dictámenes, recomendaciones o contribuciones escritas; asistir a las autoridades en el establecimiento y el desarrollo de espacios controlados de pruebas

Artificial. Les corresponderá la evaluación de las solicitudes presentadas para la participación en el entorno.

2. Se procederá a la evaluación de las solicitudes para la participación en el entorno, evaluándose para cada uno de los sistemas de inteligencia artificial recibidos, lo siguiente:

- a) Grado de innovación o complejidad tecnológica del producto o servicio.
- b) Grado de impacto social, empresarial o de interés público que presenta el sistema de inteligencia artificial propuesto.
- c) Grado de explicabilidad y transparencia del algoritmo incluido en el sistema de inteligencia artificial presentado.
- d) Alineamiento de la entidad y el sistema de inteligencia artificial con la Carta de Derechos Digitales del Gobierno de España.
- e) Tipología de alto riesgo del sistema de inteligencia artificial, buscando una representación variada de tipologías en la selección.
- f) Cuando se trate de sistemas de inteligencia artificial de propósito general, se evaluará también su potencial de ser transformados en un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo.
- g) Cuando se trate de modelos fundacionales de inteligencia artificial se evaluará la capacidad de despliegue y utilización, así como el impacto relativo o absoluto en la economía y sociedad.
- h) El grado de madurez del sistema de inteligencia artificial, considerando que ha de estar lo suficientemente avanzado como para ser puesto en servicio o en el mercado en el marco temporal del entorno controlado de pruebas o a su finalización. Se buscará una representación variada de madurez de los sistemas de inteligencia artificial.
- i) La calidad de la memoria técnica.
- j) El tamaño o tipología del proveedor IA solicitante, según número de trabajadores o volumen de negocios anual, valorándose positivamente la condición de empresa emergente, pequeña o mediana empresa para garantizar una mayor diversidad de tipologías de empresas participantes. Se buscará una representación variada de tamaño y tipología de proveedor IA en la selección.
- k) Y en su caso, la evaluación de la declaración responsable que acredite el cumplimiento de la norma relativa a la protección de datos personales. De igual forma se podrá solicitar documentación acreditativa adicional según recoge el anexo V del presente real decreto (artículo 8).

y facilitar la cooperación entre los espacios controlados de pruebas; promover la sensibilización del público y su comprensión de las ventajas, los riesgos, las salvaguardias y los derechos y obligaciones en relación con la utilización de sistemas de IA; realizar un seguimiento de los modelos fundacionales y organizar un diálogo periódico con los desarrolladores de modelos fundacionales en lo que respecta a su cumplimiento, así como a los sistemas de IA que utilizan dichos modelos de IA; promover la alfabetización en materia de inteligencia artificial.

XII. LAS REGLAS EN MATERIA DE SANCIONES

La propuesta de Reglamento incluye un sistema sancionador como forma de asegurar que se apliquen sus disposiciones y corresponderá a los Estados miembros determinar el régimen aplicable a las infracciones cometidas por cualquier operador. Las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y tendrán particularmente en cuenta los intereses de las pymes y las empresas emergentes, así como su viabilidad económica.

La cuantía variará, como es lógico, de acuerdo con la gravedad de la infracción: a) el incumplimiento de la prohibición de las prácticas de inteligencia artificial estará sujeto a multas administrativas de hasta 40.000.000 de euros o, si el infractor es una empresa, de hasta el 7 % del volumen de negocio total anual mundial del ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior; b) el incumplimiento de los requisitos relativos a los sistemas de alto riesgo estará sujeto a multas administrativas de hasta 20.000.000 de euros o, si el infractor es una empresa, de hasta el 4 % del volumen de negocio total anual mundial del ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior; c) el incumplimiento por parte del sistema de IA o del modelo fundacional de cualquiera de los requisitos u obligaciones establecidos en el Reglamento distintos de los previstos en las letras a) y b) estará sujeto a multas administrativas de hasta 10.000.000 de euros o, si el infractor es una empresa, de hasta el 2 % del volumen de negocio total anual mundial del ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior; d) la presentación de información inexacta, incompleta o engañosa a organismos notificados y a las autoridades nacionales competentes en respuesta a una solicitud estará sujeta a

multas administrativas de hasta 5.000.000 de euros o, si el infractor es una empresa, de hasta el 1 % del volumen de negocio total anual mundial del ejercicio financiero anterior, si esta cuantía fuese superior.

Podrán imponerse multas adicionales a las medidas no monetarias como órdenes o advertencias, en lugar de esas. Al decidir la cuantía de la multa administrativa en cada caso concreto se tomarán en consideración todas las circunstancias pertinentes de la situación correspondiente y se tendrá debidamente en cuenta lo siguiente: la naturaleza, la gravedad y la duración de la infracción y de sus consecuencias, teniendo en cuenta el propósito del sistema de IA, así como, cuando proceda, el número de particulares afectados y el nivel de los daños que hayan sufrido; si otras autoridades nacionales de supervisión de uno o varios Estados miembros han impuesto ya multas administrativas al mismo operador por la misma infracción; el tamaño y el volumen de negocio anual del operador que comete la infracción; las acciones emprendidas por el operador para mitigar los perjuicios o los daños sufridos por las personas afectadas; la intencionalidad o negligencia en la infracción; el grado de cooperación con las autoridades nacionales competentes con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar sus posibles efectos adversos; el grado de responsabilidad del operador, teniendo en cuenta las medidas técnicas y organizativas que aplique; la forma en que las autoridades nacionales competentes tuvieron conocimiento de la infracción, en particular si el operador notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida; la adhesión a códigos de conducta o a mecanismos de certificación aprobados; cualquier infracción previa pertinente del operador y cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso.

Estas sanciones, así como los costes de litigio asociados y las reclamaciones de indemnización, no podrán ser objeto de cláusulas contractuales ni otras formas de acuerdo de reparto de cargas entre los proveedores y distribuidores, importadores, implementadores o cualquier otro tercero.

Se prevé también que el supervisor europeo de protección de datos podrá imponer multas administrativas a las instituciones, las agencias y los organismos de la Unión comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento.

XIII. EL ACUERDO DE 8 DE DICIEMBRE DE 2023 ENTRE EL CONSEJO Y EL PARLAMENTO

Tras prolongados e intensos debates, en la noche del pasado 8 de diciembre se llegó a un acuerdo provisional en el seno de la Unión Europea sobre la propuesta de Ley de inteligencia artificial. A fecha 20 de diciembre no se conoce el texto definitivo que tendrá el Reglamento tras el acuerdo citado pero, como parecía evidente, en estas negociaciones finales no se ha ido más allá de las enmiendas introducidas por el Parlamento (nueva definición de la IA, regulación de los modelos fundacionales, prohibición de numerosas prácticas de IA...); más bien cabía pensar, por los diferentes intereses en presencia, que algunos de los cambios del Parlamento iban a ser, a su vez, modificados a la baja y se intuía que el uso de sistemas de reconocimiento facial en tiempo real –prohibidos por el Parlamento– y de instrumentos de policía predictiva iban a ser objeto de profunda discusión en orden a permitir, con cautelas, su uso.

Tampoco ha trascendido que en estas últimas negociaciones se haya cambiado la definición de lo que se entenderá por IA a efectos del Reglamento aunque nos atrevemos a intuir que no habrá modificaciones esenciales respecto al concepto aprobado por el Parlamento y que va en la línea del defendido por la OCDE.

Queda, igualmente, por ver qué ocurrirá con la prohibición parlamentaria de sistemas de IA para llevar a cabo evaluaciones de riesgo de personas físicas o grupos de personas con el objetivo de determinar el riesgo de que cometan delitos o infracciones o reincidan en su comisión, o para predecir la comisión o reiteración de un delito o infracción administrativa reales o potenciales. No me parece probable que los Estados acepten renunciar a todas estas herramientas de «inteligencia artificial policial» o de «policía predictiva».

Lo que sí se ha anticipado es que habrá diferentes períodos de *vacatio legis* del Reglamento, que podrán ir de unos pocos meses a, parece, que dos años.

Por lo que respecta a las instituciones de gobierno y control de la IA, se ha anunciado que se creará una Oficina de IA dentro de la Comisión encargada de supervisar los modelos de IA más avanzados, de contribuir a fomentar las normas y las prácticas de ensayo, y de hacer cumplir las normas comunes en todos los Estados miembros.

Habrá, además, un Consejo de Inteligencia Artificial, compuesto por representantes de los Estados miembros como plataforma de coordinación y órgano consultivo de la Comisión. Por último, se crear  un foro consultivo para las partes interesadas, como los representantes de la industria, las pymes, las empresas emergentes, la sociedad civil y el mundo académico, con el fin de proporcionar conocimientos técnicos al Consejo de IA.

XIV.  GENERAR  LA REGULACIÓN EUROPEA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL UN «EFECTO BRUSELAS»?

En un conocido artículo publicado en 2012, que adopt  formato de libro en 2020³⁹, Anu Bradford explicó cómo y por qué las normas y Reglamentos «de Bruselas» han penetrado en muchos aspectos de la vida económica dentro y fuera de Europa a través del proceso de «globalización normativa unilateral», algo que se produce cuando un Estado o una organización supranacional es capaz de externalizar sus leyes y Reglamentos fuera de sus fronteras a través de mecanismos de mercado, dando lugar a la globalización de las normas. La globalización normativa unilateral es un fenómeno en el que una ley de una jurisdicción migra a otra sin que la primera la imponga activamente o la segunda la adopte voluntariamente (pp. 3 y 4)⁴⁰.

La potencia del mercado interior de la UE, unido a unas instituciones reguladoras con buena reputación, obliga a las empresas extranjeras que quieran participar en ese mercado a adaptar su conducta o su producción a las normas de la UE, que a menudo son las más estrictas; la alternativa es la renuncia a ese mercado, lo que no parece una opción razonable. Explica Bradford que las empresas multinacionales suelen tener un incentivo para estandarizar su producción a escala mundial y adherirse a una única norma. Esto convierte a la norma de la UE en una norma mundial: es el «efecto Bruselas de facto». Y, una vez que estas empresas orientadas a la exportación hayan ajustado sus prácticas empresariales para cumplir las estrictas normas

³⁹ *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

⁴⁰ “The Brussels Effect”, *Northwestern University Law Review*, 1, 2012, disponible (a 20 de noviembre de 2023) en https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/271

de la UE, a menudo tienen el incentivo de presionar a sus gobiernos para que adopten esas mismas normas en un esfuerzo por igualar las condiciones frente a las empresas nacionales no exportadoras: el «efecto Bruselas de *iure*» (p. 7).

Y añade que la preferencia de los responsables políticos de la UE por una regulación estricta refleja su aversión al riesgo y su compromiso con una economía social de mercado. Además, y como ya hemos visto con anterioridad, la UE sigue el principio de precaución, que apuesta por la acción reguladora precautoria, incluso en ausencia de una certeza absoluta y cuantificable del riesgo, siempre que haya motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos puedan ser incompatibles con el nivel de protección elegido (pp. 15 y 16).

Pues bien, cabría pensar que la regulación europea de la IA podría generar, en la línea de lo que ha ocurrido en ámbitos como la vida privada y la protección de datos⁴¹, una exportación del contenido de esa nueva normativa a otros Estados, un «efecto Bruselas» sobre la regulación de la IA (De la Sierra, 2023, pp. 15 y ss). Sin embargo, la propia Anu Bradford se ha mostrado escéptica al respecto en su último trabajo –*Digital Empires: The Global Battle to Global Battle to Regulate Technology*–, de 2023, recordando que Estados Unidos sigue siendo un modelo basado en el mercado abierto, China un modelo de centralismo estatal y la Unión Europea sigue apostando por la regulación.

Ahora bien, Estados Unidos también ha optado por aprobar normas que regulen la IA, aunque no sea con la misma intensidad que en la Unión Europea; así, el 30 de octubre de 2023 el presidente Biden emitió la *Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy Artificial Intelligence*⁴², donde se proclama que el Gobierno Federal tratará de promover principios y acciones responsables de seguridad

⁴¹ El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la UE, del 14 de abril de 2016, ha tenido un efecto global: así, en 2017 Japón creó una agencia independiente para gestionar las quejas sobre vida privada con el fin de ajustarse al nuevo reglamento de la UE y gigantes tecnológicos como Facebook y Microsoft anunciaron en 2018 que se acogerían RGPD.

⁴² Disponible, a 20 de noviembre de 2023, en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>

y protección de la IA con otras naciones, «incluidos nuestros competidores», al tiempo que lidera conversaciones y colaboraciones globales clave para garantizar que la IA beneficie a todo el mundo, en lugar de exacerbar las desigualdades, amenazar los derechos humanos y causar otros daños. Además, y en la línea de la UE, en esa orden se define la IA como un sistema basado en máquinas que puede, para un conjunto dado de objetivos definidos por el ser humano, hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones que influyan en entornos reales o virtuales. Y se enuncian los ocho principios que deben guiar el desarrollo de la IA: la seguridad de los sistemas, la innovación responsable, el compromiso con los trabajadores, avance en igualdad y derechos, protección de los consumidores, protección de la intimidad, gestión de los riesgos y uso responsable de la IA, búsqueda del liderazgo social, económico y tecnológico.

China, por su parte, y aun apostando por la IA como herramienta de férreo control de la disidencia y por sistemas como el «crédito social»⁴³, que estarán prohibidos en Europa, aprobó en agosto

⁴³ El sistema de crédito social tiene dos características principales: la primera es la recopilación de datos a escala nacional procedentes de un amplio abanico de organismos reguladores, Gobiernos centrales y locales, el Poder Judicial y plataformas privadas. Cuando esté plenamente operativo, el sistema recopilará dos tipos básicos de información: la crediticia pública, generada por las interacciones de una empresa con órganos gubernamentales y agencias reguladoras (multas, sentencias, licencias comerciales...), y la información crediticia de mercado, generada por las interacciones de una empresa con otros agentes del mercado (reclamaciones de consumidores, datos generados por agencias de calificación de créditos...). Los datos se utilizarán en sistemas de puntuación gestionados por las administraciones locales, la mayoría de los cuales están en fase de construcción.

El segundo elemento principal es un régimen de recompensas y castigos (en forma de «listas rojas» y «listas negras») mantenido por organismos gubernamentales. Algunas listas tienen un amplio alcance, como el incumplimiento de sentencias judiciales, mientras que otras se aplican a sectores específicos de la economía, como la alimentación o la medicina.

La inclusión en una lista roja o negra es pública; en el primer caso puede implicar diversos beneficios, que van desde la ampliación del acceso a los préstamos hasta una reducción de la frecuencia de las inspecciones o el aumento de las oportunidades en los procesos de contratación pública y acceso a la financiación, sobre todo para las pequeñas y medianas entidades. La inclusión en una lista negra origina barreras de mercado, como restricciones para obtener autorizaciones gubernamentales, mayor frecuencia de inspecciones y prohibiciones para obtener financiación. Cuando una entidad es incluida en una lista negra, su representante legal y las personas directamente responsables de la infracción también se incluirán en la lista: Kendra Schaefer, 2020, disponible, a 20 de noviembre de 2023, en https://www.uscc.gov/sites/default/files/2020-12/Chinas_Corporate_Social_Credit_System.pdf; también Yu-Hsin Lin y Milhaupt, 2023.

de 2023 una ley general reguladora de la Inteligencia Artificial y, en paralelo, otra regulación específica de la IA generativa. En la primera de ellas se vincula la IA a los sistemas automatizados que funcionan con cierto grado de autonomía, sirven a determinados objetivos y son capaces de influir en el entorno físico o virtual mediante la predicción, la recomendación o la toma de decisiones, es decir, en manera similar a lo que ocurre en Europa y Estados Unidos. También incluye una serie de principios aplicables al desarrollo de la IA: seguridad y robustez; apertura, transparencia y explicabilidad; responsabilidad proactiva y equidad e igualdad. Igualmente se fomentará el uso de energías eficientes, para la protección del medio ambiente, en el desarrollo de estas tecnologías⁴⁴.

Y, por poner otro ejemplo, Brasil también ha iniciado el procedimiento para regular la IA: el 1 de marzo de 2023 se presentó el breve Proyecto de Ley 759/2023 en la Cámara de Diputados⁴⁵ y el 3 de mayo el más exhaustivo Proyecto de Ley 2338/2023⁴⁶; este último tiene como objetivos establecer normas nacionales generales para el desarrollo, la implementación y el uso responsable de sistemas de inteligencia artificial en Brasil para proteger los derechos fundamentales y garantizar la implementación de sistemas seguros y fiables en beneficio de la persona, el régimen democrático y el desarrollo científico y tecnológico. Se trata de una propuesta basada en los riesgos de la IA, prohibiendo los que implican «riesgos excesivos», delimitando los de «alto riesgo» y con un enfoque basado en los derechos. Incluye, además, una definición de la IA similar a las que ya hemos visto en otros ámbitos jurídicos: es un sistema informático, con diversos diferentes grados de autonomía, diseñado para inferir cómo lograr un conjunto dado de objetivos, utilizando enfoques basados en el aprendizaje automático y/o y la representación del conocimiento, utilizando datos de entrada procedentes de máquinas o de seres humanos, con el fin de producir datos de entrada procedentes

⁴⁴ Más información en <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2023/09/01/china-aprueba-una-regulacion-de-la-inteligencia-artificial-y-de-la-inteligencia-artificial-generativa> (a 20 de noviembre de 2023).

⁴⁵ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2349685> (a 20 de noviembre de 2023).

⁴⁶ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233> (a 20 de noviembre de 2023).

de máquinas o seres humanos, con el fin de producir predicciones, recomendaciones o decisiones que puedan influir en el entorno.

No parece, por tanto, casual que en su informe sobre este proyecto elaborado por la Autoridad Nacional de Protección de Datos, hecho público el 6 de julio de 2023, se hagan varias referencias a la propuesta que se está tramitando en la Unión Europea y se diga de manera expresa que el proyecto presentado en el Senado es «semejante» a esta última⁴⁷.

Y, por lo que respecta a España y a la influencia hacia dentro del «efecto Bruselas», hemos visto que, incluso con bastante anterioridad a la aprobación y, en su caso, entrada en vigor del Reglamento, se ha creado una autoridad nacional –la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial–, se ha asumido una definición de IA en la línea de la propuesta europea y se ha regulado el entorno controlado de pruebas «para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial».

En definitiva, y aunque en el caso de la regulación de la IA el impacto del «efecto Bruselas» pueda ser menor que en otros ámbitos (Arnal y Jorge, 2023)⁴⁸, no parece en absoluto, por lo que está ocurriendo en otros Estados y espacios jurídicos, que esta propuesta vaya a tener repercusiones únicamente hacia dentro de la Unión.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2020). *Las normas técnicas armonizadas (Una peculiar fuente del Derecho europeo)*, Iustel.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V. y TAHIRI MORENO, J. (2023). La regulación de la inteligencia artificial en Europa a través de la técnica armonizadora del nuevo enfoque, *Revista General de Derecho Administrativo*, (2023).
- AÑÓN ROIG, M. J. (2022). Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos. *Derechos y libertades*, 47, pp. 17-49.

⁴⁷ <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-analise-preliminar-do-projeto-de-lei-no-2338-2023-que-dispoe-sobre-o-uso-da-inteligencia-artificial> (a 20 de noviembre de 2023).

⁴⁸ <https://www.brookings.edu/articles/the-eu-ai-act-will-have-global-impact-but-a-limited-brussels-effect/> (a 20 de noviembre de 2023).

- ARNAL, J. y JORGE RICART, R. (2023). *Inteligencia artificial (i): el menor «efecto Bruselas», las posibles consecuencias desglobalizadoras de un enfoque regulatorio divergente y la importancia de políticas públicas para el empleo*, Real Instituto Elcano.
- BARRIO ANDRÉS, M. (2021). *Introducción al Derecho de las Nuevas Tecnologías*, Wolters Kluwers.
- BARRIO ANDRÉS, M. (2022). Inteligencia artificial: origen, concepto, mito y realidad, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho (monográfico sobre inteligencia artificial y Derecho)*, 100, pp. 14-21.
- BARRIO ANDRÉS, M. (2023a). Novedades en la tramitación del próximo Reglamento europeo de inteligencia artificial, *ARI Real Instituto Elcano*, 67.
- BARRIO ANDRÉS, M. (2023b). Sobre la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA), *Diario LA LEY*, nº 10349, Sección Tribuna.
- BRADFORD, A. (2012). The Brussels Effect, *Northwestern University Law Review*, 1.
- BRADFORD, A. (2020). *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press.
- BRADFORD, A. (2013). *Digital Empires. The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford University Press.
- CAMPIONE, R. (2020). *La plausibilidad del Derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía jurídica del Derecho*, Dykinson.
- COTINO, L. (2021). Un análisis crítico constructivo de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act), *Diario La Ley*, 2 de julio.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2022). El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre inteligencia artificial, los sistemas de alto riesgo y la creación de un ecosistema de confianza. En S. BARONA VILAR, (ed.) *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, Tirant lo Blanch, pp. 403-422.
- DE LA SIERRA, S. (2023). European integration, digitalisation and the Brussels effect, preprint, nº 3/2023.
- ESTEVE PARDO, J. (1999). *Técnica, riesgo y Derecho (Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental)*, Ariel.
- ESTEVE PARDO, J. (2009). *El desconcierto del Leviatán (Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia)*, Marcial Pons.
- FLORIDI, L. (2012). *La rivoluzione dell'informazione*, Codice edizioni.

- GARCÍA SÁNCHEZ, M. D. (2022). Propuesta de reglamento europeo sobre inteligencia artificial: especial referencia a la identificación biométrica remota y los sistemas de puntuación social. En GONZÁLEZ PULIDO y BUENO DE MATA *Fodertics 10.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, pp. 779-793
- GASCÓN MARCET, A. (2022). La propuesta de Reglamento de la Comisión Europea por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. *Retos de la sociedad digital. Regulación y fiscalidad en un contexto internacional*, Editorial Reus, pp. 15-40.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L.; LÓPEZ OSSORIO, J. J.; MUÑOZ RIVAS, M. (2018). *La valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer pareja en España – Sistema VioGén*, Ministerio del Interior.
- GONZÁLEZ CABANES, F. y DÍAZ DÍAZ, N. (2023). ¿Qué es la Inteligencia Artificial? En E. GAMERO CASADO, y F.L. PÉREZ GUERRERO, *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, pp. 37-72.
- GRANDE SANZ, M. (2022): La propuesta de reglamento sobre inteligencia artificial: presente y futuro, En GONZÁLEZ PULIDO y BUENO DE MATA *Fodertics 10.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, pp. 795-807
- JOVE VILLARES, D. (2023). La protección de lo sensible, o cuando la naturaleza del dato no lo es todo, Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ GARAY, L. et al. (2023). *Three predictive policing approaches in Spain: VioGén, Riscanvi and Veripol*. Universitat de València (pendiente de publicación).
- MIRÓ LLINARES, F. (2019). El modelo policial que viene: Mitos y realidades del impacto de la inteligencia artificial y la ciencia de datos en la prevención policial del crimen. En: J. MARTÍNEZ ESPASA, (coord.). *Libro blanco de la prevención y seguridad local valenciana: Conclusiones y propuestas del Congreso Valenciano de Seguridad Local: la prevención del siglo XXI*, pp. 98-113.
- PRESNO LINERA, M. A. (2022). *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons.
- PRESNO LINERA, M. A. (2023). Policía predictiva y prevención de la violencia de género: el sistema VioGén, *Revista de Internet, Derecho y Política, monográfico sobre Digitalización y automatización de la justicia*, nº 39.
- RUÍZ TARRÍAS, S. (2023). La búsqueda de un modelo regulatorio de la IA en la Unión Europea, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (ejemplar dedicado a: Inteligencia Artificial y Derecho), 57, pp. 91-119.
- RUSSELL, S. y NORVIG, P. (2004). *Inteligencia Artificial: un enfoque moderno*, Pearson Education.

- SAN MARTÍN SEGURA, D. (2023). *La intrusión jurídica del riesgo*, CEPC.
- SCHAEFER, K. (2020). China's social credit system: context, competition, technology and geopolitics, *Trivium China*, https://www.uscc.gov/sites/default/files/2020-12/Chinas_Corporate_Social_Credit_System.pdf
- SIMÓN CASTELLANOS, P. (2023). *La evaluación de impacto algorítmico en los derechos fundamentales*, Aranzadi.
- SORIANO ARNANZ, A. (2021). La propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea y los sistemas de alto riesgo, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 8.
- YU-HSIN LIN, L. y MILHAUPT, C. (2023). China's Corporate Social Credit System: The Dawn of Surveillance State Capitalism? *The China Quarterly*, pp. 1–19.

LA EDUCACIÓN CÍVICA Y CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA*

CIVIC AND CONSTITUTIONAL EDUCATION IN SPAIN

Carlos VIDAL PRADO

Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad Nacional de Educación a Distancia
<https://orcid.org/0000-0002-5204-027X>

Fecha de recepción del artículo: noviembre 2023

Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2023

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la necesidad de incluir contenidos constitucionales en la educación no universitaria en España, y se denuncia que esta tarea no ha merecido la necesaria atención por parte de los poderes públicos, incluyendo al Ejecutivo y al Legislativo, desde que nuestra Constitución fue aprobada en 1978. Aunque algunas leyes educativas han abordado formalmente la cuestión, en la práctica no se ha conseguido que las personas más jóvenes de nuestro país reciban en la escuela información suficiente sobre la Constitución. Como se intenta mostrar en el artículo, el problema no es solamente del diseño curricular, sino de su reflejo en los libros de texto, que solo de modo muy excepcional han afrontado con rigor y de modo adecuado este tipo de enseñanzas sobre nuestra Norma Suprema.

Asimismo, se justifica en el texto que, en un Estado constitucional democrático, son imprescindibles contenidos no sólo específicos, sino también transversales, que aborden los valores plasmados en la Constitución de cada país, los hitos de la construcción de esa comunidad política a lo largo de su historia, especialmente los que se refieren a la conquista de la democracia y las garantías de los derechos fundamentales, y los rasgos que configuran la identidad de los ciudadanos, tanto a nivel local o regional

* Este trabajo es resultado del proyecto de investigación «Educar en valores, construir ciudadanías», Ministerio de Ciencia e Innovación. Agencia Estatal de Investigación. Proyectos de Generación de Conocimiento 2021. Referencia: PID2021-127680OB-I00.

como a nivel nacional. Si no se hace así, estaremos privando a la sociedad de una herramienta básica para mantener la cohesión de una comunidad social y cívica, combatir la desafección de muchos ciudadanos (especialmente los más jóvenes) hacia las instituciones, concienciar de los valores cívicos propios de la comunidad política a la que se pertenece, reforzar los vínculos que contribuyen a forjar una identidad nacional y, en los últimos tiempos, luchar contra la tendencia a la atomización que se percibe en diferentes territorios.

Palabras clave: Educación cívica, Constitución española, Educación básica, Ley educativa, Educación constitucional.

ABSTRACT

This paper addresses the need to include constitutional content in non-university education in Spain, and denounces that this task has not deserved the necessary attention from the public authorities, including the Executive and the Legislative, since our Constitution was approved in 1978. Although some education laws have formally addressed the issue, in practice it has not been possible to ensure that the youngest people in our country receive sufficient information about the Constitution in school. As the article tries to show, the problem is not only one of curriculum design, but also of its reflection in textbooks, which have only in a very exceptional way dealt rigorously and adequately with this type of teaching about our Supreme Norm.

Likewise, it is justified in the text that, in a democratic constitutional State, it is essential to have not only specific contents, but also transversal contents, which address the values embodied in the Constitution of each country, the historical milestones of the construction of that political community throughout its history, especially those that refer to the conquest of democracy and the guarantees of fundamental rights. and the traits that shape the identity of citizens, both at the local or regional level and at the national level. If this is not done, we will be depriving society of a basic tool for maintaining the cohesion of a social and civic community, combating the disaffection of many citizens (especially the youngest) towards institutions, raising awareness of the civic values of the political community to which one belongs, strengthening the bonds that contribute to forging a national identity, and In recent times, to fight against the tendency towards atomization that is perceived in different territories.

Keywords: Civic Education, Spanish Constitution, Basic Education, Education Law, Constitutional Education.

SUMARIO: I. LA NECESIDAD DE INCORPORAR CONTENIDOS CONSTITUCIONALES EN LA EDUCACIÓN NO UNIVERSITARIA. II. LA PRIMERA EXPERIENCIA DE UNA MATERIA ESPECÍFICA: LA EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA (2006-2013). III. LA SEGUNDA EXPERIENCIA: EDUCACIÓN EN VALORES CÍVICOS Y ÉTICOS (2020-ACTUALIDAD). *1. La normativa básica estatal. 2. Los decretos curriculares autonómicos.* IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA NECESIDAD DE INCORPORAR CONTENIDOS CONSTITUCIONALES EN LA EDUCACIÓN NO UNIVERSITARIA

La inserción de contenidos constitucionales en la educación no universitaria en España no ha merecido la necesaria atención por parte de los poderes públicos, incluyendo al Ejecutivo y al Legislativo, desde que nuestra Constitución fue aprobada en 1978. Sobre el papel, ha habido algunas leyes educativas que lo han abordado con más solvencia que otras, pero ni el tratamiento transversal ha sido o es suficiente, ni el específico ha tenido el enfoque necesario, cuando se ha incluido una asignatura de Educación cívica en los planes de estudio (sea Educación para la Ciudadanía, sea la Educación en Valores Cívicos y Éticos¹), de manera que no ha respondido a lo que se esperaba. Esto ha provocado que una buena parte de las personas más jóvenes de nuestro país no hayan oído hablar casi nada en la escuela sobre la Constitución o, si lo han hecho, ha sido solo tangencialmente o de modo superficial. Como veremos, el problema no es solamente del diseño curricular, sino de su reflejo en los libros de texto, que solo de modo muy excepcional han afrontado con rigor y de modo adecuado este tipo de enseñanzas sobre nuestra Norma Suprema.

Sin embargo, en un Estado constitucional democrático, son imprescindibles contenidos no sólo específicos, sino también transversales, que aborden los valores plasmados en la Constitución de cada país, los hitos de la construcción de esa comunidad política a lo largo de su historia, especialmente los que se refieren a la conquista de la democracia y las garantías de los derechos fundamentales, y los rasgos que configuran la identidad de los ciudadanos, tanto a nivel local o regional como a nivel nacional. Si no se hace así, estaremos privando a la sociedad de una herramienta básica para mantener la cohesión de una comunidad social y cívica, combatir la desafección de muchos ciudadanos (especialmente los más jóvenes) hacia las instituciones, concienciar de los valores cívicos propios de la comunidad política a la que se pertenece, reforzar los vínculos que contribuyen a forjar una identidad nacional y, en los últimos tiempos, luchar contra la

¹ En la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, se incorpora como novedad relevante la enseñanza de «Educación en Valores cívicos y éticos» tanto en primaria como en secundaria.

tendencia a la atomización que se percibe en diferentes territorios. Es significativo que los constituyentes gaditanos de 1812 incluyesen en el artículo 368 de la Constitución de 1812 el mandato de «explicar la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas». Pero, por desgracia, no hemos seguido la senda que nos marcaban esos precursores de la democracia en España.

Al contrario de lo que se ha hecho en muchas ocasiones, los contenidos de la materia específica de educación cívica y constitucional deberían limitarse a exponer los aspectos vinculados a la Constitución y a nuestra historia constitucional democrática: no haberlo hecho así es lo que ha provocado los conflictos que hemos presenciado en España ante la implantación de algunas asignaturas. De hecho, aunque se haya prácticamente olvidado, siendo ministro de Educación José Manuel Otero Novas, en un Gobierno de la UCD, se aprobó la Ley 19/1979, de 3 de octubre, por la que se regulaba el conocimiento del ordenamiento constitucional en Bachillerato y en Formación Profesional de primer grado. En esta ley, muy sencilla, está condensado lo que debería explicarse en la educación no universitaria en España («proporcionar información suficiente de los derechos y libertades que integran la Constitución Española, así como los contenidos en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por España; la organización del poder en el Estado español y su estructuración territorial»²). Pero como no se previó una materia específica (la ley disponía que las enseñanzas debían impartirse en el Área Social y Antropológica del Bachillerato y en el Área Formativa Común de Formación Profesional), los contenidos se fueron diluyendo y prácticamente solo se abordaban en la asignatura de Geografía e Historia o Ciencias Sociales. En muchos casos, además, al final del temario, con lo cual no se llegaba (tampoco hoy se llega) a explicar en las aulas.

Asimismo, cuando se introdujeron materias específicas de educación cívica, en 2006 y ahora con la LOMLOE, se enfocaron básicamente como una educación de tipo ético o filosófico, introduciéndose en el ámbito de las convicciones, las emociones y la

² Artículo tercero de la Ley 19/1979, de 3 de octubre, por la que se regula el conocimiento del ordenamiento constitucional en Bachillerato y en Formación Profesional de primer grado.

autoafirmación personal. En este sentido, llama la atención comprobar cómo los manuales de esas asignaturas están redactados por profesores de Filosofía y Ética, como mucho de Ciencias de la Educación o, en alguna ocasión, Filosofía del Derecho³. Pero nadie vinculado o cercano al ámbito del Derecho Público o el Derecho Constitucional. Me parece un grave error de planteamiento. En otros países europeos, con largos años de experiencia en la impartición de educación cívica y democrática, los contenidos se centran fundamentalmente en explicar la Constitución y profundizar en los aspectos principales de dicha norma (Gregório, 2022; Mycock, 2022; Bozec, 2022; Sandahl, 2022; Hitze, 2022; Poggi, 2021, Ennuschat, 2021, Rodríguez-Patrón, 2021). No en vano ya nos decía Dewey que: «La democracia tiene que nacer de nuevo cada generación y la educación es su comadrona» (Dewey, 1916), y a este tema dedicó su famosa obra *Democracia y Educación* (Dewey, 2004).

En España, al no haber tomado ese camino, se ha permitido que la asignatura aborde fundamentalmente cuestiones éticas y filosóficas, y ahí precisamente es donde se producen los problemas, porque en ocasiones se entra en conflicto con la libertad ideológica y de conciencia del alumnado y, sobre todo, de las madres y padres que envían a sus hijos a determinado centro educativo. Pero, además, al no explicar adecuadamente la Constitución, nuestras nuevas generaciones la ven cada vez como algo más lejano, desconocido, ajeno, lo cual es un caldo de cultivo muy favorable a discursos populistas o al triunfo de relatos que reescriben la historia, como ocurre singularmente con la transición y nuestro proceso constituyente.

El artículo 27.2 de nuestra Constitución es el «principio rector» o «norma directriz» de nuestro sistema educativo, y se presenta como una suerte de «cláusula teleológica». Como ha expuesto Cámara Villar, este precepto es «la máxima expresión del consenso básico sobre la educación»⁴. Por tanto, de ahí se deriva la obligación para el

³ Un análisis de gran parte de los libros de texto de Geografía e Historia y de Ciencias Sociales en los últimos cuarenta años en España se ha llevado a cabo en la tesis doctoral de Domínguez López, J.L., 2022.

⁴ La Constitución define ese consenso básico «asignándole un objeto (la formación plena según contenidos abiertos), una finalidad (el pleno desarrollo de la personalidad humana), unos objetivos acordes con ella y con su papel institucional en un Estado democrático (el respeto a sus principios y a los derechos y libertades fundamentales y, por tanto,

Estado en la formación de todos los ciudadanos en valores y virtudes constitucionales y cívicas. A pesar de que algunos sectores doctrinales han defendido incluso la legitimidad de un cierto «adoctrinamiento» (Aláez Corral, 2009), en mi opinión no puede ser así, pues supondría dar preponderancia al contenido prestacional del derecho a la educación, en detrimento de su dimensión de libertad (Vidal Prado, 2017).

En consecuencia, no debe adoctrinarse, sino exponer los contenidos constitucionales y la historia de la conquista de la democracia y los derechos fundamentales con la mayor objetividad posible. Y sin entrar en cuestiones que pertenecen al ámbito de las convicciones filosóficas o morales, salvo casos evidentes como la xenofobia, el terrorismo o la violencia. Sé que no es fácil redactar una norma equilibrada en estos aspectos, y mucho menos es sencillo aplicarla en la escuela. Aquí podemos dirigir la mirada hacia Alemania, que con su historia en el siglo xx tuvo que lidiar con cuestiones muy sensibles y delicadas en la educación de su infancia y juventud. Allí llegaron a un acuerdo, nacido de la comunidad educativa, el llamado Consenso de Beutelsbach⁵. En él se proclama que la formación cívica debe plantearse con una prohibición de adoctrinamiento (no puede haber abuso de la posición dominante por parte del docente), debe ser amplia, plural, incluir la controversia, pero no para empujar a una determinada opinión, sino permitiendo que se formen su propia opinión.

Lo dispuesto en el art. 27.2 de la Constitución tiene su correlato, después de la mencionada Ley 19/1979, en el artículo 6, apartado 2, de la LODE (Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación): «Todos los alumnos y alumnas tienen el derecho y el deber de conocer la Constitución Española y el respectivo

la orientación positiva de fortalecer el respeto por la dignidad de la persona y los derechos humanos, capacitar para la participación libre y responsable, favorecer la tolerancia, la paz y el pluralismo ideológico, religioso y político) y unos límites (el mismo respeto a los indicados principios, definidores del orden constitucional como un todo)» (Cámara Villar, 1989, pp. 2168-2171 y 200, pp. 217 y 272).

⁵ Fue formulado en 1973 por un grupo de docentes y responsables educativos alemanes, preocupados por la formación política en el país, y luego se ha asumido con frecuencia por parte de las autoridades educativas alemanas. Ver en: <https://www.bpb.de/die-bpb/51310/beutelsbacher-konsens> (fecha de consulta 26.11.2023) Sobre esta cuestión, puede verse Wehling, 1977.

Estatuto de Autonomía, con el fin de formarse en los valores y principios reconocidos en ellos». Sin embargo, como ya hemos dicho, la enseñanza de la Constitución nunca se ha planteado como una materia específica, sino de modo transversal, en las asignaturas de Geografía e Historia y en Ciencias Sociales (con diferentes denominaciones a lo largo de estos años). Y, cuando hubo oportunidad de hacerlo, con materias específicas de educación cívica, no se ha aprovechado tampoco para desarrollarlo en el sentido que estamos apuntando.

II. LA PRIMERA EXPERIENCIA DE UNA MATERIA ESPECÍFICA: LA EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA (2006-2013)

Cuando en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), se introduce la asignatura «Educación para la Ciudadanía», se especificaba que debía cursarse en el último ciclo de Educación Primaria, uno de los tres primeros cursos de la Secundaria (además de la Educación ética cívica, en cuarto curso) y en el Bachillerato. Sin embargo, no se hacía expresa referencia a sus contenidos concretos. De modo genérico y amplio, se hablaba de que la finalidad de la asignatura era «ofrecer a todos los estudiantes un espacio de reflexión, análisis y estudio acerca de las características fundamentales y el funcionamiento de un régimen democrático, de los principios y derechos establecidos en la Constitución española y en los tratados y las declaraciones universales de los derechos humanos, así como de los valores comunes que constituyen el sustrato de la ciudadanía democrática en un contexto global».

Si analizamos los decretos estatales⁶ que desarrollaban estos contenidos, observamos que hay mucha más atención a los contenidos éticos y cívicos que a los contenidos constitucionales, aunque éstos se abordan sucintamente. En proporción, la atención que se le prestaba en la Educación Primaria era mayor que la prevista en Secundaria y Bachillerato. Por lo demás, incluso el modo de abordar los objetivos

⁶ Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, y el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria. Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas.

es significativamente ajeno a la propia Constitución. Se habla, por ejemplo, en los contenidos del decreto de Educación Primaria, de «los principios de convivencia en la Constitución Española», cuando la convivencia puede ser un objetivo o una finalidad de la Constitución, pero no aparece reflejada como principio. Por el contrario, en ningún momento se habla de los valores superiores del ordenamiento como tales, es decir, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Es más, de la justicia y de la libertad ni se habla. Si acudimos a los libros de texto, las menciones al contenido constitucional son, en su mayor parte, testimoniales y muy escasas (Domínguez López, 2022, pp. 427-462).

En Secundaria existían dos materias: la Educación para la ciudadanía y los derechos humanos, que se impartía en uno de los tres primeros cursos y la Educación Ético-cívica de cuarto curso. Esta última prácticamente obviaba los contenidos constitucionales (hay una mínima referencia a los «valores constitucionales» en general, dentro de un bloque denominado «Ética y política»). La primera de las materias citadas se dividía en cinco bloques, de los que solamente uno, el tercero, contenía de modo muy tangencial elementos de la Constitución, al hablar de «Deberes y derechos ciudadanos» (ni siquiera reproduce el orden en el que aparecen denominados en el texto constitucional, que es el inverso). Estas mínimas alusiones se ven, lógicamente, reproducidas en los libros de texto, que solo mencionan a la Constitución de modo puntual y sin profundizar en sus contenidos. En Bachillerato la fusión (y confusión) con los contenidos éticos y filosóficos ya es total, pues se integra en la materia «Filosofía y ciudadanía», y no hay ni una sola referencia a la Constitución española.

Precisamente el hecho de que los decretos se centrasen en contenidos éticos y filosóficos más que en contenidos constitucionales es lo que provocó los conflictos a que dio lugar la implantación de estas materias, al contrario de lo que ha sucedido en otros países europeos, en los que se ha delimitado mucho mejor el contenido de este tipo de educación cívica y democrática, centrándolo en los aspectos constitucionales.

El problema, pues, fue que se incluyeron una serie de elementos que, para muchos, chocaban frontalmente con el derecho reconocido por el art. 27.3 de nuestra Constitución a que los padres

escojan la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos. Estos contenidos, por ejemplo, se referían a asuntos como: verdad y relativismo, la persona, ética, sexualidad, mujer (y, en este contexto, la ideología de género), la valoración del hecho religioso y de las Iglesias (entre ellas la católica).

Ya el Consejo de Estado había distinguido entre lo constitucionalmente lícito y lo constitucionalmente obligatorio en sus informes sobre los proyectos de decretos (Dictámenes 2234/2006, de 23 de noviembre, y 2521/2006, de 21 de diciembre), cuando analiza qué puede hacerse y qué no, cuando se pretende formar ciudadanos, para no vulnerar la obligación de neutralidad ideológica. Así, consideró que no es lícita «la difusión de valores que no estén consagrados en la propia Constitución o sean presupuesto o corolario indispensables del orden constitucional». Todo lo que no sea «corolario indispensable» del orden constitucional o valores «consagrados en la propia Constitución», aun cuando sea constitucionalmente lícito y podría ser objeto de diferente desarrollo por el legislador y los poderes públicos, debe quedar fuera del contenido que normativamente se fije en el ámbito educativo para conseguir la finalidad de formar ciudadanos (Nuevo López, 2014).

Cuando el asunto llega al Tribunal Supremo, éste asume y amplía los argumentos ofrecidos por el Consejo de Estado, en varias sentencias de 11 de febrero de 2009 sobre la objeción de conciencia a Educación para la Ciudadanía⁷, una doctrina que ha reiterado posteriormente en diversas ocasiones. En opinión del Tribunal Supremo, con relación a aquellos «valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes», no sólo «será constitucionalmente lícita su exposición», sino incluso llevarla a cabo «en términos de promover la adhesión a los mismos». Por el contrario, en lo que respecta al pluralismo (atendiendo a las «principales concepciones culturales, morales o ideológicas que, más allá de ese espacio ético común, pueden existir en cada momento histórico dentro de la sociedad»), la acción educativa deberá limitarse a informar y a «transmitir a los alumnos la

⁷ En las sentencias de 11 de febrero de 2009 sobre la objeción de conciencia a Educación para la Ciudadanía (STS 340/2009, 341/2009 y 342/2009).

necesidad de respetar las concepciones distintas a las suyas pese a no compartirlas».

En este segundo caso debe exigirse neutralidad al poder público, de modo que la información sea transmitida «de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad acerca de determinadas cuestiones que son objeto de polémica». En cambio, cuando se trate de los valores que subyacen al orden democrático constitucional la acción del Estado puede llegar hasta el punto de «fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica». Como he dicho ya en otros lugares, creo que es un error utilizar el término «neutralidad» y que más bien debería hablarse de respeto al pluralismo, que es lo que realmente está diciendo el Supremo y, por otra parte, ha dicho en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional.

Para el Tribunal Supremo, de la Constitución se deriva que la educación es «esencial instrumento para garantizar» el pluralismo en la sociedad, en la medida en que «transmite a los alumnos la realidad de esa diversidad de concepciones sobre la vida individual y colectiva, como asimismo les instruye sobre su relevancia, para que sepan valorar la trascendencia de esa diversidad y, sobre todo, aprendan a respetarla». Asimismo, de acuerdo con el art. 10 CE, la actividad educativa no podrá desentenderse de transmitir los valores morales que subyacen en los derechos fundamentales o son corolario esencial de los mismos.

Esto es así porque hay una necesaria «vinculación entre enseñanza y democracia», pues la democracia «además de ser un mecanismo formal para la constitución de los poderes públicos, es también un esquema de principios y valores». De la relación entre enseñanza y democracia (que no solamente es un mecanismo formal para la constitución de los poderes públicos, sino también un esquema de principios y valores), el Tribunal deduce que la intervención pública en materia educativa (tanto en centros estatales como no estatales) «tiene como fin no sólo (1) asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado, sino también (2) ofrecer una instrucción o información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático».

Estos valores «necesarios» para el sistema democrático son los únicos que podrían abordarse, pero nos encontramos con que otros valores que sí aparecen en los decretos y, sobre todo, en algunos libros de texto, se internan en un terreno excluido del ámbito de decisión y actuación por parte del Estado. Díez-Picazo pone de relieve el reto al que se enfrenta el proceso educativo, que tiene dos fines complementarios: por un lado, facilitar el libre desarrollo de la personalidad (objetivo de carácter individual, derivado del art. 27.2 CE, en relación con el art. 10.1 CE), y por otro lado hacer posible la convivencia democrática (objetivo de carácter colectivo, que estaría subordinado al anterior). Según este autor, tanto del pluralismo proclamado en el art. 1 CE como del derecho de los padres de elegir la educación moral y religiosa para sus hijos (art. 27.3) se deduce que el constituyente ha excluido la formación en valores morales de la competencia de los poderes públicos (Díez Picazo, 2008, pp. 495-498). Por lo tanto, si en cualquier materia de educación cívica los contenidos se internasen en este ámbito, dichos contenidos podrían ser impugnados por padres y madres, al contradecir lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Constitución. Y esto es lo que ocurrió en esos años, aunque la vía escogida para intentar corregirlo (la objeción de conciencia) no era la adecuada, y de hecho fracasó.

Como es conocido, esta fase finalizó en 2013, cuando el gobierno del PP eliminó la asignatura, a partir de la aprobación de la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa. En esta ley se optó por distribuir los (escasos) contenidos constitucionales y de educación cívica y democrática de modo transversal, aunque algunas comunidades autónomas mantuvieron, dentro de su ámbito competencial, la materia de Educación para la Ciudadanía dentro de las optativas de configuración autonómica.

III. LA SEGUNDA EXPERIENCIA: EDUCACIÓN EN VALORES CÍVICOS Y ÉTICOS (2020-ACTUALIDAD)

1. *La normativa básica estatal*

Después de varios años en los que no hubo una materia específica de educación cívica, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de

Educación, incorpora la enseñanza de «Educación en Valores cívicos y éticos» tanto en Primaria como en Secundaria y Bachillerato.

En la Educación Primaria (art. 18.3) se incluye el área «Educación en Valores cívicos y éticos», y se dice que «en esta área se incluirán contenidos referidos a la Constitución española, al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y de la Infancia, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad entre hombres y mujeres, al valor del respeto a la diversidad y al valor social de los impuestos, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia».

En cuanto a la Secundaria, el artículo 25.7 dispone: «En algún curso de la etapa todos los alumnos y alumnas cursarán la materia de Educación en Valores cívicos y éticos. En dicha materia, que prestará especial atención a la reflexión ética, se incluirán contenidos referidos al conocimiento y respeto de los Derechos Humanos y de la Infancia, a los recogidos en la Constitución española, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad de mujeres y hombres, al valor del respeto a la diversidad y al papel social de los impuestos y la justicia fiscal, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia».

El enfoque que se realiza en los decretos curriculares básicos, aprobados pocos meses después⁸, no está dirigido a fomentar el conocimiento de la Constitución española, el proceso constituyente, la historia constitucional... Por lo tanto, nos encontramos de nuevo con un planteamiento, en mi opinión, equivocado. El propio nombre de la materia no ayuda, al introducir la palabra «éticos». Hablamos de educación en valores constitucionales y democráticos, por tanto, no debería llamarse *valores cívicos y éticos*, lo que da lugar a confusión. Más bien debería llamarse «valores cívicos y democráticos», o «Educación cívica y en valores democráticos» o incluso «Educación constitucional».

Cabe señalar, en todo caso, que en el perfil de salida sí aparecen referencias a la Constitución. Una de las competencias clave

⁸ Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria. Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria.

es la «Competencia ciudadana». Y esta se ve concretada en algunos descriptores operativos. En concreto, en Educación Primaria, el descriptor CC2 consiste en que el alumno o la alumna «Participa en actividades comunitarias, en la toma de decisiones y en la resolución de los conflictos de forma dialogada y respetuosa con los procedimientos democráticos, los principios y valores de la Unión Europea y la Constitución española, los derechos humanos y de la infancia, el valor de la diversidad, y el logro de la igualdad de género, la cohesión social y los Objetivos de Desarrollo Sostenible». Asimismo, este descriptor se ve continuado y completado en el que debe alcanzarse al final de la enseñanza básica: «CC2. Analiza y asume fundadamente los principios y valores que emanan del proceso de integración europea, la Constitución española y los derechos humanos y de la infancia, participando en actividades comunitarias, como la toma de decisiones o la resolución de conflictos, con actitud democrática, respeto por la diversidad, y compromiso con la igualdad de género, la cohesión social, el desarrollo sostenible y el logro de la ciudadanía mundial».

Algo similar se constata también en el Decreto de Bachillerato⁹, en el que aparece la misma competencia ciudadana y el siguiente descriptor: «CC2. Reconoce, analiza y aplica en diversos contextos, de forma crítica y consecuente, los principios, ideales y valores relativos al proceso de integración europea, la Constitución Española, los derechos humanos, y la historia y el patrimonio cultural propios, a la vez que participa en todo tipo de actividades grupales con una actitud fundamentada en los principios y procedimientos democráticos, el compromiso ético con la igualdad, la cohesión social, el desarrollo sostenible y el logro de la ciudadanía mundial».

Hay escasas diferencias entre el currículo de la Educación Primaria y la Secundaria Obligatoria en lo que se refiere al área (en Primaria) o la materia (en Secundaria) «Educación en Valores cívicos y éticos». Aunque en la Secundaria se profundiza un poco más, no puede decirse eso cuando nos fijamos en contenidos relativos a la Constitución. Existe una gran semejanza en los saberes básicos y competencias específicas, si bien se constata un mayor nivel de profundización en la Secundaria y también algunos cambios relativos

⁹ Real Decreto 243/2022, de 5 de abril, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas del Bachillerato.

a los criterios de evaluación con énfasis en el diálogo y el pensamiento crítico. Sin embargo, esto no tiene sentido. En la enseñanza secundaria y en el bachillerato, los estudiantes deberían tener acceso a elementos más concretos del régimen constitucional, la regulación y garantías de los derechos fundamentales, los hitos principales de nuestra historia constitucional democrática, como la Constitución de 1812 (no solamente desde el punto de vista histórico, sino constitucional), la Constitución de 1869, la de la Segunda República (poniéndola en su adecuado contexto y abordándola con sentido crítico), y sobre todo el proceso constituyente español y nuestra transición política de la dictadura franquista a la democracia que conquistamos y se plasmó en la Constitución de 1978.

Los pilares sobre los que se ha desarrollado el currículo de la materia «Educación en valores cívicos y éticos» son cuatro ámbitos generales: el autoconocimiento, la comprensión del marco social de convivencia y compromiso, la adopción de actitudes compatibles con la sostenibilidad, y el desarrollo de la sensibilidad de los afectos en el marco de los problemas éticos. El único de estos ámbitos que sería adecuado para una materia de estas características sería el de la comprensión del marco social de convivencia y compromiso y, quizá de modo más secundario la preocupación por la sostenibilidad. Pero, además de que una educación de las emociones y de los afectos es cuestionable y problemática, porque entra en conflicto con la educación que la familia puede querer para sus hijos, lo que me parece más claro, en coherencia con lo que vengo exponiendo, es que no debería formar parte de la materia de educación cívica. Ésta debería inclinarse, más bien, al diseño de una asignatura con un componente más jurídico y profesional, pero, en coherencia con el planteamiento de los decretos curriculares, los manuales que hoy se utilizan (como se hizo con la asignatura de Educación para la Ciudadanía) se centran en la filosofía y en la ética, dejando al margen las referencias a los contenidos constitucionales (como ya he dicho, los autores son profesores de ética y filosofía). Como mucho, se mencionan de modo tangencial, e incluso cuando se abordan los derechos fundamentales, no se contemplan en función de la regulación constitucional, sino con planteamientos genéricos y filosóficos sobre los derechos humanos en general. El problema, además, como ya he dicho, es que cuanto

más nos adentremos en convicciones filosóficas y éticas, más serán posibles los conflictos entre los padres o familias y los centros educativos por el choque entre los valores transmitidos en los hogares y la diferencia con los que pueden abordarse en los centros docentes.

A ello se añade que existen, conforme al diseño de los reales decretos, dos ámbitos, uno teórico, y otro práctico, donde se concentra la dificultad, ya que el docente tiene que, en ocasiones, renunciar a sus propios ideales para no caer en el adoctrinamiento. Hay muchos elementos metodológicos que se basan en situaciones de aprendizaje concretas, que por mucho que se sugieran o se esbocen en los propios materiales didácticos que las y los docentes tienen a su disposición, no pueden aplicarse en el día a día si no hay una formación y unas aptitudes adecuadas. Todo ello requiere una formación del profesorado que no siempre se ha previsto. Ni ahora ni en 2006, cuando se introdujo la Educación para la Ciudadanía. Los docentes que se encargan de estas materias deben tener formación específica, impartida por juristas o docentes de Derecho Constitucional, y esto no es frecuente.

Por último, en los decretos estatales encontramos que en la materia Educación en Valores cívicos y éticos se abordan tres saberes básicos: el autoconocimiento y la autonomía moral (un terreno muy complejo que no creo que deba ser parte de la educación cívica, ya que —como vengo sosteniendo— esta materia debería ser mucho más objetiva, pegada a la Constitución y a los textos internacionales de derechos humanos); la sociedad, justicia y democracia (este bloque es perfectamente adecuado); y el desarrollo sostenible y ética ambiental (este tercer bloque podría incluirse dentro del anterior y, no debería incluirse la ética). Dentro de ellos, hay una o dos menciones genéricas a los valores constitucionales, sobre todo en la competencia específica 2, la más relacionada con lo que creemos que debe ser esta materia¹⁰.

¹⁰ La competencia específica 2 es «Actuar e interactuar de acuerdo con normas y valores cívicos y éticos, a partir del reconocimiento fundado de su importancia para regular la vida comunitaria y su aplicación efectiva y justificada en distintos contextos, para promover una convivencia pacífica, respetuosa, democrática y comprometida con el bien común». Cuando se detallan los criterios de evaluación de esta competencia, se incluyen algunos que sí son apropiadas, como la investigación sobre la «naturaleza social y política del ser humano y el uso y comprensión crítica de los conceptos de ley, poder, soberanía, justicia, Estado, democracia, memoria democrática, dignidad y derechos humanos», fomentar el ejercicio de la «ciudadanía activa y democrática a través del conocimiento del movimiento asociativo y

Por lo que se refiere a los saberes básicos, donde encontramos alguna referencia en la Educación Primaria es en el mencionado Bloque B. Sociedad, justicia y democracia:

- Las virtudes del diálogo y las normas de la argumentación. La toma democrática de decisiones.
- Las reglas de convivencia. Moralidad, legalidad y conducta cívica.
- Principios y valores constitucionales y democráticos. El problema de la justicia.
- Los derechos humanos y de la infancia y su relevancia ética.
- La igualdad y la corresponsabilidad entre mujeres y hombres. La prevención de los abusos y la violencia de género. La conducta no sexista.
- El respeto por las minorías y las identidades etnoculturales. Interculturalidad y migraciones.
- La cultura de paz y no violencia. La contribución del Estado y sus instituciones a la paz, la seguridad y la cooperación internacional. La seguridad integral del ciudadano. Valoración de la defensa como un compromiso cívico y solidario al servicio de la paz. La protección civil y la colaboración ciudadana frente a los desastres. El papel de las ONG y ONGD. La resolución pacífica de los conflictos.

Asimismo, en ese mismo bloque, pero en Secundaria, se recoge lo siguiente:

- B. Sociedad, justicia y democracia.
- La política: ley, poder, soberanía y justicia. Formas de Estado y tipos de gobierno. El Estado de derecho y los valores constitucionales. La democracia: principios, procedimientos e instituciones. La memoria democrática. La guerra, el terrorismo y otras formas de violencia política.
- Las distintas generaciones de derechos humanos. Su constitución histórica y relevancia ética. Los derechos de la infancia.

la participación respetuosa, dialogante y constructiva», o el reconocimiento «de la historia democrática de nuestro país y de las funciones del Estado de derecho y sus instituciones, los organismos internacionales, las asociaciones civiles y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en su empeño por lograr la paz y la seguridad integral, atender a las víctimas de la violencia y promover la solidaridad y cooperación entre las personas y los pueblos».

- La ciudadanía y la participación democrática. El derecho al trabajo, la salud, la educación y la justicia. El valor social de los impuestos.
- La igualdad de género y las diversas olas y corrientes del feminismo.
- La contribución del Estado y los organismos internacionales a la paz, la seguridad integral y la cooperación. El derecho internacional y la ciudadanía global. Las fuerzas armadas y la defensa al servicio de la paz.

Para encontrar menciones más explícitas a la Constitución española debemos fijarnos en otras materias. Ello es así, puesto que no parece que pueda alcanzarse este objetivo con la Educación en valores cívicos y éticos, tal y como está diseñada. De este modo, debemos dirigir nuestra mirada, en la Educación Primaria, al área de Conocimiento del Medio Natural, Social y Cultural. En esta área hay una competencia específica, la número 9, que sí se refiere a contenidos constitucionales:

9. Participar en el entorno y la vida social de forma eficaz y constructiva desde el respeto a los valores democráticos, los derechos humanos y de la infancia y los principios y valores de la Constitución española y la Unión Europea, valorando la función del Estado y sus instituciones en el mantenimiento de la paz y la seguridad integral ciudadana, para generar interacciones respetuosas y equitativas y promover la resolución pacífica y dialogada de los conflictos.

Comprender la organización y el funcionamiento de una sociedad en su territorio y valorar el papel de las administraciones en la garantía de los servicios públicos es fundamental para la educación ciudadana. La sociedad democrática demanda una ciudadanía comprometida y crítica que participe de manera activa en el ámbito escolar y en otras actividades que tengan influencia en el bienestar de la comunidad. En este marco de convivencia, el alumnado debe tomar conciencia de la importancia de las normas de conducta social, la movilidad segura, saludable y sostenible, y la distribución de derechos y responsabilidades entre personas de manera igualitaria y dialogada, desarrollando destrezas comunicativas y de escucha activa, de pensamiento crítico y de resolución pacífica de conflictos, y valorando la función que el Estado y sus instituciones desempeñan en el mantenimiento de la seguridad integral, la defensa como un compromiso cívico y solidario al servicio de la paz, y el reconocimiento de las víctimas de violencia.

Los principios y valores de la Constitución española y la Unión Europea, junto con los del Estado y las instituciones democráticas, implican el ejercicio de una ciudadanía activa que contribuya a mantener y cumplir sus obligaciones cívicas y que favorezca la justicia social, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el Estado de Derecho, la cultura de paz y el respeto a los derechos humanos y a las minorías etnoculturales. La adopción consciente de valores como la equidad, el respeto, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres prepara al alumnado para afrontar los retos y desafíos del siglo XXI.

Relacionados con esta competencia solo encontramos algunos criterios de evaluación directamente relacionados con la Constitución en el Tercer ciclo:

9.1 Resolver de forma pacífica y dialogada los conflictos, promoviendo una interacción respetuosa y equitativa a partir del lenguaje inclusivo y no violento, explicando y ejercitando las principales normas, derechos, deberes y libertades que forman parte de la Constitución española, y de la de Unión Europea, y conociendo la función que el Estado y sus instituciones desempeñan en el mantenimiento de la paz, la seguridad integral ciudadana y el reconocimiento de las víctimas de violencia.

9.2 Explicar el funcionamiento general de los órganos de gobierno del municipio, de las comunidades autónomas, del Estado español y de la Unión Europea, valorando sus funciones y la gestión de los servicios públicos para la ciudadanía.

Parece poco lo que se recoge en los decretos, teniendo en cuenta además que los libros de texto lo van a recibir de modo escaso, y con una orientación no jurídica, sino desde el punto de vista de la Historia y las Ciencias Sociales.

Por lo que se refiere a los saberes básicos (lo que antes se llamaban contenidos), encontramos algunos en el Bloque C. Sociedades y territorios:

2. Sociedades en el tiempo.

– La memoria democrática. Análisis multicausal del proceso de construcción de la democracia en España. La Constitución de 1978. Fórmulas para la participación de la ciudadanía en la vida pública.

3. Alfabetización cívica.

- Los principios y valores de los derechos humanos y de la infancia y la Constitución española, derechos y deberes de la ciudadanía. La contribución del Estado y sus instituciones a la paz, la seguridad integral y la cooperación internacional para el desarrollo.

- La organización política. Principales entidades políticas y administrativas del entorno local, autonómico y nacional en España. Sistemas de representación y de participación política.

- España y Europa. Las principales instituciones de España y de la Unión Europea, de sus valores y de sus funciones. Los ámbitos de acción de las instituciones europeas y su repercusión en el entorno.

En cuanto a la Educación Secundaria, la materia se denomina «Geografía e Historia». Y en ella encontramos una competencia específica 5 relacionada con lo que estamos verificando: «5. Analizar de forma crítica planteamientos históricos y geográficos explicando la construcción de los sistemas democráticos y los principios constitucionales que rigen la vida en comunidad, así como asumiendo los deberes y derechos propios de nuestro marco de convivencia, para promover la participación ciudadana y la cohesión social».

En los criterios de evaluación de tercero y cuarto de la ESO encontramos el siguiente, relacionado con la competencia específica 5.

5.1 Conocer, valorar y ejercitar responsabilidades, derechos y deberes y actuar en favor de su desarrollo y afirmación, a través del conocimiento de nuestro ordenamiento jurídico y constitucional, de la comprensión y puesta en valor de nuestra memoria democrática y de los aspectos fundamentales que la conforman, de la contribución de los hombres y mujeres a la misma y la defensa de nuestros valores constitucionales.

5.2 Reconocer movimientos y causas que generen una conciencia solidaria, promuevan la cohesión social, y trabajen para la eliminación de la desigualdad, especialmente la motivada por cuestión de género, y para el pleno desarrollo de la ciudadanía, mediante la movilización de conocimientos y estrategias de participación, trabajo en equipo, mediación y resolución pacífica de conflictos».

Dentro de los saberes básicos, en el Bloque B. Sociedades y territorios, encontramos los siguientes relacionados con los valores constitucionales y democráticos:

- La conquista de los derechos individuales y colectivos en la época contemporánea. Origen, evolución y adaptación de los sistemas liberales en España y en el mundo a través de las fuentes.
- Relaciones multicausales en la construcción de la democracia y los orígenes del totalitarismo: los movimientos por la libertad, la igualdad y los derechos humanos.
- El proceso de construcción europea. Integración económica, monetaria y ciudadana. Las instituciones europeas. El futuro de Europa.
- La ley como contrato social. De la Constitución de 1812 a la Constitución de 1978. Ordenamiento normativo autonómico, constitucional y supranacional como garante del desarrollo de derechos y libertades para el ejercicio de la ciudadanía.
- La memoria democrática. Experiencias históricas dolorosas del pasado reciente y reconocimiento y reparación a las víctimas de la violencia. El principio de Justicia Universal.

Asimismo, en el Bloque C. Compromiso cívico local y global:

- Dignidad humana y derechos universales. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Compromiso cívico y participación ciudadana. Mediación y gestión pacífica de conflictos y apoyo a las víctimas de la violencia y del terrorismo.
- La igualdad real de mujeres y hombres. La discriminación por motivo de diversidad sexual y de género. La conquista de derechos en las sociedades democráticas contemporáneas.
- Instituciones del Estado que garantizan la seguridad integral y la convivencia social. Los compromisos internacionales.

Por último, en el *Ámbito Comunicación y Ciencias Sociales*, dentro del *Ciclo Formativo Grado Básico*, se recoge también la *Competencia específica 3*, en la que se habla de los principios y valores constitucionales, la transición y el proceso constituyente, la Constitución como Norma Suprema, etc. Esto tiene su correlato en los correspondientes criterios de evaluación y en el *Bloque A* de saberes básicos (*Ciencias Sociales*), en el que se incluyen:

- El proceso de construcción europea: integración económica, monetaria y ciudadana. Las instituciones europeas. Ciudadanía

europaea y global: ideas y actitudes para la formación de una identidad común.

- La contribución del Estado y sus instituciones a la paz, a la seguridad integral ciudadana y a la convivencia social.

- España en Europa y el mundo. La seguridad y la cooperación internacional. Los compromisos internacionales de España. La resolución pacífica de los conflictos.

- El sistema democrático: su construcción, sus principios básicos y distintos modelos. Instituciones y organizaciones democráticas. La Constitución española y el ordenamiento normativo autonómico, nacional y supranacional.

- Valores, derechos y deberes democráticos. La ciudadanía democrática: la participación, la responsabilidad ética y ecosocial, participación en proyectos comunitarios.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos: origen y justificación.

En lo que se refiere al currículo de Bachillerato, las referencias a la Constitución son mínimas. Encontramos alguna en la materia «Geografía» y, sobre todo, en «Historia de España». De esta última, las competencias específicas 1 y 2 son las más directamente relacionadas con la Constitución de 1978, que se ven reflejadas en sus correspondientes criterios de evaluación, de los cuales hay uno especialmente significativo, el segundo criterio de evaluación de la competencia específica 1: «Identificar y valorar el papel de la Transición en el establecimiento de la democracia actual y de la Constitución de 1978 como fundamento y garantía de los derechos y libertades de los españoles, a través de la elaboración de juicios propios acerca de los principales debates que afectan al sistema constitucional, mediante el dominio de procesos de búsqueda y tratamiento de la información». Asimismo, dentro de los saberes básicos, hay varios descriptores muy relevantes. En el Bloque A. Sociedades en el tiempo, se incluye el «Estudio comparado de los regímenes liberales y del constitucionalismo en España: de los inicios del régimen liberal y la constitución de 1812, los orígenes de la democracia, hasta la Constitución democrática de 1931. Términos y conceptos de la historia para el estudio de los sistemas políticos». En el bloque B. Retos del mundo actual, encontramos «La Transición y la Constitución de 1978: Identificación de los retos, logros dificultades, y resistencias del fin de la dictadura

y el establecimiento de la democracia. La normalización democrática y la amenaza del terrorismo». Y en el Bloque C. Compromiso cívico hay varios, pero el más relevante a los efectos de nuestro trabajo es: «Conciencia democrática: conocimiento de los principios y normas constitucionales, ejercicio de los valores cívicos y participación ciudadana».

En definitiva, lo que resulta preocupante en los decretos estatales es la casi total ausencia de menciones a la palabra Constitución en el currículo básico de la Educación en valores cívicos y éticos, dejándolo todo al amparo de la Geografía e Historia y las Ciencias Sociales. Por otro lado, es un error hacer un diseño tan amplio y genérico de contenidos y no centrarse en la dimensión más objetiva que tiene que ver con la Constitución española y su corolario más indispensable (utilizando la expresión del Consejo de Estado). No solamente eso, sino que el contenido incorporado en los decretos en el ámbito relacionado con la filosofía, la ética, pero sobre todo los afectos y las emociones, va mucho más allá del marco que la propia Constitución de 1978 establece. Por tanto, de nuevo nos encontramos con un problema relativo al diseño de la materia, que puede dar lugar a conflictos, ya no solo por el propio texto de los decretos sino, sobre todo, por el contenido de los libros de texto que los despliegan.

2. Los decretos curriculares autonómicos

Estos decretos estatales que establecen el currículo básico se han desarrollado por las comunidades autónomas. Aquí, sin duda, podría corregirse la ausencia de contenidos constitucionales en la materia de educación cívica. En la mayoría de los casos, sin embargo, por lo que se refiere a la Educación en valores cívicos y éticos se mantiene prácticamente igual lo dispuesto en el currículo básico, o cuando se amplía se hace en la dirección opuesta a la que debería hacerse. Por ejemplo, Castilla-La Mancha en Primaria prácticamente reproduce el decreto estatal; en Secundaria añade algunas competencias, pero no precisamente para incrementar los contenidos relacionados con la Constitución y los valores democráticos¹¹. Al contrario de lo que

¹¹ Por ejemplo, lo que se añade en el currículo por parte del Gobierno autonómico son dos competencias como «Identificar las características que debe tener la amistad y los facto-

venimos sosteniendo, es decir, aprovechar para incorporar contenidos constitucionales, en los saberes básicos se amplían los elementos más alejados de lo que debería plantearse en esta materia, internándose así en ámbitos que pueden entrar en contradicción con las convicciones personales. Por ejemplo, en el bloque «Sociedad, justicia y democracia» se incorporan contenidos como: «El sistema patriarcal como sistema que perpetúa las desigualdades entre mujeres y hombres. Sistema sexo-género, estereotipos, roles y prejuicios sociales». De este modo, aunque en las competencias básicas, reproduciendo el decreto estatal, se habla de «valores constitucionales», luego en los 3 bloques de saberes básicos, no encontramos en los contenidos más que otra alusión a los mismos valores constitucionales, sin ninguna referencia a la Constitución de 1978 o a la transición política a la democracia, por ejemplo.

Sí ha desarrollado y ampliado los aspectos constitucionales otra Comunidad, la de Castilla y León¹². No obstante, la mayor parte de competencias o contenidos nuevos no se centran en este aspecto, sino que lo hacen en el de la ética o actitudes personales hacia los demás. En Primaria, por ejemplo, el decreto de Castilla y León incorpora elementos positivos, al desarrollar la contribución del área al logro de los objetivos de etapa. Así, subraya que «a través del acercamiento a la toma democrática de decisiones, las reglas de convivencia, los principios y valores constitucionales y democráticos, los derechos humanos y de la infancia, el reconocimiento de las desigualdades y el

res que la favorecen, distinguiendo las amistades de las relaciones interesadas y analizando los mitos del amor romántico asociados con la violencia de género», o «Comprender las diversas relaciones afectivas y sexuales de manera sana y equilibrada, así como el significado de heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad, fomentando el respeto a la diversidad sexual». No parece que tengan mucho que ver con lo que deberían ser los contenidos de la materia que estamos defendiendo en este trabajo. Cfr. Decreto 82/2022, de 12 de julio, por el que se establece la ordenación y el currículo de Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, Diario Oficial de Castilla-La Mancha, 14 de julio de 2022. Decreto 81/2022, de 12 de julio, por el que se establece la ordenación y el currículo de Educación Primaria en la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha, 14 de julio de 2022.

¹² Decreto 38/2022, de 29 de septiembre, por el que se establece la ordenación y el currículo de la educación primaria en la Comunidad de Castilla y León y Decreto 39/2022, de 29 de septiembre, por el que se establece la ordenación y el currículo de la educación secundaria obligatoria en la Comunidad de Castilla y León, ambos publicados en el Boletín Oficial de Castilla y León, 30 de septiembre de 2022.

desarrollo de la empatía, la cultura de paz y no violencia, la resolución pacífica de conflictos o actitudes de respeto, solidaridad y aprecio a la diversidad, se contribuye directamente al ejercicio activo de la ciudadanía, el respeto de los derechos humanos y el pluralismo de una sociedad democrática». Esta es la línea adecuada, en mi opinión, aunque debería tener su reflejo en los contenidos dentro de los bloques de saberes básicos, y no es así, puesto que se reproducen sin más los del currículo básico estatal.

En los currículos de Secundaria también hay aspectos positivos, como por ejemplo la referencia a los valores cívicos y éticos que configuran nuestra propia identidad: «los valores cívicos y éticos, junto con los artísticos y estéticos, forman parte de nuestro patrimonio histórico y cultural como entidades no estrictamente materiales, pero conformadoras de nuestra realidad personal, social y cultural, solo desde este reconocimiento se podrán afrontar los retos del siglo XXI». Además, al hablar de los aportes de la materia al desarrollo de las competencias clave, se subraya su contribución significativa a la «competencia ciudadana», y ahí se introduce un texto muy apropiado, pues se afirma que dicha aportación se produce, por un lado, «en la comprensión de la identidad en su aspecto social y ciudadano, así como los hechos históricos, sociales y normativos que la constituyen. Además, en la necesidad de considerar los principios y valores del proceso de integración europeo, la Constitución española, los derechos humanos y los del niño, como aspectos fundamentales de las democracias participativas». Resulta también muy oportuno que se incluya entre las orientaciones metodológicas el aprendizaje basado en proyectos. Y lo más innovador son algunas situaciones de aprendizaje que se sugieren, por ejemplo, una sobre multiculturalidad¹³ y otra sobre la capacidad de argumentar y razonar sobre situaciones

¹³ Se sugiere «diseñar una situación que implique analizar la multiculturalidad del entorno en el que se encuentran, informándose e investigando la situación en el centro educativo y acudiendo a instituciones próximas (Ayuntamiento, ONGs, asociaciones, etc.) para realizar debates en los que se propongan diferentes visiones y puntos de vista acerca de un tema de actualidad, así como resolver dilemas en los que estén implicados valores como igualdad y diferencia, igualdad y libertad o igualdad y justicia».

de actualidad y articular mecanismos de participación en la toma de decisiones¹⁴.

Por otro lado, en la competencia específica 2, la más relacionada con los contenidos democráticos y constitucionales, Castilla y León enriquece sustancialmente lo incluido en el decreto estatal, y realiza alusiones muy pertinentes a que la condición de ciudadanos que tienen los alumnos como «miembros de un estado democrático social y de derecho, España, fundamentado en la Constitución, integrado en un proyecto comunitario europeo, comprometido con principios y valores constitucionales y con un referente moral que son los derechos humanos, exige incorporar un conocimiento crítico de su contexto social y político».

La configuración de los tres bloques de saberes básicos es prácticamente la misma que el decreto curricular estatal, aunque es positivo encontrar una referencia específica a la Constitución en el bloque 2. Por otro lado, se complementa la memoria democrática con la «memoria histórica». Se trata, no obstante, de añadidos un tanto escasos, en contraste con lo que se hace en los apartados anteriormente mencionados.

Otras comunidades, como Madrid¹⁵, completan los contenidos con algunos elementos no incorporados en el currículo básico estatal en otras materias que abordan aspectos relacionados con la educación en valores constitucionales y democráticos, especialmente en Geografía e Historia de 4º. curso de la ESO. Sin embargo, en lo que se refiere a la materia específica que estamos analizando, mientras que en Primaria sí complementan los contenidos del área de Educación en Valores Cívicos y Éticos, cuando analizamos la materia del mismo nombre en Secundaria solamente se añade una mención, en el Bloque B de contenidos (dentro de los saberes básicos), que es la siguiente: «La Constitución Española de 1978 y sus valores como

¹⁴ Se plantea que «contexto de la democracia se puede plantear su participación y compromiso en el funcionamiento democrático de los centros educativos; así como realizar análisis de acontecimientos de actualidad publicados por la prensa o realizar simulaciones del funcionamiento del parlamento ante determinadas propuestas legislativas que puedan afectar al alumnado».

¹⁵ Decreto 65/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen para la Comunidad de Madrid la ordenación y el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 26 de julio de 2022.

norma fundamental de todos los españoles. Principios, derechos y deberes fundamentales y sus implicaciones». El resto se deja tal y como está en el currículo básico. Menos es nada, pero sin duda se podría haber desarrollado algo más el currículo básico que con estas dos líneas adicionales. De todos modos, este añadido debería haber servido de base a que en los libros de texto de la materia se hubiese profundizado más en estos aspectos. Sin embargo, no se percibe un cambio sustancial en los libros de la Comunidad de Madrid con respecto a las de otras comunidades.

En cuanto a Galicia¹⁶, en Primaria se incorpora un objetivo (lo que en el decreto estatal sería una competencia específica) en el Área Ciencias Sociales, que es el OBJ7, que completa algo lo dispuesto en los decretos estatales: «Participar en el entorno y en la vida social de forma eficaz y constructiva desde el respeto a los valores democráticos, los derechos humanos y de la infancia y los principios y valores del Estatuto de autonomía de Galicia, de la Constitución española y la Unión Europea, valorando la función del Estado y sus instituciones en el mantenimiento de la paz y seguridad integral ciudadana (...)». Sin embargo, es llamativo que, en los criterios de evaluación, no aparece ninguna referencia a la Constitución española hasta el sexto curso de Primaria, siendo así que en cuarto y quinto cursos el alumnado solamente será evaluado, en el ámbito de la organización política, sobre las «Principales entidades políticas y administrativas del entorno local, provincial y autonómico en Galicia. Sistemas de representación y de participación política». Ninguna referencia, como digo, a la Constitución española.

Por lo que se refiere a los saberes básicos, el decreto gallego los llama «contenidos», como hacen otros decretos autonómicos, y en lo que se refiere a los específicos de «Educación en Valores Cívicos y Éticos» añade una referencia concreta a «Principios y valores constitucionales y democráticos en la Constitución española y en el Estatuto de autonomía de Galicia».

¹⁶ Decreto 155/2022, de 15 de septiembre, por el que se establecen la ordenación y el currículo de la educación primaria en la Comunidad Autónoma de Galicia. Decreto 156/2022, de 15 de septiembre, por el que se establecen la ordenación y el currículo de la educación secundaria obligatoria en la Comunidad Autónoma de Galicia.

En Secundaria, dentro de la materia Geografía e Historia, en el decreto gallego el objetivo 5 es idéntico a la competencia específica 5 del decreto estatal. El desarrollo del contenido del objetivo 5 es muy similar al de la normativa básica, con simples cambios de redacción. Pero en los criterios de evaluación es muy sorprendente que encontremos menos menciones a la Constitución que en el decreto estatal. Así, en el Bloque 2 (Sociedades y territorios) del Tercer curso, se incluye: CE2.6. Conocer, valorar y ejercitar responsabilidades, derechos y deberes y actuar en favor de su desarrollo y la defensa de los valores constitucionales y democráticos.

Pero en los contenidos vinculados a esos criterios, solo encontramos esta referencia: «Organización política de las sociedades. Ordenamiento normativo autonómico, constitucional y supranacional como garantizador del desarrollo de derechos y libertades para el ejercicio de la ciudadanía. Ciudadanía europea y cosmopolita».

En cuarto curso sí se parece más al estatal, algunos criterios de evaluación son idénticos. Sin embargo, se recargan más los contenidos históricos, reduciendo en parte los relativos a la Constitución.

En general, salvo algunas excepciones (por ejemplo, el caso comentado de Castilla y León y el de Andalucía¹⁷), las comunidades autónomas no han aprovechado la oportunidad de completar los contenidos constitucionales o desarrollarlos de modo más adecuado en sus decretos. Y, cuando lo han hecho, sobre todo se han concentrado en la materia o el área de Geografía e Historia, Ciencias Sociales y Conocimiento del Medio Natural, Social y Cultural. Ello por no

¹⁷ Orden de 30 de mayo de 2023, por la que se desarrolla el currículo correspondiente a la etapa de Educación Primaria en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se regulan determinados aspectos de la atención a la diversidad y a las diferencias individuales, se establece la ordenación de la evaluación del proceso de aprendizaje del alumnado y se determina el proceso de tránsito entre las diferentes etapas educativas. Orden de 30 de mayo de 2023, por la que se desarrolla el currículo correspondiente a la etapa de Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se regulan determinados aspectos de la atención a la diversidad y a las diferencias individuales, se establece la ordenación de la evaluación del proceso de aprendizaje del alumnado y se determina el proceso de tránsito entre las diferentes etapas educativas. Orden de 30 de mayo de 2023, por la que se desarrolla el currículo correspondiente a la etapa de Bachillerato en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se regulan determinados aspectos de la atención a la diversidad y a las diferencias individuales y se establece la ordenación de la evaluación del proceso de aprendizaje del alumnado.

mentar otros casos en los que, bajo la excusa de simplificar los decretos estatales, se eliminan referencias a la Constitución. Por ejemplo, es el supuesto del Decreto 175/2022, de 27 de septiembre, de ordenación de las enseñanzas de la educación básica de la Generalitat de Cataluña. Hay una referencia a los principios constitucionales en Conocimiento del Medio en Primaria, no se habla nunca de España sino del «Estado español», en ocasiones como si fuese algo ajeno, y la única mención directa, en esa misma área, es la que se hace dentro de los saberes básicos al «Análisis multicausal del proceso de instauración de la democracia de la Estado español, con la aprobación de la Constitución de 1978, para entender las fórmulas para la participación de la ciudadanía en la vida pública». No hay más referencias a la Constitución española en un texto de 518 páginas. Teóricamente deberían partir de lo dicho en los decretos curriculares estatales, pero no parece que lo hayan hecho así. Lógicamente, los libros de texto utilizados allí no tienen mucho que ver con los que se utilizan en el resto de España.

En definitiva, en mi opinión se trata de una oportunidad perdida por parte de las comunidades autónomas. Quizá haya influido el hecho de que los decretos estatales se publicasen con muchísimo retraso, lo que obligó a los responsables autonómicos a trabajar a contrarreloj, y seguramente decidieron centrarse en materias consideradas más relevantes. Pero no debemos dejar de subrayar que a la Educación en valores cívicos y éticos se le debería prestar la atención que requiere, y los responsables educativos autonómicos deberían haber complementado los currículos básicos estatales para que realmente se estudie, con todo el detalle que es necesario, lo que llevamos sosteniendo desde el inicio de estas líneas.

IV. CONCLUSIONES

La educación en valores constitucionales y democráticos es una herramienta esencial para fortalecer los vínculos de una comunidad política y procurar la estabilidad de sus instituciones. Y no solo eso: para lograr ese objetivo, también es necesario preocuparse por que en las asignaturas de Geografía e Historia, Ciencias Sociales y similares, se estudie la historia de esa comunidad política, deteniéndose en los hitos fundamentales de la historia política y constitucional. De

este modo, se ayudará a entender a las nuevas generaciones el origen y los motivos por los cuales se ha llegado al momento actual, y se contribuirá a concienciar a la infancia y juventud de un país sobre la dificultad de haber alcanzado algunos objetivos como la propia democracia, el Estado de Derecho y la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De todos modos, aunque se aborden estos contenidos del modo más amplio y objetivo posible en la materia de Geografía e Historia, ha de acometerse también la misma tarea en el área o materia de Educación cívica. No tiene sentido que no se estudie y analice, al menos, la historia constitucional o la de la conquista de los derechos y la democracia, así como la relevancia que tiene garantizar la plena vigencia de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales. En *El libro de la risa y el olvido*, Milan Kundera recoge varios relatos que giran en torno a la necesidad de que los pueblos y las sociedades guarden memoria de su pasado, y esa memoria no debe ser manipulada. Porque para liquidar a un pueblo, el primer paso sería borrar su memoria (libros, cultura, historia) y construir o fabricar una nueva (Kundera, 2000). Si no nos preocupamos por facilitar que la infancia y juventud de un país puedan recibir las herramientas que les permitan construir un relato histórico de las peripecias de la comunidad política a la que pertenecen, un relato lo más equilibrado y sensato posible, estaremos dejando el terreno expedito para que sean objeto de manipulación. Los movimientos populistas podrán entonces basarse en relatos falsos, en narrativas fraudulentas, contra los que esos jóvenes no tendrán antídotos. Un ejemplo claro, en mi opinión, es lo que pasa actualmente en España relación con la Transición a la democracia. Durante años hemos descuidado la enseñanza de este periodo histórico a nuestros estudiantes, y esto facilita los nuevos relatos que surgen en nuestros días, descalificando un proceso histórico ejemplar, aunque no exento de errores (Vidal Prado, 2021).

Aunque en otros países europeos han sabido enfocar este tipo de educación constitucional de modo adecuado, desde la segunda posguerra mundial, en España no ha sido así. No hemos logrado diseñar adecuadamente estas asignaturas, ni cuando ha habido materias o asignaturas específicas, ni cuando los contenidos en educación cívica se han planteado de modo transversal. Además, aunque en ocasiones

los decretos curriculares contengan descriptores específicos referidos a la Constitución, no se ha realizado un seguimiento adecuado de su traslación a los libros de texto, en los que casi no hay referencias a la Constitución.

Lo cierto es que debería enfocarse la educación para la ciudadanía democrática en la transmisión objetiva de conocimientos, para enseñar lo que es nuestra Constitución y su «corolario indispensable». El Tribunal Supremo llega a decir que es lícito promover sentimientos y actitudes que fomenten la vivencia práctica de aquellos valores constitucionales que superen el contenido mínimo exigible, pero «con neutralidad y sin adoctrinamiento».

No hay que buscar mucho ni ser muy imaginativo o creativo: tenemos el modelo de la Ley 19/1979, de 3 de octubre, en la cual se constata que no es necesario detallar excesivamente los saberes básicos, contenidos, criterios de evaluación, competencias, etc. Se trata de delimitar algunos contenidos fundamentales: principios y valores constitucionales en los que se debe sustentar la convivencia social, como son los recogidos en su artículo 1.1, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; el artículo 14, la igualdad de todos ante la ley y el rechazo de cualquier discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; los derechos y libertades fundamentales recogidos en el Título I de la Constitución. Asimismo, parece necesario abordar en profundidad algunos textos internacionales y europeos en el ámbito de los derechos humanos.

Por otro lado, la educación cívica y en valores democráticos debe contener no solamente aspectos comunes con el resto de los ciudadanos de otros países en los que rige el principio democrático y el del Estado de Derecho (como suele ser habitual, en los casos en que se abordan estas cuestiones en los libros de texto españoles), sino sobre todo contenidos que ayuden a tomar conciencia de la pertenencia a una comunidad política, resultado del devenir histórico, cultural, religioso, etc. Esto es mucho más importante en Estados descentralizados como el nuestro. En ellos, la Administración central debe ejercer sus competencias con diligencia y eficacia, respetando el marco competencial pero sin incurrir en una dejación de funciones que, al final, llevaría a la fragmentación no solamente jurídica, sino

también sociológica, de dichos países. Esto significa, en el caso español, que la Administración central debe poder controlar la ejecución de la normativa básica estatal en todas las comunidades autónomas. Y si éstas no reflejan en sus decretos curriculares los contenidos de los decretos estatales, habrá que actuar para garantizar el respeto del ordenamiento jurídico. Lo mismo vale para los libros de texto que se utilizan. Y aquí me refiero tanto a la Administración central como a la autonómica. Porque, para el caso que nos ocupa, resulta muy desalentador ver la poca atención que se presta en dichos libros a los contenidos constitucionales.

No da igual qué tipo de contenidos se aborden en la asignatura de Geografía e Historia en función del territorio al que se pertenezca. El Estado no puede desaparecer de los territorios que lo conforman, no puede abdicar de la tarea de formar a los futuros ciudadanos y dejarla exclusivamente en manos de las autoridades territoriales o locales o, lo que es peor, en manos de las editoriales que elaboran los libros de texto. Para ello, en mi opinión, no es suficiente con introducir contenidos transversales en asignaturas, materias o áreas como las de Ciencias Sociales y, específicamente, Geografía e Historia. Con frecuencia (esto no pasa solamente en España) los currículos son amplísimos, tanto que los libros de texto no pueden recogerlos todos, o al menos con la misma intensidad o profundidad. Pero es que además, al ser tan numerosas e inabarcables en el horario lectivo las cuestiones que deberían abordarse en clase, en muchos casos no hay tiempo suficiente para abordar con tranquilidad la enseñanza de la Constitución española de 1978, la transición política y el proceso constituyente, los derechos fundamentales y sus garantías... Este es el motivo por el que me parece necesario que exista una materia específica de educación cívica y en valores democráticos, en la que se enseñen estos contenidos de modo sereno, respetuoso y accesible.

Estamos en un momento en el que está de moda hablar de aceptar y respetar la diversidad, el pluralismo, la tolerancia. Pero para poder saber en qué nos distinguimos, primero hay que saber qué es lo que nos une, hay que conocer qué es lo que tenemos en común. Esto no es responsabilidad solamente del Estado, sino también de las familias, de la sociedad. Pero desde la Administración pública se

debe ir por delante, y un instrumento fundamental es la educación, los centros educativos.

Como he explicado en las líneas anteriores, no quiero decir con esto que pueda incurrirse en una suerte de «adoctrinamiento». Pero el hecho de no poder adoctrinar no implica que se deje de explicar la Historia de un país determinado, los hitos que han jalonado su evolución política y social. Al contrario, es una exigencia esencial para la Administración estatal garantizar que se explique. El pluralismo democrático exige que puedan escucharse diversas voces. Por eso, si solamente dejamos que se escuchen las que apuntan en un sentido (el de la fragmentación, la separación, la exclusión), alcanzaremos un resultado disgregador. La «batalla por el relato» de algunos sectores populistas y radicales es muy intensa, y para compensarla no hay nada mejor que responder con la transmisión de conocimientos objetivos.

Debemos partir del texto constitucional para realizar esta tarea, pues es ahí donde tienen su reflejo los acuerdos básicos de convivencia, el «pacto social» (o fundacional) que los constituyentes lograron alcanzar. En la Constitución también se encuentra el límite de los que se puede y debe transmitir, para no vulnerar la obligación de neutralidad ideológica. En definitiva, la educación cívica y constitucional solo tiene sentido si, como es lógico, gira en torno a nuestra historia constitucional democrática y a su plasmación en nuestra actual Norma Suprema, base de nuestra convivencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B. (2009). Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre Educación para la ciudadanía. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 5, pp. 24-33.
- BOZEC, G. (2022). Making citizenship a practice? Citizenship education in schools in contemporary France. En Kühn, A., Graíño Ferrer, G. (eds.) *La educación cívica en España y en perspectiva internacional*. Marcial Pons, pp. 287-305.
- CÁMARA VILLAR, G. (1989). Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española. En *Introducción a los derechos fundamentales: X Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia. Vol. III, pp. 2168-2171.

- CÁMARA VILLAR, G. (2000). Constitución y Educación (Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución Española de 1978). En Trujillo, G.; López Guerra, L.; González Trevijano, P. (coords.). *La experiencia constitucional, 1978-2000*. CEPC, pp. 265-306.
- DEWEY, J. (1916), “The Need of an Industrial Education in an Industrial Democracy”, en *The Middle Works of John Dewey*, Volume 9, 1899-1924: Democracy and Education, (Collected Works of John Dewey).
- DEWEY, J. (2004). *Democracia y educación: una introducción a la Filosofía de la Educación*. Morata.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.^a. (2008). *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., Civitas.
- DOMÍNGUEZ LÓPEZ, J.L. (2022), *La enseñanza de la Constitución española de 1978 a través del análisis comparativo de libros de texto de Historia de ESO y Bachillerato (1979 - 2020). Una perspectiva histórico-educativa*, Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/35792>
- ENNUSCHAT, J. (2021). Educación política y educación en valores democráticos en Alemania. En Díaz Revorio, F.J., Vidal Prado, C. (eds.) *Enseñar la Constitución, educar en democracia*. Thomson Reuters Aranzadi, pp. 279-298.
- GREGÓRIO, I. (2022), Civic Education in Portugal. En Kühn, A., Graíño Ferrer, G. (eds.) *La educación cívica en España y en perspectiva internacional*. Marcial Pons, pp. 243-262.
- HITZE, G. (2022). La educación política en Alemania. En Kühn, A., Graíño Ferrer, G. (eds.) *La educación cívica en España y en perspectiva internacional*. Marcial Pons, pp. 327-344.
- KUNDERA, M. (2000). *El libro de la risa y el olvido*, Seix Barral.
- MYCOCK, A. (2022). Citizenship Education in the United Kingdom: Continuity, Dissonance, and Change, Andrew. En Kühn, A., Graíño Ferrer, G. (eds.) *La educación cívica en España y en perspectiva internacional*, Marcial Pons, pp. 263-285.
- NUEVO LÓPEZ, P. (2014). Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional. *Revista de Derecho Político*, núm. 89, enero-abril, pp. 205-238.
- POGGI, A. (2021). La enseñanza de la educación cívica en las escuelas italianas: una continuidad... discontinua. En Díaz Revorio, F.J., Vidal Prado, C. (eds.) *Enseñar la Constitución, educar en democracia*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 257-278.
- RODRÍGUEZ-PATRÓN, P. (2021). La educación cívica en EE.UU.: participación y “freedom for speech” en la escuela. Una visión desde el art. 27.2 CE.

- En Díaz Revorio, F.J., Vidal Prado, C. (eds.) *Enseñar la Constitución, educar en democracia*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 299-318.
- SANDAHN, J. (2022). Bridging Political Polarization in Swedish Schools: Disciplinary Knowledge as Panacea or Cul-de-sac? En Kühn, A., Graiño Ferrer, G. (eds.) *La educación cívica en España y en perspectiva internacional*, Marcial Pons, pp. 307-325.
- VIDAL PRADO, C. (2017). *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons.
- VIDAL PRADO, C. (2021). La nación española en la transición política a la democracia: recuperemos la memoria y el auténtico relato de la transición. *Araucaria*, 23(47), pp. 255-278. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i47.12>
- WEHLING, H.-G. (1977). Konsens à la Beutelsbach? Nachlese zu einem Expertengespräch. En Schiele, S. y Schneider, H. (Eds.): *Das Konsensproblem in der politischen Bildung*, pp. 173 - 184.

LAS REGLAS DEL JUEGO DEMOCRÁTICO A EXAMEN: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ELECTORAL

THE RULES OF THE DEMOCRATIC GAME UNDER SCRUTINY: THE REVIEW OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE ELECTORAL LAW

María GARROTE DE MARCOS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid
<https://orcid.org/0000-0003-2388-5991>

Fecha de recepción del artículo: noviembre 2023
Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2023

RESUMEN

La especial ubicación de la ley electoral en el sistema de fuentes, su importancia para el desenvolvimiento del régimen democrático, y el enorme impacto político que tiene cualquier afectación sobre su contenido, justifican un examen del control de constitucionalidad que sobre ella ha efectuado el Tribunal Constitucional. Los procesos promovidos –qué se impugna, cómo y por qué– y las respuestas ofrecidas por el Tribunal Constitucional son una fuente de información formidable para la observación y análisis del derecho electoral. Incluso de materias conexas –como la representación política o el contenido del ius in officium de los cargos representativos– y no tan conexas –como la tutela judicial efectiva o la exigencia de taxatividad derivada del principio de legalidad penal–.

Del análisis de las ocho sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional desde 1991 hasta 2021 se pueden extraer ciertas conclusiones, algunas interesantes, sobre el modo en que se abordan estos litigios o el trato que se dispensa al legislador. En definitiva nos permiten conocer la protección concedida a la norma que contine las reglas del juego democrático, cuyo contenido materialmente constitucional ya nadie discute.

Palabras clave: Ley electoral, Tribunal Constitucional, recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad, derecho de participación política, procedimiento electoral, garantías electorales.

ABSTRACT

ABSTRACT

The special location of the electoral law in the system of sources, its importance for the development of the democratic regime, and the enormous political impact that any affectation of its content has, justify an examination of the control of constitutionality that the Constitutional Court has carried out on it. The processes promoted - what is challenged, how and why - and the responses offered by the Constitutional Court are a formidable source of information for the observation and analysis of electoral law. Even in related matters - such as political representation or the content of the ius in officium of representative offices - and not so related - such as effective judicial review or the principle of legality of crimes and penalties.

From the analysis of the eight judgments handed down by the Constitutional Court from 1991 to 2021, it is possible to draw certain conclusions, some of them interesting, about the way in which these disputes are dealt with or the way in which the legislator is treated. In short, they provide an insight into the protection afforded to the rule that contains the rules of the democratic game, the materially constitutional content of which is no longer disputed.

Keywords: Electoral Law, Constitutional Court, Appeal constitutional review, constitutional review issue, right of political participation, electoral procedure, electoral guarantees.

SUMARIO: I. CUESTIONES PREVIAS. LEY ELECTORAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO JUEZ DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. 1.1. *La LOREG como código electoral. Significado y alcance.* 1.2. *El control de constitucionalidad en el modelo de justicia constitucional español y su impacto en el régimen electoral.* II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LA LOREG: DIFERENTES ABORDAJES. 2.1. *Cuestiones sobre derecho de sufragio y circunscripción electoral. Tímidos recursos, resoluciones contundentes.* 2.1.1. *La STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991. Sistema electoral del Parlamento Europeo.* 2.1.2. *La STC 153/2014, de 25 de septiembre de 2014. La supresión del voto CERA en las elecciones locales.* 2.2. *El proce-*

dimiento electoral: candidaturas y utilización de datos personales. recursos de peso y control estricto. 2.2.1. La STC 12/2008, de 29 de enero de 2008. La composición equilibrada de las listas electorales. 2.2.2. La STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019. La recopilación de datos personales por los partidos políticos. 2.3. *Garantías del procedimiento: recurso judicial y legalidad penal y sancionadora. Los jueces cuestionan la ley y el TC es deferente con el legislador.* 2.3.1. La STC 149/2000, de 1 de junio de 2000. La exclusión de recurso judicial contra actos de la Junta Electoral Central. 2.3.2. La STC 14/2021, de 28 de enero de 2021. Garantía de taxatividad en las disposiciones sancionadoras. 2.3.3. La STC 126/2021, de 3 de junio de 2021. Legalidad de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo. 2.4. *Más parlamentario que electoral: Transfuguismo y moción de censura al alcalde. Una medida política discutida y discutible.* 2.4.1. La STC 151/2017, de 21 de diciembre de 2017. Quorum de presentación de la moción de censura y concejales no adscritos. III. ¿EXISTE UN PATRÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL?

I. CUESTIONES PREVIAS. LEY ELECTORAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO JUEZ DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

1.1. La LOREG como código electoral. Significado y alcance

La importancia de la Ley Electoral en un sistema político democrático es extraordinaria. Se ha comparado con las leyes de sucesión en las monarquías, por su funcionalidad y su vocación de estabilidad y permanencia (Santaolaya, 1986). Como norma primaria de un Estado democrático, constituye el marco jurídico que garantiza la libre competencia por el poder entre las fuerzas políticas, al articular jurídicamente la organización del proceso electoral y, con él, la integración de los órganos representativos (Arnaldo y Delgado Iribarren, 2019: 11). Toda ley electoral persigue dos objetivos fundamentales: su continuidad y estabilidad, que no excluye la periódica revisión y actualización para su perfeccionamiento; y la legitimidad del sistema, que solo puede conseguirse cuando es fruto del compromiso de las principales fuerzas políticas (Arnaldo, 2002: 15).

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG) posee, sin duda, esa significación. Con los antecedentes de la Ley para la Reforma Política y el Real Decreto-Ley de Normas electorales de 1977, el constituyente quiso insertar en el texto constitucional toda una serie de disposiciones que se han llegado a denominar la «Constitución electoral» y que vienen a establecer unas normas ineludibles en la configuración e interpretación de la ley electoral. Para empezar, tanto el art. 23 de la Constitución Española (CE) (derechos de participación política) como el art. 81.1 CE (reserva de ley orgánica del régimen electoral general) enmarcan su contenido y estructura formal. Pero hay otros muchos artículos que ofrecen reglas que deben ser tenidas en cuenta (arts. 68, 69, 70, 149.1.1, 151.2, 140 CE).

Inicialmente, el desarrollo de la legislación electoral se produjo de manera parcial, principalmente a través de la Ley 39/1978 de Elecciones Locales y su reforma mediante Ley Orgánica (LO) 6/1983, y el proyecto de Ley orgánica de incompatibilidades de Diputados y Senadores de 1983. Estas dos últimas normas fueron objeto de recurso previo de inconstitucionalidad. Todavía no se había aprobado la ley electoral pero ya se produjo un control de constitucionalidad

sobre una suerte de «ley electoral *non nata*». Y es que el Tribunal Constitucional, en dos importantes sentencias, precisó el significado y alcance que debía tener el régimen electoral general y la norma encargada de regularlo.

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 38/1983, de 18 de mayo, en relación con la regulación de las elecciones locales, señala que dichos comicios deben ser regulados por ley orgánica, «cuyo contenido no se limita al desarrollo del art. 23 CE sino que es más amplio, comprendiendo lo que es primario y nuclear en el régimen electoral» Fundamento Jurídico (FJ) 2). Y ese régimen electoral general «está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y el de las entidades territoriales en que se organiza, a tenor del art. 137 de la C.E., salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución o en los Estatutos» (FJ 3). En la STC 72/1984, de 14 de junio, concretó el contenido necesario para que una ley pueda ser calificada como electoral «es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial» (FJ 4). Descartaba, además, la posibilidad de elaborar una ley electoral por partes, pues el desarrollo de la materia electoral por ley orgánica constituye específica necesidad de desarrollo de la Constitución, que establece en la materia una unidad de legislación, sin perjuicio de que una vez establecida pueda ser modificada parcialmente¹.

De esta forma, la LOREG nació, como anuncia su preámbulo, con la intención de «lograr un marco estable para que las decisiones políticas en las que se refleja el derecho de sufragio se realicen en plena libertad» y para colmar la necesidad de dotar de un tratamiento unificado y global al variado conjunto de materias comprendidas bajo el epígrafe constitucional “Ley Electoral General” así como regular las especificidades de cada uno de los procesos electorales en el ámbito de las competencias del Estado».

¹ Un comentario sobre esta sentencia puede verse en Ballarín (1985).

La LOREG no es cualquier ley. No lo es por su íntima conexión con la Constitución, de la que es desarrollo directo. No lo es por su génesis, que vino condicionada por los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre su alcance y significado. No lo es por su naturaleza codificada, que ofrece cobertura a todos los procesos electorales. Y no lo es por su modo de aprobación inicial y sus posteriores reformas, normalmente por amplísimo consenso político. Es por ello que el control de constitucionalidad sobre la ley electoral cobra un indudable interés, pues persigue la depuración de una de las leyes más destacadas de nuestro ordenamiento jurídico democrático².

1.2. El control de constitucionalidad en el modelo de justicia constitucional español y su impacto en el régimen electoral

En el modelo de justicia constitucional español el control de la constitucionalidad de la ley se articula a través de una doble vía de iniciación, que determina dos procesos de inconstitucionalidad diferenciados. Se combina así un control abstracto de constitucionalidad –recurso de inconstitucionalidad– con un control incidental vinculado a un proceso judicial previo no constitucional –cuestión de inconstitucionalidad–.

Recurso y cuestión de inconstitucionalidad son formas distintas de instar ante el Tribunal Constitucional el control de la constitucionalidad de la ley. Se trata, pues, de dos fórmulas legitimadoras diferentes, de significado desigual, aunque su objetivo es común: asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen estos límites. Aunque hay elementos comunes para ambas vías procesales (el objeto del proceso, su tramitación básica, los efectos de las sentencias), la legitimación es el elemento clave diferenciador, que singulariza cada uno de los procesos. En el recurso la legitimación está limitada y es estrictamente institucional y política, salvo la que se atribuye al Defensor del Pueblo. Por el contrario, la legitimación para plantear una cuestión de inconstitucionalidad se atribuye a todos los jueces y tribunales ordinarios,

² Este interés por el control de constitucionalidad de la ley electoral ya quedó reflejado en el pionero trabajo de García Soriano (1998).

de modo que, siendo también institucional, carece del componente político del recurso. Lo que realmente motiva al órgano judicial es la necesidad profesional de tener que resolver un proceso concreto mediante la aplicación de una ley sobre cuya constitucionalidad duda, sin que para él tenga especial relevancia el significado político de la ley que cuestiona. Hay otros dos elementos que, para el análisis que se propone en el trabajo, son relevantes. El plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad es de tres meses desde la publicación de la norma en el Boletín Oficial del Estado (BOE), mientras que la cuestión puede ser planteada en cualquier momento. Esto explica las cuestiones que se han planteado sobre normas que llevaban más de treinta años de vigencia. Además, el tipo de enjuiciamiento en cada proceso es diferente, pues en el recurso el control es absolutamente abstracto, mientras que en la cuestión suele estar más pegado al caso y, sobre todo, a la duda específica que se somete en el auto de planteamiento.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) prevé otra vía más de impugnación de la ley, que es la cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.1 LOTIC). En este caso, es el propio Tribunal el que se cuestiona a sí mismo la constitucionalidad de la ley, y lo hace en el marco de un recurso de amparo.

La repercusión que pueden tener las decisiones del Tribunal Constitucional en este tipo de procesos sobre las normas electorales es evidente. La eventual anulación de algún precepto o su mantenimiento, las decisiones tempranas o retardadas, pueden comportar efectos en las reglas del juego y en la propia legitimidad del sistema.

Además de ser el objeto del control de constitucionalidad a través de los procesos mencionados, la ley electoral puede ser también el parámetro utilizado para la resolución de otras controversias constitucionales. El recurso de amparo electoral, inicialmente previsto solo contra las resoluciones judiciales sobre proclamación de candidaturas (art. 49.3 y 4 LOREG) y más tarde, mediante la LO 8/1991, ampliado a la proclamación de electos (art. 114.2 LOREG) es, básicamente, una construcción del propio Tribunal Constitucional (Duque, 2006: 99-101). En estos recursos no se altera la naturaleza del recurso de amparo, si bien se someten a un procedimiento verdaderamente especial, tanto por su tratamiento procesal como por

su significación. La perentoriedad de los plazos y la celeridad en su tramitación responden a la necesidad de resoluciones rápidas dada la dinámica preclusiva del proceso electoral. La limitación del objeto de cognición conlleva también la restricción de los sujetos legitimados para interponer el recurso. Estas características hacen del recurso de amparo electoral un mecanismo de control de urgencia en el que el Tribunal Constitucional despliega la función típica de un tribunal de garantías electorales (Caamaño, 1997:96).

Además, los recursos de amparo electoral se centran básicamente en las eventuales vulneraciones del derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE). Como derecho fundamental de configuración legal, su control se convierte en definitiva en un control de la legalidad electoral. La doctrina emanada por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo electorales ha sido absolutamente decisiva para el devenir de la ley electoral. Muchos de sus pronunciamientos han llevado a posteriores reformas de la LOREG, singularmente las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 24, 25 y 26/1990 (Solozábal, 1990; Santolaya, 1995. 21-22).

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LA LOREG: DIFERENTES ABORDAJES

La ley electoral general ha sido objeto de control de constitucionalidad en ocho ocasiones entre 1991 y 2021. Como ya se ha puesto de relieve, no son estas las únicas veces que el Tribunal Constitucional ha abordado el examen de la ley electoral, pues lo hace con frecuencia al resolver recursos de amparo electoral, en los que trata de establecer la interpretación más favorable a los derechos incluidos en el artículo 23 CE. Sin embargo, en estas ocho sentencias el tribunal contrasta directamente la adecuación de los preceptos de la ley electoral a la Constitución, de modo que su enjuiciamiento posee un alcance material más amplio, no solo ceñido al artículo 23 CE. Las sentencias dictadas en estos procesos, además de tener valor de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y poseen plenos efectos frente a todos, lo que evidentemente dota a estos pronunciamientos de una extraordinaria relevancia, en una materia tan sensible como la electoral.

Para analizar los diferentes asuntos sometidos al Tribunal Constitucional se pueden utilizar varias perspectivas como criterio conductor, aparte de la meramente cronológica: se puede hacer teniendo en cuenta qué tipo de proceso se ha seguido; quién inicia el procedimiento; qué normas constitucionales se entienden vulneradas; o la materia electoral sobre la que afecta el recurso. Es esta última perspectiva la que adoptaremos, aunque en cada caso se tendrán en cuenta los factores anteriores. Utilizando esta sistematización material, se divide el examen en cuatro apartados correspondientes a: los recursos que afectan al ejercicio del derecho de sufragio y a la circunscripción electoral; los recursos que atañen al procedimiento electoral (candidaturas electorales y utilización de datos personales por los partidos); los procesos sobre garantías del procedimiento (revisión judicial y legalidad de las sanciones) y, finalmente, un caso en sustancia parlamentario pero regulado en la ley electoral, relativo a la regulación de la moción de censura al Alcalde.

2.1. Cuestiones sobre derecho de sufragio y circunscripción electoral. Tímidos recursos, resoluciones contundentes

Los dos casos analizados en este epígrafe tienen como objeto determinados preceptos incluidos en leyes orgánicas de reforma de la LOREG, ambas de notable trascendencia técnica y política. La LO 1/1987 incorpora a la LOREG la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo, mientras que la LO 2/2011 incide de manera sustancial en el ejercicio del derecho de voto de los españoles residentes en el exterior. No es habitual que los elementos más esenciales de la ley electoral, como son la configuración del derecho de sufragio y el sistema electoral, sean impugnados ante los tribunales por órganos de carácter político. Se supone que su definición normativa ha sido suficientemente acordada entre los diversos actores políticos más relevantes. Sin embargo, las dos sentencias que se presentan a continuación fueron objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos por órganos autonómicos, cuya posición política no estaba en sintonía con la del legislador estatal.

Como se verá, los dos recursos fueron planteados con una débil argumentación, más políticamente voluntarista que jurídicamente

solvente. El tribunal los rechazó con contundencia, no sin aclarar algunos aspectos de interés.

2.1.1. La STC 28/1991, de 14 de febrero de 1991. Sistema electoral del Parlamento Europeo

La primera reforma de la LOREG –operada por LO 1/1987, de 2 de abril– fue, más que una actualización o modificación, una verdadera adenda que completó la normativa electoral, al incorporar la regulación de las elecciones de los diputados al Parlamento europeo. Con ello se garantizaba según el preámbulo «la vocación de código electoral claramente perceptible en la LOREG». De modo que solo se trataba de una reforma en sentido formal, pues en realidad venía a adaptar la ley a un nuevo tipo de elección no previsto en 1985 (Arnaldo, 2018: 3087).

La regulación de las elecciones europeas mantuvo esencialmente los mismos rasgos y elementos ya existentes, con el fin de asegurar la homogeneidad en todos los procesos electorales. Hubo dos cuestiones novedosas que fueron objeto de intensos debates durante su tramitación: la circunscripción electoral de ámbito nacional y la prohibición de doble mandato europeo y nacional o autonómico (García Fernández, 1987; Rodríguez, 1988). Ambas cuestiones son las que se llevaron al Tribunal Constitucional por el Parlamento vasco en junio de 1987.

El recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento vasco se dirige contra los arts. 211.2 d), y 214 de la LOREG, introducidos por la LO 1/1987, de 2 de abril.

El art. 211.2 d) LOREG determina que la condición de parlamentario europeo resulta incompatible con la de miembro de la Asamblea Legislativa de una comunidad autónoma. La inconstitucionalidad del precepto descansa, a juicio del recurrente, en la contradicción de dicha incompatibilidad con el art. 5 del Acta electoral europea de 1976, lo que determinaría la vulneración de los arts. 93, 96.1 y 9.1 y 14 de la Constitución. La invocación de esos artículos constitucionales y, sobre todo, la tentativa de considerar el Acta electoral europea como parámetro de constitucionalidad –al fundamentar la inconstitucionalidad en la vulneración de dicha norma–, lleva al tribunal a centrar

su respuesta básicamente en un asunto de fuentes normativas, y solo valorar la prohibición de doble mandato de un modo marginal.

El alcance que se debe dar al art. 93 CE en relación con las normas comunitarias de derecho derivado impide considerar, primero, que dichas normas se erijan en canon de constitucionalidad y, segundo, que su vulneración pueda llevar aparejada una vulneración refleja del art. 93 CE y, con ello, su inconstitucionalidad (FJ 4). La invocación del art. 96.1 CE es rebatida por el tribunal afirmando que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas, sino que es un problema de selección del derecho aplicable, que debe resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (FJ 5). Por último, se deshecha también la supuesta vulneración del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 y 9.1 CE); primero, porque no procede, en realidad, aplicar un enjuiciamiento desde el punto de vista del derecho a la igualdad, ya que el alegato del recurrente se centra solo en la eventual colisión del art. 211.2 d) LOREG con el art. 5 del Acta electoral europea, y, segundo, porque, aunque se examine ese precepto desde la perspectiva de la igualdad de trato, es patente que no crea desigualdad alguna, ya que la incompatibilidad combatida afecta también a los diputados y senadores. En definitiva, la pretendida contradicción entre el precepto impugnado y el Acta electoral europea carece de relevancia constitucional.

En cuanto al art. 214 LOREG, que señala que la circunscripción para la elección de diputados del Parlamento Europeo es el territorio nacional, el tribunal destaca que la demanda no desarrolla argumento propio alguno, sino que se limita a extraer las intervenciones de los portavoces de tres grupos parlamentarios en el Parlamento vasco durante el debate sobre la interposición del recurso de inconstitucionalidad. La supuesta vulneración de los arts. 1.1 y 2 CE carece de toda argumentación, siendo en cambio manifiesto que la preferencia por la circunscripción de ámbito nacional es una opción tan lícita constitucionalmente como cualquier otra que le corresponde al legislador estatal, cuya oportunidad o acierto no corresponde valorar al tribunal (FJ 8).

El recurso es así desestimado de forma rotunda, en una sentencia que bien podría haber sido de inadmisión pero que fue apro-

vechada por el tribunal para abordar, por primera vez, las relaciones interordinamentales entre el derecho comunitario y el español.

2.1.2. La STC 153/2014, de 25 de septiembre de 2014. La supresión del voto CERA en las elecciones locales

La reforma de la LOREG mediante las LO 2/2011 y 3/2011, de 28 de enero, ha sido, junto con la efectuada a través de la LO 8/1991, una de las más intensas y trascendentales. Fruto de los trabajos de una subcomisión parlamentaria, integrada en la Comisión Constitucional, obtuvo un amplísimo respaldo en su aprobación. La reforma afectaba a una variedad de materias, aunque quizá la más relevante sea la referida al voto de los españoles residentes en el exterior³. Siguiendo la recomendación del Consejo de Estado (Informe sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General de 2009), la LO 2/2011 vincula el ejercicio del derecho de voto en las elecciones municipales y del resto de entidades locales a la condición de vecino, excluyendo así a los españoles residentes en el exterior.

En este caso fue el Gobierno de Canarias quien recurrió tres apartados del artículo único de la LO 2/2011: el apartado uno, que introduce el apartado 3 al art. 2 LOREG y que exige para el ejercicio del voto en las elecciones locales estar inscrito en el censo de españoles residentes en España; el apartado veintiocho, que modifica el art. 75 LOREG y, al regular el ejercicio del voto del Censo de Extranjeros Residentes Ausentes (CERA), omite cualquier referencia a las elecciones locales; y el apartado cincuenta y uno, que suprime el art. 190 LOREG que regulaba el procedimiento de voto para las elecciones municipales de los españoles residentes ausentes.

La fundamentación del recurso se centra en la inconstitucionalidad de la privación del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los españoles residentes en el extranjero, en términos generales, y está basada en tres argumentos:

La restricción del derecho de voto es contraria al principio de igualdad y constituye una discriminación infundada que contraviene los arts. 14 y 149.1.1 CE en conexión con los arts. 13.2 y 23.1 CE. A

³ La reforma ha sido analizada en detalle en Chueca y Gavara de Cara (2011) y Álvarez y López de los Mozos (2011).

juicio del tribunal, el recurrente no precisa el término de comparación indispensable para someter la medida supuestamente discriminatoria al juicio de razonabilidad. Pese a ello, entiende que la diferencia de trato que se establece entre los españoles residentes y los españoles ausentes posee una justificación y no advierte lesión de la igualdad (FJ 3 a).

La restricción del derecho de voto vulnera los arts. 13.1, 23.1, 53.1 y 68.5 CE pues ignora el contenido esencial del art. 23.1 CE, al otorgar la inscripción en el censo de españoles residentes una naturaleza constitutiva, en contra de la doctrina del propio tribunal. No se puede dar primacía a la vecindad sobre la nacionalidad, pues el art. 140 CE hay que interpretarlo a la luz de otros preceptos constitucionales, como el art. 68.5 CE que reconocen el derecho de sufragio a los españoles ausentes en todos los procesos electorales. Ante estas alegaciones, el tribunal comienza subrayando la naturaleza de los derechos recogidos en el art. 23 CE, que son de configuración legal, de modo que es el legislador quien debe desarrollarlos, sin menoscabo de su contenido esencial (art. 53.1 y 81.1 CE). No considera que se altere la naturaleza declarativa del censo al exigir la inscripción para ejercer el voto, pues no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y este comprende el de ser inscrito en el censo. Pero compete al legislador electoral determinar «quiénes pueden elegir» (FJ 3 b). Una lectura del art. 140 subordinada al art. 68.5 CE, como sugiere el recurrente, no es admisible tampoco dada la ubicación sistemática y la claridad del art. 68.5. Una cosa es que las elecciones locales se integren, al igual que las elecciones a Cortes Generales, en el régimen electoral general en términos del art. 81.1. CE, y otra distinta es que las disposiciones constitucionales referidas a las elecciones a Cortes Generales sean extensibles, sin mediación legislativa, a las locales. No hay, por tanto, vulneración de ninguno de los preceptos invocados.

La restricción del derecho de voto es contraria a lo prescrito en normas que integran el bloque de constitucionalidad, en concreto el art. 17.5 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y el art. 4 del Estatuto de Autonomía de Canarias. El tribunal no advierte contradicción en ninguno de los dos casos. En el primero, porque es el legislador electoral el que determina la titularidad y ejercicio del sufragio, y la normativa básica de régimen local debe

interpretarse conforme a lo dispuesto por el legislador electoral en lo relativo al derecho de sufragio, y no a la inversa. En el segundo, es evidente que la regulación de las elecciones municipales es competencia del legislador electoral y no se encuentra dentro de las competencias autonómicas. Con parecidas razones se descarta también la queja referida a las elecciones de los cabildos insulares, insistiendo en que su régimen electoral corresponde al legislador orgánico.

2.2. El procedimiento electoral: candidaturas y utilización de datos personales. Recursos de peso y control estricto

En no pocas ocasiones se ha procedido a modificar la LOREG mediante otras leyes cuyo objeto principal no era la reforma electoral⁴. Estas «reformas electorales extramuros de la LOREG» han sido criticadas por su dudosa técnica normativa, al incidir en la certeza jurídica que debe regir las elecciones (Arnaldo: 2018, 3096). Los casos analizados en este epígrafe tienen en común, para empezar, que se trata de recursos contra normas que regulan materias no específicamente electorales pero que modifican la LOREG. Además, ambas leyes inciden en aspectos que se ubican en la regulación del procedimiento electoral, como la presentación de candidaturas o las actividades de los partidos en período electoral.

Tanto la LO 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH), como la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) abordan cuestiones de extraordinaria relevancia política y constitucional e inciden en varios derechos fundamentales. Quizá sea ésta una de las razones por las que, de nuevo, la impugnación de la LOREG se realiza a través del recurso de inconstitucionalidad, aunque el tipo de proceso seguido no nos debe ocultar su verdadero sentido.

En el primer caso, relativo a la composición equilibrada de las candidaturas electorales, se acumula el recurso de inconstitucionalidad

⁴ Ejemplos significativos son la LO 6/2002 de Partidos Políticos; la LO 1/2003, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los concejales; la LO 3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres; la LO 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales; además de todas las leyes que regulan el régimen jurídico de los medios audiovisuales.

interpuesto por más 50 diputados del Grupo Popular en el Congreso a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife. Si el recurso interpuesto por los diputados puede leerse en clave de oposición política a la norma, el planteamiento de la cuestión dota al proceso de una finalidad añadida, de depuración del ordenamiento jurídico, y demuestra la relevancia jurídica de la controversia.

En el segundo caso, relativo a la recopilación de datos por los partidos políticos, el recurso lo plantea el Defensor del Pueblo, lo que aleja la motivación política de su interposición y pone el foco en la defensa de los derechos fundamentales que pudieran verse afectados.

La importancia de las cuestiones suscitadas –que no se ciñen al ámbito estrictamente electoral– dota a estas sentencias de un notable valor doctrinal. Tanto las alegaciones de los recurrentes, sólidamente construidas, como la argumentación del tribunal, basada en un control minucioso y estricto, han elevado a estos pronunciamientos a la categoría de imprescindibles.

2.2.1. La STC 12/2008, de 29 de enero de 2008. La composición equilibrada de las listas electorales

La LOIMH introduce en su disposición adicional segunda el nuevo artículo 44 bis LOREG, que impone la exigencia de composición equilibrada por sexos para las candidaturas presentadas en todos los procesos electorales, de forma que en el conjunto de la lista las candidaturas de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. Se establecen cautelas para mantener el equilibrio en tramos de cinco puestos y en las listas del Senado. Las leyes electorales autonómicas pueden establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas. Quedan excluidas las candidaturas en municipios de menos de 3.000 habitantes o islas de menos de 5.000.

Esta reforma de la LOREG entró en vigor apenas dos meses antes de la celebración de elecciones municipales y autonómicas de 22 de mayo de 2007. La denegación de la proclamación de una candidatura integrada exclusivamente por mujeres en el municipio de

Garachico por la Junta Electoral de Zona dio paso al correspondiente recurso contencioso-electoral, del que conoció el Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife. Este órgano jurisdiccional decide plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 44 bis LOREG en mayo de 2007. Paralelamente, más de cincuenta diputados del Grupo Popular en el Congreso interponen recurso de inconstitucionalidad contra el mismo artículo en junio de 2007. El tribunal decidió acumular ambos en diciembre de 2007, un mes antes de emitir su veredicto⁵.

Las razones que sustentan el planteamiento de la cuestión son la posible vulneración del principio de igualdad y del derecho de participación en asuntos públicos (arts. 14 y 23 CE), por una parte, y del derecho de asociación en partidos políticos (art. 6, en relación con el art. 22 CE). El recurso de inconstitucionalidad invoca, además, la vulneración de los arts. 16.1, 20.1. a) CE, al conculcar dicha disposición el derecho de los partidos políticos a articular la voluntad política de los ciudadanos alrededor de cualquier ideología, y la quiebra de categorías básicas del estado democrático como el principio de unidad del pueblo soberano (art. 68.5 CE). Las alegaciones de las partes son extensas, con amplias referencias al Derecho internacional y al Derecho comparado. Consciente de la relevancia de las cuestiones constitucionales suscitadas, «por afectar a elementos muy sensibles del régimen electoral, que es tanto como decir del modelo de Estado democrático», el tribunal se esmera en la «identificación de la perspectiva de enjuiciamiento que haga posible el planteamiento más correcto del problema de fondo» (FJ 3).

El tribunal comienza advirtiéndolo que, en contra de lo que sostienen el juzgador y los recurrentes, los destinatarios de la norma son los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores, no los ciudadanos con alcance general. El problema constitucional de fondo se plantea entonces en el estricto ámbito del art. 6 y 9.2 CE, conectados de manera inmediata con los arts. 22 y 16 CE y una derivación hacia el principio de igualdad (art. 14 y 23 CE) ya que la composición equilibrada también se exige a las agrupaciones de electores (FJ 3).

⁵ Hay varios trabajos que analizan y comentan esta sentencia, entre ellos: Biglino (2008); García Soriano (2008); Martínez Alarcón (2008a y 2008b); Torres Muro (2009).

A continuación, se aborda la resolución del proceso empleando un canon estricto de proporcionalidad, partiendo de la determinación del alcance del art. 9.2 CE, precepto que ofrece el fin legítimo de la norma contenida en el art. 44 bis LOREG. Además, la medida es razonable porque se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo de 40%, sin imposición de orden alguno y con excepciones para poblaciones con escasos habitantes. Sobre todo, la medida es inocua porque sus destinatarios no son titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo (FJ 5).

Se entiende que el art. 44 bis LOREG no vulnera los arts. 6 y 22 porque no afecta a ninguna dimensión constitucional del derecho de asociación ni a los partidos políticos, como asociaciones especiales. En todo caso, se trata de una limitación proporcionada y constitucionalmente legítima. Tampoco el art. 16 CE –y con él el 20.1 a)– queda afectado por el mero hecho de exigir unos requisitos a las candidaturas, pues también existen otros (nacionalidad, capacidad electoral, etc.), y aunque se entendiera que puede afectar instrumentalmente –no sustantivamente–, tal limitación habría de entenderse legítima en cuanto que resultaría proporcionada (FJ 6).

Respecto a las agrupaciones de electores, el tribunal afirma que son diferentes a los partidos, pero tampoco son titulares del derecho de sufragio pasivo. Solo ejercen este derecho quienes, además de promover la candidatura, se integran en la lista. En todo caso, los requisitos que impone el art. 44 bis LOREG quedan igualmente justificados en aplicación del art. 9.2 CE y superan el canon de proporcionalidad por ser su fin legítimo y resultar razonables y adecuados a la finalidad perseguida (FJ 7).

La exigencia de composición equilibrada en las candidaturas no afecta a la igualdad de los ciudadanos porque la medida persigue precisamente la igualdad. El tribunal señala que el derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE) no se puede ver comprometido porque entre sus contenidos no existe un derecho a ser presentado como candidato. Y del derecho de sufragio activo (23.1 CE) no se deriva un derecho a una concreta composición de las listas electorales, ni se puede otorgar la condición de candidato a quien no sea propuesto por los partidos (FJ 9). Por último, no hay fragmentación del cuerpo electoral o que perjudique la unidad del pueblo soberano. Las previsiones del art.

44 bis LOREG no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles ni una compartimentación en función del sexo, pues los candidatos defienden opciones políticas ante el conjunto del electorado y, si resultan electos, representan a todos, no solo a los electores de su mismo sexo. Diferencia el tribunal entre cuerpo electoral y pueblo soberano y recuerda que el cuerpo electoral está sometido a la Constitución y al ordenamiento jurídico (FJ 10).

La extensa argumentación de la sentencia conduce a la inevitable desestimación de la cuestión y del recurso.

El magistrado Rodríguez- Zapata formula voto particular discrepante. A su juicio, la ley vulnera el principio de unidad de la representación política y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos. Cuestiona la opinión de la mayoría sobre el destinatario de la norma pues, en el caso de la lista electoral en Garachico, las candidatas ya estaban integradas en la candidatura y reclamaban precisamente su derecho al sufragio pasivo. Este punto demuestra la peculiaridad de este pronunciamiento, en el que el tribunal debe hacer un examen abstracto de la norma, como impone el recurso interpuesto, pero también debe atender al planteamiento de la cuestión que le hace un órgano jurisdiccional que debe aplicar la norma a un supuesto concreto. En la sentencia el tribunal se ha decantado claramente por una valoración abstracta del precepto impugnado, tratando la argumentación del juzgador como meras alegaciones de parte. Es posible que ello se deba, en parte, a la coincidencia sobre los artículos constitucionales que se entendían afectados, pero la diversidad y trascendencia de los asuntos debatidos son determinantes para adoptar esa perspectiva.

En este caso, que afecta principalmente a derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional aplica el canon de proporcionalidad y respalda la constitucionalidad de la norma sin titubeos. Aparte de las notables glosas sobre el alcance y delimitación de los derechos implicados, la mayor aportación de esta sentencia es, sin duda, la interpretación del mandato del art. 9.2 CE, cuyo anclaje ofrece el fin legítimo de la medida controvertida. El impacto jurídico y político de esta reforma, que no se aprobó con el consenso de otras, explica su impugnación y la minuciosidad de este pronunciamiento.

2.2.2. La STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019. La recopilación de datos personales por los partidos políticos

En respuesta a lo previsto en el Reglamento de la Unión Europea 2016/679 General de Protección de Datos (RGPD), el Gobierno presentó un proyecto de ley que culminó con la LOPD de 2019. La disposición final tercera, apartado dos, de la LOPD añadía el artículo 58 bis a la LOREG, cuyo apartado 1 disponía: «La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas». Este precepto tuvo su origen en la enmienda núm. 331, presentada por el Grupo Socialista, que fue unánimemente respaldada en el informe de la ponencia. Pese a la amplia mayoría parlamentaria con la que fue aprobada la LOPD, este concreto artículo provocó un debate público intenso y llevó a la Agencia Española de Protección de Datos a posicionarse y emitir, primero, una nota de prensa (21 noviembre de 2018), después un informe (19 de diciembre de 2019) y finalmente una circular (11 de marzo de 2019). La preocupación que generó en la opinión pública y en diferentes organizaciones de la sociedad civil llevaron a que el Defensor del Pueblo promoviera un recurso de inconstitucionalidad (Arenas, 2019; Jove, 2021).

El recurso se presentó el 5 de marzo de 2019, prácticamente in extremis –la ley se publicó en el BOE el 6 de diciembre de 2018–, y justo un día después de la convocatoria de elecciones generales (Real Decreto 129/2019 de 4 de marzo). El Tribunal Constitucional acordó su tramitación una semana después y resolvió en dos meses y medio, con la sentencia más rápida que se ha dictado en este tipo de procesos (Pascua, 2019: 553). La celeridad de la tramitación obedece, sin duda, a la enorme trascendencia del asunto, y quizá, también, al ambiente de inseguridad generado por la norma con un proceso electoral en marcha⁶.

⁶ Se han publicado varios comentarios de la sentencia (Pascua, 2019; Domínguez, 2020) y estudios que examinan la cuestión desde un contexto más amplio (Arenas, 2019; Ferrer, 2021; Jove, 2021).

Los motivos del recurso se centran en la ausencia de definición por parte del legislador de las «garantías adecuadas», como exige el art. 53.1 CE, de forma que los poderes de disposición y control sobre los datos personales que forman parte del contenido esencial del derecho del art. 18.4 CE quedan en cuestión, generando una situación de inseguridad jurídica contraria al art. 9.3 CE que afecta también, en el contexto tecnológico actual, al derecho de libertad ideológica del art. 16 CE y al derecho de participación política del art. 23.1 CE. Para el abogado del Estado no hay tal omisión, pues las garantías adecuadas pueden fácilmente inferirse del RGPD, supletoriamente de la LOPD, e incluso de la circular aprobada por la Agencia Española de Protección de Datos.

Además, a juicio del Defensor del Pueblo, la genérica mención al «interés público» no es suficiente para justificar una intromisión al derecho a la protección de datos relativos a opiniones políticas como la que permite la norma impugnada.

Lo primero que aborda el tribunal es la identificación del núcleo de la controversia para poder determinar después el modo de enjuiciamiento. Afirmar que «la impugnación central se circunscribe a resolver si el legislador ha vulnerado la reserva de ley y el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 18.4 CE en conexión con el art. 53.1 CE)», por no «establecer el marco en el que se habilita el tratamiento, la finalidad del mismo y las garantías adecuadas frente al concreto uso de la informática previsto en la norma impugnada» (FJ 2).

Tras advertir que la norma afecta al derecho a la protección de datos personales como derecho fundamental autónomo, pero también como derecho instrumental de otros, como el de libertad ideológica, el tribunal desgrana su razonamiento aplicando los requisitos exigibles a cualquier injerencia de un derecho fundamental. Comenzando por la necesaria habilitación legal (arts. 81.1 y 53.1 CE), no se restringe a la necesaria intervención de la ley, sino que esa ley debe cumplir las exigencias de previsibilidad y certeza de las medidas que regula, pues de no hacerlo estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental restringido. La ausencia de garantías produce el mismo efecto sobre el contenido esencial, «de gravedad similar a la que causarían intromisiones directas en su contenido nuclear» (FJ 6a).

El tribunal constata que no se puede identificar con precisión la finalidad del tratamiento de datos con la genérica expresión «interés público», por lo que tampoco puede enjuiciarse si es constitucionalmente legítima ni, en su caso, la proporcionalidad de la medida. La falta de reglas precisas y claras sobre los presupuestos y condiciones del tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas tampoco permite identificar la finalidad de la restricción del derecho fundamental que se reconoce a los partidos políticos (FJ 7). Y en cuanto a las garantías adecuadas, se descarta que puedan ser inferidas a partir de otras normas, pues deben estar incorporadas a la propia regulación legal del tratamiento. No se puede tampoco colmar esa omisión por vía interpretativa, por las razones que expone en el FJ 8.

Concluye la fundamentación de la sentencia que se han producido tres vulneraciones del art. 18.4 CE en conexión con el art. 53.1 CE: finalidad no identificada, ausencia de reglas precisas para su afectación, e inexistencia de garantías adecuadas. Las violaciones son autónomas e independientes entre sí, todas ellas vinculadas a la insuficiencia de la ley, que provoca el incumplimiento de la garantía de respeto al contenido esencial impuesta por el art. 53.1 CE. El tribunal declara, por tanto, contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del art. 58 bis LOREG.

Aunque el fallo del tribunal era más que previsible, la sentencia tiene un considerable valor doctrinal, no solo por la calidad de las alegaciones del Defensor del Pueblo, sino por la línea de enjuiciamiento que sigue el tribunal. Aplica un control estricto sobre la exigencia de respeto al contenido esencial, basado en la indefinición del fin legítimo y en la ausencia de habilitación legal. En realidad, se trata de una inconstitucionalidad por omisión, pues no se descarta *a priori* que la recopilación de datos por partidos políticos sea inconstitucional *per se*, sino que no se ha regulado con las imprescindibles garantías que exige nuestra Constitución. Es una decisión más enfocada a la teoría general de los derechos fundamentales, a las garantías de los derechos fundamentales en abstracto, que a las implicaciones constitucionales que podría tener la atribución a los partidos políticos la facultad de recopilación y tratamiento de datos sobre opiniones políticas de los ciudadanos.

2.3. *Garantías del procedimiento: recurso judicial y legalidad penal y sancionadora. Los jueces cuestionan la ley y el Tribunal Constitucional es deferente con el legislador*

Las sentencias incluidas en este epígrafe poseen varios elementos en común. Desde la perspectiva material todas ellas se refieren a las garantías del procedimiento electoral previsto en la LOREG, pues afectan al régimen de recursos y a los delitos e infracciones electorales. Los preceptos impugnados están incluidos en la LOREG desde su redacción original de 1985, si bien dos de ellos han sido objeto de ligeras modificaciones. Desde la perspectiva formal, las tres resoluciones tienen su origen en una cuestión de inconstitucionalidad, una de carácter interno planteada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, y dos provenientes de sendos órganos jurisdiccionales. Todo ello confiere a estos pronunciamientos un eminente carácter técnico, pero también limita la orientación de su enjuiciamiento, que no puede perder de vista el asunto litigioso del que trae causa y que condiciona inevitablemente la interpretación del tribunal.

La complejidad de los conflictos planteados, cuya solución en algún caso dista mucho de ser pacífica, se manifiesta en la formulación de interesantes votos particulares, que encontramos en dos de las sentencias. En general puede afirmarse que el tribunal adopta un control flexible y deferente con el legislador, en el ánimo de mantener un *statu quo* legal que de otro modo generaría un vacío normativo de graves consecuencias. Solo en la sentencia que resuelve la cuestión interna de inconstitucionalidad aplica el tribunal un canon estricto, probablemente influido por la previa estimación del amparo que la origina.

Si algo ponen de relieve estas importantes decisiones es que la LOREG adolece de ciertas deficiencias de técnica legislativa que deberían ser corregidas por el legislador.

2.3.1. La STC 149/2000, de 1 de junio de 2000. La exclusión de recurso judicial contra actos de la Junta Electoral Central

El asunto resuelto en la STC 149/2000 nos obliga a examinarlo en su contexto histórico. Y es que, aunque la LOREG acomodó su

redacción al orden constitucional proclamado en la Constitución de 1978, asumiendo sus principios y valores, no dejaba de ser heredera del Real Decreto-Ley de normas electorales, de 18 de marzo de 1977. En aquella norma encontramos dos artículos (art. 76.3 y 77) que parecen ser fundamento del controvertido art. 21.2 LOREG⁷. En efecto, si bien se contemplaba la posibilidad de que todos los acuerdos de la Junta Electoral Central (JEC) «en primera instancia o en vía de recurso, serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en la forma prevista por su Ley reguladora» (art. 76.3), esa posibilidad queda descartada en el art. 77 al entender que contra los acuerdos adoptados durante el período electoral y concernientes al proceso de las elecciones «no se dará recurso alguno administrativo o jurisdiccional», sin perjuicio de que los hechos determinantes de la reclamación puedan alegarse en los recursos contencioso-electorales a que se refieren los arts. 73 a 75 (proclamación de candidaturas y proclamación de electos).

La razón de esta exclusión no es otra que la necesidad de garantizar resoluciones ágiles que no paralicen el desarrollo del proceso electoral, sometido a plazos perentorios. Pero también hay que tener en cuenta que cuando se aprueba la LOREG aún estaba en vigor la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 que, pese a su innegable calidad técnica, no tenía entre sus principios inspiradores el art. 106.1 CE que a nuestro juicio impide el mantenimiento de esferas de inmunidad en la actuación administrativa, cualquiera que sea su origen o naturaleza.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional resuelve por Sentencia 103/1996, de 11 de junio de 1996, un recurso de amparo interpuesto por la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA) contra una resolución de la JEC. Dicha resolución estimaba el recurso interpuesto por varias formaciones políticas, contra la resolución previa de la Junta Electoral de Andalucía, en relación con la ordenación de los debates electorales. La recurrente alegaba una lesión del art. 24.1 CE por dos razones: no se le había dado trámite de audiencia, generando indefensión, y no pudo tampoco invocar esta lesión ante

⁷ El artículo 21.2, último inciso, LOREG establecía lo siguiente: «...Contra la resolución de esta última no cabe recurso administrativo o judicial alguno».

la jurisdicción ordinaria por la prohibición expresa contenida en el art. 21.2 LOREG.

La Sala Primera del Tribunal estima el amparo entendiendo además que la «exclusión de todo recurso judicial, impuesta por el art. 21.2 LOREG., podría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), infringiendo, asimismo, el art. 106.1 CE» (FJ 7). En consecuencia, acuerda elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad del art. 21.2 LOREG en cuanto que excluye el recurso judicial contra determinados actos de la Administración electoral⁸.

En sus alegaciones, el abogado del Estado entiende justificado y acorde con la Constitución el precepto cuestionado, tanto por la especial naturaleza de la JEC, como por la necesidad de arbitrar fórmulas rápidas para solución de conflictos que eviten incertidumbres en el proceso electoral. Con parecidas razones, el fiscal general del Estado solicita que se dicte sentencia interpretativa, en el sentido de que el art. 21.2 LOREG no es contrario a los arts. 24.1 y 106.1 CE en los supuestos en los que las resoluciones de la JEC afecten a cuestiones cuyo sometimiento a la jurisdicción ordinaria interferiría en el normal desarrollo del proceso electoral.

La cuestión de inconstitucionalidad se resolvió cuatro años después de su planteamiento, en junio de 2000. La fundamentación de la sentencia repite esencialmente la contenida en el previo recurso de amparo, poniendo énfasis en que el art. 106.1 CE impide que existan prohibiciones absolutas de acceso al proceso para la tutela de derechos e intereses legítimos frente a la actuación administrativa, que es lo que contiene precisamente el art. 21.2 LOREG. Y, aunque es posible diferenciar los tipos de resoluciones que emanan de la JEC, todos ellos deben ser susceptibles de recurso, ya sea de manera autónoma o independiente, ya sea dentro de otros (FJ 3).

Declara por tanto la inconstitucionalidad y nulidad de la expresión «o judicial» contenida en el último inciso del art. 21.2 LOREG. La sentencia cuenta con dos votos particulares. El voto concurrente del

⁸ Hay que tener en cuenta que antes de la reforma de la LOTC por LO 6/2007 la cuestión interna de inconstitucionalidad se planteaba una vez estimado el amparo del que traía causa, a diferencia de lo estipulado ahora, que deja en suspenso la resolución del recurso de amparo a expensas de la decisión en el Pleno sobre la cuestión de inconstitucionalidad. Este matiz es, en nuestra opinión, muy relevante pues puede condicionar el control de constitucionalidad, y de hecho lo hace en este caso (FJ 2).

magistrado Jiménez de Parga, que no comparte la diferenciación de dos tipos de resoluciones del JEC, como se sostiene en el FJ 3, pues a su entender todas deberían ser susceptibles de recurso jurisdiccional autónomo e independiente. El voto discrepante del magistrado Garrido Falla precisamente va en sentido contrario. Entiende que son muy pocos los actos de la JEC que escapan al control jurisdiccional, pues la propia LOREG prevé dos tipos de recursos contencioso-electorales. Además, menciona la entonces ya vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, que somete a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 12.3 a) «los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones de la Junta Electoral Central, así como de los recursos contencioso-electorales...». A su juicio, no hace falta declarar la inconstitucionalidad del art. 21.2 LOREG, sino solo emitir una sentencia interpretativa que aclare el verdadero sentido de la norma, pues la nulidad de ese inciso conlleva el peligro de impugnaciones paralizantes del desarrollo de las elecciones.

2.3.2. La STC 14/2021, de 28 de enero de 2021. Garantía de taxatividad en las disposiciones sancionadoras

La regulación de los delitos e infracciones electorales en la LOREG responde a una larga tradición en nuestra historia electoral (Mestre, 1977), aunque no ha estado exenta de críticas, por la dispersión del derecho penal que dificulta su conocimiento o la posible vulneración del principio de intervención mínima (Romero Flores, 2005: 25-28). Sin embargo, la conexión de las conductas típicas con la normativa que regula el proceso electoral recomienda su inclusión en la ley electoral, entre otras razones. No obstante, la redacción original del capítulo VIII del título I de la LOREG no se revisó con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, lo que produjo no pocas disfunciones. Y ha permanecido prácticamente igual, ya que con la LO 2/2011 de reforma de la LOREG solo se realizó «una mera actualización de la norma» en aspectos como la cuantía de las sanciones, la tipología de penas por delitos e infracciones electorales y cuantía de las multas. Quedaban fuera otras cuestiones como el reenvío normativo, la supletoriedad del Código Penal o la redacción de algunos preceptos que requerían una profunda revisión. Uno de ellos es el art. 153.1

LOREG, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que dispone que «Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares».

El asunto que origina el planteamiento de la cuestión el 6 de marzo de 2020 es la imposición de una multa de 1000 euros al director de un periódico por publicar una entrevista a una candidata el día de reflexión. Aparte del citado art.153.1 LOREG, en relación con los art. 53 y 50.4 LOREG, se aplicaron los art. 34 y 39 de la ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta, que permite atribuir al director del periódico la responsabilidad de lo publicado.

El Tribunal Supremo plantea muy razonadamente cuatro causas de inconstitucionalidad del art.153.1 LOREG:

i) por vulneración de la garantía de taxatividad de las disposiciones sancionadoras (*lex certa*), por imprecisión al integrar el tipo sancionador y por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE);

ii) en relación con los artículos 53.1 y 50.4 LOREG, por vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y de la garantía de taxatividad de las disposiciones sancionadoras (*lex certa*) del artículo 25.1, por falta de predeterminación de los autores de las infracciones que aboca a interpretaciones analógicas;

iii) en relación con los artículos 53.1 y 50.4 LOREG y con los artículos 34 y 39 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta, por vulneración del principio de presunción de inocencia al trasladar en forma objetiva la responsabilidad al director de un periódico obviando el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d) CE;

iv) por vulneración de los principios de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y del mandato de taxatividad del artículo 25.1 CE, por imprecisión en la determinación de las sanciones.

Todos los alegantes (abogado del Estado, JEC y fiscal general del Estado), salvo la parte en el proceso *a quo*, interesan la deses-

timación de la cuestión. Entienden que la imprecisión de la norma puede ser perfectamente completada con el resto de disposiciones a las que se remite, que existe ya una amplia casuística en su aplicación, que la limitación del derecho a la información viene justificada por el legislador y que las sanciones pueden cuantificarse utilizando los criterios incluidos en la ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público.

El tribunal ofrece una fundamentación detallada y minuciosa en una sentencia prolija y cargada de referencias doctrinales. Centra la primera parte de su examen en la posible vulneración del art. 25.1 CE, y concluye que, desde la perspectiva de la predeterminación normativa de las conductas sancionadas, no puede dirigirse ningún reproche a la remisión que realiza el art. 153.1 LOREG, pues permite con carácter general el conocimiento previo de las conductas sancionables. El art. 153.1 LOREG realiza una remisión expresa y perfectamente delimitada a una fuente interna, como son los preceptos de la propia LOREG, que poseen el rango normativo adecuado (FJ 3). Además, la norma obligatoria que se considera infringida en el supuesto actual y recogida en el art. 53 LOREG es clara y taxativa, por lo que es perfectamente previsible que quien difunda propaganda electoral o realice actos de campaña en la jornada de reflexión pueda ser sancionado.

La prohibición de difusión de propaganda electoral en la denominada jornada de reflexión es una prohibición dirigida a todos, pues «tiene como propósito crear un marco de serenidad en las horas inmediatamente anteriores a la votación para que en esta aflore sin condicionamientos la verdadera voluntad política del elector». No hay por tanto una falta de predeterminación de los autores. Tampoco la hay en el art. 50.4 LOREG, referido a los actos de campaña electoral, si se conecta con el 50.5 LOREG, que prohíbe la realización de actos de campaña a cualquier persona jurídica, distinta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores (FJ 4).

En cuanto a la posible vulneración del derecho a la libertad de información (art. 20.1 d) CE) por trasladar de forma objetiva la responsabilidad al director de un periódico, no considera que se quiebre el principio de culpabilidad, ya que se sanciona la conducta del director por infracción de un deber objetivo de cuidado (FJ 5b).

Tampoco entiende vulnerado el derecho a la libertad de información por aplicación de las prohibiciones contenidas en el art. 53 LOREG, pues están destinadas a garantizar la trascendencia que tiene la jornada de reflexión en todo proceso electoral. Son los órganos aplicadores de la norma los que deben determinar la legitimidad de los concretos actos de difusión en los medios de comunicación durante la jornada de reflexión. Su labor de subsunción de los hechos en el correspondiente tipo solo podría ser controlada constitucionalmente mediante el recurso de amparo (FJ 5c).

Por último, la determinación de las sanciones. Teniendo en cuenta que la horquilla señalada en el art. 153.1 LOREG no es excesivamente amplia (de 100 a 1000 euros), y que la Ley 40/2015 ofrece criterios para su cuantificación, no supone un quebranto de la garantía de *lex certa* (FJ 6).

La cuestión de inconstitucionalidad es desestimada en su totalidad, pero se formula un voto concurrente (magistrado Xiol Ríos, al que se adhiere la magistrada Roca Trías), que no comparte la interpretación que hace la mayoría sobre la finalidad de la llamada jornada de reflexión (crear un marco de serenidad para que aflore la verdadera voluntad del elector). En su opinión, se trata de preservar la igualdad de oportunidades entre los contendientes electorales. Precisar cuál es el sentido de las prohibiciones que establece el art. 53 LOREG resulta primordial, pues, dependiendo del modo en que se interpreten estas prohibiciones, se incurrirá o no en la infracción tipificada en el art. 153 LOREG, que es el objeto del proceso del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad. En esta línea se desarrolla el voto discrepante de la magistrada Balaguer Callejón, que se queja de que la respuesta a la cuestión se haya hecho solo desde la perspectiva de la taxatividad de la norma, dejando como un aspecto marginal su incidencia en la libertad de información, que a su juicio debería haber sido el núcleo de la resolución.

En definitiva, esta sentencia pone de relieve las deficiencias técnicas de la redacción del art. 153.1 LOREG y revela cierta confusión entre el estricto examen de la constitucionalidad de la norma y el eventual juicio de amparo sobre su aplicación práctica. De hecho, la interpretación del art. 53 LOREG es la parte más controvertida del pronunciamiento, como si ese fuera el verdadero objeto de la

cuestión. No se admite en ningún momento que se salva la constitucionalidad del art.153 no solo por la ineludible presunción en su favor, sino sobre todo por la necesidad de evitar un vacío legal que supondría eliminar completamente la responsabilidad administrativa en el ámbito electoral.

2.3.3. La STC 126/2021, de 3 de junio de 2021. Legalidad de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo

El art.137 LOREG, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve la STC 126/2021, determina que «Por todos los delitos a que se refiere este capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo». Es otra de las disposiciones del capítulo dedicado a los delitos e infracciones electorales que no se ha revisado desde su redacción originaria, salvo la supresión de la expresión «activo y» por la disposición derogatoria única f) del Código Penal de 1995. Cuando en 2011 se actualizó la tipología de las sanciones no se abordó la modificación de este artículo que, como advierte el tribunal en la sentencia, necesita de una reforma legislativa.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona promueve la cuestión de inconstitucionalidad el 4 de noviembre de 2020, con ocasión de un proceso por el delito de omisión del deber de comparecer ante la Mesa electoral (art.143 LOREG). En dicho proceso se llega a una pena de conformidad con el Ministerio Fiscal de seis meses de multa y seis meses de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. El órgano jurisdiccional se cuestiona entonces la constitucionalidad del art. 137 LOREG por posible vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) y del derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE). Y ello porque establece una pena preceptiva de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo para todos los delitos electorales de duración indeterminada, no fija sus límites, ni resulta posible su fijación sobre la base de interpretaciones no reconstructivas. Estima que ninguna de las opciones disponibles –aplicar el art. 40.1 del Código Penal, o considerar la pena como accesoria– despejaría los problemas de indeterminación. Además, confundiría los espacios reservados al

legislador y al juez, esto es, la determinación legal de la pena y la individualización judicial de la misma.

Tanto el abogado del Estado como la fiscal general del Estado defienden la constitucionalidad del precepto porque es posible individualizar la pena con una interpretación sistemática de la normativa penal.

La presente cuestión, dice el tribunal, es una omisión del legislador, ya que no es la regulación expresamente contenida en el precepto cuestionado la que pueda estimarse contraria al principio de legalidad sancionadora, sino su imperfección por no contemplar aquello que debiendo ser necesariamente incluido no lo fue. El problema relevante es, por tanto, si es admisible o no desde la perspectiva constitucional que en dicho precepto se omita una referencia explícita a la extensión de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en tanto en cuanto no exista ninguna posibilidad interpretativa para cubrir tal ausencia, de forma que la duración de la pena a imponer sería imprevisible para los autores de las conductas sancionadas por el legislador como delitos electorales (FJ 5).

En atención al principio de presunción de constitucionalidad y de conservación de la ley, procede realizar una interpretación global de la normativa penal aplicable para salvar la omisión legislativa. Y el tribunal cree posible acudir al art. 56.1 y 53 del Código Penal, que regulan la duración de las penas accesorias, equivalente a las principales, y la conversión de las penas de multa en responsabilidad personal subsidiaria. Todo ello tomando como referencia el propio art. 138 LOREG que remite al Código Penal como supletorio.

Entendido así el precepto, concluye que se cumplen las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los preceptos constitucionales. De esta forma el fallo desestimatorio de la cuestión impone la interpretación realizada en el FJ 7, todo ello dejando también constancia de la conveniencia de una pronta reforma legislativa en esta materia.

2.4. Más parlamentario que electoral: transfuguismo y moción de censura al alcalde. Una medida política discutida y discutible

Una de las peculiaridades del régimen político local es su regulación dispersa. En 1985 fueron aprobadas casi simultáneamente la LOREG y la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL). En cumplimiento de lo establecido en las SSTC 38/1983, de 16 de mayo y 72/1984, de 14 de junio, el régimen de las elecciones locales se incluyó en el régimen electoral general. Además de las disposiciones sobre la elección de los concejales y del alcalde, el legislador electoral incorporó «algunos elementos nuevos como el que se refiere a la posibilidad y el procedimiento de la destitución de los alcaldes por los concejales» (Preámbulo LOREG, II). La moción de censura al alcalde quedaba así regulada en el art. 197 LOREG y el art. 22.3 LBRL que, al mencionar la moción de censura al alcalde como una de las competencias del Pleno de la Corporación, se remitía a la legislación electoral general.

A través de la LO 8/1999, de 21 de abril, de reforma de la LOREG, originada por el llamado Pacto Local, se modifica el art. 197 añadiendo una serie de garantías procedimentales y se añade un art. 197 bis que regula la cuestión de confianza que pueden plantear los alcaldes vinculada a ciertos acuerdos de trascendencia para la Corporación local. Con la LO 2/2011, de 28 de enero, se dio un paso más y, reconociendo la necesidad de abordar el problema del transfuguismo, se modifica el art. 197.1 que excluye a los tránsfugas del cómputo de la mayoría absoluta necesaria para la presentación de la moción de censura al alcalde. Lógicamente, esta drástica previsión legal contó con el consenso de los principales partidos políticos, y se defendió como una medida de regeneración democrática para favorecer la estabilidad en la vida municipal.

Las nuevas reglas de cómputo de la mayoría absoluta para la presentación de la moción de censura se establecieron en los párrafos segundo y tercero del apartado a) del art. 197, con este tenor:

«En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida

en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.

Este mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato.»

Desde su entrada en vigor, la JEC resolvió numerosas consultas relativas a este precepto (Arnaldo y Delgado-Iribarren, 2019: 1236-1238), que evidencian una cierta confusión en la aplicación de la norma. Finalmente, el 22 de agosto de 2014 la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias plantea una cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho precepto.

La respuesta del Tribunal Constitucional a esta cuestión –tres años y cuatro meses después de su planteamiento– es una sentencia que, pese a declarar la inconstitucionalidad del precepto, no deja a nadie plenamente satisfecho. (Alonso Mas, 2018; De la Torre, 2018; Escobar, 2018; Arroyo, 2019; Domínguez, 2020). Revela, ante todo, el complicado encaje constitucional que tiene la llamada lucha contra el transfuguismo, para la que no basta la mera voluntad política. El difícil equilibrio que exige la aplicación de ciertas medidas, que incluso se han extendido al régimen parlamentario autonómico, convierten a este asunto en un reto constitucional de primer orden.

2.4.1. La STC 151/2017, de 21 de diciembre de 2017. Quorum de presentación de la moción de censura y concejales no adscritos

La cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias parte de un supuesto de hecho en el que tiene plena aplicación el párrafo tercero del art. 197.1. a) LOREG. Afecta a cinco concejales que presentan junto a otros una moción de censura antes de ser expulsados de su grupo municipal. Sin embargo, cuando se celebra el Pleno posterior ya tenían la condición de no adscritos y, por tanto, la Mesa de Edad debería haber aplicado el quorum reforzado previsto en art. 197.1 a) LOREG, cosa que no hizo y condujo al recurso judicial previo.

El órgano jurisdiccional entiende que el precepto en cuestión configura limitaciones contrarias al derecho del artículo 23.2

CE, imponiendo restricciones en el núcleo esencial de los derechos propios del ejercicio del cargo público para los concejales que dejan de pertenecer a la formación política por la que concurrieron a las elecciones, pasando a la condición de no adscritos.

Todos los alegantes apoyan la desestimación de la cuestión, por entender que la medida supuestamente restrictiva responde a un fin legítimo y no anula la función representativa de los concejales no adscritos.

El tribunal aborda la resolución de la cuestión desde el examen de los límites de la intervención normativa sobre el *ius in officium* para aplicar después el canon de proporcionalidad. Comienza aceptando el fin legítimo que persigue la norma, que es intervenir frente al transfuguismo (FJ 6). A continuación, al proyectar el juicio de proporcionalidad, entiende que la media es idónea, pues «dificulta la exigencia de responsabilidad política y remoción del alcalde por quienes le invistieron de la confianza para serlo». La medida es, además, necesaria, pues se limita al quorum de promoción de la moción de censura sin alterar más allá de ello la dinámica del procedimiento, quedando la votación intacta. Pero rechaza que la medida sea proporcionada, pues no se diferencia en función de las circunstancias por las que el concejal haya dejado a pertenecer al grupo municipal, sino que dice «por cualquier causa». Y, además, la restricción opera con un criterio estrictamente subjetivo, que es la desvinculación de los concejales a su grupo político. No hay razón objetiva que fundamente la medida en relación con el fin legítimo perseguido. De esta manera concluye que el precepto cuestionado es inconstitucional por vulnerar el art. 23.2 CE (FJ 7).

Los fundamentos de la sentencia finalizan con la determinación y alcance de los efectos del fallo. La nulidad inmediata se matiza en este caso porque la anulación de la disposición «podría generar alteraciones en procedimientos de exigencia de responsabilidad política en curso por la ausencia de un régimen jurídico alternativo y respetuoso con la Constitución que cohoneste el principio de igualdad en el ejercicio de las funciones representativas y la prevención de los efectos perversos causados por el transfuguismo en los legítimos fines declarados por la norma». La nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad queda diferida hasta la convocatoria de un

nuevo proceso de elecciones locales, «periodo de tiempo en el que el legislador podrá proceder, en su caso, a sustituir la norma declarada nula» (FJ 8).

Pese a aplicar un canon más o menos estricto en el control de constitucionalidad —el voto particular del magistrado Ollero Tassara cuestiona el juicio de necesidad—, el tribunal termina cediendo ante el legislador con una nulidad diferida que no responde adecuadamente a su uso habitual. El voto particular de la magistrada Roca Trías señala que no se han identificado los valores o bienes que se quieren preservar con la modulación de la nulidad, que no existe vacío legal, y que se obliga al órgano jurisdiccional a aplicar un precepto inconstitucional para resolver el juicio *a quo*. Por si fuera poco, el voto discrepante del magistrado Conde-Pumpido (al que se adhieren los magistrados Xiol Ríos y Montoya Melgar) desmonta la aplicación que hace la mayoría del juicio de proporcionalidad, defendiendo la constitucionalidad del precepto.

En definitiva, una sentencia controvertida que refleja el desacuerdo ante una medida discutida y, aún hoy, discutible⁹.

III. ¿EXISTE UN PATRÓN EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL?

Tras analizar los ocho casos en los que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de controlar la constitucionalidad del LOREG estamos en condiciones de presentar algunas conclusiones que podrían individualizar una especie de pauta de resolución de este tipo de controversias.

Si tomamos como punto de referencia los elementos relevantes en cada una de las decisiones, comenzando por el tipo de norma que se impugna, podemos diferenciar tres supuestos. Primero, los procesos

⁹ El 20 de julio de 2023, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria planteó a las partes la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo segundo del art. 197.1 a) LOREG, referido a los concejales que formaran o hayan formado parte del grupo político municipal al que pertenece el alcalde de cuya censura se propone. Aspecto éste que no fue abordado en la STC 151/2017. <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/La-Sala-de-lo-Contencioso-de-Cantabria-pide-a-las-partes-que-se-pronuncien-sobre-la-pertinencia-de-plantear-una-cuestion-de-inconstitucionalidad-sobre-la-Ley-Electoral-General>

que tienen como objeto un precepto incluido en una reforma de la LOREG *ad hoc*; segundo, los que proceden de una ley que no es electoral, pero que modifica la LOREG; y, tercero, aquellos que cuestionan artículos incluidos en la LOREG desde su redacción inicial.

En el primer grupo se encuentra: la reforma operada por LO 1/1987, que incorpora a regulación las elecciones al Parlamento Europeo objeto de recurso de inconstitucionalidad (STC 28/1991); la realizada mediante la LO 2/2011, en el caso de la supresión del voto CERA en las elecciones locales, que cuenta con un recurso directo (STC 153/2014); y la referida al quorum de presentación de la moción de censura al alcalde (STC 151/2017), contra la que se promovió una cuestión de inconstitucionalidad. En los tres casos, el tribunal se toma su tiempo y tarda en emitir sentencia una media de tres años. En todos ellos, además, se muestra deferente con el legislador, ya sea porque el asunto entra dentro del margen de discrecionalidad que le compete, (SSTC 28/1991 y 153/2014), ya sea amortiguando los efectos de la inconstitucionalidad con una nulidad diferida (STC 151/2017).

Cuando la norma que se examina procede de una reforma extramuros de la LOREG, es decir, a través de leyes que regulan otras materias, siempre se han planteado recursos directos, aunque también acumulados a cuestiones de inconstitucionalidad. Es el caso de la LO 3/2007, de 22 de marzo de igualdad efectiva de mujeres y hombres (STC 12/2008) y la LO 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (STC 76/2019). La celeridad con la que resuelve el tribunal estos procesos es muy significativa. Aplica en ambos casos un control estricto, que no siempre lleva a la estimación de la inconstitucionalidad, pero que ofrecen unas sentencias de una notable relevancia doctrinal.

Y si se trata de examinar la ortodoxia constitucional de disposiciones que se encuentran en la LOREG desde 1985, el cauce procedimental ha sido siempre el planteamiento de una cuestión (art. 21.2 LOREG, STC 149/2000; art. 153.1, STC 14/2021; art. 137, STC 126/2021). El tribunal resolvió la cuestión interna de inconstitucionalidad cuatro años después de su planteamiento, probablemente debido a que se planteaba una vez concedido el amparo. En los otros dos procesos se dicta sentencia en menos de un año y, además, el tribunal se muestra muy deferente con el legislador en un intento por evitar incómodos vacíos legales.

Si examinamos estas ocho sentencias en función de quien promueve el proceso debemos distinguir, por una parte, las impulsadas por órganos o actores políticos (SSTC 28/1999, 12/2008 y 153/2014), de las promovidas por el propio tribunal (STC 149/2000), por órganos jurisdiccionales (SSTC 12/2008, 151/2017, 14/2021 y 126/2021) o por órganos no políticos, como el Defensor del Pueblo (STC 76/2019). Lo que evidencia esta clasificación es que cuando existe un consenso político sobre la norma no se interponen recursos directos, incluso aunque la inconstitucionalidad del precepto sea palmaria (caso protección de datos y quorum para la moción de censura). Mención aparte merecen los preceptos originarios de la LOREG sobre garantías, cuya posible tacha de inconstitucionalidad proviene más de omisiones legislativas que de una regulación abiertamente contraria a la Constitución. Lo que parece evidente es que el tribunal suele ser más deferente con el legislador y conservador de la ley cuando las dudas sobre su constitucionalidad provienen de cuestiones planteadas por órganos jurisdiccionales (de las cuatro cuestiones promovidas solo se ha declarado inconstitucional el art. 197.1 a) LOREG).

Cuando ponemos el foco en los preceptos constitucionales que se entienden vulnerados por la norma, el art. 23 CE es el más invocado cuando se impugna una norma de una reforma electoral *ad hoc*, como en los casos relativos a elecciones europeas, privación del sufragio CERA en elecciones locales o la moción de censura al alcalde. En los recursos frente a normas contenidas en leyes no electorales se alega la violación de otros derechos fundamentales diferentes al de participación política. Es el caso de la composición equilibrada de las listas electorales o la recopilación de datos personales por los partidos políticos. Las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales sobre garantías electorales involucran derechos de contenido procesal (arts. 24 y 25 CE). Con carácter general, el tribunal suele ser más flexible en las controversias sobre el art. 23 CE, más deferente con el legislador cuando se trata de derechos procesales, y mucho más estricto cuando entran en juego otros derechos o libertades fundamentales.

Por último, si atendemos al contenido del fallo, se ha declarado la inconstitucionalidad de la norma en tres de las ocho ocasiones: en la cuestión interna sobre el recurso judicial; en el recurso contra la LOPD; y en la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 197.1

a) LOREG. Además, ha dictado una sentencia interpretativa en la cuestión frente al art.137 LOREG. En ninguna resolución se han estimado las pretensiones de los órganos políticos cuando han sido éstos quienes han promovido el proceso. Parece que el tribunal es proclive a blindar la ley electoral y, salvo supuestos muy llamativos, prefiere adoptar una postura conservadora.

La relativamente escasa conflictividad que ha suscitado la ley, centrada casi siempre en aspectos técnicos, ha propiciado una rica y valiosa jurisprudencia, en algún caso especialmente brillante. Si hay una conclusión válida en este intento de sistematizar la doctrina acerca de la constitucionalidad de la ley electoral es que el tribunal ha protegido la Constitución, pero también ha protegido la ley electoral, reforzando el carácter de «código de la democracia» con el que nació.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MAS, M. J. (2018). «Los miembros no adscritos de las entidades locales ante la formulación de la moción de censura: una discutible aplicación del principio de proporcionalidad». *Revista de Administración Pública*, 206, 149-178.
- ÁLVAREZ CONDE, E. y LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ, A. (Dirs.) (2011). *Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: La Reforma continua y discontinua*. IDP.
- ARENAS RAMIRO, M. (2019). «Partidos políticos, opiniones políticas e internet: la lesión del derecho a la protección de datos personales». *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 341-372.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. (2018). «La LOREG y sus reformas». En E. GONZÁLEZ, R. RUBIO, (Coords.), B. PENDÁS, (Dir.). *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*. CEPC, vol.4, 3085-3106.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. (2002). *El carácter dinámico del régimen electoral español*. CEPC.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. y DELGADO-IRIBARREN, M., (2019). *Código Electoral*. Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, 9ª ed.
- ARROYO GIL, A. (2019). «La moción de censura al alcalde a la luz de la jurisprudencia constitucional (Comentario a la STC 151/2017, de 21 de diciembre)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 329-363.
- BALLARÍN, J. (1985). «Círculo de impaciencias: La sentencia 72/1984, de 14 de junio en el recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto

- definitivo del proyecto de Ley Orgánica de Diputados y Senadores». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14, 233-255.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2008). «Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada (Comentario a la STC 12/2008)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 277-299.
- CAAMAÑO, F. (1997). «Elecciones y Tribunal Constitucional. Una intersección no deseada». *Revista de las Cortes Generales*, 41, 91-121.
- CHUECA RODRÍGUEZ, R. y GAVARA DE CARA, J.C. (2011). *La reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*. CEPCE.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2018). «De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 9, 110-127.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, J.L. (2020). «El tratamiento de categorías especiales de datos personales por parte de los partidos políticos: crónica de una muerte anunciada. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 76/2019, de 22 de mayo de 2019». *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 8, 268-274.
- DOMÍNGUEZ VILA, A. (2020). «La libertad del mandato representativo del electo frente a la disciplina de los partidos políticos. La STC 151/2017, un nuevo golpe a la estabilidad del gobierno local. Regulaciones estatal y autonómicas de los no adscritos» *Revista De Estudios De La Administración Local y Autonómica*, 14, 121-138.
- DUQUE VILLANUEVA, J. C. (2006). *Elecciones políticas y Tribunal Constitucional*. Thomson Aranzadi.
- ESCOBAR ROCA, G. (2018) «¡Basta de ficciones! Representan a sus electores. Democracia, derechos y proporcionalidad en la STC 151/2017». *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 11, 231-247.
- FERRER MARTÍN DE VIDALES, C. (2021). «La protección de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas». En A. SÁNCHEZ NAVARRO, R. FERNÁNDEZ RIVEIRA (Dirs.). *Reflexiones para una democracia de calidad en la era tecnológica*. Thomson Reuters-Aranzadi, 471-494.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (1987). «La circunscripción única en las elecciones europeas, *Cuadernos de Alzate*, 5, 52-56.
- GARCÍA MAHAMUT, R. (2012). «La reforma electoral (LO 2/2011) y el voto de los españoles en el exterior (CERA): La ineffectividad del derecho de sufragio de los españoles en el exterior. Una necesaria revisión». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 259-289.
- GARCÍA SORIANO, M. V. (2008). «El principio de presencia equilibrada en el art. 44 bis de la LOREG y el derecho de acceso a los cargos públicos

- en condiciones de igualdad: análisis crítico de la última reforma de la LOREG». *Feminismo/s* 12, 135-154.
- GARCÍA SORIANO, M. V. (1998). «La constitucionalidad de la normativa electoral», *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*. 8, 127-151.
- JOVE VILLARES, D. (2021). «La inconstitucional habilitación a los partidos políticos para recabar datos sobre opiniones políticas. Comentario a la STC 76/2019, de 22 de mayo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 121, 303-331.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (2008a). «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Teoría y Realidad Constitucional*, 22, 605-624.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. (2008b). «La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero». *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), 142, 105-137.
- MESTRE, E. (1977). *Los delitos electorales en España (1812-1936)*. Editora Nacional.
- PASCUA MATEO, F. (2019). «Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 29 de mayo». *Revista de las Cortes Generales*, 106, 549-558.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, A. (1988). «La legislación española sobre las elecciones al Parlamento Europeo y el problema del doble mandato». *Revista de las Cortes Generales*, (15), 267-297.
- ROMERO FLORES, B. (2005). *Partidos políticos y responsabilidad penal. La financiación electoral irregular*. Atelier.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (1986). «Significado y alcance de la Ley orgánica de régimen electoral general». *Revista de Estudios Políticos*, 53, 45-69.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (1995). *Manual de Procedimiento Electoral*. Ministerio de Justicia e Interior.
- SOLOZÁBAL, J.J. (1990). «Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 30, 133-147.
- TORRES MURO, I. (2009). «Las SSTC 12/2008, de 29 de enero, y 13/2009, de 19 de enero, sobre las cuotas electorales. Contenido, recepción y consecuencias». *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 24, 30-38.

PÉREZ SERRANO Y SU RELACIÓN CON LA MONARQUÍA ESPAÑOLA

PÉREZ SERRANO AND HIS RELATIONSHIP WITH THE SPANISH MONARCHY

Nicolás PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI

Letrado de las Cortes Generales

Doctor en Derecho

Abogado

Vocal de la Comisión General de Codificación

Fecha de recepción del artículo: octubre 2023

Fecha de aceptación y versión final: noviembre 2023

RESUMEN

El tratadista de Derecho Constitucional Pérez Serrano, que colaboró como letrado de las Cortes de 1931 en la elaboración durante la II República del Texto que se aprueba en 9 de diciembre de dicho año, desarrolló una actitud y conducta de absoluta lealtad al régimen monárquico bajo el cual vivió gran parte de su vida (Ceuta 1890-Madrid 1961), como se demuestra con los episodios que se narran en el artículo.

Palabras clave: Pérez Serrano, monarquía española, testamentaria II regente María Cristina de Austria.

ABSTRACT

The Constitutional Law treatise writer Pérez Serrano, who collaborated as a legal advisor in the Cortes of 1931 in the elaboration of the Text approved on 9 December of that year during the Second Republic, developed an attitude and conduct of absolute loyalty to the monarchical regime under which he lived most of his life (Ceuta 1890-Madrid 1961), as demonstrated by the episodes narrated in the article.

Keywords: Pérez Serrano, Spanish monarchy, testamentary II regent María Cristina of Austria.

SUMARIO: I. UN PRIMER ENCUENTRO ¿QUE NO LLEGÓ A PRODUCIRSE? II. TESTAMENTARÍA DE LA REINA DOÑA MARÍA CRISTINA DE AUSTRIA, 2.^a MUJER DE D. ALFONSO XII, Y BISABUELA DE D. JUAN CARLOS I. III. LO QUE CUENTA ORLANDIS ACERCA DE LA REPERCUSIÓN EN MADRID DE LA MUERTE EN ROMA EN FEBRERO DE 1941 DE DON ALFONSO XIII. IV. EL MANIFIESTO DE 1946 EN FAVOR DE LA MONARQUÍA. V. PRECEPTOR DEL PRÍNCIPE, FUTURO REY, D. JUAN CARLOS I. VI. LA OPINIÓN DE D. NICOLÁS. BIBLIOGRAFÍA.

Aunque este capítulo, que creo tiene suficiente entidad en sí mismo como para formar cuerpo separado, forma parte de un estudio más extenso sobre mi padre que tengo en fase avanzada de elaboración, lo traigo hoy a colación, y lo desgajo de su matriz con vistas a su posible publicación en la *Revista de las Cortes Generales*, sobre todo por el motivo concreto de dar a conocer que en breve donaré al Congreso¹, en el que hemos servido como letrados tanto mi padre como yo, la documentación que guardaba don Nicolás acerca de la testamentaria de doña M.^a Cristina de Austria y en la que él intervino como abogado auxiliando a don Leopoldo Matos Massieu en su labor de albacea de la fallecida reina.

Con sus diversos apartados trato de ilustrar algo acerca de la ideología del personaje, más allá de etiquetas que, con mejor o peor intención, y en todo caso reduccionistas o sin matices, se le han adjudicado históricamente a mi padre. Pues, cierto es que nació bajo un régimen oficialmente monárquico, que prolonga su vigencia a lo largo de los primeros cuarenta años de su vida (desde mayo de 1890 hasta abril de 1931). Pero no es menos verdad que colabora con lealtad hacia la nueva forma de Estado, republicana, que se instaura en España a partir de las elecciones del 12 de abril. De manera que esa relación, como trataré de explicar a través de los seis apartados que voy a analizar, tiene cuando menos estos aspectos: uno, como ciudadano, que vota y tiene sus creencias políticas; dos, como tratadista que se ocupa científicamente de los regímenes políticos y las formas de Estado; tres, como partidario de un sistema no autoritario y que defiende la separación de los poderes y el reconocimiento y garantía de los derechos del hombre y de los grupos sociales; cuatro, como abogado en ejercicio; y quinto, como profesor universitario. Solo tras contemplarse esas cinco perspectivas podrá enjuiciarse esa relación de don Nicolás con la monarquía con la óptica adecuada. Y aquí trataré solo las relativos a un contacto físico con la monarquía

¹ La donación la realizaré en favor del Archivo del Congreso, hoy dirigido por doña Rosario Martínez-Cañavate Burgos, a la cual quiero hoy dejar por este medio constancia de mi agradecimiento por su buen hacer y por sembrar la idea, que debe surtir efecto en otros muchos más, de legar a la Cámara papeles de posible interés y cuya custodia tendrá lugar en esas dependencias del Congreso en las que serví como letrado durante más de cuarenta y cuatro años ininterrumpidamente. Esa gratitud alcanza también a Virginia Ramírez Martín, archivera-bibliotecaria de la Cámara Baja.

(será el sexto el único que traspase un tanto esa barrera; aun así, lo insertaré por referirse a un borrador político que creo poco conocido)².

I. UN PRIMER ENCUENTRO ¿QUE NO LLEGÓ A PRODUCIRSE?

Lo ha contado Melchor Fernández Almagro, que coincidió con mi padre en el instituto en Granada³. Supongo que la anécdota es de 1903, o 1904, y de ella da el autor cuenta de esta forma literal y formal:

MAYORCITO

—El Rey viene a Granada...

—Ya lo veremos...

En Granada existía una cierta prevención contra los viajes regios desde que doña María Cristina suspendió, en vísperas de realizarse, el anunciado con motivo del Centenario del descubrimiento de América. Se resintió tanto Granada, en forma airada y tumultuaria, que la Reina Regente debió de temer que si al fin visitaba la ciudad el disgusto se manifestase en forma tan escandalosa como en la ocasión pasada, por mucho tiempo que hubiese transcurrido, y no se decidió nunca a visitar Granada. No se explica de otra manera que una mujer de tan selecto y cultivado espíritu como doña María Cristina muriese sin haber conocido la ciudad quizá mejor dotada de bellezas naturales y artísticas —aparte cifrarse en ella la unidad nacional—, entre todas las de su reino.

Pero ¿cómo iba Alfonso XIII a prescindir de Granada en los viajes que, para su total conocimiento de España, venía realizando, de arriba abajo y de lado a lado? Pocos días antes de llegar el rey se dispuso que los estudiantes de todos los centros de Enseñanza nombrasen una comisión que, llevando la bandera respectiva, rodeasen el coche en que el rey hiciera su entrada en Granada. A mí me eligieron representante del primer curso de Bachillerato, y para organizar nuestra actuación en el recibimiento de Alfonso XIII nos convocó el Director del Instituto a una reunión, la primera de personas elegidas para algo a la que yo asistía en mi vida, cohibido y ufano al mismo

² Su concepción teórica y doctrinal sobre la monarquía puede analizarse especialmente en los párrafos 222 a 231 (Capítulo XXI, «La Monarquía») y 587 (Capítulo LVII, «Régimen parlamentario, presidencial, etc.») de su *Tratado de Derecho Político* (1984, pp. 279-292 y 820).

³ Capítulo XI de su libro *Viaje al siglo XX* (1962, pp. 185-186).

tiempo. Como el representante del quinto o sexto curso era mi primo Rafael Señán, mis padres me confiaron a él, y en el camino se nos unió Nicolás Pérez Serrano, que representaba a otro de los últimos cursos: muchacho avispadísimo, del que se hacían en el Instituto excepcionales ponderaciones.

«Yo soy republicano –comenzó por decirnos el director, don Salvador de la Cámara–. Pero se trata de recibir al Jefe del Estado y yo acato los poderes constituidos».

«No es como para que nos entusiasmemos mucho con el rey», oí que decía Nicolás a Rafael.

Pero lo cierto es que, estudiantes y no estudiantes, la inmensa muchedumbre se entusiasmó con el rey, como me fue dado comprobar desde el balcón de casa, porque a mis padres no les gustó nada que yo participase en la bulla callejera y a mí tampoco me seducía demasiado. Yo creo que ninguno de la comisión asistió por razones análogas.

Es posible, por tanto, que no llegase a producirse ese encuentro físico con don Alfonso XIII, pues el autor de la reseña supone que ningún miembro de la «comisión» llegó a cumplir su cometido. No obstante, la tendencia del joven Pérez Serrano parecía clara, contraria pero respetuosa. Se trata de un muchacho de trece o catorce años, procedente de su Ceuta natal, y que en el Instituto de Granada realiza los estudios de bachillerato.

II. TESTAMENTARÍA DE LA REINA DOÑA MARÍA CRISTINA DE AUSTRIA, 2.^a MUJER DE D. ALFONSO XII, Y BISABUELA DE D. JUAN CARLOS I

Debió llamar mucho la atención –y la tradición oral en mi casa así lo expresaba– que la Casa Real designase, como letrado para intervenir en esa testamentaría, a D. Leopoldo Matos y Massieu, pues, al parecer, en la época había otros despachos acaso con más tronío monárquico⁴. Doña Cristina fallece el 6 de febrero de 1929 y ocurre su defunción sin haber otorgado testamento, por lo que fue practicada

⁴ Cuentan los historiadores que las puertas de Palacio se le abrieron a don Leopoldo Matos tras su casorio con doña María Aguilar, hija del mayordomo de la reina, conde de Aguilar. *Vid.* Cuenca Toribio, José Manuel, y Miranda García, Soledad (1998), Mateos Sáinz de Medrano, R. (2007), VV. AA. (1982).

la correspondiente declaración de herederos *ab intestato*⁵, otorgándose tal carácter –mediante Auto de la Sección 2.^a de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de abril del propio año– a las tres estirpes existentes, a saber, 1.^a D. Alfonso XIII en cuanto a una tercera parte de la sucesión por su propio derecho; 2.^a los infantes D. Alfonso María y D.^a Isabel Alfonsa de Borbón y Borbón en cuanto a otra tercera parte y en representación de su premuerta madre D.^a María de las Mercedes; 3.^a los infantes D. Luis Alfonso, D. José Eugenio y D.^a María de las Mercedes Teresa de Baviera y Borbón en cuanto al tercio restante y en representación de su también premuerta madre D.^a María Teresa.

Por acuerdo de todos los herederos se encomendó la práctica de las operaciones particionales a D. Miguel González de Castejón y Elío (conde de Aybar e intendente general de la Real Casa y Patrimonio), D. Pedro Martínez de Irujo y Caso (duque de Sotomayor y mayordomo mayor de la reina fallecida) y al letrado D. Leopoldo Matos y Massieu, abogado y asesor de aquélla.

Consta en los documentos que guardo que el Cuaderno Particional fue protocolizado en escritura pública de junio de 1930 ante el ministro de Justicia (D. José Estrada y Estrada) en su condición de notario mayor del Reino, que se practicó la pertinente liquidación del impuesto sucesorio y las subsiguientes inscripciones en los registros de la propiedad. Y es seguro que para todo ello D. Leopoldo Matos contó con la colaboración profesional de mi padre, el cual siguió con la testamentaría una vez acabada la Guerra Civil, en la que mataron a D. Leopoldo (muy al comienzo, el 4 de septiembre de 1936, en Fuenterrabía, a manos de milicianos republicanos y junto a un hijo de don Antonio Maura, Honorio Maura Gamazo). En efecto, diversos avatares provocaron que el cierre de la testamentaría no se produjera hasta finales de 1941, como atestigua la correspondencia que cruzan mi padre y el conde de Aybar al menos desde agosto de ese año, y en la que se muestran los desvelos de ambos por acabarla.

Cierto es que hay una cuenta de administración, que es rendida por los tres citados contadores partidores a principios de abril de 1931

⁵ Hay que respetar, por supuesto, la voluntad individual del ser humano al respecto, y un rey no debe estar alejado de esa condición. Aun así, a mí en particular me resulta chocante, y hasta indebido si se me apura, que una reina de España muera sin haber otorgado testamento.

y que es aprobada por todos los interesados. Pero no menos verdad resulta que no pudo llevarse a su debida ejecución por los avatares políticos de todos conocidos, incluidas las trabas derivadas de acuerdos republicanos, bloqueos de cuentas, enfrentamientos derivados de la Guerra Civil, y un largo etcétera que hacen que a comienzos de 1940 aún figuren acciones y saldos sin entregar a los augustos herederos.

Son casi setenta las cuartillas manuscritas de mi padre, plagadas de números y propuestas de adjudicación para realizarlas de acuerdo con el Cuaderno Particional; asimismo hay correspondencia dirigida por mi padre a los bancos en que estaban los depósitos y las cuentas abiertas (algunas, lógicamente, por todo lo dicho, de titularidad estatal) y que dan pormenores reseñables, como un pleito en Italia relativo a las acciones «Terni».

Y acaso no carezca de interés, por ser el documento poco conocido o accesible, reproducir las tres primeras bases del reiterado cuaderno, por lo reveladoras que resultan en aspectos dignos de reseñar y que testimonian el escrupuloso procedimiento y el rigor con que realizaron su tarea los contadores y mi padre, como persona que auxilió en su quehacer a D. Leopoldo Matos:

Don Miguel González de Castejón y Elío, conde de Aybar, Intendente General de la Real Casa y Patrimonio, Don Pedro Martínez de Irujo y Caro, Duque de Sotomayor, Mayordomo Mayor de la finada Reina doña María Cristina Reinero de Austria y Habsbourg-Lorraine; y Don Leopoldo Matos y Massieu, Letrado Asesor de dicha Augusta Señora, han recibido el honroso encargo de llevar a cabo los trabajos de inventario, avalúo, partición y adjudicación de los bienes relictos al fallecimiento de la difunta Soberana; y proceden a dar cumplimiento a su cometido en la forma que consignan las Bases y operaciones que seguidamente se transcriben.

1ª. Sobre la muerte y estado civil de la Augusta causante. S. M. Dª. María Cristina Reinero de Austria y Habsbourg-Lorraine, Reina Viuda de España, Princesa Imperial y Archiduquesa de Austria, Princesa Real de Hungría y de Bohemia, hija legítima y de legítimo matrimonio de SS.AA. II. y RR. los Serenísimos Señores Archiduques Carlos Fernando e Isabel Francisca Seráfica de Asís María, natural de Gross Scelowitz, cerca de Bruñi, en Moravia, falleció en el Real Palacio de Madrid en la madrugada del día 6 de febrero del año 1929, a los 70 años de edad, según consta en el correspondiente certificado

de defunción que, expedido por el Ministerio de Gracia y Justicia, se una a éste cuaderno.

Había contraído matrimonio en 29 de noviembre de 1879 con el muy Poderoso Señor don Alfonso XII de Borbón y Borbón, Rey Católico de las Españas; y fallecido el malogrado Monarca en 25 de noviembre de 1885, S. M. la Reina doña María Cristina se conservó en estado de Viudez de éste su único matrimonio hasta el momento de su defunción, antes expresada.

2ª. Sobre la declaración de herederos abintestato. S. M. la Reina doña María Cristina murió sin haber otorgado disposición testamentaria, según resulta de los datos oficiales obtenidos en el Ministerio de Gracia y Justicia y como consta asimismo a los Herederos de la finada Soberana y a las personas encargadas de las presentes operaciones divisorias.

Instado en su virtud el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria ante el Tribunal Supremo, la Sección 2ª de su Sala de lo Civil dictó el procedente Auto en 20 de abril de 1929, y en él se declaraba: «que la herencia de S. M. la Reina doña María Cristina Reinera de Austria y Habsbourg-Lorraine, corresponde legítimamente en tres porciones iguales a S. M. el Rey don Alfonso XIII de Borbón y de Austria (q.D.g.) por su propio derecho; a SS.AA.RR. los Infantes don Alfonso María y Doña Isabel Alfonsa de Borbón y Borbón por derecho de representación y en lugar que hubiera ocupado su difunta madre la Serma. Señora Princesa de Austrias Doña María de las Mercedes; y a SS.AA.RR. los Infantes don Luis Alfonso, don José Eugenio y doña María de las Mercedes Teresa de Baviera y Borbón, por derecho de representación también, y en el lugar que hubiera correspondiendo a su madre la Serma. Señora Infanta Doña María Teresa».

Se incorporan a éste cuaderno una certificación del Registro de Actos de última voluntad y un testimonio del Auto de declaración de herederos que acaba de mencionarse.

3ª. Sobre los bienes que han de incluirse en inventario. En la formación de éste no han tenido intervención alguna los Herederos, sino que procedieron por sí las personas que han redactado el presente Cuaderno.

Deben ante todo consignar que aun siendo muy estrecha la unión que a veces existe entre los bienes que forman el Patrimonio de la Corona y los que integran el caudal privado del Rey, han eliminado con todo rigor cuantos por algún motivo pudieran entrar en el primer concepto, siquiera con ello haya podido en algunas ocasiones resultar que dejaban de computarse en el cuerpo de hacienda partible

elementos pecuniarios que en una estricta interpretación hubieran correspondido a los Herederos de la finada Reina. Por lo demás, se han tenido presentes la partición de S.M. el Rey don Alfonso XII aprobada el 12 de junio de 1887, así como las nobilísimas manifestaciones contenidas en el Acta de entrega de bienes extendida en mayo de 1902.

Los grandes grupos que constituyen el inventario, están formados por cuatro clases de bienes, a saber, efectivo metálico, alhajas, valores mobiliarios y fincas o derechos reales sobre fundos.

De éstos núcleos de bienes conviene advertir que el primero centraliza todo el numerario con que se operaba, como resultado de la gestión administrativa del caudal en España y en el extranjero; el segundo recoge las joyas y objetos de platería que S.M. poseyó desde un principio y fue luego adquiriendo; el tercero se subdivide en varios Países en razón a la residencia de los Bancos depositarios; y los inmuebles quedan reducidos a las fincas de nuestro País y a algunas posesiones en Italia.

La colaboración de mi padre con Matos⁶ vendría, supongo, de años atrás⁷. Sin duda coincidieron en el Congreso, en el que ejercía mi padre desde 1912 como oficial (letrado) de la Secretaría una vez ganó la oposición en ese año, y donde don Leopoldo Matos fue diputado por Canarias entre 1910⁸ y 1923. La colaboración luego se decanta hacia el despacho profesional, pues ambos ejercían libremente la abogacía. Y mi padre, generoso en el elogio sincero, se hace eco de ese trabajo conjunto y del aprendizaje que sacó de tal experiencia, como en seguida diré. En efecto mi padre, en esas tareas, auxilió a D. Leopoldo Matos y Massieu. Su relación la desvela con motivo de su viaje en 1953 a tierras canarias, de donde aquél era oriundo. Allí le rindió debido homenaje con estas cálidas palabras, tras evocar

⁶ Más tarde su hijo, Leopoldo («Polo») Matos Aguilar, se incorporó como pasante al bufete de mi padre en Génova 17.

⁷ En todo caso he localizado el tarjetón que envía don Leopoldo Matos a mi padre con fecha 10 de febrero de 1928, por tanto, un año antes del fallecimiento de la reina en que le pide que se ocupe de los papeles de la «Testamentaria de Viana». Esas operaciones se tradujeron también después, fallecido don Leopoldo, en pleito entre las casas nobiliarias Tenorio y Viana que se alargaría hasta 1942.

⁸ Pelé, Melé y el Palo de la Escoba figuran como autores de unos ripios cuyo título es *Señores Diputados. Semblanzas en verso* (1910). Y en ellos sale airoso, bien librado al menos, don Leopoldo Matos: «Representa a Las Palmas / en el Congreso, / es un hombre que vale / de mucho peso. / A este canario / le escuchan complacidos / propios y extraños».

sus raíces y formación en la Granada donde estudió don Nicolás sus licenciaturas de Derecho y Letras:

Pero es que en otro sentido mi formación auténticamente profesional la debo a una persona, cuyo nombre yo no puedo olvidar. Si algo de Abogado tengo, lo debo, y es de justicia proclamarlo, a don Leopoldo Matos, figura egregia, recia y fornida de cuerpo, noble de espíritu, varón de buen consejo, hombre cuyo asesoramiento en Derecho a nadie pudo perjudicar nunca, y que, después de una vida gloriosa de esfuerzo y trabajo, cerró con el sacrificio de su muerte toda la labor realizada durante muchos, muchos años de intensa y noble vida profesional. Ello me permitió, además, en aquel bufete tropezarme por vez primera con problemas de tipo canario: aprender lo que hay de diferencia entre cultivos ordinarios y cultivos especiales; recorrerme, paso a paso, por los planos y en descripciones de documentos, el barranco de Guiniguada o el barranco de la Virgen; seguir las procelosas incidencias de pugnas entre Quiebramonte y Tenoya, etc., etc.; y también establecer contacto con no pocas figuras que luego han sido amigos y en ocasiones clientes⁹.

Es claro el elogio al maestro por parte de quien en lo profesional se consideró discípulo suyo. Y no sobra, obviamente, ninguna palabra, aunque a mí me hubiera gustado que mi padre, siempre extremadamente discreto en lo relativo al despacho, nos hubiera contado algo más de cómo aterrizó él en el bufete de D. Leopoldo Matos y de su intervención en la testamentaría de la reina.

Hubo, no obstante, un paso previo, que creo también añade interés a la trayectoria, pues mi padre prestó antes, acaso al poco de ingresar en las Cortes, sus servicios como abogado en otro despacho. Lo contó en su momento, y a sus palabras me remito, nuestro administrativo (divulgador, además, de la concepción guaspiana en esa rama del Derecho) Jesús González Pérez¹⁰, el cual narró no pocas de las peripecias profesionales de don Niceto Alcalá-Zamora:

⁹ La conferencia en la que se contiene este párrafo es «Los tres oficios de la Abogacía» (1953).

¹⁰ Niceto Alcalá-Zamora (1877-1949). *Académicos vistos por Académicos* (1990), en su página 164 cuenta esa relación profesional de mi padre con D. Niceto.

En 1901 iniciaba la actividad en su propio despacho instalado: primero, en la calle Alberto Aguilera, nº 21, principal izquierda; desde el otoño de 1902 hasta el verano de 1908 en calle de la Princesa esquina a Ventura Rodríguez; después, en el 28 de la de Almagro. Fue pasante en aquel despacho Nicolás Pérez Serrano, que tuvo que abandonar en los años de la Primera Guerra Mundial por la absoluta incompatibilidad entre las ideas de éste –a favor de ingleses y franceses– con la germanofilia de D. Niceto. Era tal el apasionamiento de D. Niceto a favor de los alemanes –me contaba D. Nicolás en una de las charlas que solíamos tener cuando el día de Nochebuena de cada año iba a felicitarle las Pascuas– que resultaba imposible cualquier manifestación contraria, al comentar por las mañanas las incidencias de la contienda.

¡Qué bueno! Don Nicolás tuvo que interrumpir su colaboración profesional con don Niceto por ser éste demasiado proeje, por su excesiva germanofilia, y también por expresar sus preferencias con vehemencia tal que no permitía que se le llevara la contraria.

III. LO QUE CUENTA ORLANDIS ACERCA DE LA REPERCUSIÓN EN MADRID DE LA MUERTE EN ROMA EN FEBRERO DE 1941 DE DON ALFONSO XIII

Cuando aún no se había cerrado definitivamente esa testamentaría fallece en Roma el rey don Alfonso XIII. Y ello da lugar a un pequeño capítulo de lo que son las relaciones de mi padre con la monarquía española.

Un conocido catedrático, José Orlandis (1994, p. 143), al referirse a su paso por la Facultad de Derecho, habla de mi padre y refiere un encuentro personal que coincidió con una singular circunstancia:

Pérez Serrano, insigne constitucionalista, había sido el principal autor, al menos en sus aspectos técnicos, de la Constitución española de la II República. En 1940 era catedrático en los cursos de Doctorado de la Universidad Central. El 28 de febrero de 1941 falleció en Roma el rey Alfonso XIII y en cuanto se conoció la noticia una oleada de monarquismo sentimental se extendió por la Villa y Corte, de donde el antiguo monarca había salido para el exilio apenas diez años antes, el 14 de abril de 1931. Los balcones de las casas se cubrieron de colgaduras con crespones negros, un homenaje popular en memoria del rey difunto, que el Gobierno no impidió, aunque tampoco le hiciera excesiva gracia.

Al día siguiente, con Madrid vestido de luto, hube de acudir al domicilio de Pérez Serrano, en la calle de Génova, para recabar su consejo sobre algún trabajo que llevaba entre manos. Me encontré la casa con colgaduras fúnebres en los balcones y recuerdo la sincera emoción con que me habló don Nicolás de la muerte del rey. Aquellas palabras, oídas entonces de labios del artífice de la Constitución republicana de 1931, me parecieron un símbolo de los avatares sufridos por la política española durante las primeras décadas del siglo XX.

Es decir, que en mi casa de la planta segunda de la calle Génova 17 de Madrid, donde tenía el despacho mi padre, había éste mandado poner el 1 de marzo de 1941, en un balcón un crespón negro por el fallecimiento del exiliado rey. Y creo que el detalle es revelador. En todo caso, retengamos que don Juan de Borbón y Battenberg dedica una foto a mi padre «Para Nicolás Pérez Serrano. Juan. Roma 1942».

IV. EL MANIFIESTO DE 1946 EN FAVOR DE LA MONARQUÍA

Conservo, en efecto, un ejemplar del Manifiesto de intelectuales, profesionales, comerciantes, funcionarios, agricultores, ex altos cargos públicos, académicos, aristócratas, financieros, etc. en favor de «su Majestad el Rey Don Juan III» de febrero de 1946 «al llegar a nuestra Península».

Formalmente es un «Escrito a S. M. El Rey», y tiene un preámbulo explicativo del siguiente tenor literal:

Por la Secretaría de S. M. en Estoril se nos ha dado cuenta de haber recibido el escrito cuyo texto reproducimos a continuación.

Aparece firmado por gran número de personas y se anuncia la llegada de muchos más pliegos de firmas que suscriben el mismo texto. Las que a continuación relacionamos, sin duda con omisiones impuestas por la premura con que hemos efectuado la clasificación alfabética, son simplemente las estampadas en los primeros pliegos recibidos.

Quien desee adherirse al escrito puede hacerlo enviando copia del mismo con su firma a la Secretaría de S. M., en Estoril, o entregándola a cualquiera de los firmantes, que se ocupará de hacerlo llegar a su alto destino.

En el ejemplar impreso que guardo aparece la firma de 456 personas, entre ellas mi padre «PEREZ SERRANO, Nicolás; Catedrático MADRID», y en su encabezamiento figura lo siguiente:

A SU MAJESTAD EL REY DON JUAN III
SEÑOR:

Queremos que al llegar a nuestra Península, reciba V.M. nuestro respetuoso saludo y el testimonio de nuestra más firme adhesión. No pretendemos con ello exteriorizar simplemente un sentimiento, sino expresar nuestra convicción profunda de que sólo la Monarquía encarnada por V. M. por feliz conjunción sucesoria de las dos ramas dinásticas, puede ser base sólida de un régimen estable y definitivo conforme con la tradición histórica española, adecuado a las necesidades del momento presente, apto para colaborar con las demás naciones.

Quiera Dios que la proximidad de V. M. a tierra española sea la anticipación y el anuncio de la realización de nuestro anhelo, que habrá de representar no el predominio de un partido o de una clase, sino el medio de asegurar, dentro del orden, del mantenimiento de las esencias de nuestra vida moral y religiosa y del respeto efectivo a la libertad y a los derechos de la persona humana, la íntima y cordial convivencia entre todos los españoles.

Señor: a los RR. PP. de V. M.

Y, entre otros muchos, que omito para no hacer interminable la lista, creo deben destacarse las siguientes firmas, con los datos que figuran en el Manifiesto, y siempre de acuerdo con mi subjetivo criterio selectivo:

- Ignacio Agustí, escritor. Barcelona.
- Alba, duque de, exministro, presidente de la Real Academia de la Historia. Madrid.
- Aledo, marqués de, financiero. Madrid.
- Martín Almagro, catedrático. Barcelona.
- Andrés Amado, abogado y exministro. Madrid.
- Conde de los Andes, exministro. Cádiz.
- Emilio Attard, abogado. Valencia.
- César Balmaseda, marqués de Casasola, abogado. Madrid.
- Antonio Ballesteros, catedrático y académico. Madrid.
- Juan Becerril, magistrado. Madrid.

- Marcelino Botín, licenciado. Santander.
- Conde de Bugallal, abogado. Madrid.
- Conde de Cadagua, financiero. Madrid.
- Joaquín Calvo Sotelo, abogado y escritor. Madrid.
- Geminiano Carrascal, abogado. Madrid.
- Ignacio de Casso, catedrático. Madrid.
- Julián Cortes Cavanillas, escritor. Madrid.
- Francisco Elías de Tejada, catedrático. Madrid.
- Marqués de la Eliseda, abogado. Madrid.
- Manuel Escobedo, abogado. Madrid.
- Juan Estelrich, escritor. Barcelona.
- Juan Manuel Fanjul, abogado. Madrid.
- Melchor Fernández Almagro, académico y escritor. Madrid.
- Conde de Fontanar, abogado. Madrid.
- Valentín Galarza, exministro. Madrid.
- Conde de Gamazo, financiero. Madrid.
- Pedro Gamero del Castillo, exministro. Madrid.
- Pedro de Gandarias, financiero. Bilbao.
- Manuel García Atance, notario. Zaragoza.
- Emilio García Gómez, académico. Madrid.
- Federico García Sanchiz, académico. Madrid.
- Alfonso García Valdecasas, catedrático. Madrid.
- Pablo Garnica, exministro. Madrid.
- Antonio Garrigues, abogado. Madrid.
- José Gascón y Marín, exministro y catedrático. Madrid.
- José María Gil Robles, catedrático y exministro.
- Manuel González Hontoria, exministro. Madrid.
- Jaime Guasp, catedrático. Madrid.
- Manuel Halcón, escritor. Madrid.
- Juan José López Ibor, médico y catedrático. Madrid.
- Marqués de Luca de Tena, académico. Madrid.
- Torcuato Luca de Tena, periodista. Madrid.
- José Maldonado, catedrático. Madrid.
- Gregorio Marañón Moya, abogado. Madrid.
- Gabriel Maura Gamazo, exministro y académico.
- Antonio Melchor de las Heras, abogado. Valencia.
- Ramón Menéndez Pidal, académico. Madrid.

- Jaime Miralles, abogado. Madrid.
- Juan Moneva, catedrático. Zaragoza.
- Jesús Pabón, catedrático. Madrid.
- Julio Palacios, catedrático y académico. Madrid.
- Pedro Rahola, exministro. Barcelona.
- Natalio Rivas, exministro. Madrid.
- Felipe Rodes, exministro. Barcelona.
- Conde de Ruiseñada, naviero. Barcelona.
- Antonio Rumeu de Armas, catedrático. Barcelona.
- Pedro Sainz Rodríguez, catedrático y exministro. Madrid.
- Conde de Santa María de Paredes, abogado. Madrid.
- Javier Satrústegui, consignatario de buques, San Sebastián.
- Joaquín Satrústegui, abogado. Madrid.
- José M.^a Trias de Bes, catedrático. Barcelona.
- Marqués de Urquijo, financiero. Madrid.
- José Tomás Valverde, abogado. Córdoba.
- José Luis del Valle Iturriaga, abogado. Madrid.
- Juan Ventosa, exministro. Barcelona.
- Ignacio Villalonga, financiero. Madrid.
- Julio Wais, exministro y catedrático. Madrid.
- José de Yanguas, exministro y catedrático. Madrid.
- Juan Zaragüeta, académico. Madrid.

Muchas reflexiones podrían sin duda hacerse respecto al texto, a sus firmantes y al momento histórico en que se suscribe por aquéllos, que es febrero de 1946, a los pocos meses, pues, de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y antes de que España comience a abrir sus fronteras y a recibir apoyos internacionales relevantes, como ocurriría años más tarde con el Concordato con la Santa Sede y el Tratado con los EE. UU. Desde luego no soy yo la persona indicada para ello, pues me faltan títulos objetivos (historiador, etc.) desde los que poder abordar honestamente tales perspectivas.

Sí debo decir, no obstante, que para mi padre no debió resultar fácil apuntarse a este manifiesto, por mucho que compartiera en profundidad los postulados desde los que estaba redactado. Sin duda suscribió con conocimiento y convicción profunda la salutación de una monarquía que 1.º recibiría la herencia de las dos ramas dinásti-

cas¹¹, y que pusiera, así, fin a uno de los pleitos históricos que hemos padecido en España aun dentro del marco monárquico; 2.º quería que se convirtiera en régimen estable y definitivo, que nos ahorrara los avatares de las pugnas respecto a la configuración de nuestra forma de Estado; 3.º hiciera posible la pacífica colaboración con las demás naciones tras las conflagraciones patrias y europeas-mundiales recientes; 4.º supusiera un régimen integrador de partidos y clases y 5.º asegurara el respeto efectivo a la libertad, a los derechos de la persona humana y a la cordial convivencia entre todos los españoles. Pero esas convicciones no enervaban los peligros que, más o menos latentes o larvados, se cernían sobre personas que, como mi padre, no hacían, ni habían hecho, especiales guiños al régimen de Franco: tan sólo hacía medio año (al finalizar el curso académico 1944-1945) que había recuperado su cátedra de Derecho Político de la Universidad de Madrid, tras haber superado su exilio en los Altos Estudios del Doctorado, donde hubo de impartir asignatura distinta y menos comprometida para los intereses del régimen político a la sazón vigente. Era, pues, un riesgo objetivo y subjetivo que afrontó don Nicolás con todas sus consecuencias, y teniendo como único escudo para amortiguar los golpes a que se exponía con esa conducta su prestigio profesional y bien ganada fama de independencia de criterio y justicia en todos sus planteamientos y actos.

Todos esos ingredientes dan al Manifiesto un valor intrínseco que debe subrayarse, por encima del éxito o del efecto que pudiera llegar a tener. Y honra a sus firmantes, deseosos de una libertad a la sazón escasa en muchas de sus formas de expresarse y que tenía siempre encima el ojo vigilante del régimen a través de no pocas censuras.

V. PRECEPTOR DEL PRÍNCIPE, FUTURO REY, D. JUAN CARLOS I

Revelador también resulta este otro aspecto, no excesivamente divulgado de mi padre y que pone de manifiesto que unos y otros (el régimen de Franco, la propia Casa Real, los estamentos universitarios, y acaso otros actores que se me escapan) eligieron a mi padre para

¹¹ *Vid.* mi artículo «Don Juan de Borbón y la legitimidad histórica» (1994, pp. 55 y ss.).

formar parte del elenco de profesores que iban a contribuir con sus enseñanzas a la formación del futuro rey, al menos aspirante a ello, y candidato a suceder a Franco a tal título de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley Fundamental de Sucesión que es de 1947.

No sé muy bien, cierto es, si las clases tuvieron un marco oficial simplemente, a través de las aulas de la Facultad de Derecho de la ya Complutense de Madrid, o también hubo una especie de comité de sabios que funcionó al margen de tal estructura, complementándola con reuniones personales con esos maestros de diferentes especialidades y ramas del saber. Apuntaré un fruto de mi vivencia personal, de la época en que fui secretario general del Congreso de los Diputados y letrado mayor del momento, cuando eran frecuentes las visitas de la Mesa (1979-1982) a Su Majestad: puedo asegurar que don Juan Carlos guardaba muy grato recuerdo de mi padre y de sus explicaciones.

En todo caso, ahí van los datos que rescato de los papeles que guardo en casa.

La revista *La Actualidad Española* («La España de los 50» p. 31. «1955. Hacia la Monarquía») inserta una foto. Aparecen, junto a D. Juan Carlos (que estaba en España desde que inició su bachillerato en 1948), un grupo de personalidades que han intervenido en su formación, según dice la publicación:

- El almirante Abárzuza.
- Pedro Laín Entralgo, rector de la Universidad Central.
- González Amezúa, director Real Academia de Historia.
- Jesuita P. Puyol.
- Profesor Puig Adam.
- Comandante marqués de Valenzuela.
- Padre Vega O. S. A.
- Profesor López Amo.
- Tamayo, director Instituto San Isidro.
- Sres. Terán, Garrigues y Pérez Serrano.
- Capitán de corbeta Fontanal.
- Gallego Burín, director general Bellas Artes.
- Profesores García Valdecasas y García Gómez.
- Teniente general duque de la Torre.

- Padre Aguilar O. P.
- Comandante Armada.
- Capitán Peiró.
- Comandante García Conde y
- Comandante marqués de Mondéjar.

Como se ve, un conglomerado de personajes de la vida civil, militar y religiosa de los años cincuenta del pasado siglo, encargados de instruir a D. Juan Carlos en diversas materias. Y complemento a cuanto se narraba –retrospectivamente– en ese suelto de la revista: tengo la carta del teniente general «Martínez Campos», de la «Residencia de S.A.R. el Príncipe Juan Carlos de Borbón» (c/ Eduardo Dato 20, de Madrid), fechada en 25 de mayo de 1955 en la que en nombre de Su Alteza Real invitan a mi padre «a este Palacio de Montellano, el Viernes 10 de junio, a las veinte horas, para tomar una copa que será ofrecida a los varios profesores, almirante y catedráticos que le han honrado con sus lecciones». Luego se cambió de fecha al 13 de junio, lunes, del mismo año. Es muy curioso el distinguo que hace el periodista autor del artículo: habla de los «profesores» García Gómez y García Valdecasas, mientras que, para referirse a Terán, Garrigues y mi padre, también catedráticos universitarios, habla de «señores».

El propio Mondéjar, jefe de la Casa de S. M. el Rey, enviaría más tarde telegrama a mi madre (habíamos abandonado nuestro anterior domicilio, Génova, 17, y ya vivíamos en Zurbarán 7): «Su Majestad el Rey me encarga agradezca en su nombre los sentimientos de lealtad y adhesión con motivo de su proclamación como Rey de España. Afectuosamente. Marqués de Mondéjar».

Y, por otro lado (y ahí confluyen esas dos perspectivas que líneas atrás apuntaba), cuenta más entresijos de esta historia mi maestro¹² Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, en un artículo publicado en el *Ya* del jueves 5 de junio de 1986 (pp. 25 y 29), titulado «Aquella Facultad de Derecho de la generación del Rey». Narra cómo ingresó su promoción, en el nuevo edificio de Ciudad Universitaria, en octubre de 1956, y allí tuvieron la fortuna de contar con grandes maestros.

¹² Amén de amigo, fue mi preparador en mis oposiciones a letrado de las Cortes. A él, y a Isabel Diego, su mujer, todo mi cariño, admiración, devoción y gratitud, no sólo indelebles, sino acrecentados con el paso de los años.

«Cómo no recordar [...] la elocuencia y sabiduría jurídica de don Nicolás Pérez Serrano, de clase sin desperdicio, temprano y puntual, hasta el punto de merecer el apelativo cariñoso de “abominable hombre de las nueve”». La suya fue conocida como «generación del Príncipe»: recuerdo el día en que el decano Prieto-Castro

convocó en este aula magna a todos los alumnos de esta Facultad [...] El día antes un nuevo estudiante se había incorporado a las aulas. Un estudiante singular, nieto del último rey de España. El amplio hall de la Facultad había estado repleto, cuando el nuevo compañero se abrió paso a duras penas entre la multitud por una angosta calle, acompañado del decano [...] Todo el mundo sabe hasta qué punto la respuesta de los estudiantes fue positiva. El Príncipe, con su simpatía y naturalidad, se ganó pronto el aprecio de todos.

Y termina Juan Antonio Ortega su artículo manifestando que su promoción estaba «orgullosa de haber compartido las aulas con Vuestra Majestad».

Don Juan Carlos remitió a mi padre foto dedicada «Para Nicolás Pérez Serrano. Cordialmente. Juan Carlos de Borbón. 1955». Para que acompañen al legajo de la testamentaria de la reina D.^a María Cristina de Austria, en la donación de la que hablé al comienzo adjuntaré copias de las dos fotografías dedicadas a mi padre, por D. Juan de Borbón en 1942 y por D. Juan Carlos de Borbón trece años más tarde.

VI. LA OPINIÓN DE D. NICOLÁS

Creo, además de todo lo anterior, que los círculos monárquicos de la época, consultaban la opinión de mi padre acerca de temas varios. Un ejemplo que tengo documentado data de 1956. D. José de Yanguas Messía¹³ le envió un tarjetón fechado el 11 de junio y dice literalmente:

¹³ Era catedrático de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Central y había presidido la Asamblea Nacional, sustitutivo de las Cortes durante la dictadura de Primo de Rivera.

Querido Nicolás: He recibido encargo de Don Juan de promover, con entera independencia de criterio, el estudio a que se contrae el cuestionario adjunto. Nos interesaría mucho recibir, a ser posible, antes de agosto, tu autorizada opinión. No necesito añadirte que este estudio se lleva dentro de la más discreta reserva. Un abrazo de tu buen amigo y compañero. J. Yanguas.

En papel aparte se incluían dos breves consideraciones iniciales y estas cinco preguntas, subrayándose en el ángulo superior derecha «CONFIDENCIAL»:

El problema de la ordenación constitucional de la futura Monarquía, presente siempre en la preocupación de todos, ha adquirido nueva actualidad en las últimas semanas.

Parece, pues, oportuno reconocer la meditación sobre el tema. Y para hacerlo de modo sistemático ha sido redactado el siguiente cuestionario.

1).- ¿Cree Vd. que las llamadas Bases de Estoril –redactadas en 1946–, resuelven los problemas políticos que el país tiene pendientes, o piensa que hay cuestiones no resueltas en las Bases, pero cuyo planteamiento es ineludible?

2).- ¿Encuentra Vd. en la actualidad, acertadas y viables las soluciones constitucionales previstas en aquellas Bases?

3).- Si su respuesta a las dos preguntas anteriores es afirmativa, ¿Cree Vd. de todos modos, que la redacción de las Bases debe ser objeto de alguna modificación parcial que las complemente o actualice? ¿Podría indicarla, al menos en principio?

4).- ¿Qué Bases deberían ser objeto de especial estudio para concretar su desarrollo? ¿Podría Vd. indicarla y también, al menos en principio, el criterio fundamental que debería inspirar dicho estudio?

5).- Si su respuesta a las dos primeras preguntas es negativa ¿podría Vd. formular en principio todas o algunas de las Bases definidoras del futuro régimen monárquico o, al menos, los criterios fundamentales que deberían inspirar su redacción?

Para que el rastro o rastreo histórico sea completo, y dado que en la primera de las cuestiones planteadas se aludía a ellas, parece conveniente insertar ahora esas Bases de Estoril de 1946, que acompañaban a la misiva que enviaba Yanguas a mi padre en 1956:

BASES INSTITUCIONALES DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA

BASE PRIMERA

Por exigencias de la historia, la pervivencia y la paz de la Patria, la vida política española descansará en los siguientes postulados esenciales, que no podrán ser objeto de discusión ni revisión.

- 1º.- La Religión Católica.
- 2º.- La Unidad sagrada de la Patria.
- 3º.- La Monarquía representativa.

BASE SEGUNDA

La Religión Católica Apostólica Romana, profesada por la mayoría de los españoles, será también la Religión del Estado.

Las relaciones entre la Iglesia y el Estado en materia mixta se regulará por medio de un Condominio.

Nadie será molestado por sus creencias, ni constituirán estas disminución en las prerrogativas de la ciudadanía.

BASE TERCERA

Se reconocerá la personalidad propia de las entidades infrasoberanas que integran el organismo nacional así como la esfera de la legítima autarquía que de esa personalidad se deduce; pero sin que en caso alguno tal reconocimiento pueda suponer, directa ni indirectamente, mengua de la unidad intangible de la Patria o de la soberanía irrenunciable del Estado.

BASE CUARTA

Los derechos y libertades de la persona humana serán objeto de reconocimiento y garantía eficaz.

Leyes esenciales regularán el ejercicio de tales derechos, que deberán siempre armonizarse con los supremos principios que rigen la existencia e impulsan el perfeccionamiento de la colectividad nacional.

BASE QUINTA

Se considerará función primordial del Estado proteger y estimular el trabajo en todas sus manifestaciones, impulsar una más justa distribución de los bienes, elevar el nivel de las clases más necesitadas, suplir las deficiencias de la acción privada en orden a asistencia y previsión, conseguir que el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la personalidad humana no se vean mermados por falta de capacidad o independencia económica, y crear o favorecer la

creación de las instituciones que organicen las distintas profesiones sobre la base de la cooperación de los varios elementos que las forman.

BASE SEXTA

La Monarquía española será representativa, moderada por limitaciones éticas y legales, y hereditaria.

Los deberes y derechos de la Monarquía española están vinculados en la persona de Don Juan de Borbón y Battenberg.

BASE SÉPTIMA

El Rey ejercerá sus prerrogativas asistido por un Consejo del Reino, cuyo parecer podrá solicitar siempre que quiera, y cuyo dictamen deberá necesariamente pedir cuando se trate de la disolución extraordinaria de las Cortes; del nombramiento y separación del Jefe del Gobierno; de la declaración de guerra y conclusión de paz; de la negativa de sanción de las leyes votadas por las Cortes; de la promulgación de Decretos con fuerza de ley exigidos por circunstancias excepcionales; y, en general, de cuantos asuntos graves afecten a la interpretación de las leyes fundamentales de la Monarquía, las directivas de la política exterior, las normas básicas de la economía Nacional, el mantenimiento del orden público y la defensa de la Nación.

El Consejo del Reino, cuyo funcionamiento será regulado por la ley orgánica correspondiente, estará integrado por terceras partes, por miembros por derecho propio, de nombramiento de la Corona y electivos.

BASE OCTAVA

La función de hacer las leyes corresponderá al Rey, con la necesaria colaboración de las Cortes.

Las Cortes estarán constituidas por un solo Cuerpo legislativo. Un tercio de sus miembros será elegido por sufragio popular directo; otro tercio, por los Municipios y Provincias integrantes de la Nación; y el tercero por las entidades culturales y profesionales.

Una ley especial regulará el procedimiento electoral.

Las Cortes serán renovadas parcialmente, cesando en cada renovación la tercera parte de cada una de las tres categorías de diputados.

En circunstancias excepcionales, el Rey podrá proceder a una renovación total del órgano legislativo.

En casos de indudable urgencia y necesidad, el Rey podrá promulgar Decretos con fuerza de Ley, con la obligación estricta de someterlos a la ratificación de las Cortes en la primera reunión de éstas.

Corresponderá en todo caso a las Cortes la votación de los presupuestos y leyes tributarias.

BASE NOVENA

El Rey ejercerá la función ejecutiva con la obligada asistencia de los Ministros responsables, que refrendarán todos los actos del Monarca.

Sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, los Ministros serán individualmente responsables por sus actos propios, y colectivamente, mientras ejerzan el cargo, por las resoluciones del Consejo de Ministros.

BASE DÉCIMA

La función judicial se ejercerá en nombre del Rey por los jueces y Magistrados. La ley garantizará la efectiva inamovilidad e independencia de los encargados de administrar la Justicia.

BASE UNDÉCIMA

Para amparo de los derechos de la persona y garantía de los intereses de la Nación, se instituirá un amplísimo sistema de recursos judiciales contra las posibles extralimitaciones del Poder Público, y en especial los recursos de inconstitucionalidad, contencioso-administrativo, por abuso y desviación de poder, y de responsabilidad civil de funcionarios.

BASE DUODÉCIMA

Las presentes Bases serán sometidas a la voluntad de la Nación libremente expresada, sin perjuicio de que entren desde el primer momento en vigor aquellas prerrogativas que son inherentes al principio de legitimidad que encarna la persona del Rey.

Una atenta lectura de estos documentos proporciona pistas de indudable interés para el historiador y los estudiosos del sistema político del franquismo. Por ejemplo ¿no recuerdan algunas de esas

bases a la Ley de Sucesión de 1947? ¿Le sirvieron de inspiración? No parece este el lugar adecuado para hacer un *excursus* al respecto¹⁴.

Sí subrayaré, en todo caso, que ese recorrido y la carta de Yanguas evidencian que a mi padre se le tenía en cuenta, la mayoría de las veces entre bastidores, como requería la circunstancia política del momento, cuando se quería poner en marcha un entramado constitucional para, sobre él, asentar la monarquía. Era valorado por todos su criterio, técnico y honesto.

Un último apunte: ignoro si don Nicolás contestó al cuestionario que se le enviaba, y para el que se pedía respuesta urgente. Entre sus papeles nada indica que sí lo hiciera.

Cierro, así, este capítulo dedicado a pergeñar lo que fueron y pudieron ser las relaciones de mi padre con la monarquía a través de los episodios de los que he podido encontrar documentación. Lamento, querido lector, que mis archivos no den para más. Mi padre guardó lo que supo o pudo en un Madrid sitiado por la Guerra Civil y en una posguerra en la que, aun dotado de enorme prestigio, no dejó de ser «observado» para que su posible heterodoxia tuviera la menor repercusión posible. En otra ocasión habrá lugar para desvelar otros detalles.

Y una última reflexión: creo que todo lo narrado desvela que mi progenitor tuvo un comportamiento cuando menos de demostrada lealtad, meticulosa y laboriosa, hacia la casa de Borbón y quienes sucesivamente la encarnaron entre nosotros, la reina D.^a Cristina de Austria, D. Alfonso XIII, D. Juan de Borbón y Battenberg y D. Juan Carlos de Borbón y Borbón.

BIBLIOGRAFÍA

- ANÓNIMO. (1955). La España de los 50. 1955. Hacia la Monarquía. *La Actualidad Española*.
- CUENCA TORIBIO, J. M. y MIRANDA GARCÍA, S. (1998) *El poder y sus hombres. ¿Por quién hemos sido gobernados los españoles? (1705-1998)*. Actas.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1990). *Niceto Alcalá-Zamora (1877-1949)*. *Académicos vistos por Académicos*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

¹⁴ En todo caso, y para que no haya confusión, debe tenerse presente –y lo decíamos páginas atrás– que esas bases de Estoril son de 1946.

- FERNÁNDEZ ALMAGRO, M. (1962). *Viaje al siglo XX*. Servicio de Estudios y Publicaciones.
- MATEOS SÁINZ DE MEDRANO, R. (2007). *María Cristina de Austria, perfil humano de una reina*. La esfera de los libros.
- ORLANDIS, J. (1994). *Años de juventud en el Opus Dei*. Ediciones Rialp, S. A.
- ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, J. A. (5 de junio, 1986). Aquella Facultad de Derecho de la generación del Rey. *Ya*, pp. 25 y 29.
- PELÉ, MELÉ y EL PALO DE LA ESCOBA. (1910). *Señores Diputados. Semblanzas en verso*. Est. Tip. de los Hijos de F. Marqués.
- PÉREZ SERRANO, N. (1953). Los tres oficios de la Abogacía. *Revista del Foro Canario*, septiembre-diciembre de 1953.
- PÉREZ SERRANO, N. (1984). *Tratado de Derecho Político*. Civitas.
- PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, N. (1994). Don Juan de Borbón y la legitimidad histórica. En VV. AA., *España, motivo de su vida. Evocación de la figura del Augusto Señor Don Juan de Borbón, Conde de Barcelona* (pp. 55 y ss.). Fundación FIES.
- VV. AA. (1982). *Biografía de canarios célebres*. Edirca.

ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN RECIENTE DE LAS CORTES GENERALES. DOS APUNTES CRÍTICOS*

ANALYSIS OF THE RECENT PERFORMANCE OF THE CORTES
GENERALES. TWO CRITICAL NOTES

Laura BAAMONDE GÓMEZ

Profesora. Ayudante Dra. Universidad Carlos III de Madrid

<https://orcid.org/0000-0002-4152-4252>

Fecha de recepción del artículo: octubre 2023

Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2023

RESUMEN

Nuestras Cortes Generales corren el riesgo de caer en una deriva «suicida» en términos no sólo de credibilidad y percepción social, sino también en atención a la relevancia sustancial de las atribuciones que le son propias. Se observa una progresiva pérdida de centralidad parlamentaria en el desempeño práctico del esquema de reparto del poder diseñado por el constituyente. Para ilustrar esta impresión se analizan dos fenómenos en relación con el ejercicio de las funciones parlamentarias: uno de tipo abusivo; otro de repliegue o abdicación. Se realiza una reflexión crítica a propósito de ambos que culmina con la propuesta de dos líneas de reconducción de la situación con la finalidad última de revitalizar la institución representativa, cuya reivindicación sigue siendo necesaria como condición de supervivencia del Estado social y democrático de Derecho.

Palabras clave: Parlamento, separación de poderes, abuso de funciones, abdicación de funciones, nominación parlamentaria, realismo político, centralidad parlamentaria, definición del interés general, Estado regulador,

* Esta contribución fue presentada inicialmente como comunicación al XX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, *El Estado de Derecho en el siglo XXI* (Cáceres, 23 y 24 de marzo de 2023), concretamente, fue expuesta oralmente en la Mesa: *Estado de Derecho y separación de poderes*. Siendo seleccionada para su publicación por la Junta Directiva de la ACE.

regulación económica, modelo de agencias, tecnocracia, representación democrática, Estado de derecho, deriva autoritaria.

ABSTRACT

Our Cortes Generales run the risk of falling into a “suicidal” drift in terms not only of credibility and social perception, but also in attention to the substantial relevance of their powers. A progressive loss of parliamentary centrality is observed in the practical performance of the power sharing scheme designed by the constituent. To illustrate this impression, two phenomena are analyzed in relation to the exercise of parliamentary functions: one of an abusive type; another of withdrawal or abdication. A critical reflection is carried out regarding both and culminates with the proposal of two lines of redirection of the situation with the ultimate goal of revitalizing the representative institution, whose vindication continues to be necessary as a condition for the survival of the Social and Democratic State of Law.

Keywords: Parliament, separation of powers, abuse of functions, abdication of functions, parliamentary nomination, political realism, centrality of Parliament, definition of the general interest, Regulatory State, economic regulation, agency model, technocracy, democratic representation, Rule of Law, authoritarian drift.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ABUSO DE FUNCIONES. TRIUNFO DEL REALISMO POLÍTICO FRENTE A LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES. III. ABDICACIÓN DE FUNCIONES. PÉRDIDA DE CENTRALIDAD PARLAMENTARIA EN LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS GENERAL. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente aportación es el de reflexionar acerca de un problema institucional grave que aqueja a nuestras Cortes Generales: su pérdida de centralidad en el entramado orgánico del Estado democrático de Derecho. Un rol menguante, que, en consecuencia, altera las reglas más elementales de la división de poderes, poniendo en serio riesgo de deriva autoritaria a nuestro sistema democrático. Una actitud «suicida» por parte de nuestras Cámaras que se materializa en prácticas bien de uso abusivo; bien de abdicación consciente de las propias funciones, que considero debe ser repensada y corregida. Pues la representación democrática puede y debe ser mejorada, pero no sustituida, en la medida en que el Parlamento es el *locus* característico de la democracia, y no hay más democracia que la democracia parlamentaria (Aragón Reyes, 1990, p. 142).

Ilustraré mi análisis de la problemática a partir de dos fenómenos. De un lado, el desbordamiento de atribuciones que a mi juicio supone el triunfo del realismo político frente a los mandatos constitucionales en relación con la función parlamentaria de nominación de autoridades. Del otro, la pérdida de centralidad parlamentaria en la definición del interés general que puede advertirse en atención a la regulación de cuestiones económicas o de carácter técnico como consecuencia del paradigma tecnocrático implantado por el vigente hito histórico del Estado social como Estado regulador.

Como demuestran los últimos acontecimientos, un aspecto recurrentemente controvertido en nuestro desempeño constitucional cuya nocividad orgánica va en aumento, es el relativo a la no renovación tempestiva de determinadas autoridades del Estado cuya selección ha sido encargada constitucional —o legalmente— a las Cortes Generales¹. Una práctica reiterada y perniciosa de prolongados retrasos en la obligación constitucional de elección que afecta no sólo

¹ Mi interés en esta temática se remonta a la elaboración de mi tesis doctoral y posterior monografía (2019). *La magistratura constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Col. Estudios Constitucionales. Una cuestión que volví a analizar posteriormente, y desde una perspectiva más general (no ceñida simplemente al estudio del Tribunal Constitucional) en mi más reciente artículo (2022). La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la «cesta institucional». En *Revista*

a la imagen y a la credibilidad del órgano designante, sino a las de la institución concernida por la nominación.

El motivo que subyace a esta dinámica es el de la «lucha» de las fuerzas políticas con mayor porcentaje de representación parlamentaria por controlar la composición de determinados órganos constitucionales o de relevancia constitucional. Para lo cual recurrirán a fenómenos no deseados como la *lottizzazione*, los bloqueos, los vetos, etc.; todos ellos patológicos por contrarios al espíritu democrático-constitucional y altamente estigmatizadores para los afectados por las renovaciones (tanto las autoridades salientes como los candidatos llamados a sustituirles), que desgraciadamente son percibidos social y mediáticamente bajo un «etiquetado partidista».

No menos importante en este breve estudio del repliegue parlamentario es el impacto del conocido como Estado regulador y su articulación a partir del modelo de agencias o autoridades de regulación independientes, dentro de un marco conceptual dominado por las soluciones tecnocráticas y la preferencia por las dinámicas del mercado frente a la participación pública en la gestión de las cuestiones colectivas connotadas como económicas. Un nuevo escenario de realización del mandato constitucional del Estado social que ha generado un impacto sin precedentes en las bases del Estado constitucional de Derecho tal y como lo conocíamos, con afectaciones en sus dos grandes dimensiones sustantivas, que, de acuerdo con el art. 16 de la Declaración de los Derechos y del Hombre y del Ciudadano², serían: la división de poderes y la protección de los derechos fundamentales –especialmente los de índole social–.

El recurso a las nuevas técnicas e instrumentos de la «regulación económica» provoca desequilibrios en nuestra tradicional comprensión del poder público y sus límites –concretamente en lo que respecta a las relaciones entre política y economía y lo público y lo privado respectivamente– lo que obliga a pensar cómo intentar, si

de Derecho Político, UNED, nº 113, enero-abril, pp. 71-93, doi: <https://doi.org/10.5944/rdp.113.2022>.

² Art. 16. «*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*». Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, France. Documento disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>.

no resolver, al menos mitigar o contrapesar, tal relación a partir de la revitalización de la institución parlamentaria de acuerdo a los retos que plantea la globalización económica³.

II. ABUSO DE FUNCIONES. TRIUNFO DEL REALISMO POLÍTICO FRENTE A LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES

La atribución de la labor de selección de ciertos cargos públicos a las Cámaras parlamentarias no es algo extraño en el Derecho comparado⁴, su fundamento teórico reside en reforzar la legitimidad democrática de la institución objeto de designación. Lo cual parece un fin plausible, máxime, cuando estamos en presencia de órganos de naturaleza no-mayoritaria o directamente contramayoritaria. Así, la extracción parlamentaria de los elegidos pretende crear un vínculo con los representantes del pueblo, pero sin que de ello se derive en modo alguno un mandato de naturaleza representativa⁵. Es más, es precisamente la independencia, tanto del colegio, como de sus miembros individualmente considerados, el principal objetivo –además de la propia legitimación– que debe presidir todo intento de incidir en la regulación del estatuto de éstos.

No corresponde aquí detenernos en la discusión teórica acerca de la categorización de la función de nominación, pues por lo que nos interesa ahora, la doctrina es unánime al considerar la dimensión democratizadora inherente a tal designación parlamentaria. Una elección que entronca con el órgano que constituye la expresión institucionalizada del principio político-representativo, en la que interviene tanto la mayoría como la minoría políticas (mediante la fijación de mayorías reforzadas orientadas a neutralizar políticamente

³ Un desafío abordado con detalle en mi monografía (2023). *Vindicación del Parlamento. Su necesaria revitalización ante el reto de la Globalización*, Valencia: Tirant lo Blanch-UC3M.

⁴ Véase García Costa, F. M. (2009, pp. 63-80).

⁵ Acerca del carácter no representativo de los designados por el Parlamento, pueden consultarse:

–en referencia al Tribunal Constitucional, Zagrebelsky, G. (1998, pp. 94-98); quien, tomando en consideración a la Corte Constitucional italiana, distingue entre dos conceptos: *rappresentazione* y *rappresentanza*

–y en relación con el Consejo General del Poder Judicial, Lucas Murillo De La Cueva, P. (2010, p. 129).

a la autoridad elegida) y todo ello a través de una deliberación pública en la que se discute la idoneidad de los propuestos (García Costa, 2009, pp. 66-67).

De tal manera, la finalidad de residenciar la selección de autoridades en el Legislativo respondería a dos ideas. De una parte, hacer partícipes a los grupos de oposición; de otra, reforzar la legitimidad democrática de determinados órganos considerados de especial trascendencia en el marco institucional (Tudela Aranda, 2016, p. 349). Una intervención parlamentaria orientada a la «democratización» de los órganos designados, pero que no debe confundirse con una politización de éstos en términos de confrontación partidista (Cerdeira Bravo de Mansilla, 2021). En la medida en que a pesar del amplio margen de discrecionalidad en la valoración de la concurrencia de los requisitos de idoneidad de los candidatos por las Cámaras (Areizaga Hernández; Iturbe Mach, 2016, pp. 484-485), la elección está sometida en todo caso a dos cautelas que atemperan ese margen y refuerzan la independencia del órgano resultante: la exigencia de mayorías reforzadas y el cumplimiento de requisitos objetivos de competencia profesional.

La previsión de mayorías reforzadas para la elección parlamentaria de autoridades es una constante, sirvan como ejemplo los casos del Tribunal Constitucional (en adelante TC), donde se prevé la elección de 8 de sus 12 magistrados por parte de las Cámaras por mayoría de 3/5 de sus componentes (art. 159 de la Constitución Española CE). O del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), donde se determina que tanto los de origen «laico» (8) como los de procedencia «togada» (12) serán designados por las Cámaras por mayoría de 3/5 (art. 122 CE, desarrollado por el art. 567 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Y lo mismo puede decirse acerca de lo previsto en el art. 54 CE (desarrollado por el art. 2 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 abril) acerca del Defensor del Pueblo o el art. 136 CE, desarrollado por el art. 30 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, en relación con los consejeros del Tribunal de Cuentas.

No obstante, el establecimiento de mayorías cualificadas como garantía del necesario «consenso» ha tenido un rendimiento más bien pobre en términos prácticos. Algo evidente si se desciende a la observación de las dinámicas que caracterizan los procesos de nego-

ciación de las vacantes. Pues más allá de lo dispuesto por el diseño normativo-institucional, una vida parlamentaria cuya organización descansa en el monopolio material de los partidos políticos, hace que la realidad de los hechos escape del esquema ideal proyectado.

En relación con la práctica de las nominaciones puede hablarse de una cierta involución: partiendo de una primera etapa en la que se buscaba de manera activa el pleno consenso», hasta la progresiva implantación del poco edificante «sistema de cuotas». Una patológica tendencia al reparto del botín, que ni siquiera goza de estabilidad, y, por lo tanto, es objeto de una disputa partidista recurrente. Dando lugar a fenómenos perversos tales como: los vetos recíprocos y los bloqueos, así como el retraso estratégico y la acumulación de renovaciones. Haciendo coincidir en el tiempo la provisión de miembros de diversos órganos, de manera que confluyan en una sola negociación lógicas de reemplazo institucional no necesariamente coincidentes (Pauner Chulvi, 2003, pp. 182 y ss.).

Podemos hablar de una «vampirización» de los procesos de designación parlamentaria por parte de nuestros partidos preponderantes, una actitud rechazable que fomenta el descrédito institucional y la injusta percepción social de eventuales vinculaciones políticas entre los candidatos seleccionados y las fuerzas políticas que respaldaron sus candidaturas.

En los últimos años acabamos de vivir otra fatal situación de acumulación de renovaciones pendientes –la del Defensor del Pueblo (desde 2017), la del CGPJ (desde 2018)⁶, la del TC (tercio a propuesta del Congreso, desde 2019) y la del Tribunal de Cuentas (desde julio de 2021)– solucionada sólo en parte a principios de noviembre de 2021, restando todavía por concretar la renovación total del Consejo⁷.

Una renovación, la del tercio del TC correspondiente al Congreso, que, a su vez, tampoco estuvo exenta de polémica, suponiendo

⁶ Situación anómala reseñada en el Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre el Estado de Derecho en España. Comisión Europea, Bruselas, 30 de septiembre de 2020, p. 2. Posteriormente reiterada en el Informe de 2021, de 20 de julio de 2021, pp. 2-4 y que sigue siendo señalada como preocupante en el Informe de 2022, de 13 de julio de 2022, pp. 4-5.

⁷ Noticia El Periódico (versión electrónica, 14 de octubre de 2021): <https://www.el-periodico.com/es/politica/20211014/gobierno-psoe-pp-acuerdo-renovacion-organos-constitucionales-sin-cpgj-12248080>

un ejemplo más, sin bien descarnado, de la dinámica perniciosa que preside los procesos de recambio de este órgano correspondientes a las Cortes Generales desde hace años. No fue menor el revuelo mediático, social y político suscitado por dicha renovación, que, tras largo tiempo de bloqueo, desembocó en la nominación pactada –en términos de reparto de cuotas– entre los dos partidos mayoritarios –PSOE y PP– de cuatro candidatos, respecto de los cuales se generó un debate acerca de cuánto había pesado la afinidad político-partidista en la ponderación de sus méritos para el acceso al puesto⁸.

La situación planteada responde a lo que en la doctrina especializada se ha dado en llamar «cesta institucional», es decir, una manipulación consciente de los procesos de renovación, que lejos de favorecer el consenso ante el amplio número de candidatos a designar, provocó, por el contrario, un bloqueo institucional generalizado que intentó ser «sorteado» a través de modificaciones normativas tendentes a acelerar la negociación referida al CGPJ, y con ello, desencallar el resto de relevos. Pero, paradójicamente, se llegó a alcanzar un acuerdo en las demás renovaciones y no en la relativa al órgano de gobierno de los jueces.

Así, ante la imposibilidad de alcanzar un consenso entre los dos partidos mayoritarios –PSOE y PP– para proceder a las renovaciones, a mediados de octubre de 2020 los Grupos Parlamentarios Socialista y de Unidas Podemos registraron una proposición de ley orgánica de reforma de la LOPJ⁹ en relación con la elección de los vocales del Consejo correspondientes al turno judicial (estableciendo una

⁸ Tanto fue así, que ilustres académicos y miembros eméritos del Tribunal se pronunciaron públicamente en prensa, preocupados ante el descrédito que supone para el órgano y el resto de componentes del colegio anteponer la lucha partidista por el control de las instituciones frente al mandato constitucional de seleccionar a juristas de indiscutido reconocimiento profesional capaces de desempeñar sus altas funciones con la debida independencia respecto de quienes les propusieron para el cargo. Noticia El País (versión electrónica, 2 de noviembre de 2021): <https://elpais.com/espana/2021-11-02/el-congreso-avala-a-los-cuatro-candidatos-al-constitucional-pactados-por-el-gobierno-y-el-pp.html>

⁹ Proposición de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para la reforma del procedimiento de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial correspondientes al turno judicial y para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones (122/000090), Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 23 de octubre de 2020. Presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos- En Comú Podem- Galicia en Común.

rebaja de las mayorías requeridas para la elección) y la limitación de funciones del órgano cuando se encuentre en funciones. Una iniciativa ampliamente criticada y que generó una cascada de reacciones que terminaron por dinamitar cualquier posibilidad de avanzar en el pacto de las candidaturas pendientes.

El propio presidente del Grupo de estados contra la corrupción (GRECO), dependiente del Consejo de Europa, envió una carta al Ministerio de Justicia advirtiéndole que la reforma podría vulnerar los estándares anticorrupción¹⁰ que este organismo ha venido reiterando en sus informes sobre cumplimiento, en los que considera más acorde con las garantías de independencia e imparcialidad de los jueces que las autoridades políticas no participen del proceso de selección que corresponde al turno judicial¹¹. También el propio Pleno del Consejo General del Poder Judicial, reunido en sesión extraordinaria con fecha 28 de octubre, emitió una declaración manifestando «su preocupación a fin de que cualquier reforma de la LOPJ que se lleve a cabo sea exquisitamente conforme con la Constitución y con el Derecho de la Unión Europea...». Finalmente, el ministro de Justicia se vio obligado a salir a la palestra confirmando la retirada definitiva del intento de rebajar la mayoría reforzada¹². Pero no sucedió en cambio lo mismo

¹⁰ Noticia El País (versión electrónica, 21 de octubre de 2020): <https://elpais.com/espana/2020-10-21/el-consejo-de-europa-avisa-a-espana-de-que-la-reforma-del-poder-judicial-puede-vulnerar-sus-normas-anticorrupcion.html>.

¹¹ El Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO) en su cuarta ronda de evaluación (sobre prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos nacionales, jueces y fiscales), segundo informe de cumplimiento, referido a España, de 30 de septiembre de 2021, señala el cumplimiento parcial por parte de nuestro país de las recomendaciones efectuadas al respecto en la anterior ronda de evaluación, en particular, la número V, relativa a la corrupción respecto de jueces, no se considera cumplida. Impresión reiterada posteriormente en el más reciente *Addendum to the Second Compliance Report*, de 28 de noviembre-2 de diciembre de 2022. Unas valoraciones en coherencia con los estándares enumerados en la *Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning separation of powers*. Estrasburgo, 8 de octubre de 2020 (p. 17 Independence of the judiciary), así como en la *Opinion num. 10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council of the Judiciary at the service of the society*, y en la más reciente, *Opinion num. 24 (2021): Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in the independent and impartial judicial systems*.

¹² Noticia El País (versión electrónica, 20 de abril de 2021): <https://elpais.com/espana/2021-04-20/el-gobierno-opta-por-retirar-la-ley-que-rebajaba-la-mayoria-para-renovar-al-poder-judicial.html>.

con la limitación de atribuciones al Consejo prorrogado, una iniciativa que fue reformulada en el mes de diciembre y que finalmente superó la tramitación parlamentaria hasta convertirse en la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la LOPJ para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al CGPJ en funciones.

Una medida que cuyo objetivo es el de acelerar la renovación del órgano de gobierno de los jueces eliminando el incentivo de mantener en su seno una sensibilidad mayoritaria perdida o no coincidente con el vigente reparto de la representación parlamentaria. Pero que generó dudas acerca de su compatibilidad constitucional al mermar las funciones asignadas a la institución y que fue contestada desde una buena parte de la magistratura¹³, si bien recientemente avalada por la muy reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 128/2023¹⁴. Un *anti-deadlock mechanism*, por utilizar la terminología de la Comisión de Venecia¹⁵, que, con el paso del tiempo, y atendiendo a los últimos acontecimientos, tampoco ha servido para provocar la renovación del Consejo y que sin embargo generó una nueva «crisis institucional», al poner en entredicho la renovación del tercio del Tribunal Constitucional correspondiente a este mismo órgano y al Gobierno. Lo que derivó en una nueva modificación de la LOPJ, concretamente de los artículos 570 bis y 599, a través de la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, con la intención de permitir, que, aun estando el CGPJ en funciones, éste recuperase la capacidad para proponer el nombramiento de los dos magistrados constitucionales que a él compete. Una innovación normativa marcada de nuevo por las necesidades del juego político y tildada de «contrarreforma» por algún autor (Carmona Contreras, 2022, p. 266).

Sin ánimo de reproducir con exhaustividad toda la sucesión cronológica, sí cabe destacar que el entonces presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo trató de estimular

¹³ Noticia El País (versión electrónica, 12 de abril de 2021): <https://elpais.com/espana/2021-04-12/tres-de-las-cuatro-asociaciones-judiciales-piden-a-la-ue-que-actue-ante-el-riesgo-claro-para-el-estado-de-derecho-en-espana.html>.

¹⁴ (BOE núm. 261, de 1 de noviembre de 2023).

¹⁵ Véase la *Compilation of Venice Commission opinions and reports relating to qualified majorities and anti-deadlock mechanisms in relation to the election by Parliament of Constitutional Court Judges, Prosecutors General, Members of the Supreme Judicial and Prosecutorial Councils and the Ombudsman*. Estrasburgo, 27 de junio de 2018.

la negociación amagando con su dimisión, que finalmente tuvo lugar a principios de octubre de 2022¹⁶, aunque sin éxito. El Gobierno, consciente de la imposibilidad de llegar a un acuerdo para la renovación del Consejo y sus implicaciones respecto de la nominación del tercio del Tribunal Constitucional, decide dar un arriesgado paso, como es el de nombrar a los dos candidatos que constitucionalmente le corresponde, sin esperar a la formulación de la propuesta del Consejo¹⁷. Una decisión de dudosa constitucionalidad¹⁸ y que además abrió de nuevo la polémica acerca de las consideraciones políticas en la selección de los nuevos miembros, al recaer las vacantes en un ex ministro de Justicia y una ex alto cargo del propio Gobierno, sin perjuicio de cumplir, obviamente, con los preceptivos requisitos objetivos de capacidad técnica.

Una maniobra, la del Gobierno, que se topa con la decisión del Tribunal Constitucional (TC) de no convocar Pleno para ratificar a los designados, a la espera de la selección correspondiente al CGPJ. En la comprensión de que los cuatro componen un único tercio y lo sensato es esperar a que este órgano alcance un acuerdo al respecto. Una decisión mayoritaria, aunque no unánime dentro del seno del órgano de cierre¹⁹.

No obstante, la realidad mostraba un bloqueo en las negociaciones dentro del prorrogado Consejo, incapaz de alcanzar un acuerdo acerca de las dos candidaturas llamadas a proveer. De nuevo,

¹⁶ Noticia El País (versión electrónica, 9 de octubre de 2022): <https://elpais.com/espana/2022-10-09/carlos-lesmes-dimitira-este-lunes-como-presidente-del-poder-judicial-y-del-supremo.html>.

¹⁷ Noticia El País (versión electrónica, 29 de noviembre de 2022): <https://elpais.com/espana/2022-11-29/pedro-sanchez-renueva-el-constitucional-con-su-exministro-de-justicia.html>.

¹⁸ La doctrina se posicionó, dividida, a través de los medios de comunicación. Unos a favor de admitir la quiebra del tercio y el nombramiento no contemporáneo de los cuatro candidatos a riesgo de fomentar «un paradójico doble incumplimiento de la Constitución», aliciente del veto estratégico. Por todos, Azpitarte, Sánchez, M. El CGPJ y la renovación del Constitucional. En: *El País* (versión electrónica, 5 de noviembre de 2022, recogido en Diario del Derecho, Iustel). Otros, por el contrario, que no conciben la renovación por «sextos», sino por tercios. Por todos, Aragón Reyes, M. Reparto por cuotas del TC. En: *El Mundo* (versión electrónica, 28 de noviembre de 2022, recogido en Diario del Derecho, Iustel).

¹⁹ Noticia El Mundo (versión electrónica, 29 de noviembre de 2022): <https://www.elmundo.es/espana/2022/11/29/63860ab6e4d4d8604a8b45e2.html>.

debido a la operativa de la lógica de cuotas y de reparto de mayorías que presidía el debate. Un enroque al que los partidos que forman la coalición de Gobierno, PSOE y Unidas Podemos, deciden poner fin mediante la presentación de dos enmiendas a la tramitación de la reforma del Código Penal (un procedimiento parlamentario, que, a su vez, también era objeto de crítica doctrinal y social por otros motivos que aquí no vienen al caso) con la finalidad de rebajar la mayoría cualificada (de 3/5 a mayoría simple) requerida para la nominación correspondiente al CGPJ, así como la «ruptura» del tercio compartido con el Gobierno o a la supresión de la verificación del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad por parte del propio Tribunal²⁰.

Otra vuelta de tuerca en la perniciosa tendencia a reformar los aspectos orgánicos de nuestros órganos constitucionales o de relevancia constitucional al albur de las componendas políticas y al margen de la lealtad institucional que debiera presidir este tipo de decisiones. A lo que debe añadirse, y no es cuestión de menor importancia, el hecho de que la proposición de ley se introdujese como una enmienda en la tramitación de una ley orgánica en nada conectada por razón de materia, con la única explicación lógica de eludir la correspondiente deliberación parlamentaria y sus tiempos. En palabras de Tomás de la Quadra-Salcedo, «un error grave, aunque sea un error reaccional» (2022). Lo que llevó al principal partido de la oposición (PP) a plantear un insólito amparo parlamentario con solicitud de medidas cautelarísimas al TC.

Generándose en este punto uno de los «choques institucionales» más graves y generalizados de la democracia reciente. Un triste escenario para cualquier Estado de Derecho que se precie en el que el TC decidió admitir a trámite y días más tarde accedió, mediante el controvertido Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre, con una marcada división interna de pareceres, a paralizar el trámite parlamentario²¹. Una decisión sin precedentes y que terminaba por complicar más si cabe la profunda crisis vivida en esos

²⁰ Noticia, El Diario.es (versión electrónica, 8 de diciembre de 2022): https://www.eldiario.es/politica/gobierno-pone-secuestro-constitucional-suprimir-mayoria-tres-quin-tos-cgpj-elegir-magistrados_129_9779502.html.

²¹ Véase el propio Auto con sus votos particulares (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2023). Noticia, Diario del Derecho, Iustel (versión electrónica, 20 de diciembre de 2022): https://www.iustel.com//diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1228766&popup=.

días funestos, cuyo riesgo fue advertido por la doctrina so pena de crear una suerte de «cuestión previa de constitucionalidad» (Aranda Álvarez, 2022), dando así carta de naturaleza desde nuestro órgano de garantías al filibusterismo parlamentario más extremo.

Sin duda, la situación en la que se vio inmerso el Tribunal no era la más idónea para el reforzamiento de su credibilidad como órgano jurisdiccional independiente y apartado de las consideraciones de la política partidista²². Probablemente la decisión adoptada tampoco fue la más acorde en esa dirección de autoafirmación, ni tampoco lo ocurrido en relación con la falta de abstención y consiguiente rechazo de los incidentes de recusación planteados frente a los magistrados directamente afectados por la eventual aprobación de las enmiendas controvertidas (que serían sustituidos por los candidatos ya designados por el Gobierno). No corresponde aquí entrar en detalle acerca de esta cuestión, pero desde hace años vengo reiterando la necesidad de aplicar de manera ponderada y razonable las causas de apartamiento de los jueces constitucionales en aquellos casos en los que sí pueda verificarse un conflicto de intereses que afecte a su imparcialidad o simplemente a la percepción social de la misma, pues ello redundaría en la propia legitimación funcional de un órgano cuya lógica es contramayoritaria, motivo por el cual su proceder en este punto debe ser especialmente exigente con los mínimos estándares de un Estado democrático de Derecho.

Finalmente, el *impasse* se rompió con el desbloqueo de la designación de los dos magistrados constitucionales correspondientes al Consejo. Se superó la imposición de un veto previo mediante la aceptación unánime de los dos candidatos propuestos desde el otro «bloque»²³. Un nuevo ejemplo de la concepción de la función de nominación en clave de *lotizzazione*, bloqueo, veto y cesta.

Todo lo dicho me lleva a concluir que el realismo político no puede estar por encima del cumplimiento de los mandatos constitu-

²² Acerca de la preocupante y asentada percepción del Tribunal Constitucional no como tribunal, sino como órgano político, así como del rol de la propia institución reafirmando, en ocasiones, tal impresión, resulta de interés la lectura de Rodríguez-Patrón, P. (2022, pp. 270 y ss).

²³ Me resisto a adjetivar en términos de «progresistas» y «conservadores», porque considero que es caer en el marco conceptual de «etiquetado partidista» que debemos evitar para los miembros de estas instituciones tan relevantes en la dinámica democrática y asumir

cionales y la consecución del interés general²⁴. Las reformas de los aspectos orgánicos tanto del CGPJ como del TC no pueden obedecer, como ha venido sucediendo en los últimos años, a los intereses de los partidos por «patrimonializar» u «ocupar» estos órganos en términos partidistas²⁵.

III. ABDICACIÓN DE FUNCIONES. PÉRDIDA DE CENTRALIDAD PARLAMENTARIA EN LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS GENERAL

Corresponde ahora hacer mención a un fenómeno no abusivo o expansivo como el anterior, sino de signo contrario: el desplazamiento del Parlamento como órgano primario en la generación de normas y en la definición del interés general, al menos en relación con las decisiones de alcance colectivo de naturaleza eminentemente económica.

Desde hace décadas se advierte una progresiva pérdida de centralidad parlamentaria en beneficio del Ejecutivo, y, más recientemente, de las agencias independientes de regulación, que supone una grave alteración de las relaciones de poder en nuestro sistema parlamentario. La implantación del denominado Estado regulador

que su tarea tiene algún tipo de vínculo representativo con la fuerza política proponente, algo que siempre he negado.

Noticia, El País (versión electrónica, 27 de diciembre de 2022): <https://elpais.com/espana/2022-12-27/el-poder-judicial-elige-por-unanimidad-a-los-magistrados-propuestos-por-el-sector-conservador-para-el-constitucional.html>.

²⁴ Una cuestión, la de la aplicación de la lógica del Estado de partidos a la función parlamentaria de nominación de autoridades, atisbada como riesgo (aunque improbable) tempranamente por nuestro Tribunal Constitucional, cuando en su trascendental STC 108/1986, en relación con la parlamentarización de la selección de los vocales «togados» del CGPJ, señaló: «Ciertamente se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial» (FJ 13º).

²⁵ Como bien señala Martínez Alarcón, M^a Luz (2018, pp. 363-639) respecto del actual sistema de elección de los vocales del CGPJ establecido por la LO 4/2013; o como yo misma he denunciado en publicaciones previas en relación con el TC (por todas, Baamonde Gómez, 2019). Una tendencia que se confirma con las más recientes reformas o «intentos de» enunciados en este texto y que debe ser revertida.

como paradigma actual de realización del Estado social y sus dinámicas han condicionado el entendimiento previo del sistema de fuentes (la reserva de ley, los principios de abstracción y generalidad, las garantías que caracterizan el procedimiento legislativo parlamentario, etc.), dificultando a su vez la revisión judicial de las decisiones administrativas (por la operatividad de la noción de discrecionalidad técnica como rasgo típico de la actuación de los órganos adjetivados como «expertos», razón de ser de las agencias), y, en última instancia, postergando la materialización de ciertos derechos fundamentales de contenido económico-social (debido a la deferencia por la eficiencia económica en detrimento de otras consideraciones).

La observación del repliegue parlamentario permite hablar de una tensión latente entre representación política –las Cámaras parlamentarias, dotadas de vínculo democrático directo, pero desplazadas de la primera línea en la toma de decisiones– y tecnocracia²⁶ –la red de autoridades independientes de regulación y los burócratas que las integran, legitimados por su especialización técnica–. Generando en consecuencia un «gap» o «déficit democrático» en la gestión de ciertos asuntos de alcance colectivo.

Las Cortes Generales han cedido su rol central en favor de estructuras administrativas caracterizadas por su *expertise* y enfocadas a preservar el funcionamiento eficiente de los mercados, con el consiguiente menoscabo en la generalidad que debiera presidir la toma de decisiones públicas en un Estado autoproclamado constitucionalmente como social (art. 1.1 CE) y en el que se establece un mandato claro por la promoción de la libertad e igualdad efectivas, incluso mediante la remoción de obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE).

El esquema de las autoridades independientes de regulación es un modelo en pleno apogeo desde hace años y el auge de la tecnocracia como fórmula ante la crisis de la representación tradicional es un hecho incontestable. Lo que me lleva a alertar del riesgo de asumir

²⁶ La tecnocracia entendida, siguiendo a García Pelayo, como: método de gestión, subproducto de la civilización tecnológica, que pretende sustituir o articularse en las tradicionales estructuras burocráticas del Estado. Dos tipos de estructura organizativa con lógicas diversas. La burocrática de tipo jurídico-institucional y la tecnocrática de tipo técnico-económica (1991, pp. 1389, 1391, 1405 y ss.).

esta fórmula de manera generalizada y acrítica e incurrir progresivamente y de manera solapada en tendencias autoritarias al margen de los estándares del Estado de Derecho y el principio democrático.

Un riesgo que ya fue señalado en referencia a la Unión Europea como modelo altamente burocratizado. El propio Habermas advirtió que los sistemas tecnocráticos continuarán proliferando bajo la inocente etiqueta de la Gobernanza mientras los fundamentos de la legitimación democrática no son suficientemente satisfechos por las autoridades supranacionales y no se alcanza la necesaria «transnacionalización» de la democracia (2015, p. 57)²⁷. O también Rodrik, quien consciente de la imposibilidad de conciliar las crecientes exigencias de la globalización económica con los esquemas democráticos nacionales, solventa su famoso «trilemma» en los siguientes términos:

«We cannot have hyperglobalization, democracy and national self-determination all at once (...) We can have at most two out of three (...) The only remaining option sacrifices hyperglobalization (...) We have yet to accept openly that we need to lower our sights on economic globalization if we want the nation state to remain the principal locus of democratic politics. We have no choice but to settle for a “thin” version of globalization...» (2011, pp. 200-205).

Ante el peligro de una deriva no-democrática que presentan estos esquemas expertos apartados de la lógica de la representación se hace necesario preservar, en el ámbito de los Estados-nación, un mejor equilibrio entre las demandas de capacidad técnica que requieren la regulación de la economía y un sinfín de políticas públicas en un mundo cada más complejo e incierto, con las exigencias propias de un Estado constitucional y democrático de Derecho. Estado que debe reivindicar a las Cortes Generales como órgano prioritario en la definición del interés general, muy especialmente en aquellas cuestiones que presentan una dimensión redistributiva o de tipo social.

²⁷ En nuestra doctrina, por todos, podemos señalar a Porras Ramírez (2020, pp. 438 y ss.) quien señaló la preeminencia otorgada a los Estados en la UE como organización jurídico-política compuesta, que aspira a ser complementaria, que no alternativa o sustitutiva, de las comunidades políticas estatales previamente existentes, y que todavía no acaba de asumir alguna de las atribuciones más estrechamente ligadas al concepto tradicional de soberanía. Un paso o transición que en todo caso requiere de profundas reformas institucionales en el seno de la UE en un sentido democratizador.

La era de la «regulación» ha producido una sustitución de espacios antes ocupados por el aparato del Estado en favor de la dinámica del mercado. Fenómeno al que hay que añadir el reto que presenta la ciencia y la tecnología, cuyos avances y su debida normación también se viene canalizando a través de las técnicas de la «regulación» y el modelo de agencias, al entender, por analogía, que su tratamiento requiere del auxilio experto en la toma de decisiones.

Un contexto, el de la «sociedad del riesgo»²⁸, caracterizado por la incertidumbre, donde la principal tarea del Derecho como generador de certezas se torna más difícil. El rol primario del Parlamento como centro de debate y de toma de las decisiones de alcance colectivo en toda democracia liberal está en cuestión por la vía de los hechos, cediendo terreno a las estructuras tecnocráticas. Un movimiento que arroja dudas acerca de si tales decisiones, al margen de la representación, gozan de suficiente legitimación democrática. Pues, sin negar que éstas puedan requerir de altas dosis de especialización técnica; no debe concluirse necesariamente que deban escapar a la necesidad de mantener un mínimo equilibrio con los requerimientos propios de una democracia representativa. Se plantea así una patente necesidad de reequilibrio institucional todavía no abordado, que nos mantiene en una situación de *encroachment* en las funciones constitucionalmente previstas para los poderes Ejecutivo y Legislativo respectivamente, y, que, hasta el momento no tiene compensación a través de la creación o profundización de mecanismos de control en favor de éstos (Solanes Mullor, 2016, p. 249).

La especialización técnica y la independencia, son los razonamientos que se esgrimen para defender este nuevo escenario de toma de decisiones públicas, pero, aun reconociendo la existencia de situaciones cuya resolución deba hacerse a partir del conocimiento científico y no a través de la dialéctica propia de la representación, hay que tener en cuenta que la mayoría de las decisiones colectivas, incluso presentando un elemento técnico, requieren la elección dentro de un marco de alternativas posibles (con arreglo al saber experto). Una tarea de selección, de opción entre soluciones viables, que cons-

²⁸ Expresión acuñada por el sociólogo alemán Ulrich Beck en su obra *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (versión en español, 1998, Paidós).

tituye un posicionamiento político, una interpretación determinada en la definición del interés general²⁹.

Bajo esta premisa, los juicios sobre políticas públicas siempre requieren de dos elementos: comprensión moral y conocimiento instrumental. De manera tal que el argumento a favor del gobierno de una élite exclusivamente tecnocrática no se sostiene. Las carencias de los expertos a la hora de abordar juicios morales son múltiples: su alta especialización lo es en algo muy concreto, ignorando en consecuencia los temas restantes; la ciencia regia de Platón no existe, no hay arte o ciencia que pueda aportar una comprensión total: moral e instrumental; y los juicios instrumentales en muchas ocasiones dependen de un juicio ontológico (cómo es el mundo) y no de criterios estrictamente técnicos o científicos (Dahl, 1989, p. 69). En pocas palabras, la meritocracia será compatible con la democracia, aportando *expertise*, siempre que esas burocracias estén subordinadas al proceso democrático (*Idem*, p. 56)³⁰. Porque, en última instancia, «*science is*

²⁹ Una conclusión que se alcanza fácilmente haciendo una lectura integradora de dos grandes posiciones dentro de la teoría clásica del mandato representativo al abordar la presencia de elementos de carácter técnico en una decisión y cómo deba ésta resolverse. Así, tendríamos de una parte a Hanna Pitkin, para quien la representación no sería necesaria donde esperamos soluciones científicamente verdaderas (Pitkin, 1967, p. 212); de otra a Habermas, quien plantea dos fases diferenciadas: un primer estadio de formación de la voluntad donde sí serían imprescindibles las aportaciones del saber experto; y un segundo estadio donde se procedería a la evaluación política de los informes de expertos, momento en el que se expresaría una pluralidad de constelaciones de intereses y orientaciones valorativas que entrarían en competencia (Habermas, 1998, p. 232).

³⁰ Aspecto señalado en relación con el fenómeno del «*lobby* parlamentario» y su escasa regulación en nuestro país por parte de los estándares internacionales de referencia. Así el GRECO en su cuarta ronda de evaluación (sobre prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos nacionales, jueces y fiscales), segundo informe de cumplimiento, referido a España, de 30 de septiembre de 2021, señala el cumplimiento parcial de las recomendaciones efectuadas al respecto en la anterior ronda de evaluación. Impresión que se confirma en el más reciente *Addendum to the Second Compliance Report*, de 28 de noviembre-2 de diciembre de 2022, en el que se alude a los retrasos en la tramitación parlamentaria de las iniciativas de regulación. En similares términos se expresa en su quinta ronda de evaluación (sobre prevención de la corrupción y promoción de la integridad en gobiernos centrales (altas funciones ejecutivas) y fuerzas y cuerpos de seguridad), de 20-22 del mismo mes y año. Valoración reproducida también en el informe sobre el Estado de Derecho en 2020, en el capítulo sobre el Estado de Derecho en España, elaborado por la Comisión Europea, de 30 de septiembre de 2020, aunque más matizada en los informes del año 2021 (20 de julio) y del 2022 (13 de julio), donde se valoran positivamente los avances que están llevando a cabo tanto el Gobierno como las Cortes Generales para regular la

a positive discipline that can inform, but do not decide, appropriate policy» (Dudley y Peacock, 2016, p. 50).

En conclusión, en una democracia, allí donde no hay control y responsabilidad política no hay legitimidad democrática, de modo que la inexistencia o insuficiencia de controles político-democráticos sobre estas autoridades supone un cuestionamiento de su propia legitimidad (Salvador Martínez, 2015, p. 98). Es más, como bien señalaba tempranamente Bilbao Ubillos, si no revertimos la tendencia a la tecnocratización desconectada de la representación, «[c]orremos el riesgo de asumir como valores compatibles con la democracia algunos principios propios de un régimen de despotismo ilustrado» al tiempo que apuntaba que la solución al problema pasa necesariamente por «más y mejor democracia, no en abrazar, consciente o inconscientemente, legitimidades alternativas», lo que, a su vez, denotaría “una escasa fe en la filosofía democrática» (1999, pp. 163 y 181).

Pues como ya vaticinó el profesor García Pelayo al reflexionar sobre las implicaciones institucionales de adentrarnos en una suerte de «modelo tecnodemocrático»:

«[I]a tecnocracia neocapitalista conserva el cuadro institucional formal de la época anterior: Parlamento, Ejecutivo, Judicatura, etc., pero la significación de tales instituciones ha variado considerablemente. El Parlamento es una institución nacida en la era preindustrial, desarrollada plenamente en la era industrial y declinante (si no lo remedian las adecuadas reformas) en la época postindustrial o tecnológica» (1991, p. 1442).

IV. CONCLUSIONES

Una vez analizado lo que aquí he llamado deriva «suicida» de las Cortes Generales, resta simplemente terminar esta breve reflexión

cuestión. Además, la recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre Principios para la Transparencia y la Integridad en el *lobby* (2010) y el informe *Lobbyists, Governments and Public Trust* (Volumen 3, 2014) relativo a la implantación práctica de los referidos principios, en su apartado relativo a los *Advisory and expert groups*, advierte del peligro de captura por parte de intereses privados para ejercer una influencia indebida y apunta hacia la adopción de medidas orientadas a la transparencia como contrapeso que permita el escrutinio público de tal actividad de asesoramiento (pp. 76 y ss).

apostando por una ferviente reivindicación de nuestra institución parlamentaria. Pues como he venido sosteniendo, la vigencia de la representación democrática en la actualidad sigue siendo patente, a pesar de su crisis institucional, como mejor garantía de salud del Estado democrático de Derecho. La recuperación de la centralidad perdida a partir de su revitalización y adaptación a las nuevas necesidades sociales es una exigencia para la supervivencia de nuestro maltrecho Estado de Derecho.

Se observan dos tendencias de signo opuesto en relación con el desempeño de las Cámaras: una expansiva u abusiva y otra abstencionista. Pero ambas con una nefasta consecuencia común que debe ser revertida: la pérdida de centralidad parlamentaria en un contexto de descrédito de la política y su consecuente afectación al entero sistema de reparto del poder público. Las líneas de mejora pueden resumirse en dos grandes ideas:

Primera. La lógica democrático-institucional fijada en la Constitución no debe quedar al servicio de las urgencias y necesidades coyunturales de las fuerzas políticas. Las soluciones tienen que venir por el reforzamiento de la institución parlamentaria en el ejercicio de sus funciones y en la dignificación del mandato de los seleccionados para integrar otros órganos constitucionales o de relevancia constitucional como reflejo de la significación democratizadora inherente a la función parlamentaria de designación. En este sentido, en publicaciones previas me he mostrado favorable a la comprensión integral del estatuto jurídico de los miembros de tales instituciones. De modo tal, que los aspectos temporales del mandato —que podrían orientarse a la individualización de las renovaciones dificultando el reparto de cuotas y plantear la progresiva supresión de la *prorogatio*—, así como el régimen de prerrogativas y limitaciones inherentes al cargo, estén diseñados en coherencia con el modelo de composición y contribuyan a equilibrar mejor la debida legitimación democrática de la nominación parlamentaria con la exigida independencia e imparcialidad una vez dentro del colegio.

Segunda. La lógica de los mercados y el avance científico-tecnológico, así como el empuje de la tecnocracia llamada a regular estos sectores por razones de especialización técnica deben quedar sometidos al principio de constitucionalidad. En particular, en aque-

llas medidas que impliquen efectos distributivos o redistributivos, la toma de decisiones que conlleve un juicio valorativo o de oportunidad política debe seguir residiendo en los titulares de la representación democrática como actores primarios en la definición del interés general. Para ello, y en línea con lo que vengo defendiendo en los últimos años, el Parlamento debe abrirse al conocimiento técnico mediante estructuras más o menos formales como puedan ser la reciente Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados. También en la senda de una toma de decisiones políticas mejor informadas, apuesto por la profundización en el carácter plural y participativo de los procedimientos parlamentarios, que deben abrirse más a la ciudadanía en general y la ciencia en particular. Eso sí, una apertura acompañada de una suficiente regulación que mitigue sesgos indeseados que desvirtúen su potencialidad. Dando como resultado decisiones políticas más densas e informadas que condicionen y doten de suficiente legitimidad democrática las políticas públicas de naturaleza técnico-económica.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M. Reparto por cuotas del TC. En: El Mundo (versión electrónica, 28 de noviembre de 2022, recogido en Diario del Derecho, Iustel).
- ARAGÓN REYES, M. (1990). La función legislativa de los Parlamentos y sus problemas actuales (Ponencia general). En: *El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia*, (pp. 129-143). Tecnos.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. «Choque de poderes». En: *El Dirario.es* (versión electrónica, 17 de diciembre de 2022): https://www.eldirario.es/opinion/tribuna-abierta/choque-poderes_129_9803721.html.
- AREIZAGA HERNÁNDEZ, J.C. y ITURBE MACH, A. (2016). Las propuestas de nombramiento y de la designación de personas. Los asuntos en trámite a la terminación del mandato del Parlamento. En: *Manual AELPA de parlamentos*, (pp. 483-486). Wolters Kluwer.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M. El CGPJ y la renovación del Constitucional. En: *El País* (versión electrónica, 5 de noviembre de 2022, recogido en Diario del Derecho, Iustel).

- BAAMONDE GÓMEZ, L. (2023). *Vindicación del Parlamento. Su necesaria revitalización ante el reto de la Globalización*. Tirant lo Blanch-UC3M, ISBN: 978-84-1147-801-4.
- BAAMONDE GÓMEZ, L. (2022). La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la «cesta institucional». En: *Revista de Derecho Político*, UNED, 113, enero-abril, pp. 71-93, doi: <https://doi.org/10.5944/rdp.113.2022>.
- BAAMONDE GÓMEZ, L. (2019). *La magistratura constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Col. Estudios Constitucionales.
- BECK, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- BILBAO UBILLOS, J. M.^a (1999). Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional, En: *AFDUAM*, 3, pp. 163-181.
- CARMONA CONTRERAS, A. (2022). Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica. En: *Revista de las Cortes Generales*, (número especial), pp. 245-273.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2021). Entre Escila y Caribdis, entre su independencia y su democratización: el Consejo General del Poder Judicial. En: *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, 3 de febrero, n° 9783, Sección Tribuna.
- DAHL, R. A. (1989). *Democracy and its critics*. New Haven and London: Yale University Press.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. El origen de buena parte de nuestros actuales males. En: *El País* (18 de diciembre de 2022).
- DUDLEY, S. y PEACOCK, M. (2016). Improving Regulatory Science: A Case Study of National Ambient Air Quality Standards. En *Supreme Court Economic Review*, 24, pp. 49-99.
- GARCÍA COSTA, F. M. (2009). Modelos comparados de intervención parlamentaria en el nombramiento de autoridades. En: *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Vol. 9, 2, pp. 63-80.
- GARCÍA PELAYO, M. (1991). Burocracia y tecnocracia y otros escritos. En: *Obas Completas*. Vol. II. (pp. 1385-1493). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HABERMAS, J. (2015). *The Lure of Technocracy*. Polity.
- HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (Traducción de Manuel Jiménez Redondo). Trotta.

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2010). Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales (comentarios sobre la actualidad). En: *Parlamento y Constitución. Anuario*, 13, pp. 123-142.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a LUZ (2018). La reforma del Consejo General del Poder Judicial del año 2013 no llegó para solucionar los problemas de la ocupación partidista del órgano. En: *Cuadernos de Alzate: revista vasca de la cultura y las ideas*, 50-51, pp. 636-675.
- PAUNER CHULVI, C. (2003). *La designación parlamentaria de cargos públicos*. Congreso de los Diputados.
- PITKIN, H. (1967). *The concept of representation*. University of California Press.
- PORRAS RAMÍREZ, J. M.^a (2020). Propuestas para superar la parálisis en el proceso de integración política y económica de la Unión Europea. En: *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Vol I. (pp. 437-458). CEPC-BOE.
- RODRÍGUEZ-PATRÓN, P. (2022). Función y utilidad: un acercamiento al problema de la politización del Tribunal Constitucional. En: *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, pp. 269-291.
- RODRIK, D. (2011). *The Globalization Paradox*. W.W. Norton & Company.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M. (2015). Partidos políticos y «autoridades independientes». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 104, mayo-agosto, pp. 83-99.
- TUDELA ARANDA, J. (2016). Otras funciones: nombramientos. En: *Manual de derecho parlamentario autonómico*, (pp. 347-368). Dykinson.
- SOLANES MULLOR, J. (2016). *Administraciones independientes y Estado regulador. El impacto de la Unión Europea en el Derecho Público español*. Congreso de los Diputados.
- ZAGREBELSKY, G. (1998). *La giustizia costituzionale*. Il Mulino Ed.

EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL GENERAL DE LIBERTAD (AUTODETERMINACIÓN): LA EUTANASIA Y EL ABORTO EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 19/2023 Y 44/2023

THE FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY AS A GENERAL FUNDAMENTAL RIGHT OF AUTONOMOUS FREEDOM: EUTHANASIA AND ABORTION IN THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENTS NUM.19/2023 AND NUM.44/2023

Sara SIEIRA MUCIENTES
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-0595-6832>

Fecha de recepción del artículo: noviembre 2023
Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2023

RESUMEN

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023 tienen un nexo común argumental que viene a constituir su principal ratio decidendi, consistente en la creación de un nuevo derecho fundamental de autodeterminación para decidir sobre la propia muerte y sobre la interrupción voluntaria del embarazo, que pasan a constituir nuevos derechos fundamentales a la eutanasia y al aborto, integrándolos en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), limitando así la libertad de configuración del legislador respecto de los mismos. El activismo judicial desplegado en esta operación no puede dejar de suscitar una gran perplejidad. El hasta ahora considerado «principio» de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en virtud de esta innovadora jurisprudencia, deja de operar como tal para convertirse, no ya en un «principio general de libertad», cuestión que distaría incluso de ser pacífica en la doctrina, sino en un verdadero «derecho fundamental general de libertad», en definitiva, como norma de clausura del sistema de libertades públicas. A diferencia de la regulación en derecho constitucional alemán, inspirador del Anteproyecto de la ponencia

constitucional en España, en que el libre desarrollo de la personalidad constituye un derecho fundamental, también norma de clausura, con unos límites bien establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Karlsruhe, ni la dicción literal, ni la sistemática de la Constitución española permite una incorporación acrítica de la construcción alemana, ni su empleo por parte del Tribunal Constitucional español ha sido, en esta última jurisprudencia, adecuado. La extensión del núcleo esencial de los derechos por esta vía es tal, que resulta muy complicado señalar sus límites, pues, en un proceso de ponderación, la dignidad de la persona y su corolario, el libre desarrollo de la personalidad, resultará una proposición fácilmente vencedora frente a cualquier otro interés constitucional o derecho fundamental en supuesto «conflicto» con ella. Por consiguiente, con esta supuesta «ampliación» de la declaración de derechos fundamentales, se ha operado una inevitable relativización de la intensidad de su protección.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, suicidio, eutanasia, aborto, interrupción voluntaria del embarazo, norma de clausura, contenido esencial, principios rectores, derechos fundamentales, límites, ponderación, objeción de conciencia, consentimiento informado, art. 10 CE, art. 15 CE.

ABSTRACT

Constitutional Court Judgements 19/2023 and 44/2023 have a common argumentative nexus that constitutes their main ratio decidendi, consisting of the creation of a new fundamental right of self-determination to decide on one's own death and on the voluntary interruption of pregnancy, which come to constitute new fundamental rights to euthanasia and abortion, integrating them into the right to physical and moral integrity (art. 15 CE), thus limiting the legislator's freedom of configuration with respect to them. The judicial activism deployed in this operation cannot fail to arouse great perplexity. The hitherto considered "principle" of the dignity of the person and the free development of personality (art. 10.1 CE), by virtue of this innovative case law, ceases to operate as such to become, no longer a "general principle of freedom", a question that would even be far from peaceful in the doctrine, but a true "general fundamental right of freedom", in short, as a rule of closure of the system of public freedoms. Unlike the regulation in German constitutional law, which inspired the Preliminary Draft of the constitutional report in Spain, in which the free development of the personality constitutes a fundamental right, also a rule of closure, with limits well established by the jurisprudence of the Karlsruhe Court on the matter, neither the literal

diction nor the systematic structure of the Spanish Constitution allows an uncritical incorporation of the German construction, nor has its use by the Spanish Constitutional Court in the above mentioned rulings been adequate: The extension of the “essential nucleus” of rights in this way is such, that it is very difficult to indicate its limits, since, in a process of weighing, the dignity of the person and its corollary, the free development of the personality, will be an easily victorious proposition over any other constitutional interest or fundamental right in “conflict” with it. In short, with this supposed “broadening” of the declaration of fundamental rights, there has been an inevitable relativization of the intensity of their protection.

Keywords: Constitutional Court, dignity, free development of personality, self-determination, suicide, euthanasia, abortion, voluntary interruption of pregnancy, closure rule, essential content, guiding principles, fundamental rights, limits, weighting, conscientious objection, informed consent, article 10 Spanish Constitution, article 15 Spanish Constitution.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CREACIÓN DE DOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL ABORTO Y A LA EUTANASIA EN LAS SSTC 19/2023 Y 44/2023. II. LA MUTACIÓN DEL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN DERECHO FUNDAMENTAL GENERAL DE LIBERTAD. III. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: SU ORIGEN CONSTITUCIONAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA EN DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN COMO NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES. IV. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN SOBRE EL ABORTO Y LA EUTANASIA. V. LA CONTROVERTIDA TEORÍA SOBRE LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES EN DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. VI. LAS ALTERNATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL INNECESARIO RECURSO A LA CREACIÓN DE DOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES. VII. LA PONDERACIÓN QUE LAS SENTENCIAS HAN EVITADO HACER: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA MUJER EMBARAZADA Y EL DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR LIMITADA EN CONTEXTOS EUTANÁSICOS Y EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA. VIII. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA CREACIÓN DE DOS NUEVOS DERECHOS
FUNDAMENTALES AL ABORTO Y A LA EUTANASIA EN LAS SSTC
19/2023 Y 44/2023

Recientemente el Tribunal Constitucional ha dictado sendos pronunciamientos avalando la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, este último, pendiente de resolución desde hace más de una década. Ambos pronunciamientos tienen un nexo común argumental que viene a constituir su principal *ratio decidendi*, consistente en la creación, por el Tribunal Constitucional, de un nuevo derecho fundamental de autodeterminación para decidir sobre la propia muerte y sobre la interrupción voluntaria del embarazo, que se proclama como contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral, que aparece constitucionalmente vinculado a la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE)¹.

El activismo judicial desplegado en esta operación no puede dejar de suscitar una gran perplejidad. No solo porque resulta excesivamente forzado afirmar que el derecho a la integridad física y moral comprenda el derecho a la «auto lesión» física hasta el punto de poner fin a la propia existencia y con ello, también fin a la existencia del derecho a la integridad que dice estarse ejerciendo, en el caso de la eutanasia; o que el derecho a la «integridad moral», en el caso del aborto, comprenda el derecho a poner fin a la existencia de un «*tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5), el nonato. Lo que más sorprende es que el Tribunal Constitucional apuesta por la utilización resolutoria (no meramente enfática) del principio del libre desarrollo de la personalidad, que, siendo un principio rector de la Constitución, junto con la dignidad de la persona (art. 10 CE), carece de las garantías que se reservan a los derechos fundamentales. En

¹ El derecho a la integridad física y moral «protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (por todas, STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8).

consecuencia, el hasta ahora «principio» de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, en virtud de esta innovadora jurisprudencia, deja de operar como tal para convertirse, no ya en un «principio general de libertad», cuestión que distaría incluso de ser pacífica en la doctrina, sino en un verdadero «derecho fundamental general de libertad», en definitiva, como norma de clausura del sistema de libertades. Quedan así consagrados como nuevos derechos fundamentales las decisiones libres e informadas sobre la propia muerte o incluso la de un tercero (en algunas situaciones de ausencia de capacidad para consentir), en el caso de la eutanasia, y sobre la muerte del nonato, en el caso del aborto.

Esta arriesgada operación de integración del texto constitucional desborda, a todas luces, el ámbito del ejercicio de la función hermenéutica al tratarse de una ampliación (no menor) del elenco tipificado de derechos fundamentales². No debe olvidarse que en los países en que existe una Constitución rígida, como es el caso de España, impera, junto con la concepción material, relativa a su contenido, la concepción formal de los derechos, que considera que son «derechos fundamentales» aquellos declarados como tales en normas constitucionales, básicamente caracterizados por su resistencia frente al legislador, que no puede «disponer» de los mismos, merced a las cambiantes mayorías existentes en cada momento en el Parlamento. Existe en ellos un núcleo intangible, el contenido esencial, ya definido en la temprana STC 8/1981, de 8 de abril³, únicamente disponible para el poder constituyente derivado mediante la oportuna reforma constitucional, la cual, además, tratándose de una reforma del Título

² Conforme, ORTIZ FERNÁNDEZ, M., (2023), p. 10.

³ FJ 8: «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. (...) Se puede (también) entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

I, habrá de producirse por el procedimiento agravado, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 166 y 168 del texto constitucional.

Los problemas éticos y jurídicos del aborto y la eutanasia distan de ser similares y no es, ni podría ser el objetivo del presente artículo, un análisis en profundidad de estos. Se trata aquí, únicamente, de poder abordar una visión crítica de la conversión de la eutanasia y el aborto en derechos fundamentales del artículo 15 de la Constitución mediante el uso técnicamente inadecuado del art. 10.1 CE, cuyo origen directo se encuentra en el art. 2 (1) de la Ley Fundamental de Bonn, pero allí, a diferencia de la naturaleza de principio general que posee en nuestro texto constitucional, el libre desarrollo de la personalidad es vinculante como derecho fundamental del máximo rango. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional alemana en la materia ha procedido a un correcto análisis de sus límites en «la ley» y en «los derechos de los demás» como explicitan, por otra parte, ambos textos constitucionales. Sin embargo, la extensión del núcleo esencial de la integridad física y moral como derecho fundamental que el Tribunal Constitucional español ha operado en las SSTC 19 y 44 de 2023 es de tal calibre que resulta muy complicado señalar sus límites, pues el concepto de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad que subyace en esta construcción jurisprudencial sobrepasa con mucho las fronteras de la ciencia jurídica y no parece fácilmente derrotable si se ha de introducir en un proceso de ponderación.

Esta virtualidad del libre desarrollo de la personalidad como comodín ampliatorio del contenido de los derechos fundamentales en consecuencia, conduce a una relativización de la intensidad de la protección en el sistema de libertades.

II. LA MUTACIÓN DEL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN DERECHO FUNDAMENTAL GENERAL DE LIBERTAD

Como si de una fórmula física se tratase, Francisco Rubio Llorente escribió que «la capacidad de las expresiones jurídico-públicas para engendrar retórica huera es directamente proporcional a la complejidad de las categorías que designan y al cuadrado de la

dignidad ética que a tales categorías se les atribuye o se les supone»⁴. Al respecto, Javier Jiménez Campo ha calificado de «precepto muy sugestivo para la vanilocuencia» el art. 10.1 de la Constitución. Este artículo, pórtico de la declaración de derechos de la Constitución española, refunde el contenido de los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental alemana, que consagran la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Distinguiendo entre los usos retóricos u ornamentales (legitimantes) y los usos resolutorios, ambos propios del poder judicial, alerta el autor sobre estos últimos, en los que el precepto, con argumentación o sin ella, se invoca como norma única o principal de la decisión (Jiménez Campo, 2008, p. 181).

La dignidad es el rango o categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, y consiste en que, como ser ético-espiritual puede, por su propia naturaleza, autodeterminarse consciente y libremente, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea. La dignidad se asocia intrínsecamente con la capacidad humana de autogobierno individual, la autolegislación kantiana, la autodisponibilidad y la autodeterminación, que corresponden a los campos vitales del ser humano, y con la decisión respecto de la propia condición y el proyecto de vida (González Pérez, 1986, p. 11; Wintrich, 1973, p. 236; Viteri Custodio, 2012, p. 120; González Amuchástegui, 2004, p. 423 y Ryszard Kosmider, 2018, p. 697). En palabras de la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8: «es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás»⁵.

Se trata de una noción compleja y onmiabarcante, porque un entendimiento «material» del principio de dignidad de la persona que pueda traducirse, bien en la imposición o bien en la interdicción de unos determinados contenidos en reglas y actos jurídicos, es un imposible lógico. La búsqueda, desde el Derecho, de lo que sea la «dignidad de la persona» puede conducir a una desustancialización de la idea, a una noción sin concepto, que es lo que ocurre cuando se

⁴ Prólogo en op. col. Rubio Llorente, F., et al, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, (1995, p. VIII).

⁵ Y en el mismo sentido, por todas, STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7.

manejan en el discurso jurídico, sin formalización alguna, categorías externas al Derecho, o, en este caso, a la Constitución.

En un sentido similar, señala Manuel Atienza que la dignidad humana tiene una estructura diferente de los derechos fundamentales, porque en ellos, una intromisión solo es una lesión de los mismos cuando no está justificada. En cambio, en el caso de la dignidad, este principio carece de la estructura de «intromisión/límites», y en este aspecto, se asemeja a una «regla»: toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión. Pero se distingue, sin embargo, de las reglas, en que, en estas, sus razones no son absolutas sino perentorias o circunstanciales (por ejemplo, la regla del respeto a la libertad de expresión, que es un derecho fundamental), mientras que en el caso de la dignidad, a diferencia de otros principios/derechos, no parece ser derrotable, lo que significa que, en principio, no puede ser ponderado, o que en una ponderación, siempre resultará vencedor (Atienza, 2001a, p. 678; 2022b, pp. 72-73). El problema más espinoso de esta construcción jurisprudencial es el de señalar los límites, precisamente, al libre desarrollo de la personalidad.

Es imposible no coincidir con la afirmación de que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad son el sustrato fundamental de los derechos, pero la coincidencia es estéril. Con todo, la infecundidad de la argumentación así construida no es su mayor tacha, sino que lo más grave, como anticipó Jiménez Campo (2008, p. 182), es el riesgo de incurrir en lo que cabría llamar «paradoja moral»: quien se atreve a definir la dignidad de alguien define, por ende, la indignidad de otro. Y aún peor: la amenaza de que la indefinición de la noción la convierta, sin réplica posible, en instrumento «contramayoritario» de una jurisdicción constituida en clase redentora.

Esto es lo que puede estar sucediendo en el caso de las sentencias que nos ocupan.

En el caso de la eutanasia, la STC 19/2023, de 22 de marzo, dispone que:

los derechos a la integridad física y moral del art. 15 CE incluyen un derecho de autodeterminación de la persona que, además de proteger la «incolumidad corporal» (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), «han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad» orientada a su plena efectividad

(por todas, STC 37/2011, FJ 3). Por ello ha declarado este Tribunal que el derecho a la integridad personal ampara (...) a quien de manera libre, informada y responsable rechaza someterse a unos u otros tratamientos médicos o sanitarios (SSTC 120/1990, FJ 8; 137/1990, FJ 6; 154/2002, FJ 9 b) y 37/2011, FFJJ 3 a 7), aun cuando esta decisión, tomada en uso de su autonomía de la voluntad, pudiera conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, FJ 5). (...) Este derecho de autodeterminación respecto de tratamientos médicos forma parte del derecho al respeto de la vida privada enunciado en el art. 8.1 del CEDH, aun cuando su ejercicio pudiera conducir a la muerte del sujeto (por todas, SSTEDH de 29 de abril de 2002, asunto *Pretty c. Reino Unido* 63 y 65 y de 5 de junio de 2015, asunto *Lambert y otros c. Francia*, 142 y 180) (FJ 6 C, d) i)).

Por lo anterior, el TC viene a concluir que

Concurriendo estas precisas circunstancias ya no cabe afirmar que estemos ante una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica, esto es, en una suerte de ámbito libre de Derecho (SSTC 120/1990, FJ 7; 137/1990, FJ 5, y 11/1991, FJ 2), sino ante una de las decisiones vitales –por más que extrema y fatal– de autodeterminación de la persona protegida por los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo como el aquí considerado un espacio de autonomía individual para trazar y llevar a término un proyecto de fin de vida acorde con su dignidad, de acuerdo con sus propias concepciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia. Se trata de un ámbito de autonomía que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución (FJ 6 C, d) ii)) (subr.ntro).

El importante salto cualitativo entre la autodeterminación conducente al rechazo a los tratamientos médicos, y la que conduce a una eutanasia activa, en la que una persona da muerte a otra bajo petición, por muy comprensibles que sean las circunstancias que se dan en un «contexto eutanásico» aparece justificado exclusivamente en virtud del art. 10.1 CE.

En el caso del aborto, también los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad aparecen como el único fundamento de la extensión del derecho a la integridad física y moral para dar cabida, dentro de su contenido, al derecho fundamental de la mujer a decidir libremente sobre la interrupción voluntaria del embarazo (FJ 3A de la STC 44/2023, de 9 de mayo):

La interrupción voluntaria del embarazo, en cuanto presupone la libertad de la mujer para la adopción de una decisión vital de la máxima trascendencia, goza de una primera protección constitucional a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y de los principios de dignidad y libre desarrollo de su personalidad, que constituyen «el fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE). (...)

El embarazo, el parto y la maternidad condicionan indiscutiblemente el proyecto de vida de la mujer. La decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer –físico, psicológico, social y jurídico– enlaza de forma directa con su dignidad, entendida por este tribunal como «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). (...)

Asimismo, este tribunal ha reconocido que la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994, FJ 4). El reconocimiento de dicha libertad, ínsita en el libre desarrollo de la personalidad, pone de relieve que la misma constituye uno de los aspectos configuradores del propio plan de vida.

A la vista de esta doctrina, puede concluirse que la decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer –físico, psicológico, social y jurídico– enlaza de forma directa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, en cuanto afecta a la libertad de procreación de la mujer y condiciona indiscutiblemente su proyecto de vida.

De acuerdo con ello, el legislador no puede dejar de inspirarse en el respeto a la dignidad de mujer y al «libre desarrollo de la personalidad» al regular la interrupción voluntaria del embarazo.

En particular, dichos principios resultarían con toda evidencia ignorados si se impusiera a la mujer gestante, en términos absolutos, la culminación del propio embarazo y el consiguiente alumbramiento. (STC 44/2023, FJ 3A).

En esta Sentencia, también es la integridad física y moral la que ampara, como fundamental, el derecho al aborto:

En íntima conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad proclamados por el art. 10.1 CE, el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) se ve también concernido por la decisión estatal de prohibir a la mujer que interrumpa un embarazo no deseado, imponiéndole, como opción única, la de continuar adelante con la gestación y convertirse en madre. (...) puede afirmarse que el embarazo y el parto, aun cuando no presenten complicación adicional de ninguna clase, generan por sí mismos una afectación relevante de la integridad física de la mujer que se ve sometida a ellos.

En lo que concierne a la vertiente moral o espiritual de la integridad personal, la decisión acerca de la continuación del embarazo o su interrupción constituye, con toda evidencia, una cuestión de profunda relevancia vital, que incide de manera trascendente en el proyecto de vida de la mujer embarazada y en el libre desarrollo de su personalidad. Del hecho mismo de la maternidad se derivan obligaciones que pueden, de facto y de iure, imponer a la mujer variar por completo su propio plan de vida. Por ello, una regulación que imponga a la mujer gestante una obligación de culminar el embarazo al margen de sus facultades decisorias y con independencia de la fase de gestación en la que se encuentre, equivaldría a la imposición de una maternidad forzada y, en tal concepto, supondría una instrumentalización de la persona contraria al art. 15 CE.

Con fundamento en todo lo expuesto, consideramos que la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). (STC 44/2023, FJ 3B) (subr.ntro)

La conclusión a que abocan las anteriores consideraciones nos lleva a adentrarnos someramente en el estudio del principio del libre desarrollo de la personalidad y su aplicación en los ordenamientos afines al nuestro, señaladamente, el alemán, del que trae origen su regulación constitucional en el art. 10.

III. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: SU ORIGEN CONSTITUCIONAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA EN DERECHO CONSTITUCIONAL ALEMÁN COMO NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES

Aunque el más remoto origen constitucional del libre desarrollo de la personalidad puede encontrarse en la Declaración del buen pueblo de Virginia (12 de junio de 1776)⁶ como derecho innato a la «búsqueda de la felicidad» (*the pursuit of happiness*) que pasa a la Declaración de Independencia (4 de julio de 1776) y a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (17 de diciembre de 1787), es oportuno hacer notar aquí que el precedente inmediato del texto constitucional español, el anteproyecto de la ponencia constitucional, ubicaba el libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental partiendo de la inspiración directa del texto constitucional alemán, pues se incardinaba en el capítulo II, bajo la rúbrica «De las libertades públicas» del Título II, «De los derechos y deberes fundamentales», disponiendo el art. 2.1, rubricado «libertad de acción y de la persona» lo siguiente: «Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral»⁷.

Este fue el texto que la Ponencia nombrada por la Comisión Constitucional del Congreso tuvo delante para redactar su anteproyecto, primer borrador de la Constitución española de 1978. El entonces artículo 13 proclamaba: «La dignidad, los derechos inviolables de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad son fundamento

⁶ «Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad, a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad».

⁷ Se cita la traducción de Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann accesible en la web del Deutscher Bundestag (<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>)

del orden político y de la paz social, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás».

Ninguna de las enmiendas que se aprobó y discutió fue sustancial, a salvo de la del Sr. Fernández de la Mora, diputado de Alianza Popular, que propugnaba la supresión del artículo por estimar que no establecía ningún derecho y que entrañaba una definición sobre materia no constitucional, que no prosperó. Pero, en lo que aquí importa, el cambio más relevante en cuanto a la versión definitiva fue el de su ubicación: quedó finalmente fuera del capítulo relativo a los derechos fundamentales y las libertades públicas, por lo que, aunque resultase vinculante para todos los poderes públicos, lo haría como principio general del derecho, con sus habituales funciones: legitimadora del orden político, promocional de la libertad y la igualdad reales y efectivas, junto con una función hermenéutica como pauta interpretativa de todas las normas del ordenamiento jurídico favorable al ejercicio de las libertades. Sin embargo, no disfrutaría de las garantías que el art. 53.2 CE reserva a los derechos fundamentales: tutela del recurso de amparo, núcleo o contenido esencial indisponible para el legislador y regulación mediante ley orgánica.

Nótese que en Alemania, además, el texto de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*, 1949) consagra, según la jurisprudencia, la noción de libertad general de actuación (*allgemeine Handlungsfreiheit*) si bien, a renglón seguido, lo limita, pues el art. 2.1 GG señala que dicho derecho no puede vulnerar ni los derechos del otro, ni el orden constitucional, ni la ley moral. Lo más relevante de esta cuestión a los efectos que nos ocupan es que del juego de los artículos 1 y 2, y, especialmente, de la ubicación de este último como derecho fundamental en la Constitución alemana, deriva el «catálogo abierto» de derechos fundamentales que en este ordenamiento se produce a partir del principio del libre desarrollo de la personalidad, como derecho fundamental, en su combinación con el principio rector de la dignidad de la persona⁸.

⁸ A la libertad general de acción se pueden añadir otras esferas de amparo, tales como el derecho a la autodeterminación (*Recht auf Selbstbestimmung*); la extensa interpretación de preceptos relativos al derecho al libre desarrollo personal y también a la protección de la dignidad humana es la consecuencia del catálogo abierto de derechos subjetivos, incluidos fundamentales, que derivan de los mismos. Por ejemplo, la Sentencia BVerfGE 34, 238 (Reproducción de una grabación secreta) aplica la norma del Artículo 2.1 GG a la protec-

Ese «catálogo abierto» no existe, propiamente, en el derecho constitucional español⁹. Se ha planteado, no obstante, su existencia en relación con la «libertad informática» del art. 18.2 CE, respecto del que la doctrina se ha cuestionado si se trataba de un nuevo derecho fundamental¹⁰. En todo caso, si se hubiera creado un nuevo «derecho

ción de «la propia imagen, como el derecho de expresarse; BVerfGE 99, 185 (Cienciología) deriva del Artículo 2.1 GG la protección de la imagen de la persona en la sociedad (la buena fama/la honra); BVerfGE 96, 56 (Investigación de la paternidad) reflexiona acerca del «derecho del niño a conocer su origen, protegido en el art. 2, párrafo 1 en relación con el art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental»; BVerfGE 101, 361 (Carolina de Mónaco) resuelve que «La esfera privada, protegida por el derecho de la personalidad consagrado en el artículo 2, párrafo 1 en relación con el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no se limita al ámbito doméstico»; BVerfGE 106, 28 (Grabación de conversaciones telefónicas) afirma que «La garantía del derecho a la protección de la palabra hablada forma parte del derecho general de la personalidad, previsto en el Artículo 2, párrafo 1 en relación con el Artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental; este derecho protege a los involucrados en una conversación e impide que una de las partes, por ejemplo, mediante el uso de un micrófono, ponga el contenido de la conversación a disposición de un tercero no involucrado en la misma»; BVerfGE 65, 1 (Censo de Población) se refiere a la autodeterminación informativa y dispone que «Dentro de las condiciones para el moderno procesamiento de datos se encuentra el derecho general de la personalidad, contemplado en el artículo 2, párrafo 1, en relación con el artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y que protege a los individuos frente a la recolección, archivo, empleo y difusión ilimitada de sus datos personales. El derecho fundamental garantiza en esta medida la capacidad de los individuos, para determinar, en principio, la divulgación y empleo de sus datos personales»; BVerfGE 90, 145 (Cannabis) señala que «no existe un «derecho a drogarse» que se pueda deducir del Artículo 2.1 GG RYSZARD KOSMIDER, M., 2018, pp.687-688. Tampoco puede derivarse de este derecho general de libertad la obligación constitucional del Estado de establecer medidas de protección contra la pandemia del Coronavirus, si bien es necesario sopesar hasta qué punto las medidas limitativas de la libertad de movimiento son proporcionadas a la magnitud del peligro concreto para la vida o la salud (Murswiek, D., 2021).

⁹ Como señala Luis M^a Díez-Picazo (2013, p.28): «Aun es más grave que la inflación de derechos pueda llevar a su devaluación: para que los derechos fundamentales sean efectivos, probablemente es menester que no sean demasiados. Ello tiene que ver con que los derechos fundamentales están llamados a funcionar, en la célebre expresión de Ronald Dworkin, como “triumfos” que, como en una partida de cartas, el particular puede jugar frente al Estado, y, en especial, contra el legislador. Así, reconocer nuevos derechos no es una operación inocua: si se toman en serio, comportan nuevas limitaciones a la acción del Estado, y, por ende, también a la política democrática; pero si solo se les atribuye un significado simbólico, el respeto por la idea misma de derechos fundamentales queda dañado».

¹⁰ Manuel Pulido Quecedo (2000) lo ha descartado por cuanto que el art. 18.4 CE tiene una entidad autónoma respecto del derecho a la intimidad, y es en esa ubicación donde puede ubicarse sin forzar dicho derecho: «No hay, por tanto, “*numerus apertus*”, habida cuenta que los constituyentes incluyeron el apartado 4 del art. 18 CE tratando de proteger algo distinto de lo protegido en el derecho a la intimidad personal, pero sí existe una recreación del derecho a la protección de datos como un derecho distinto del contemplado

fundamental» con base en el libre desarrollo de la personalidad, aquí no se estaría empleando en el sentido de libertad positiva, como derecho a decidir, sino negativa, tendente a la evitación de intromisiones no consentidas en la esfera íntima, sin perjuicio de la posible extensión de la libertad informática en la denominada sociedad del conocimiento y el juego que puede desplegar en este ámbito el libre desarrollo de la personalidad (Ryszard Kosmider, 2019). Se ha planteado esta misma cuestión, apertura del *numerus clausus* de los derechos fundamentales, en la regulación del ruido, pero esto se hizo como consecuencia de un controvertido mandato operado en su día por el TEDH¹¹.

El eventual ámbito de ampliación de los derechos fundamentales de los artículos 15 y 18 CE, para cubrir lesiones que en

en el artículo 18.1 CE, al tener una diversa función que garantiza a su titular un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. Función que determina su singularidad en cuanto a su objeto, que es más amplio que el del derecho a la intimidad: no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos sean o no fundamentales, puesto que su objeto comporta la protección de datos personales, “habeas data”».

¹¹ Aquí sí que ha existido lo que Pulido Quecedo ha denominado «efecto pasarela»: la dimensión subjetiva del artículo 45 CE supone la traslación de un principio rector de la Sección Tercera del Capítulo II del Título I CE a un derecho fundamental de la Sección 1ª del capítulo II del Título I de la CE. Es decir que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona se ha transformado por esta vía en el derecho fundamental a la protección de la intimidad del art. 18 CE. Esto se ha operado, efectivamente, por mandato del TEDH, en Sentencia de 16 de noviembre de 2004, que corrige a nuestro Tribunal Constitucional en el caso de la Sra. Moreno Gómez c. España (STC 119/2001, de 29 de mayo), al apreciar la vulneración del derecho a la intimidad; en la dicción literal del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por atentar contra el respeto de la vida privada y familiar. La pasividad de un ayuntamiento frente a la contaminación acústica sufrida en su domicilio por la actora se actuó bajo el amparo de los derechos a la intimidad y la inviolabilidad domiciliaria (arts. 18.1 y 18.2 CE), que por esta vía sufren una extensión hacia una dimensión positiva, derivada del libre desarrollo de la personalidad, orientada hacia la plena efectividad de los mismos como obligación para el poder público. El Tribunal de Estrasburgo pone énfasis en su concepción del derecho a la intimidad personal y familiar de una manera más penetrante que las jurisdicciones nacionales, en nuestro caso, el TC: «La demandante sufrió una vulneración grave de su derecho al respeto del domicilio debida a la pasividad de la administración frente al ruido nocturno», señala la STEDH, coherentemente con el principio de que todo daño tiene un precio, dando una proyección interesante al art. 29 de la LJCA para que los tribunales controlen la inactividad administrativa (Pulido Quecedo, 2004).

realidad son más propias de los principios rectores (art. 43 o 45, derecho a la protección de la salud o a un medio ambiente adecuado) preocupa, no solo porque derechos de inmunidad o libertad puedan pasar a tener una «dimensión positiva», sino porque ello comporta una expansión, sin límites discernibles, que rompen la divisoria entre jurisdicción ordinaria y constitucional, al reabrir la valoración de los hechos probados ante la primera. Otro problema, que apuntó Jiménez Campo (2008, pp. 190-191), es el de que el hipotético mandato de respetar el contenido esencial de estos nuevos derechos fundamentales resulta por completo ilusorio si la acción legislativa de protección a dicho derecho ha de articularse en políticas orientadas a objetivos, pues el criterio de control no lo puede dar una norma jurídica sino un principio de coherencia y eficacia entre medios y fines (De Otto, 1987, pp. 43-44). Así ocurre con algún derecho fundamental, como el derecho a la educación, pero es excepcional dentro del capítulo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por este motivo el constituyente sustrajo a los principios rectores de la política social y económica de la garantía del contenido esencial frente al legislador. El posible enjuiciamiento constitucional no podrá nunca dejar de reconocer los amplios márgenes de oportunidad que existen para su adopción, por lo que la propia garantía de los derechos fundamentales disminuiría en intensidad y extensión; a menos que se considere que las decisiones del TC pueden condicionar *sine die* la política presupuestaria y las leyes de Presupuestos Generales del Estado, lo cual supone, desde luego, un indudable exceso de poder.

En suma, el elenco constitucional de derechos es lo suficientemente amplio como para no tener crear otros nuevos, y si tal fuera el caso, llegada la necesidad, ha de hacerse con prudencia y con una sistemática aceptable, que no cree más problemas de los que resuelve.

IV. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN SOBRE EL ABORTO Y LA EUTANASIA

Dado el uso resolutorio del principio del libre desarrollo de la personalidad por las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023, inspirándose claramente en la teoría de la norma de clausura y la naturaleza jurídica de este como derecho fundamental en la

dogmática alemana, debemos, si quiera someramente, considerar cómo se aplica por el Tribunal Constitucional Federal.

En el caso de la eutanasia, la Sentencia del Tribunal de Karlsruhe de 26 de febrero de 2020¹² resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la modificación del parágrafo 217 del Código Penal que introdujo la Ley de criminalización de los servicios de suicidio asistido¹³ (*Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung*) de 3 de diciembre de 2015¹⁴. En la demanda se señala que quienes quieren hacer uso de la asistencia al suicidio derivan la propia autodeterminación respecto de la muerte, de un derecho general de la personalidad (art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn). Tras la distinción de conceptos, del suicidio asistido o eutanasia activa respecto de la «muerte asistida», que es equivalente a la eutanasia pasiva, al conllevar un acortamiento de la vida que es aceptada como efecto o consecuencia del tratamiento para evitar el dolor, y que está exenta de responsabilidad criminal, la sentencia realiza un estudio comparado de las legislaciones en que el suicidio asistido está despenalizado, así como de las opiniones de expertos y estudios sobre la materia, para concluir que la penalización del suicidio asistido por los servicios correspondientes establecida en el art. 217 StGB como consecuencia de la modificación operada en 2015, vulneraba el derecho general de la personalidad establecido en el art. 2.1 en relación con el art. 1.1 de la *Grundgesetz*. Este derecho protege el derecho a decidir, en virtud de la autodeterminación personal, sobre la finalización de la propia vida, sobre la base de una deliberación informada, y de recabar, para ello, ayuda de terceros (§203).

El Tribunal señala que la dignidad humana y la libertad son fundamentos del orden constitucional, en la idea de que los seres humanos son capaces de autodeterminación y responsabilidad personal. El derecho general de la personalidad es una libertad general, que no se encuentra «tipificada» o «catalogada» en la lista de derechos

¹² 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 y 2 BvR 2527/16. Comentarios completos a la Sentencia, en BISCHOF, J. (2021), y en WIESING, U., (2022).

¹³ Para un panorama en derecho comparado extenso sobre esta materia, cfr. CAMARA VILLAR, G. (2021).

¹⁴ Bundesgesetzblatt – BGBl p. 2177.

fundamentales, pero protege aquellos aspectos de la personalidad que no están cubiertos por otros derechos específicamente declarados en la Norma Fundamental, siendo igual en rango a estos (§205). La autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad garantizan la individualidad, integridad e identidad personales, lo que supone la prohibición de tratar a la persona como un «mero objeto» de la acción estatal o exponerla a tratamientos o intervenciones que cuestionen su naturaleza como sujeto responsable. La protección de la autodeterminación implica poseer el control sobre la propia vida y que no se fuerce a nadie a formas de vida inconciliables con la idea de autoidentidad personal. El derecho general de la personalidad en su manifestación de autodeterminación sobre la propia muerte, no se limita al derecho a rechazar determinados tratamientos de soporte vital, y, con ello, a dejar que la natural evolución de la enfermedad acabe con la vida (eutanasia pasiva); sino que comprende los casos en que la persona pueda decidir terminar con la propia vida (eutanasia activa) (§209). Una vez sentado esto, el Tribunal establece con claridad los límites de la autodeterminación personal, señalando que el legislador debe observar el principio de proporcionalidad, si bien posee un indiscutible margen de apreciación, para resolver el conflicto subyacente: De un lado, la protección de la vida y de la libertad de decisión, para que esta sea verdaderamente consciente, informada y realizada por un sujeto capaz, sin presión alguna, y de otro lado, el derecho de autodeterminación sobre la propia muerte, derivado del derecho general de la personalidad.

Concluye el Tribunal que el legislador no ha ponderado adecuadamente los intereses en conflicto (§226). Sí se cumplen los requisitos del principio de proporcionalidad, relativos al fin legítimo e idoneidad de la medida legislativa cuestionada, puesto que la normalización del suicidio asistido que pudiera derivarse de la legalización de esta conducta pudiera llevar a crear cierta presión social sobre la voluntad de poner fin a la propia vida, dadas las circunstancias psicológicas en las que esta decisión se toma, y las expectativas de la propia persona sobre la carga que puede estar suponiendo para su entorno. Según los estudios que el Tribunal tuvo en cuenta, no puede asegurarse que este riesgo no sea real: la decisión de cometer un suicidio es frágil, y esto es algo particularmente importante teniendo en cuenta que se

trata de una decisión irreversible. Un porcentaje importante de las decisiones fatales en este ámbito se producen como consecuencia de la autopercepción de la persona como carga para su entorno. Por ello el legislador es libre de regular medidas preventivas que protejan la libertad individual de presiones y, en suma, protejan la vida cuando se está en circunstancias de intenso sufrimiento emocional, lo que nunca es un buen escenario para tomar decisiones. Pero la proporcionalidad no cumple cuando con la prohibición, bajo sanción penal, de prestar servicios profesionalizados de asistencia al suicidio, se elimina de facto el derecho de autodeterminación, que posee, aquí sí, un núcleo esencial intangible para el legislador (§ 273). Efectivamente, cuando el derecho penal no protege la libertad de decisión de la persona, y, por el contrario, la hace imposible, excede los límites de lo que constituye un medio legítimo para proteger la autonomía personal. Toda decisión individual de terminar con la propia vida, basada en el entendimiento de lo que constituye una existencia con sentido vital, debe ser reconocido como un acto de autodeterminación, sobre la base de que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, a través de la autodeterminación y responsabilidad personal, se encuentran en el corazón del sistema constitucional (§274). Esto no impide que el legislador tome medidas generales para prevenir el suicidio, e incluso es obligado que el Estado proteja también esa autonomía personal eliminando deficiencias en los servicios de salud, en particular con la expansión y el fortalecimiento de los cuidados paliativos en orden a contrarrestar los deseos de cometer suicidio que puedan derivarse de la enfermedad (§276). Pero el principio de proporcionalidad no se respeta cuando se crea un delito sobre la base de un peligro exclusivamente abstracto, que impide, de facto, a la persona, un ámbito de autodeterminación suficiente para que no se le conmine institucionalmente a llevar una vida que contradice su idea de identidad personal; ya que carecer de la posibilidad de recurrir a los servicios de suicidio asistido supone en la práctica, una reducción tan radical de las posibilidades de realizar esta grave decisión, al eliminarse las posibles alternativas viables, que la hacen imposible (§280).

En el caso del aborto, la sentencia de 28 de mayo de 1993¹⁵ entendió de la constitucionalidad de la ley de 27 de julio de 1992¹⁶, que daba cumplimiento en lo establecido en el art. 31.4 del Tratado de Reunificación de 31 de agosto de 1990, puesto que, en la antigua República Democrática Alemana regía el sistema de plazos¹⁷ mientras que, en la República Federal, regía el de indicaciones¹⁸.

La Sentencia de 1993 insistió en la necesidad de declarar contrario a derecho, dado el alto valor de la vida humana en gestación, todo aborto a petición de la mujer durante el primer trimestre. La ley lo declaraba «no contrario a derecho» y al situarse esta calificación en el Código Penal, esto mereció el reproche de inconstitucionalidad, por ser el ordenamiento penal capaz de condicionar conceptualmente el ordenamiento general, dada la función ético-social del Derecho Penal en cuanto protector de los valores esenciales del ordenamiento. Se reafirmaba así la primera Sentencia de 1975 (BVerfGE 39, 1 (44)). El derecho a la vida del nonato no debe subordinarse a una decisión discrecional de un tercero, ni siquiera dentro de un plazo limitado de tiempo, ni siquiera si ese tercero es la propia madre¹⁹. La

¹⁵ BVerfG, Sentencia de la Sala Segunda - 2 BvF 2/90 -, §1-§434. Un análisis completo de la misma en DOMINGO, R. (1995), pp. 323-330. Ver también ZODER, I., (1996), pp. 219-280, y STARK, C. (1993).

¹⁶ Bundesgesetzblatt, 37, 1992, pp. 1398-1404, modificada tras la declaración de inconstitucionalidad en Bundesgesetzblatt 1995, pp. 1049-1057.

¹⁷ Ley de 9 de marzo de 1972 que modificó los arts. 153 a 155 del Código Penal.

¹⁸ Ley de la 15ª modificación del Código Penal de 18 de mayo de 1976 (Bundesgesetzblatt I, p. 1213), que introdujo los arts. 218 y ss del STGB. El embarazo no resultaba punible en casos de peligro de emergencia para la gestante de tal gravedad que no pueda exigírsele proseguir con el embarazo, no pudiendo dicho peligro ser evitado de otra forma razonable. Anteriormente se operó una primera liberalización del aborto por la quinta ley de reforma del Código Penal de 18 de junio de 1974 (Bundesgesetzblatt I, p. 1297) que proponía la despenalización del aborto durante las primeras doce semanas siempre que la mujer fuera «aconsejada», y a partir de dicha fecha, cuando existiera peligro para la vida o salud de la madre, certificado médicamente, o la probabilidad, también médicamente certificada, de que el feto sufriera un serio e irreversible daño. Esta ley fue objeto de declaración de inconstitucionalidad por no considerar el aborto «contrario a derecho», dado el alto valor de la vida humana en gestación, mediante la sentencia 39 BVerfGE 1 (1975) de 25 de febrero, subsistiendo el sistema de indicaciones en la citada ley, puesto que, aunque el aborto se considere contrario a derecho y deba gozar de protección penal la vida en desarrollo en el seno materno, esto no significa que deba ser penalizado en todo caso, pudiéndose dar determinados supuestos en que los derechos de la mujer y el libre desarrollo de su personalidad configuren una situación de no exigibilidad de otra conducta.

¹⁹ 2 BvF 2/90, §156.

extensión de la obligación de la protección legal de la vida prenatal debe conciliarse con otros derechos y bienes el conflicto, como son la dignidad de la mujer, el derecho a la vida y a la integridad física y moral y el derecho al libre desarrollo de su personalidad, si bien ha de tratarse de una protección efectiva²⁰. Los derechos constitucionales de la mujer no se extienden hasta el punto de que se deje de lado la obligación de llevar a término el embarazo, ni siquiera durante un periodo limitado de tiempo²¹. El derecho a la vida no comienza con la aceptación del nonato por parte de la madre²². Sin embargo, esto no significa que no sea posible, y, en ocasiones, obligatorio, para el legislador, garantizar los derechos de la madre mediante la regulación de situaciones excepcionales en que, de acuerdo con el principio de no exigibilidad de otra conducta, pueda llevarse a cabo el aborto sin sancionarlo penalmente²³. Ahora bien, el juicio de constitucionalidad deberá cerciorarse (nuevamente una intensa atención a los límites) de que dicha legislación protege suficientemente la vida prenatal²⁴. El juicio de antijuridicidad general (constitucional y no solo penal) mereció el reproche del voto particular de Bockenförde, que entendió que era incoherente considerar, después del consejo médico, unos abortos como subvencionados, los de las indicaciones, y otros no, los comprendidos dentro de la indicación social (o de urgencia general) que se asimilaba al aborto a petición durante el plazo de las doce primeras semanas. En general, considerar que la antijuridicidad penal establece una antijuridicidad general trae importantes problemas, pues esta ilicitud general ha supuesto la declaración de ilegalidad de todo aborto, pero pudiendo accederse a la financiación pública del mismo en determinados supuestos, en que se trataría, paradójicamente, de un derecho prestacional ilegal (o contrario a derecho-*rechtswidrig*).

A partir de esta sentencia, se distinguieron en Alemania tres tipos de aborto, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica: un aborto ilegal y penalizado, un aborto despenalizado e incluso subvencionado públicamente en los supuestos de las indicaciones,

²⁰ 2 BvF 2/90, §153.

²¹ 2 BvF 2/90, §162.

²² 2 BvF 2/90, §147.

²³ 2 BvF 2/90, §159, §160.

²⁴ 2 BvF 2/90, §154, §166, §176.

y un aborto ilegal, y, por ello, no subvencionado, pero no punible, si la embarazada se ha sometido, previamente a su realización, a un asesoramiento en el que se le ofrezca consejo, junto con la necesaria información sobre las ayudas sociales que existen, para que tome su decisión informada, dejando transcurrir un plazo de reflexión de tres días. No obstante lo anterior, a resultas de lo debatido y aprobado en el Bundestag el 24 de junio de 2022, el sistema alemán será previsiblemente modificado. En su acuerdo de coalición titulado «Autodeterminación reproductiva», la coalición gobernante ha anunciado la supresión del artículo 219a para que los médicos puedan «facilitar información pública sin tener que temer ser perseguidos»²⁵.

El somero análisis que, de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal sobre el aborto y la eutanasia podemos hacer en estas páginas, dan idea de hasta qué punto el uso del libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental se hace de modo prudente y sometido a límites²⁶. Por una parte, en ningún caso puede prevalecer sin más sobre otros derechos fundamentales en conflicto, como es el caso del derecho a la vida, a cuya protección se ordena el escrutinio para asegurar que el legislador ha regulado verdaderamente un consentimiento libre e informado, o de la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios a los que se requiere su intervención²⁷.

V. LA CONTROVERTIDA TEORÍA SOBRE LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES EN DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Como hemos apuntado, la forma de razonar de las sentencias que nos ocupan, en virtud del uso resolutorio de los principios de la

²⁵ Deutscher Bundestag Drucksache 20/1505 20. Wahlperiode 26.04.2022.

²⁶ No obstante, es preciso apuntar que también la jurisprudencia alemana está encontrando dificultades en definir los límites del libre desarrollo de la personalidad en cuanto derecho sometido a un proceso de ponderación. Véase el caso de la crítica al entendimiento de la libertad general de actuación respecto del derecho al medio ambiente adecuado de las generaciones futuras -BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021- 1 BvR 2656/18 -, Rn. 1-270, (Caliess, C., 2021).

²⁷ §222 de la STC de 26 de febrero de 2020: “*Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe berühren deshalb nicht ausschließlich das Verhältnis zwischen dem aus freiem Entschluss handelnden Suizidwilligen und dem Suizidhelfer. Von ihnen gehen Vor- und Folgewirkungen aus, die erhebliche Missbrauchsgefahren und Gefährdungen für die autonome Selbstbestimmung Dritter umfassen*”.

dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad solo es posible desde el entendimiento, que las sentencias no confiesan abiertamente²⁸ pero que se desprende sin duda de esta operación integrativa, de que el artículo 10 de la Constitución contiene un derecho fundamental²⁹, cosa que no ocurre en nuestro ordenamiento, a diferencia del alemán. En este último, el libre desarrollo de la personalidad no tiene, en cuanto derecho fundamental, un rango superior sino igual a los demás intereses estatales legítimos (Stein, 1973, pp. 218-219; Honerlein, 2022) lo que se complementa con el establecimiento de sus límites mediante la reserva formal a la ley³⁰; o el principio de proporcionalidad en la medida en que este vincula al legislador; y esta comprensión y esta prudente utilización se halla siempre presente en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal.

El punto clave por el que el Tribunal integra la «laguna» hasta ahora existente en el sistema constitucional en el derecho fundamental a la integridad física y moral para con ello dar cabida al concepto de libertad de decisión –autonomía– creando los derechos fundamentales al aborto y a la eutanasia, es el entendimiento del libre desarrollo de la personalidad como norma de clausura del sistema de libertades, que opera como una suerte de derecho fundamental general de libertad.

En primer lugar es necesario poner de manifiesto que esta operación no es solo interpretativa. Si el constituyente español hubiese deseado dotar al libre desarrollo de la personalidad del rango de derecho fundamental, lo habría hecho, como así figuraba en el texto del anteproyecto, en la sección primera, rubricada «De los derechos fundamentales y las libertades públicas», que comienza en el artículo 15; y hubiera adoptado la sistemática de la Ley Fundamental de Bonn, que considera el derecho general de libertad-autonomía como

²⁸ La cuestión de si el art. 10.1 CE enuncia o no derechos ha recibido un tratamiento elusivo en la jurisprudencia constitucional (JIMENEZ CAMPO, J, op. cit. p. 179); en todo caso, como señala el autor, el art. 10.1 contiene «un elenco de principios, cada uno carente, por su generalidad y abstracción, de supuesto de hecho definible (que) es lo que impide, precisamente, presentar a cualquiera de ellos, en ningún sentido significativo, como “derecho fundamental”» (ibídem).

²⁹ Y ello, aunque alguna sentencia, lo haya mencionado como tal: STC 92/2013, de 23 de abril, se refiere a él como derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE (FJ 9).

³⁰ Véase, por ejemplo, el caso de las medidas de vacunación obligatoria contra el coronavirus como límite a la libertad general de acción en relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral (Wißmann, H., 2021).

fundamental, posibilitando así la «apertura» de la declaración de derechos mediante esta norma de «clausura» del sistema de libertades.

En general, los constitucionalistas han tratado la «libertad» como valor superior, dimanante del art. 1 de la Constitución. Existe también una diferente proclamación de la libertad y la seguridad, como derecho fundamental en el art. 17 CE, pero se entiende por la generalidad de la doctrina, que este es un derecho de protección frente a interferencias en el ámbito de actuación de la persona, en el sentido físico de privación de su libertad de movimiento, que se acompaña de las garantías constitucionales de la detención y la prisión provisional (García Morillo, 1995, pp. 37 y 42). No obstante, existe doctrina que sitúa la norma de clausura del sistema de libertades en este derecho del art. 17 CE (Freixes Sanjuan y Remotti, 1993, p. 14)³¹. Luis Prieto Sanchis (1990, pp. 160 y ss.) considera, en cambio, que la norma de clausura se encuentra en la libertad de conciencia incluida en las libertades ideológica y religiosa del art. 16.1 de la Constitución.

Que el libre desarrollo de la personalidad no consagra en la Constitución española un derecho fundamental es algo que ha defendido la mayoría de la doctrina (Jiménez Campo, 2008, p. 179; Díez-Picazo, 2003, p. 63; Presno Linera, 2022, p. 25 y Cámara Villar, 2012, p. 65), aunque parte de la misma, por el contrario, ha considerado que dignidad y libre desarrollo de la personalidad consagran derechos autónomos (Gómez Sánchez, 2005, pp. 224 y 228 y Ryszard Kosmider, 2018, p. 696)³². Fue especialmente a partir de la STC 120/1990, FJ 11, cuando se estableció la autonomía personal para rechazar ciertos tratamientos terapéuticos, aunque aquí el Tribunal tuvo buen cuidado de decir que la disposición de la propia vida es «manifestación del *agere licere*», un ámbito libre de derecho, en principio, que no queda sometido al derecho penal: lo cual no significa que se convierta automáticamente en un derecho, por lo que, según dicha sentencia, taxativamente se excluía que «del art. 15 CE derive

³¹ El art. 17.1 de la Constitución comprende «las esferas de autonomía física del individuo distintas de las esferas de autonomía propias de otros derechos de libertad».

³² Ryszard Kosmider, M., siguiendo a Yolanda Gómez Sánchez, más extensamente, aunque circunscribiéndose a un ámbito concreto, la protección de datos personales en la sociedad de la información, constitucionalizado con el máximo nivel de protección por la Constitución española, en su tesis doctoral *El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la sociedad de la información y el conocimiento* (Madrid, UNED, 2019).

el derecho a la propia muerte». También, a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional acerca de la esterilización de las personas con graves deficiencias psíquicas y que han sido incapacitadas (obviamente estamos hablando aquí del derecho a la integridad corporal, física y moral), hay doctrina que afirma que existe un derecho de autonomía personal referido al propio cuerpo, y que la libertad de procreación se integra dentro del libre desarrollo de la personalidad (Ruiz Miguel, 1993, pp. 135-165 y Vidal Gil, 1995, p. 139)³³.

Ahora bien, sin necesidad de transformarlo en ningún derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad como principio, tiene capacidad de limitar una legislación constrictiva que pretenda fundamentarse en consideraciones de paternalismo moral, lo que presupone un respeto a las opciones autorreferentes de la persona, que no supongan daño a terceros, a no ser que otros intereses constitucionales, expresamente reconocidos, consientan, previa ponderación, tal limitación de la autonomía privada (Jimenez Campo, 2008, p. 188). Así, la STC 19/2023 en su FJ 6 C. b) iv) –y esto hubiera bastado, en términos generales, para la declaración de constitucionalidad general de la normativa impugnada sobre la eutanasia– señala que

el libre desarrollo de la personalidad protege la configuración autónoma del propio plan de vida (STC 60/2010, de 7 de octubre) radicando su sentido primordial en excluir determinadas trabas o interferencias públicas –acaso también, en algunos supuestos, intervenciones de las llamadas a veces «paternalistas»– que limiten o entorpezcan sin fundamento suficiente un desarrollo personal que la Constitución quiere «libre»: libre, ante todo, de la intervención del Estado.

El libre desarrollo de la personalidad como principio también autoriza a considerar vigente (con matices, porque podría contravenir el principio de vinculación de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución, ex art. 9.1 CE) el antiguo principio *silentium legis, libertas civium*, de modo que la libertad se extiende en la medida en que no existan prohibiciones legales. A este espacio libre de impedimentos se ha referido el Tribunal Constitucional mediante la

³³ STC 215/1994, FJ2. En este sentido, Ruiz Miguel, A. y Vidal Gil, E.

expresión «principio general de libertad» que se fundamenta tanto en el art. 10.1 CE como en el art. 1.1 CE en cuanto consagra la libertad como valor superior del ordenamiento³⁴.

En concreto, y respecto del ámbito de la integridad física y moral en relación con el consentimiento informado a los tratamientos médicos, ya la STC 37/2011 de 28 de marzo, señaló la importancia que tiene este en relación con la autonomía personal, determinante del ejercicio de los derechos del art. 15³⁵.

Así pues, el principio del libre desarrollo de la personalidad, como valor superior del ordenamiento constitucional, habilita al Alto Tribunal a considerar que la ponderación que desee hacer el legislador, respecto de los derechos en conflicto –la vida humana–³⁶ es, en principio, válida, habida cuenta de la importancia de este valor que comprende la autonomía de la persona, en íntima conexión con el valor libertad. El problema será el de señalar correctamente sus límites, cuestión en principio no sencilla, debiendo justificar el legislador cuales son los bienes que limitan o excluyen su aplicación, y en qué circunstancias; y el Tribunal Constitucional controlar si la ponderación que ha efectuado el legislador es adecuada para la protección de todos los intereses en conflicto.

³⁴ SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3; 113/1994, de 14 de abril, FJ 11; 107/1996, 12 de junio, FJ 9. Más recientemente, v. gr., la STC 132/2019, FJ 6: «El fundamento mismo de la institución del contrato se encuentra ante todo en el principio general de libertad que se deduce del art. 10 CE al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad».

³⁵ Esta sentencia, que resuelve el amparo interpuesto por un paciente que fue sometido a una intervención médica sin haber recibido información previa ni haber consentido a la misma como prescribe la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica, señala en su FJ 5: «La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental».

³⁶ La vida humana no es un derecho absoluto –ningún derecho lo es, sino que todos tienen límites, como ya se afirmó en la temprana STC de 8 de abril de 1981– pese a que en algún pronunciamiento así se ha considerado (STC 48/1996 de 25 de marzo, FJ 2).

Esto sentado, claro está que la libertad del sujeto en el ordenamiento no es, sin más, la libertad «a secas»³⁷, sino según derecho o en el respeto a la ley «y a los derechos de los demás», como señala el art. 10 CE. En todo caso, la expresión «principio general de libertad» parecería un tanto excesiva, cuando se trata de una libertad residual, que depende del avance o retroceso en la legislación, siempre pensando en reserva formal de ley. Solo así puede entenderse el sistema constitucional, pues si el libre desarrollo de la personalidad se concibiera como una fuente de legitimación del propio arbitrio, al margen del derecho, quedaría en entredicho a la propia autonomía del legislador democrático. Este es uno de los problemas que se plantea si se eleva a rango de derecho fundamental este principio.

VI. LAS ALTERNATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL INNECESARIO RECURSO A LA CREACIÓN DE DOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Acabamos de ver que no era necesario elevar el rango del libre desarrollo de la personalidad hasta configurar un derecho fundamental general de libertad- norma de clausura, puesto que la mera naturaleza del mismo como principio resultaba más que suficiente para configurar un interés constitucionalmente protegido que pudiera, en principio y *a priori*, comportar la limitación del derecho fundamental a la vida (eutanasia) o del bien constitucional de la vida (aborto). Proteger la dignidad y el libre desarrollo de su personalidad es un fin en todo caso legítimo. Existen varias alternativas legales para la protección del mismo, y ninguna de ellas supone, en principio, su subordinación incondicional de la autodeterminación al bien constitucional o derecho fundamental a la vida³⁸. Habida cuenta de lo que puede deducirse del análisis de la historia de la regulación y de las sentencias habidas en España y Alemania, podrían existir tres sistemas de regulación del aborto y la eutanasia: la despenalización, con o sin financiación pública; la consideración del aborto y la eutanasia como derecho

³⁷ Esta expresión es de la STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2.

³⁸ En el caso del nonato, la vida tiene el rango de bien constitucionalmente protegido; en el caso de la persona que se encuentra inmersa en un contexto eutanásico, se trata de un derecho fundamental.

con rango legal, en todo caso, con financiación pública, y la más extrema, su consideración como derechos fundamentales, con rango constitucional, que es la original posición del Tribunal Constitucional español.

La primera solución compatible con el libre desarrollo de la personalidad, pero arbitrando una protección más intensa de la vida, desde el punto de vista de la normativa penal, es considerar el aborto y la eutanasia como conductas despenalizadas en determinados supuestos excepcionales, en las condiciones y con los requisitos señalados en la ley. Esto solo se ha dado en España respecto de la regulación del aborto, pues la eutanasia activa no ha pasado por un previo sistema de despenalización, en determinados casos excepcionales, pasando directamente de ser un delito a ser una acción penalmente lícita en las condiciones establecidas en su ley orgánica reguladora³⁹. Mientras estuvo vigente el sistema de indicaciones en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo (1985-2010), el aborto constituía una de las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud⁴⁰ y, por tanto, era un derecho prestacional exigible de la administración sanitaria, de nivel reglamentario. Además, en la práctica, se permitía el aborto a petición bajo la indicación de riesgo para la salud psíquica de la madre, que cubría, en realidad, una indicación de carácter económico-social. Una regulación incoherente, puesto que esta interpretación favorecería abortos a petición sin plazo, ya que, con la anterior regulación, la posibilidad de abortar cuando existía grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer gestante no se condicionaba, como es lógico, a plazo alguno, pudiendo realizarse en el momento en que tal circunstancia se produjera (Molina Blázquez y Sieira Mucientes, 2000, p. 108 y pp. 120-125). Pero, en lo que aquí

³⁹ En cuanto a la eutanasia, se ha pasado directamente de una conducta que estaba recogida como delito, a la consideración de la conducta del profesional sanitario implicado, como conducta atípica, por la introducción de una excepción a la exigencia de responsabilidad penal, mediante la técnica de la remisión a la ley, en este caso (Art. 143, nuevo párrafo 5, del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introducido por la Disposición Final primera de la LO 3/2021, reguladora de la Eutanasia): «no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia».

⁴⁰ cfr. ad ex. RD 63/1995 de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

importa, no parece que haya sido incompatible en España una opción despenalizadora en una serie de supuestos o indicaciones, con la protección de la libertad de decisión, incluso con un derecho a exigir una determinada actividad prestacional del Estado, financiada en toda su extensión con fondos públicos. Aunque la mera despenalización desde el punto de vista de la dogmática penal puede presentar algunos problemas sobre la naturaleza jurídico-penal de los distintos casos⁴¹, en lo que aquí más importa, es preciso señalar que una conducta despenalizada (no contraria a derecho penal) únicamente supone, a

⁴¹ Algunos autores consideraban las indicaciones como supuestos especialmente regulados de estado de necesidad justificante, o causas de exclusión de la culpabilidad, o como excusas absolutorias; algunos autores manifestaban la insuficiencia de las categorías dogmáticas tradicionales, desplazando la problemática de la naturaleza jurídica de las indicaciones al ámbito de la tipicidad. Coincidiendo todos en el alto valor de la vida humana, y centrándose en la disminución del contenido de lo injusto que suponen las indicaciones, concluía este grupo de autores que el aborto indicado, independientemente del carácter valioso o desvalioso de la conducta para el ordenamiento en su conjunto, debía quedar fuera del marco del Derecho Penal. Todas las indicaciones contemplan situaciones en que los bienes y derechos en conflicto no son susceptibles de valoración, pues el Derecho no ofrece criterios valorativos suficientemente objetivos, por lo que debe renunciar a valorar estas conductas. En las indicaciones, se está en presencia de un ámbito libre de Derecho (Arthur Kaufmann) (Laurenzo Copello, 1990, pp. 172-176) por lo que no son actos ni lícitos ni ilícitos, desde el punto de vista penal. Aquí destaca también la tesis de W. Sax, que concebía las indicaciones como difíciles situaciones de necesidad que son un límite al poder punitivo del Estado, por lo que son acciones atípicas (Laurenzo Copello, 1990, p. 177). Ahora bien, sigue aquí sosteniéndose que el que una conducta no merezca reproche jurídico-penal no predica nada de su antijuridicidad desde el punto de vista de otras ramas del ordenamiento (como el administrativo-sanitario). También H. L. Gunther considera que son causas de exclusión de lo ilícito penal, por cuanto un comportamiento que en principio es relevante para el derecho penal, deja de serlo en virtud de factores negativos de merecimiento de pena. El menor merecimiento de pena, en conexión con la disminución del contenido de lo ilícito que presupone, es, al derecho penal, lo que el principio de proporcionalidad es al derecho constitucional (Laurenzo Copello, 1990, p. 182 y ss.). Era difícil, y no podemos reflejar aquí la amplitud de este debate en la doctrina penal (Sieira Mucientes, 2000, p. 72-83 y Molina Blázquez y Sieira Mucientes, 2000, pp. 75-120), con esta teoría de los elementos negativos del tipo, encontrar una explicación satisfactoria que permitiese explicar por qué el derecho penal ha de «mirar para otro lado» en conductas que suponen la lesión del bien vida, y no lo hace, por ejemplo, cuando se daña una propiedad, que, en principio, diríase que posee menor «valor»; o por qué, en estos contextos, no es lícito salir en legítima defensa del nonato, cuando es aún posible salvarle la vida (piénsese en la indicación por anomalías en el feto que no son detectables hasta las 22 semanas en cómputo clínico, y en que el aborto consiste en provocar un «parto prematuro» de un bebé que es perfectamente viable en el estadio actual del progreso de la ciencia y la tecnología) (Laurenzo Copello, 1990, p. 319-324).

lo sumo, que el derecho penal no interviene, muy en coherencia con un principio esencial que es el de mínima intervención del legislador penal; sin prejuzgar el carácter lícito o ilícito de la conducta para el ordenamiento en su conjunto, que era precisamente el problema apuntado por Böckenförde en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1993. Una conducta despenalizada puede ser ilícita desde el punto de vista de otras ramas del derecho, pero también ser lícita y configurar un derecho de prestación desde el punto de vista del ordenamiento administrativo sanitario, sea este con rango reglamentario o legal.

La segunda solución que cabe para proteger los derechos y valores en conflicto es la creación con rango legal de un derecho al aborto y a la eutanasia. Y esto es lo que se ha hecho en ambas leyes⁴².

⁴² La LO 3/2021 reguladora de la eutanasia, ya en su Preámbulo, señala: «esta Ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia. Se entiende por esta la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única»; en su artículo primero, al regular el objeto de la ley: «El objeto de esta Ley es regular el derecho que corresponde a toda persona que cumpla las condiciones exigidas a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir, el procedimiento que ha de seguirse y las garantías que han de observarse». Derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir y requisitos de su ejercicio que se regula en el Capítulo II de la Ley Orgánica, y en el art. 10, cuando se ocupa de la Comisión de Garantía y Evaluación, puede leerse inequívocamente la expresión «correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir», configurándolo además como derecho prestacional, en el art. 13: «Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación de ayuda para morir en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley».

Por su parte, la LO 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo señala en su preámbulo: «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». En el artículo 3, en su apartado primero, letra a), 2º, entre los derechos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos que los poderes públicos reconocen «especialmente» «los derechos reproductivos y el derecho a la maternidad libremente decidida». A lo largo de toda la ley se contienen, asimismo, referencias a los «derechos sexuales y reproductivos» y a la «salud sexual y reproductiva» derecho a la asistencia integral especializada y accesible, derechos laborales vinculados a la maternidad. En especial, el artículo 12, titulado «Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo», se habla del «derecho» al libre desarrollo de la personalidad: «Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y

Sin embargo, las sentencias que nos ocupan no se han conformado únicamente con declarar constitucionales tales derechos de configuración legal⁴³ sino que, como hemos venido sosteniendo en estas páginas, han ido un paso más allá, introduciéndolos de lleno en el

moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación». Asimismo, en el 13 bis, se hace una mención explícita al «derecho a la interrupción voluntaria del embarazo», cuando se refiere a las menores tuteladas por las entidades públicas de protección; en el 18 bis, al desarrollar las garantías de acceso a la prestación, se menciona este derecho ya de modo general, y de modo aún más claro, en el art. 24: «Las administraciones públicas competentes garantizarán el libre ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo en los términos de esta ley orgánica».

Lo más destacable de la ley es que se sustituye el sistema de indicaciones (art. 417 bis del Código Penal) supuestos en que el aborto se despenalizaba en presencia de circunstancias y con los requisitos establecidos, por un sistema de plazo, establecido clara y contundentemente en el art. 14: «Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer embarazada». Junto a ello, el art. 15 regula la interrupción por causas médicas, en las que se recogen la anterior indicación por riesgo para la vida o salud física o psíquica de la mujer, que no tiene plazo pues existe la posibilidad de interrumpir el embarazo en el momento en que esta problemática se plantee o emerja, y la indicación de graves anomalías en el feto, para la que se impone el plazo de 22 semanas, acompañándose con una nueva circunstancia, la emergencia de grave o incurable enfermedad en el feto, que ha de ser reconocida por un especialista, y que tampoco tiene plazo. La anterior indicación por embarazo consecuencia de un hecho constitutivo de delito, se elimina puesto que queda esta hipótesis subsumida en el art. 14 que permite el aborto libre durante las 14 semanas.

⁴³ En contra, MONTALVO JAASKELAINEN, F. (2023) que considera que tras la STC 19/2023 el derecho a la eutanasia puede seguir considerándose como un derecho no fundamental sino un derecho subjetivo prestacional de mera configuración legal, pp. 191-209. En sentido concordante con él, ORTIZ FERNÁNDEZ (2022), p. 86, dándole el mismo tratamiento que al consentimiento informado de la ley 41/2002. No obstante, y pese a esa naturaleza de «derecho de configuración legal» también declarada formalmente en la STC 44/2023, respecto del aborto, en estas páginas se ha defendido que las Sentencias 19 y 44 han ido bastante más allá, y prueba de ello es que ya se ha admitido un recurso de amparo y se ha apreciado vulneración del derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE, por dificultades de acceso a la prestación, en la STC 78/2023, de 3 de julio, FJ5: «Para poder apreciar su vulneración es preciso que la previsión legal incumplida incida directamente en el ámbito tutelado por este derecho fundamental, lo que sucederá tanto en los casos en los que no se respete el ámbito de libertad que el legislador otorga a la mujer para que pueda adoptar de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación [STC 44/2023, FJ 3 D)], como en aquellos en los que se dificulte de manera relevante el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción del embarazo o su práctica. En consecuencia, en aquellos casos en los que no se respeten las previsiones legales que tienen como objeto proporcionar garantías para que la mujer pueda tomar esta decisión libremente, con pleno conocimiento de causa y con todos los elementos de juicio necesarios, así como aquellas que tienen como finalidad asegurar que la prestación de la interrupción del embarazo se va a efectuar con respeto

ámbito de protección del derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE.

Por lo anterior, puede comprenderse que el inusual activismo del TC, que eleva al rango de derecho fundamental las decisiones personales sobre el aborto y la eutanasia, no resulta en absoluto necesario para la protección, en toda la extensión que el legislador, dentro de su libertad de configuración, considere conveniente, siempre de modo justificado, tanto de la autonomía de la voluntad de la mujer gestante durante los plazos y en las circunstancias establecidos para la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, como de la persona que se encuentra en un contexto eutanásico que decida poner fin a la propia vida. Y no es necesaria porque no consagrar el aborto y la eutanasia como derechos fundamentales en modo alguno equivale a prohibir su ejercicio o a considerarlo ilícito, como en sendas sentencias viene a darse a entender, a mi juicio, de forma incorrecta.

Respecto del aborto, por ejemplo, se dice

una regulación que imponga a la mujer gestante una obligación de culminar el embarazo al margen de sus facultades decisorias y con independencia de la fase de gestación en la que se encuentre, equivaldría a la imposición de una maternidad forzada y, en tal concepto, supondría una instrumentalización de la persona contraria al art. 15 CE. (STC 44/2023, FJ 3B).

Con ello se está excluyendo una regulación despenalizadora, de indicaciones o supuestos, que se ha considerado perfectamente legítima (STC 53/1985) hasta la STC 44/2023; y no se entiende a comprender que la legislación de plazos sea ahora la única constitucionalmente válida pareo no lesionar el derecho del art. 15 CE a la integridad física y moral en su nueva extensión. Resulta muy forzado, y falaz, decir que el aborto en todos los supuestos resulta necesario para evitar un menoscabo en la integridad física o moral de la mujer. Resulta mucho más natural y real decir que, salvo peligro para su vida o su salud física y psíquica, es el proyecto vital de la mujer el que se encuentra comprometido ante un embarazo no deseado, su

de los derechos fundamentales de la mujer, la vulneración legal conllevará también la del derecho fundamental afectado».

autonomía personal, el libre desarrollo de su personalidad, que es lo que realmente está aquí en juego.

De hecho, así se reconoce en la sentencia (y de modo aún más contundente en el voto particular de la magistrada M^a Luisa Balaguer): que el conflicto entre la vida prenatal y el derecho a la integridad física o moral de la mujer solo se produce en la indicación terapéutica (FJ 4 c)), pero en los supuestos restantes, el conflicto se produce realmente entre la vida prenatal y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Así se indica también en el FJ 5 iv) en el que la sentencia considera que durante las 14 primeras semanas (16 en cómputo clínico) existe el «derecho de la mujer a decidir sobre su propio sustrato corporal y su proyecto de vida», pues la vida prenatal se encuentra en un estado hipotético o potencial:

El reconocimiento de un ámbito de libertad a la mujer para decidir en la fase inicial de su embarazo resulta necesario para la efectividad de sus derechos constitucionales, en concreto, de su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), que «limitan la libertad de configuración del legislador». (FJ 5. iv).

Por otra parte, al justificar la indicación embriopática, (FJ 7 B) a)) se dice:

el canon aplicable al juicio de constitucionalidad de la ley orgánica 2/2010 difiere de manera sustancial del marco diseñado por la sentencia 53/1985. Dentro del nuevo marco expuesto a lo largo de esta resolución la legitimidad constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo encuentra sustento, con carácter general, en el derecho fundamental de las mujeres a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE)” (...) «no solo encuentra su legitimación constitucional en la exigibilidad de otra conducta desde el punto de vista jurídico-penal, sino también en la excepcional afectación de los derechos constitucionales de la mujer que deriva de la detección de tales anomalías en el feto». (...) «El libre desarrollo de la personalidad, como principio dotado de un valor preferente por el artículo 10.1 CE, experimenta una afectación adicional en estos casos que legitima que se conceda a la mujer embarazada un

plazo superior a las 14 primeras semanas de gestación para poder llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo. Solo así se garantiza adecuadamente que la decisión que adopte pueda tomar en cuenta la probable presencia de anomalías fetales y las eventuales consecuencias vitales anomalías para sí misma y para su hijo o hija (discapacidad que podría llegar a tener su hijo o hija, incidencia de esa discapacidad sobre su desarrollo y calidad de vida, ayudas o recursos públicos de apoyo a la discapacidad con que podría contar, etc.

Es el libre desarrollo de la personalidad lo que justifica, asimismo, según se afirma en el apartado b) del mismo fundamento jurídico, el aborto, incluso después de las 22 primeras semanas de gestación, respecto de la indicación por enfermedad grave e incurable en el feto en el momento del diagnóstico, y, por tanto, la decisión de muerte de un ser humano viable, en lugar de un parto pretérmino acompañado con las correspondientes medidas de protección de menores.

Por tanto, el legislador, en el sistema de plazos, otorga un mayor peso a la autodeterminación sobre el bien constitucional en conflicto, la vida prenatal; opción que es posible, *a priori*, lo que requerirá posteriormente, por parte del Tribunal, el oportuno análisis en torno a sus límites, particularmente, si existe suficiente protección de la vida prenatal. Pero también sería respetuosa con el libre desarrollo de la personalidad la alternativa de proteger la vida prenatal mediante un sistema de supuestos, configurados de un modo suficientemente amplio para que, con una protección penal a la vida prenatal mayor de la que supone el sistema de plazos, ninguna mujer se vea obligada a continuar con un embarazo no deseado, si realmente es no deseado, es decir, si presta un consentimiento realmente informado.

De modo similar, respecto de la eutanasia, parece entenderse que una prohibición penal general, incluso con un sistema de despenalización en supuestos excepcionales o indicaciones, podría abocar a permitir muertes degradantes:

De ello se sigue que la Constitución demanda a los poderes públicos —en primer término, al legislador— permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para

ello. Sin que de ello se derive necesariamente un deber prestacional del Estado, lo que este no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia, como sucedería si pretendiese permanecer ajeno –mediante la prohibición o la ausencia de regulación– a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones, pues ello podría abocar a la persona a una muerte degradante, y en todo caso haría depender a cada sujeto, a la hora de decidir sobre su propia muerte y llevarla a cabo, de sus específicos y personales condicionantes físicos, sociales, económicos y familiares, resultados ambos incompatibles con los arts. 10.1 y 15 CE. STC 19/2023, FJ 6. C) d) iii).

Curiosamente, aunque en el FJ 6 D) a), se dice: «No nos corresponde, por lo tanto, analizar si pudieran existir otros sistemas más eficaces de protección de la vida», inmediatamente, entre paréntesis, añade, decantándose por una de las posibles opciones legislativas, la de la legalización, como la única compatible con la Constitución:

(que, por lo demás, incidirían de forma mayor en el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, incidencia que sí habría de medirse a la luz del principio de proporcionalidad entendido como prohibición del exceso)

Pues bien, descartar un sistema de prohibición penal general y despenalización de unos supuestos, como hace el Tribunal Constitucional, está en contra de una solución no solo posible sino establecida en los ordenamientos de nuestro entorno: en ninguna resolución internacional se proclama el derecho a la eutanasia ni el derecho al aborto como fundamental, sino que únicamente se recomienda su despenalización habida cuenta de la importancia de los bienes y valores que subyacen en el conflicto y que merecen protección. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mantenido una posición muy prudente⁴⁴. En *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, se afirmó que la prohibición, sancionada penalmente, de prestar auxilio al suicidio deseado por un enfermo terminal no vulneraba la prohibición de tortura ni el derecho a la intimidad de los artículos 3

⁴⁴ DOMINGO GUTIÉRREZ (2022), pp. 11 y ss.

y 8 del convenio europeo de derechos humanos; y la STEDH *Haas c. Suiza* de 20 de enero de 2010, afirmó que si bien el artículo 8 del convenio cubre el derecho a decidir el momento de la propia muerte, de ello no se sigue que exista una obligación positiva del Estado de facilitar los medios necesarios y recuerda que en Europa no existe un mínimo consenso en esta materia. Ni siquiera la reciente STEDH *Mortier c. Bélgica* (2022), pese a citarse por el TC en la sentencia 19/2023, constituiría un precedente válido, pues en este caso se trataba de una eutanasia practicada a petición de una persona con trastornos psiquiátricos (una profunda y larga depresión pero no una enfermedad física terminal, crónica e invalidante) y conforme a una legislación que no establecía un sistema de verificación previa. En todo caso en *Mortier* se sigue afirmando que no es posible deducir del Convenio un derecho a morir⁴⁵. Como pone de manifiesto el voto particular de la magistrada Concepción Espejel en ambas sentencias, ninguno de los tratados internacionales suscritos por España contempla el derecho al aborto ni a la eutanasia, por lo que no se ajustan a la realidad las afirmaciones que se hacen respecto a una interpretación evolutiva de la Constitución, en relación con esta supuesta construcción internacional de un derecho al aborto o a la eutanasia. Que sean derechos públicos subjetivos, en el sentido de exigibles mediante prestaciones de naturaleza pública, no predica nada de su «fundamentalidad» en el sentido constitucional del término, como a la vista está si se conoce la historia de la regulación del aborto en nuestro país. Tampoco configuran el aborto y la eutanasia como derechos las sentencias del TEDH⁴⁶, por

⁴⁵ REY MARTÍNEZ, 2023, p. 576.

⁴⁶ Lo máximo que llega a afirmarse, respecto del aborto en *Tysiac c. Polonia*, de 20 de marzo de 2007 es que «la legislación que regula la interrupción voluntaria del embarazo afecta al ámbito de la vida privada, por la estrecha vinculación que se establece entre la mujer y el feto en desarrollo; a continuación, señala que si el legislador ha decidido autorizar el aborto, no debe concebir el marco legal correspondiente de manera que limite en realidad la posibilidad de obtener el acceso a tal intervención», pero no establece un derecho al aborto. PRESNO LINERA, M.A., *Libre desarrollo de la personalidad...*, op. cit, p. 163. En relación con la eutanasia, *Haas c. Suiza* de 20 de enero de 2011 señala que el derecho de una persona a acabar con su vida, siempre que él o ella esté en disposición de formar libremente su propio juicio es uno de los ámbitos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 del convenio (y en el mismo sentido Gross contra Suiza de 14 de mayo de 2013). *Haas c. Suiza* lo más que llega a afirmar (párrafo 54) es que el derecho a la vida protegido por el artículo 2 del convenio obliga a las autoridades internas a impedir a una persona que se quite la vida si su decisión no se produce libremente y con pleno

lo que su mención es superflua respecto a la construcción del derecho fundamental de autodeterminación que, a partir del libre desarrollo de la personalidad, se opera en las mismas: en absoluto dimana esta construcción de sentencia alguna en el ámbito internacional o comparado. En este último ámbito, puede destacarse, pero en sentido inverso, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al* (597 U.S. (2022)) de 24 de junio, que reconoció, en contra de lo establecido en *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973) y en *Planned Parenthood v. Casey* (505 U.S. 833 (1992))⁴⁷, que la aprobación del aborto en ambas sentencias había comportado un exceso de jurisdicción, pues la cláusula del «Debido proceso» de la Decimocuarta enmienda, como norma de clausura del sistema de libertades en la Constitución norteamericana, no puede amparar la creación jurisprudencial de tal derecho al aborto, pues este no constituye un derecho implantado en profundidad en la tradición y en la historia de la Nación; por lo que esta creación jurisprudencial está en contra del principio de separación de poderes, y la Corte Constitucional decide, por tanto, devolver la competencia que corresponde a los legislativos de los Estados federados⁴⁸.

conocimiento de causa; por lo que, a sensu contrario, en una interpretación lógica, tal obligación no existiría en caso de que se obre de manera libre y consciente; pero llegados a este punto cabe preguntarse si además del derecho a que «nos dejen morir» podría invocarse un derecho a que nos ayuden a morir, bien sea facilitando los medios, caso de suicidio asistido, o bien con la intervención de una persona que provoca la muerte a quien lo ha pedido, es decir, la eutanasia activa directa. Pero el salto a este derecho es cualitativamente importante y aún no se ha producido en el ámbito del TEDH; de hecho, es uno de los problemas más arduos de la ciencia penal, según Roxin. (Presno, p. 79-80). El TEDH escinde «los derechos procesales al aborto» (las obligaciones positivas que tienen que cumplir los Estados para hacer efectivo ese derecho) y el derecho sustantivo al aborto, el cual no se entiende integrado en el derecho a la vida privada, y asimismo, deja un amplio margen de apreciación a los Estados miembros en la cuestión del aborto (GONZÁLEZ MORENO, J.M. (2021), 181; CARMONA CUENCA, E., (2018), 331, ERDMAN, J.N., 2014).

⁴⁷ Sobre la posición constitucional del aborto en Estados Unidos, SIEIRA MUCIENTES, (2000), pp. 106-112; RUBIO LÓPEZ 2023, pp. 7-15.

⁴⁸ “We hold that *Roe* and *Casey* must be overruled. The Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision, including the one on which the defenders of *Roe* and *Casey* now chiefly rely—the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. That provision has been held to guarantee some rights that are not mentioned in the Constitution, but any such right must be “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” and “implicit in the concept of ordered liberty.” Was-

VII. LA PONDERACIÓN QUE LAS SENTENCIAS HAN EVITADO HACER: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA MUJER EMBARAZADA Y EL DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR LIMITADA EN CONTEXTOS EUTANÁSICOS Y EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Cuando se eleva la autodeterminación al rango de derecho fundamental, lo más complicado, como se ha venido diciendo, es encontrar sus límites. Es algo que se ha visto también en las sentencias que nos ocupan. Una vez creado el derecho fundamental de autodeterminación, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, han renunciado a ponderarlo para encontrar sus límites, en concreto, en la legislación cuestionada, por lo que no se justifica suficientemente en la sentencia la prevalencia de este sobre la vida, sea esta considerada un bien constitucionalmente protegido por el art. 15 CE en el caso del nonato, o un derecho fundamental en toda su extensión, la persona que solicita la eutanasia activa. En definitiva, no existe un control de que el legislador haya arbitrado un sistema de protección suficiente de la vida humana, soporte de los restantes derechos, en estos contextos⁴⁹. Tampoco se ha ponderado el conflicto con el derecho de los profesionales implicados a no realizar actos conducentes al resultado moralmente conflictivo para los mismos, es decir, el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, un derecho, por cierto, bastante extendido en la sanidad pública española⁵⁰. Empezaremos por este último.

hington v. Glucksberg, 521 U. S. 702, 721 (1997) (internal quotation marks omitted). *The right to abortion does not fall within this category (...) It is time to heed the Constitution and return the issue of abortion to the people's elected representatives*". También, ya en *Washington et al. v. Glucksberg et al.* (521 U. S. 702 [1997]) se rechazó que un supuesto derecho a cometer suicidio que incluya un derecho a ser asistido para hacerlo tenga «algún lugar en las tradiciones de la Nación americana, dado el rechazo continuo y firme del país, casi universal, de tal derecho, incluso para enfermos terminales, adultos y en posesión de sus facultades mentales. Para admitirlo tendría que revertir siglos de doctrina y práctica jurídicas, y echar abajo las opciones políticas de casi todos los estados de la Unión» Martínez López-Muñiz, J.L., 2021, p.66). Un extenso comentario sobre Dobbs en Rubio López (2023).

⁴⁹ «La vida es el derecho fundamental y troncal sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3 y 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7, entre otras).

⁵⁰ BOSCH VALERO, J.A., El aborto en España [Guía jurídica práctica de la interrupción voluntaria del embarazo], 1ª ed., abril 2023, Cap. V, nota 190.

a) *La objeción de conciencia sanitaria*

En otro lugar hemos defendido la existencia de un derecho fundamental a comportarse de modo acorde con los imperativos de conciencia, como parte del contenido esencial del derecho a la libertad ideológica y religiosa del art. 16 CE, y sin perjuicio de las limitaciones de este que se establezcan legal o jurisprudencialmente⁵¹. Sin detenernos a analizar lo que ha ocurrido en la jurisprudencia del TC con otras «objeciones de conciencia», pues la extensión de este trabajo no lo permitiría (Sieira Mucientes, 2000, pp. 34-56), en concreto, lo indiscutible es que esta modalidad de objeción ha sido declarada como un derecho fundamental por la STC 53/1985 en su FJ 14, en que se ponía de manifiesto que la objeción podía ejercerse incluso en ausencia de normativa reguladora, pues la Constitución es directamente aplicable en materia de derechos fundamentales:

No obstante, cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.

En ninguna sentencia, ni siquiera en estas dos últimas, 19 y 44 de 2023, el TC ha revisado esta doctrina, aunque la ha sometido a nuevos límites a resultas de la creación de dos nuevos derechos fundamentales en conflicto con este. Si el libre desarrollo de la personalidad tiene como límite constitucional el respeto a los derechos de los demás, esta cuestión hubiera debido contar con una ponderación expresa. Nada hubiera obstado a que se hubiera hablado de la doctrina de la «acomodación razonable» (*reasonable accommodation*), muy

⁵¹ Sieira Mucientes, S. *La objeción de conciencia sanitaria*, Dykinson, Madrid, 2000, 340 págs. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-TORRÓN, (2023) habla del «derecho fundamental a no matar» (pp. 23-36); Cfr. También, Leyva Curiá, S., *Participación política y derecho a la objeción de conciencia al aborto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021. Existe discusión doctrinal al respecto, por todos, Gómez Abeja, L., *Las objeciones de conciencia*, Madrid, CEPC, 2015, 464 págs.

practicada en la Administración sanitaria en nuestro país, y que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha consolidado con firmeza en torno a las muchas objeciones de conciencia en el ámbito profesional de las que ha tenido que ocuparse (Sieira Mucientes, 2000, pp. 117-134). Esta doctrina se ha ratificado asimismo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵². No es lo mismo decir que la objeción se limita a los profesionales directamente implicados⁵³, que decir que cubre los actos directamente conducentes al resultado prohibido por la conciencia personal, que es lo que el núcleo esencial del derecho de objeción realmente cubre: aquellas actividades incompatibles o conflictivas con la conciencia personal, que no podría mantenerse en el puesto de trabajo realizando dichos actos sin sufrir un quebranto moral de la máxima gravedad, el horror a terminar con una vida humana, subyacente en las libertades ideológica y religiosa (art. 16 CE) especialmente en el caso de las profesiones sanitarias, y muy particularmente, en la profesión médica⁵⁴. También los profesionales sanitarios poseen, en la terminología de la sentencia, que aquí se critica, “un derecho de autodeterminación personal”, pero en este caso cuenta con cobertura constitucional formal en dichos derechos fundamentales, desde la STC 53/1985. De nada sirve poseer unas determinadas convicciones, sean estas ideológicas o religiosas, si

⁵² En la sentencia Bayatyan c. Armenia, 7 julio 2011, de Gran Sala, se dio un importante giro en la jurisprudencia del Tribunal en materia de objeciones de conciencia: en ella se afirmaba, entre otras cosas, que una injerencia en la libertad de conciencia de la persona no podía considerarse «necesaria en una sociedad democrática» —requisito exigido por el art. 9.2 CEDH— cuando existen medios alternativos que permiten cumplir con el fin perseguido por la norma legal objetada y que al mismo tiempo respetan la opción de conciencia del objeto (Cfr. R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, (2012) 54; 103-105. También J. Martínez-Torrón, (2012), 384-385; 2020).

⁵³ Cfr. NAVARRO-VALLS, R y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., (2022), pp. 106-112.

⁵⁴ En concreto, en el ámbito sanitario, este derecho no solo se ha proclamado expresamente por el Tribunal Constitucional, sino que está muy extendido en la profesión, por el horror moral que puede significar terminar con una vida humana, siendo así que el juramento de Hipócrates preside el Código deontológico del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. En este sentido también ORTIZ FERNÁNDEZ (2022), p. 15 y 91, plantea que el reconocimiento de la eutanasia activa directa ha supuesto un giro en la *lex artis* sanitaria que «provoca que podamos plantearnos si estamos ante una nueva edad de la medicina» (...). «Los médicos, al margen de la objeción de conciencia, tendrán el deber de practicar unas actuaciones que, a priori, pueden resultar atentatorias de la propia deontología de la profesión».

no se permite comportarte de acuerdo con las mismas, en el ámbito profesional sanitario, en el que señaladamente son también prioritarias las normas deontológicas de la profesión. Cuando la ley de salud sexual y reproductiva limita la objeción «a los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia» está imponiendo un límite *a priori* que se compatibiliza mal con el derecho declarado por el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, y además, deja fuera del derecho, sin justificación alguna, a otros profesionales que pueden tener un conflicto de la máxima gravedad con sus convicciones de conciencia: piénsese en el personal de limpieza cuya actividad es imprescindible para dejar el quirófano en condiciones de practicar la intervención⁵⁵. Piénsese en el personal auxiliar o de enfermería que debe ajustar un gotero, acto directamente conducente al resultado prohibido por la conciencia personal, o que debe trasladar unos restos fetales, en casos de abortos posteriores a la semana 22, perfectamente viables, puesto que se trata de partos pretérmino. Baste recordar aquí la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares de 13 de febrero de 1998⁵⁶, que garantizó el derecho a la objeción de conciencia a 16 matronas (ATS en el Hospital del INSALUD de Son Dureta, en Palma de Mallorca), que se negaron a participar en los siguientes actos: ingreso de la paciente, instauración de vía venosa y analgesia, control de la dosis de oxitocina, control de la dilatación del cuello del útero y control de las constantes vitales en todo el proceso. El manejo de los restos fetales tras la intervención fue lo que originó esta objeción masiva, concretamente el hecho de que, a pocos metros, la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales albergase habitualmente bebés de peso similar al de los fetos abandonados hasta morir por hipotermia en los quirófanos en los que se practicaban los abortos.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, pese a declarar que

⁵⁵ Como fue el caso de Elaine Tramm, a quien se garantizó su derecho a la objeción de conciencia en *Tramm v. Porter Memorial Hosp.*, 128 F.R.D. 666 (1986). SIEIRA MUCIENTES (2000), pp. 131-134.

⁵⁶ Sentencia núm. 58/1998 de 13 febrero. Repertorio Jurisprudencia Aranzadi (AS 1998\393).

la ley ha de armonizar el derecho del objetor con la garantía de la prestación por parte de los servicios de salud y con los derechos de la mujer embarazada que pueden verse comprometidos en estos casos. Y en dicha armonización goza del legislador de libertad de configuración dentro de los límites impuestos por la Constitución

no entró realmente a la ponderación con la libertad ideológica y religiosa, sin justificar, pues no se aplica el principio de proporcionalidad, cual es la razón de excluir *a priori* a este personal y a estos actos de la cobertura del derecho fundamental, sabiendo que la limitación de los derechos solo es posible si no se encuentra una alternativa viable y menos gravosa para proteger la finalidad en conflicto, que es asegurarse la suficiente cobertura de las prestaciones en el Sistema Nacional de Salud. En este contexto, si es posible acomodar las tareas en el servicio respetando las convicciones de conciencia de este personal y relativas a estos actos, no está justificada dicha exclusión, vulneradora del derecho del art. 16 CE. La objeción de conciencia es un fenómeno muy extendido en la sanidad pública. Sin embargo, la prestación del servicio se ha venido en todo caso garantizando, mediante la organización de los servicios por parte de las direcciones competentes, mediante las razonables acomodaciones; incluso con el recurso a los convenios de reconducción a clínicas privadas, cuando ha sido preciso, sin merma de su financiación pública.

Así pues, la ley, para ser respetuosa con el derecho de objeción, debería haber sustituido la expresión «profesionales directamente implicados» por «los actos directamente conducentes o necesarios para la intervención». Asimismo, la obligatoriedad de la creación del registro de objetores, es bastante discutible: no es necesario para la organización de los servicios, sino que resulta mucho más efectiva la comunicación de la objeción a la dirección de cada centro en particular⁵⁷. De hecho, incluso es de suponer que, en el caso de la eutanasia, pueda ser contraproducente. Existen muchos casos en que no es posible objetar «previamente» con carácter general, puesto que la objeción va a concretarse únicamente en el caso a caso, dada la enorme multiplicidad de supuestos que la eutanasia activa, con su enorme casuística, va a desplegar. Obligar a objetar previamente y

⁵⁷ DOMINGO GUTIERREZ, 2022, pp. 18-21.

con inscripción registral supondrá, con toda seguridad, una objeción mucho más amplia que la que realmente se produciría si se permitiera un ejercicio más flexible de la misma (comunicación a la dirección del centro, llegado el caso) y todo ello, sin merma comprobable o justificada para la organización del servicio y para que quede cubierto en la práctica.

Este delicado análisis no se aprecia en las sentencias, que han evitado introducirse en el mismo, ni siquiera para dejar en evidencia la incoherencia regulatoria entre ambas leyes, puesto que una regula la objeción en un precepto orgánico (en la eutanasia) mientras que en el caso del aborto queda reconducida a los preceptos que no poseen forma orgánica (en la Ley de salud sexual y reproductiva⁵⁸) dejando entrever una aproximación «sospechosa» y por tanto, restrictiva, hacia un derecho fundamental del máximo rango de protección que se deriva de la STC 53/1985, de la que la jurisprudencia que analizamos dice no apartarse⁵⁹.

b) El consentimiento informado

Tampoco el análisis del consentimiento informado se ha llevado a cabo con profundidad, y ello, pese a que es la base del derecho de autodeterminación:

Debido a su fundamento constitucional, este específico derecho de autodeterminación tiene como presupuesto que su ejercicio responda a la decisión libre y consciente de su titular. Resulta aquí plenamente aplicable, por ello, nuestra ya reseñada doctrina sobre la

⁵⁸ Arts. 19 bis y 19 ter en relación con la disposición final decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo continúa recogiendo la objeción en un precepto ordinario, al igual que lo hacía su predecesora, LO 2/2020, art. 19 en relación con la DF tercera. En el caso de la eutanasia, el art. 16 en relación con la Disposición final tercera de la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia tiene carácter orgánico.

⁵⁹ En sentido concordante, mucho más extensamente, cfr. NAVARRO-VALLS, R., y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Eutanasia y objeción de conciencia*, ed. Palabra, Madrid, 2022, 160 páginas; MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO-ESTARELLAS, M.J., (coords) (2023) *Objeciones de conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar*, Iustel, 589 págs, especialmente MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Libertad de conciencia y derecho fundamental a no matar» pp. 30-36.

información previa y el consentimiento informado como mecanismos de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, con ello, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, de modo que su omisión o defectuosa realización puede suponer una lesión de tales derechos fundamentales (STC 37/2011, FJ 5). (FJ 6 C, d) ii)) STC 19/2023)

Además, tratándose de la interrupción voluntaria del embarazo, es la única protección efectiva durante el plazo de las primeras catorce semanas en que cabe el aborto a petición, tras un periodo de reflexión de tres días, una vez entregado el sobre cerrado con la información relevante para prestar dicho consentimiento. Protección efectiva que resulta obligada para el Estado en virtud de lo dispuesto en la STC 53/1985, que estableció en su FJ 5:

a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) (...) De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

A tenor de lo anterior, el FJ 7 de dicha STC 53/1985 señalaba que, si bien del artículo 15 de la Constitución no cabía derivar la titularidad del derecho a la vida del concebido y no nacido, tampoco se podía concluir que este careciera de protección constitucional, que se sustenta en que la vida en gestación es un bien constitucionalmente protegido, lo que

implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que dado el carácter fundamental de la vida incluya también como última garantía las normas penales.

En su fundamento jurídico 9 recuerda también esta sentencia que

El vínculo natural del nasciturus con la madre fundamenta una relación de especial naturaleza de la que no hay paralelo en ningún otro comportamiento social (...) posee características singulares que no pueden contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del nasciturus.

Este modelo gradual de protección de la vida prenatal fundamenta el sistema de plazos en la sentencia 44/2023. Se señala que la tutela penal sigue vigente durante las primeras catorce semanas, en que es posible el aborto libre a petición de la mujer, en los arts. 144, 145 y 145 bis del CP en los supuestos en que la interrupción del embarazo se lleva a cabo sin respetar las condiciones y requisitos establecidos en la ley orgánica. También se señala que existe protección de la vida prenatal en este periodo mediante el modelo social, asistencial y sanitario-preventivo que diseña la ley y mediante las políticas públicas de promoción de la sexualidad responsable y de apoyo de la maternidad. Aunque el principio de proporcionalidad no vincula al legislador del mismo modo que a los tribunales, sino de un modo matizado, es el único canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las medidas limitativas de los derechos y bienes constitucionales en conflicto, en su versión de prohibición de protección deficiente. Se echa en falta un análisis pormenorizado del balance de intereses que ha operado el legislador, especialmente en materia de consentimiento informado de la mujer gestante, que es el que justifica que el aborto tenga lugar en las condiciones que establece la ley, y, por tanto, se despenalice su práctica; de hecho, con la técnica de la remisión a la ley y el tipo penal en blanco, el art. 145 CP tipifica como delito el incumplimiento de los requisitos procedimentales establecidos en la ley orgánica. En el recurso se hizo notar que el art. 17.2 de la

ley orgánica podría resultar ineficaz en materia de consentimiento informado por cuanto se establece que se haga entrega de la información en un sobre cerrado, con toma de constancia de la fecha de la entrega, a efectos del cómputo del plazo a partir del cual el aborto puede practicarse. Lo cual no implicaba que la información llegase a conocerse, como se hizo notar en el recurso, junto con el inciso legal de que «podrá ser ofrecida, además verbalmente, si la mujer lo solicita», que no ofrecía, tampoco, garantía de que la mujer prestase su consentimiento informado. De hecho, en el caso del aborto, en la ley se exigen menos garantías que en la renuncia a la información previa al consentimiento en general a cualquier otro tratamiento, a tenor de lo que dispone el art 9.1 de la ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que obliga a una constancia documental de la renuncia. Debíó razonarse en la sentencia por qué este sistema de posible inoperancia real de la información que otorga validez al consentimiento, no constituye una desprotección de la vida prenatal, no sustituible, desde luego, (sin negarles importancia) por políticas de educación sexual y promoción de la maternidad, porque estas dependen de una *interpositio legislatoris* adicional y futura; pero solo se alcanzó a justificar que el sistema es válido para no generar presiones externas a la decisión de la mujer, que, por excesivas, puedan resultar indebidas, sobre todo porque, de modo incoherente con ello, la sentencia afirma:

El sistema diseñado por la Ley Orgánica está orientado a garantizar que la mujer tenga a su alcance la información más completa que pueda necesitar a la hora de adoptar una decisión que se considera de extraordinaria trascendencia, libre de toda presión externa, con pleno conocimiento de causa y contando con todos los elementos adecuados para formar juicio, incluidos aquellos que pudieran contribuir a subvenir las dificultades de todo orden que el nacimiento de un hijo o hija pudiera plantearle. El modo en que se ha regulado la puesta de esta información a disposición de la mujer cumple dicho objetivo sin generar intromisiones ilegítimas, en cuanto excesivas, en los derechos fundamentales. Por lo demás, los preceptos aquí analizados contienen la previsión legal específica de que la información recogida en el art. 17.2 sea ofrecida verbalmente a la mujer si esta así lo solicita.

Mal puede consentirse con conocimiento de causa si se renuncia a leer la información entregada por escrito, y si para evitar presiones externas no se cerciora el legislador de que la información se conozca, mal puede hablarse de consentimiento informado, libre y maduro. Máxime cuando el interés en pugna con la vida prenatal es únicamente el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, que parece no conocer límites, a tenor de la renuncia a la ponderación que se produce en este punto.

Aun es más grave la cuestión de la renuncia a la ponderación del consentimiento para formular la petición de eutanasia activa en el caso de las personas en situación de incapacidad de hecho, respecto de las cuales la ley orgánica 3/2021 dispone que solamente podrá reconocerse el derecho a la prestación de ayuda para morir si el paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (art. 5.2), quedando el médico responsable obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente (art. 9).

El artículo 11 de la ley 41/2002, de 14 de noviembre define el testamento vital o documento de instrucciones previas, como aquel documento mediante el cual

una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta su voluntad anticipadamente, para que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en las que no le resulte posible expresarlo personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

Existen diversos modelos en cuanto al alcance y contenido de este tipo de documentos establecidos en las diversas comunidades autónomas, habida cuenta de la competencia en la materia que estas poseen. El voto particular del magistrado Enrique Arnaldo da cuenta de las regulaciones autonómicas y de las formas de otorgamiento de estos documentos, ante notario, ante testigos o ante el funcionario habilitado del registro autonómico o el funcionario del servicio de salud correspondiente. Pero en ningún caso, según establece este voto particular, se adoptan las garantías suficientes para asegurar que

quien toma la decisión de incluir en ese documento una solicitud de eutanasia activa, para el caso de que en el futuro concurra una determinada contingencia, se encuentra en plenitud de facultades para ello y ha obtenido previamente la información precisa sobre las opciones terapéuticas o paliativas que le puede ofrecer como alternativa el sistema de salud, por lo que es la ley orgánica 3/2021 la que suscita este problema. Además, si transcurre mucho tiempo desde el momento en que se suscribió el testamento vital, no existe garantía alguna del mantenimiento de tal decisión, ni de su carácter informado a la luz de la evolución que, desde entonces, hubiera experimentado la ciencia; como señala también la magistrada Concepción Espejel en su voto particular, ni siquiera se excluye que el documento fuera otorgado cuando la persona aún no sufriera ninguno de los padecimientos que en un momento posterior pudieran justificar la solicitud de ayuda para morir, de modo que, cuando lo otorgó, carecería de información sobre su proceso médico, sus posibles alternativas en el momento en que pudiera plantearse la eutanasia y desconocería sus posibilidades de acceso a cuidados paliativos y prestaciones, que, bien por el avance de la ciencia médica o por el transcurso del tiempo, podrían haber variado. La ley regula, además, una presunción de mantenimiento de la voluntad de optar por la eutanasia por el mero hecho de no haber revocado el documento, estableciendo así una presunción a favor de la eutanasia y contraria al derecho a la vida. Adicionalmente desaparece la exigencia de la reiteración de la petición que es un requisito indispensable, según la ley, para los pacientes que poseen plena capacidad.

Por otra parte, no se exige que la persona que presente la solicitud tenga parentesco o vinculación alguna con el paciente, solo se exige que la persona capaz presente el documento de instrucciones previas sin manifestar ni acreditar la forma en que tuvo acceso a dicho documento ni se contempla que el mismo debiera estar incorporado a algún registro público otorgado en forma que garantice su autenticidad. A diferencia de lo que exige la ley 41/2002 que prevé el consentimiento por representación en el supuesto de que el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y carezca de representante legal, en cuyo caso el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones

familiares o de hecho. En cambio, para la ejecución de una actuación de extrema gravedad como es la eutanasia activa no se exige ningún vínculo con el paciente, que sí se requiere, en general, en materia de consentimiento informado a cualquier tratamiento; ni tampoco existe garantía de la irreversibilidad en la situación de incapacidad de hecho.

Habida cuenta de la centralidad del consentimiento en la solicitud de la eutanasia activa hubiera debido controlarse la ponderación que el legislador ha realizado teniendo en cuenta todos estos factores, de acuerdo con el escrutinio del principio de proporcionalidad, para asegurar que el derecho a la vida no se vulnera por falta de protección suficiente a los más vulnerables, en el sentido de asegurar por todos los medios que la decisión se ha tomado en condiciones de libertad para consentir, con toda la información necesaria y libre de presiones externas⁶⁰.

VIII. CONCLUSIÓN

El inusual activismo judicial desplegado por las SSTC 19/2023 y 44/2023, utilizando el art. 10.1 CE como pasarela para la creación de dos nuevos derechos fundamentales a la eutanasia y al aborto, no era necesario, en absoluto, para proteger, con idénticos efectos, las decisiones libres e informadas de la mujer embarazada y de la persona en contextos eutanásicos. No se alcanza a vislumbrar con qué grado de protección concreta y efectiva cuenta la vida humana, soporte de los restantes derechos, habida cuenta de que el Código Penal configura esta cuestión, en ambas leyes, como una norma penal en blanco. No se ha hecho un análisis en profundidad de la materia del consentimiento informado, central en cuanto elemento clave para la exclusión de la normativa penal. Se ha renunciado a la ponderación necesaria para comprobar el efectivo respeto del derecho de objeción de conciencia, cuando estos dos nuevos derechos crean inmediatamente obligaciones por parte del personal sanitario y auxiliar que ha de atender en estas circunstancias. Las sentencias han invadido el ámbito del poder legislativo, puesto que no existe ya para el legislador

⁶⁰ Sobre el consentimiento informado (pp. 108-114; 116-121) y la objeción de conciencia en relación con la eutanasia y los problemas a que puede dar lugar (pp. 86-92), ORTIZ FERNÁNDEZ, M., (2022).

la libertad de configurar, salvo *overruling* expreso y directo de esta jurisprudencia, el aborto y la eutanasia como meros derechos legales, o incluso, como meras conductas despenalizadas bajo determinados supuestos. También se ha invadido el ámbito del poder constituyente derivado, pues el libre desarrollo de la personalidad no aparece en la Constitución como derecho fundamental, como de las sentencias comentadas se deduce, sino como principio constitucional, sin que pueda importarse directamente la teoría de la norma de clausura del ordenamiento alemán básicamente por esta razón.

Al crearse estos nuevos derechos fundamentales, subsisten inquietudes en relación con su vertiente prestacional. Una primera cuestión respecto de su garantía, además del recurso de amparo, ya admitido y resuelto recientemente frente a las dificultades de acceso a la prestación abortiva: Los derechos fundamentales poseen eficacia directa, de modo que son directamente invocables y pueden ejercerse en ausencia de regulación específica (art. 53 CE). Así se proclamó respecto de la objeción de conciencia en el FJ 11 de la STC 53/1985 ¿Puede esto predicarse honestamente de estos nuevos «derechos fundamentales» al aborto y a la eutanasia? ¿Podrían invocarse y ejercerse sin legislación de desarrollo?

Una segunda cuestión respecto de las implicaciones económicas: el libre desarrollo de la personalidad en cuanto derecho fundamental, podría llegar a convertirse en una vía de creación de obligaciones presupuestarias para el Estado, elevando la protección constitucional que el art. 53 dispensa a los principios rectores de la política social y económica, convirtiéndolos también en nuevos derechos fundamentales, que condicione no ya los Presupuestos Generales del Estado de un ejercicio económico, sino *sine die*, invadiendo así, nuevamente, un ámbito reservado en cuanto a su iniciativa, al Gobierno, y en cuanto a su aprobación, al Parlamento, con el riesgo de hacerse incompatible con el principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el art. 135 CE.

Desde el punto de vista de la dogmática de los derechos, son muchos los problemas que emergen a partir de estas sentencias: ¿Cuál es el contenido esencial, intangible para el legislador, del libre desarrollo de la personalidad? ¿Coincide con un derecho a la autodeterminación, libre albedrío, libertad general de decisión, que puede

conectarse con el derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), a la libertad personal y a la seguridad (art. 17 CE), a la intimidad personal (art. 18 CE) que se desborda hacia un concepto mucho más extenso (el de la *privacy* del constitucionalismo americano o del art. 8 del CEDH), o incluso, más aún, confundirse con el concepto de dignidad de la persona, tan excesivo que solo el silencio puede estar a su altura (Jiménez Campo, 2008, p. 181)? Y si es así, ¿se trata de un derecho limitable? ¿Qué bien, interés constitucional o derecho en conflicto con la dignidad podría resultar comparable, puesto que la dignidad, por su propia estructura, siempre saldría vencedora en cualquier ponderación a través de un balance de intereses?

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M. (2001). Entrevista a Robert Alexy. *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, 24.
- BISCHOF, J. (2021). Zur Verfassungsmäßigkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gemäß § 217 StGB, StudZR Wissenschaft Online 1/2021 – WissOn.studzr.de (pp. 188-225).
- BOSCH VALERO, J.A. El aborto en España [Guía jurídica práctica de la interrupción voluntaria del embarazo], 1ª ed., abril 2023.
- CALIESS, C. Elfes “Revisited? Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, *Verfassungsblog* 25.05.2021.
- CAMARA VILLAR, G. (2012). El sistema de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución Española. En BALAGUER CALLEJÓN, F. J. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*. (vol. II, 7.ª ed.). Tecnos.
- CAMARA VILLAR, G. (2021). La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVII (2021).
- CARMONA CUENCA, E. «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género». UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 311-334.
- DE MONTALVO JAASKELAINEN, F. (2023). Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la eutanasia. ¿Demasiado rápido, demasiado lejos? *Revista General de Derecho Constitucional* 39.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas.
- DOMINGO, R. (1995). Observaciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28-5-1993, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* Vol. 11, pp. 323-330.

- DOMINGO GUTIÉRREZ, M. (2022). Claves jurídicas acerca del modelo europeo regulador de la eutanasia, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 58.
- ERDMAN, J.N. (2014). Procedural abortion rights: Ireland and the European Court of Human Rights, *Reprod Health Matters*, en <http://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25555760>.
- FREIXES SANJUAN, T. y REMOTTI, J.C. (1993). *El derecho a la libertad personal*. PPU.
- GARCÍA MORILLO, J. (1995). *El derecho a la libertad personal*. Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2005). Dignidad y Ordenamiento Comunitario. *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 4.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J. (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía*. Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ MORENO, J. M. (2021). El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un «giro procedimental» *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XXXVII), pp. 173-195.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1986). *La dignidad de la persona*. Civitas.
- HONERLEIN, J. Das „Grundrecht auf Autofahren“ als Grenze demokratischer Stadtgestaltung? *Verfassungsblog*, 22.05.2022.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (2008). Comentario al art. 10.1 de la Constitución Española. En CASAS BAHAMONDE, M.^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*. XXX Aniversario. Ed. Wolters Kluwer.
- LAURENZO COPELLO, P. (1990). *El aborto no punible*. Ed. Bosch.
- LEYVA CURIÁ, S. (2021). *Participación política y derecho a la objeción de conciencia al aborto*. Ed. Aranzadi.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C. y SIEIRA MUCIENTES, S. (2000). *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*. Ed. Bosch.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L. (2021). El deber de proteger la vida y, especialmente, de los más debilitados, frente a un inexistente derecho a quitarse la vida por sí o por otros, *Revista española de derecho constitucional*, 122.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). The (Un)protection of Individual Religious Identity in the Strasbourg Case Law, en “Oxford Journal of Law and Religion” 2.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2020), Objeción de conciencia al aborto: un paso atrás en la jurisprudencia de Estrasburgo, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 53.

- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. y VALERO-ESTARELLAS, M.J. (2023). *Objeciones de conciencia y vida humana: el derecho fundamental a no matar*. Iustel, p. 589.
- MURSWIEK, D. (2021). Wie wiegt man Corona?. Über Defizite und Fehlgewichtungen in der Lockdown-Judikatur, *Verfassungsblog*.
- NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). Conflictos entre conciencia y ley las objeciones de conciencia (2ª ed.), Iustel y Porrúa.
- NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2022). *Eutanasia y objeción de conciencia*. Ed. Palabra.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, M. La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, sometida a «examen» de constitucionalidad: crónica (anunciada) de la creación de un derecho fundamental ex novo, *Diario LA LEY*, N° 10271, Abril de 2023.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, M. (2022). *Problemática actual de la eutanasia y el suicidio asistido: incidencias de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo*, Tirant lo Blanch.
- OTTO, I. DE (1987). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel.
- PRESNO LINERA, M.A. (2022). *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*. Ed. Marcial Pons.
- PRIETO SANCHIS, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales.
- PULIDO QUECEDO, M. (2000). ¿Numerus clausus o numerus apertus en materia de derechos fundamentales?: el derecho fundamental a la protección de datos. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* num.20/2000
- PULIDO QUECEDO, M. (2004). Un nuevo enfoque jurisprudencial en el enjuiciamiento de la lesión por ruido medioambiental. A propósito de la STEDH, de 16 de noviembre de 2004, Caso Moreno Gómez contra España. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm.652.
- REY MARTÍNEZ, F. (2023). «La eutanasia en el sistema europeo de Estrasburgo y su impacto en el ordenamiento español», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, pp. 567 a 589.
- RUBIO LLORENTE, F. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Ariel.
- RUBIO LÓPEZ, J.I. (2023). «Persona es su nombre. El estatuto jurídico del no nacido. La vida es su primer derecho», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 63.
- RUIZ MIGUEL, A. (1993). Autonomía individual y derecho a la propia vida. Un análisis filosófico-jurídico. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*.

- RYSZARD KOSMIDER, M. (2018). El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia a los sistemas constitucionales alemán y español. *Revista de Derecho UNED*, núm. 23.
- RYSZARD KOSMIDER, M. (2019). *El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la sociedad de la información y el conocimiento*. UNED.
- SIEIRA MUCIENTES, S. (2000). *La objeción de conciencia sanitaria*. Dykinson.
- STARK, C. (1993) Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens: Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG, *Juristen-Zeitung* 48. Jahrg., Nr. 17 (3. 09. 1993), pp. 816-822.
- STEIN, E. (1973). *Derecho político* (Lehrbuch des Staatsrechts) Trad. de Fernando Sainz Moreno. Aguilar.
- VIDAL GIL, E. (1995). Límites, notas y garantías de los derechos fundamentales. La STC 215/1994 sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 12.
- VITERI CUSTODIO, D. D. (2012). La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional federal alemán. *Estudios de derecho*, (vol. 69, nº 153).
- WINTRICH, J.M. (1973). *Zur problematik der grundrechte*, en STEIN, E., *Derecho político* (Lehrbuch des Staatsrechts). Trad. de Fernando Sainz Moreno. Aguilar.
- WIESING, U. (2022). The Judgment of the German Federal Constitutional Court regarding assisted suicide: a template for pluralistic states? *J Med Ethics* 2022;48:542–546.
- WIBMANN, H. Impfen im Verfassungsstaat. Eine freiheitliche Begründung besonderer Rechtspflichten in besonderen Zeiten, *Verfassungsblog* 6.12.2021.
- ZODER, I. (1996). Reforma y regulación legal del aborto a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 1 (enero-abril), pp. 219-280.

UN ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE EL PODER EJECUTIVO ENTRE ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA: EL USO Y ABUSO DE LAS ÓRDENES EJECUTIVAS Y LOS REALES DECRETOS-LEY

THE USE AND ABUSE OF EXECUTIVE ORDERS AND ROYAL DECREE-LAWS: A COMPARATIVE STUDY ON UNILATERAL EXECUTIVE POWER IN THE UNITED STATES AND SPAIN

María CORRES-ILLERA

Profesora Colaboradora Asociada Doctora
Facultad de Derecho (ICADE), Universidad Pontificia de Comillas
Departamento de Disciplinas Comunes, Área de Derecho Constitucional
<https://orcid.org/0000-0002-1594-4173>

Juan Carlos CUEVAS LANCHARES

Profesor Contratado Doctor
Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Universidad Complutense.
Miembro del ICCA
Departamento de Ciencia Política y de la Administración
<https://orcid.org/0000-0002-1871-9107>

Fecha de recepción del artículo: octubre 2023

Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2023

RESUMEN

Este artículo contribuye a la investigación abordando el uso del poder ejecutivo unilateral de manera comparada entre los Estados Unidos de América y España. Ambos países tienen herramientas legales que permiten al Ejecutivo legislar de forma unilateral, poniendo en cuestión el principio de separación de poderes. Basándonos en los estudios de Mayer y Santolaya sobre las órdenes ejecutivas y los reales decretos-ley respectivamente, revisamos y ampliamos sus hallazgos con datos actuales, además de realizar un análisis comparado de estas herramientas jurídicas. Nuestras hipótesis son que los Gobiernos progresistas tienden a recurrir con más frecuencia a estas herramientas, especialmente durante sus primeros cien días en el cargo, más

aún, cuando los Gobiernos tienen poco apoyo de su rama legislativa. De esta manera, se hace un uso excesivo de la legislación que proviene del Ejecutivo para promover la agenda política del Gobierno, excediendo la intención con la que las órdenes ejecutivas y los reales decretos fueron planteados por los legisladores constituyentes en ambos países.

Palabras clave: Poder ejecutivo, presidencia, gobierno, separación de poderes, presidencialismo, democracia parlamentaria, decretos-leyes, órdenes ejecutivas, reales decretos.

ABSTRACT

This article contributes to the research addressing the use of unilateral executive power in a comparative manner between the United States of America and Spain. Both countries have legal tools that allow the executive to legislate unilaterally, calling into question the principle of separation of powers. Based on Mayer and Santolaya's studies on Executive Orders and Royal decree-laws respectively, we review and expand their findings with current data, in addition to applying a comparative analysis of these legal tools. Our hypotheses are that progressive governments tend to resort more frequently to these tools, especially during their first hundred days in office. Even more so, when governments have little support from their legislative branch. In this way, excessive use is made of executive legislation to promote the government's political agenda, exceeding the intention with which executive orders and royal decree-laws were created by the constitutional legislators.

Keywords: executive power, presidency, presidential system, decree, executive order, government, separation of powers, presidencialism, parliamentary democracy, parliamentary system.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÓRDENES EJECUTIVAS Y REALES DECRETOS-LEY COMO INSTRUMENTOS LEGALES. 1. *Las órdenes ejecutivas en el sistema jurídico de los EE. UU.* 2. *El real decreto-ley en el sistema jurídico español.* III. METODOLOGÍA. IV. ANÁLISIS. 1. *El uso más frecuente de las EO y los RDL depende de la ideología del Gobierno.* 2. *La utilización de EO y RDL para establecer la agenda política del Gobierno.* 3. *Los Gobiernos débiles emiten más EO y RDL.* 4. *¿Se están usando correctamente las EO y los RDL?* V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO.

I. INTRODUCCIÓN

Esta investigación plantea un estudio sistematizado de los reales decretos-ley (RDL) en España durante las últimas décadas, en paralelo a las órdenes ejecutivas (EO, por sus siglas en inglés) en los Estados Unidos (EE. UU.). A pesar de operar en dos sistemas políticos muy diferentes, uno parlamentario y el otro presidencial, se puede considerar que los RDL y las EO son instrumentos legales homólogos diseñados para que el Ejecutivo, en sistemas democráticos plenamente consolidados, use como medida excepcional los poderes que están reservados para el Legislativo. Además, como señala el profesor Manuel Aragón Reyes (2016), cada vez que un RDL se utiliza de forma unilateral como un privilegio ejecutivo, España se acerca más a un sistema presidencialista y se aleja de las prácticas de la democracia parlamentaria, de ahí la pertinencia de los países elegidos para la comparativa.

Comenzaremos enmarcando constitucionalmente lo que son los RDL y las EO, y lo que implican como herramientas legales en el marco de sus respectivos sistemas jurídicos. Para, posteriormente, basándonos en un análisis cualitativo de dichas herramientas, tanto individual como comparativo, ver si este recurso legal, que permite a los Gobiernos legislar, se utiliza adecuadamente o, por el contrario, se utiliza principalmente como instrumento político al no respetar los límites de su caracterización constitucional, prestando especial atención a su excepcionalidad y urgencia.

Observaremos cómo los RDL y las EO se han utilizado como recurso político en los últimos años tanto en España como en los Estados Unidos, especialmente en cuatro circunstancias: i) en el caso de un Gobierno progresista; ii) durante los primeros cien días en el cargo; iii) en el caso de Gobiernos débiles o divididos; iv) el uso correcto o abusivo que de estas herramientas se hizo durante la pandemia global de la COVID-19.

Este estudio tiene como objetivo aportar argumentos académicos en el debate abierto para la reforma de las atribuciones del Poder Ejecutivo. Se cuestiona si los límites para la interpretación constitucional resultan suficientemente claros, o si se deben acometer restricciones para evitar el uso político de estas poderosas herramientas del Poder Ejecutivo.

Hoy en día, aunque el número de EO no es tan alto como hace un siglo (ver tabla 1 del apéndice), ha estado aumentando recientemente con cada nueva Administración en los EE. UU. También observamos esta preocupante tendencia en España con los RDL, ya que los Gobiernos exhiben rasgos de poder unilateral, sin los necesarios contrapesos en el ejercicio del poder (ver tabla 2 del apéndice).

Atendiendo a estas cuestiones optamos por estudiar este problema en una perspectiva comparada en los dos países, y ver si comparten patrones comunes que puedan llevar a una posible explicación de por qué se ha incrementado su uso en los últimos años. Para ese examen analizamos la literatura española sobre el uso y abuso de los RDL y la estadounidense sobre la legislación unilateral desde el Ejecutivo sobre la base de los datos obtenidos.

II. ÓRDENES EJECUTIVAS Y REALES DECRETOS-LEY COMO INSTRUMENTOS LEGALES

1. Las órdenes ejecutivas en el sistema jurídico de los EE. UU.

En los EE. UU. el presidente tiene el poder de emitir varios tipos de documentos legalmente vinculantes, como son las órdenes ejecutivas (EO), los memorandos presidenciales o las proclamaciones. También cuenta con la capacidad de bloquear la legislación del Congreso mediante la utilización del veto. De entre estos, las EO permiten a los presidentes promulgar legislación vinculante sin necesidad de la aprobación del Congreso.

Se considera que para emitir una EO válida desde el punto de vista legal, el presidente debe cumplir uno de tres requisitos: a) que responda a la delegación literal del artículo II de la Constitución de los Estados Unidos; b) que se traslade de una transferencia expresa de poderes del Congreso al presidente de los EE. UU.; c) que se trate de uno de los poderes inherentes de la Presidencia de los Estados Unidos (Mayer, 2002, p. 36).

Inicialmente, el uso de las EO se limitaba a cuestiones burocráticas dentro del Gobierno (Branum, 2002, p. 9), como el aumento o disminución de departamentos, agencias o personal. Sin embargo, su uso se ha desviado hacia otras áreas particularmente significativas del Gobierno como son las relaciones internacionales, o en el ámbito

de los derechos civiles, acciones que han proliferado desde el fin de la Segunda Guerra Mundial (Malchow, 2020, p. 282). El uso de las EO ha dado lugar a un aumento *de facto* de los ya de por sí amplios poderes de la Presidencia de los EE. UU. La posibilidad de emitir EO, como instrumentos para legislar de manera unilateral desde la Presidencia ha adquirido una preeminencia sin precedentes en la vida política estadounidense.

Dos de los presidentes más significativos de principios del siglo xx en los Estados Unidos tenían dos puntos de vista opuestos sobre el papel que podían jugar las EO para aumentar el poder presidencial. Por un lado, Theodore Roosevelt estaba a favor de un Ejecutivo fuerte que, en caso de necesidad, como demostró durante su mandato, pudiera expandir sus poderes haciendo uso de EO sin la supervisión del Congreso. Por otro lado, Howard Taft consideraba que el Poder Ejecutivo debería estar limitado por los controles y equilibrios diseñados en la Constitución norteamericana y, en consecuencia, no debería aumentar sus funciones a menos que se le transfirieran expresamente poderes extraordinarios (Branum, 2002, pp. 3-4; Mayer, 2002, p. 51).

Las EO siguen un sistema de numeración consecutivo, independientemente de quién ocupe la Casa Blanca. Este sistema ha estado en vigor desde principios del siglo xx y recopila EO que datan de 1862 (Mayer, 2002, p. 68). En consecuencia, las órdenes emitidas por presidentes anteriores se numeran con un sufijo que indica que están fuera del sistema de órdenes consecutivas (Branum, 2002, p. 8). Es importante señalar que las nuevas EO pueden ser promulgadas para derogar órdenes ejecutivas anteriores.

Algunas de las EO más famosas de la historia han sido: el internamiento de los estadounidenses de origen japonés en la Segunda Guerra Mundial, durante la presidencia de Franklin D. Roosevelt; la creación del Cuerpo de Paz, de John F. Kennedy; o la reforma de los mecanismos de detención de sospechosos de terrorismo, durante el gobierno de George W. Bush. Estas medidas coinciden con la evolución y expansión del Poder Ejecutivo en los Estados Unidos (Dodds, 2013).

Es importante recordar que no hay una definición *de iure* en la Constitución de 1787, ni en ninguna EO, de lo que debe ser el contenido y alcance de una EO (Dodds, 2013, p. 5; Rudalevige, 2012,

p. 145), las EO desde esa indefinición son en esencia una decisión unilateral del presidente, concebidas como un poder discrecional del mismo (Mayer, 1999, p. 448), que le permite legislar sin intervención del Congreso o del Tribunal Supremo (Mayer, 2002, p. 4), y que involucra un delicado equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo.

2. El real decreto-ley en el sistema jurídico español

Los antecedentes históricos de los RDL en España se remontan al siglo XIX, pero no fue hasta el golpe de Estado del general Primo de Rivera que se reconoció plenamente la existencia de esta herramienta legal, específicamente después del 15 de septiembre de 1923, cuando el entonces presidente de la Junta Militar recibió el poder de emitir reales decretos-ley (Tuñón de Lara, 1974). Posteriormente, la Constitución de la Segunda República española (en 1931), y en el marco de una democracia parlamentaria liberal, formalizó la figura del decreto-ley en el artículo 80 con un carácter bastante restrictivo que estableció limitaciones mucho más claras y precisas para el uso de los RDL que la legislación española anterior, y la actual, al requerir un acuerdo unánime en el Consejo de Ministros para su aprobación, así como una autorización previa por una mayoría cualificada de diputados en la Cámara Baja para su desarrollo, de esta forma el Congreso no se veía desprovisto del ejercicio de sus funciones legislativas y de control sobre el Poder Ejecutivo. Mientras que, con la actual Constitución española (CE) (1978), la autorización del Parlamento se produce después de la promulgación del RDL por el Gobierno.

Sin embargo, el momento de máxima expansión de esta norma legal en España sin duda tuvo lugar durante la dictadura de Franco (1939-1977), y específicamente después de la muerte del dictador en 1975, durante la transición hacia la democracia. Durante este período, se aprobaron un total de 841 reales decretos-ley (Santolaya Machetti, 2003, p. 38; Aragón Reyes, 2016, p. 34).

Así, se puede afirmar que, como señala Santolaya Machetti (2003), el origen histórico de esta herramienta en el sistema legal español tiene unas claras connotaciones antidemocráticas, a pesar de que durante la Transición los reales decretos-ley fueron muy útiles en lo que Torcuato Fernández Miranda definió como el paso «de ley a ley, mediante ley» (Fernández Miranda, 2018). Sin embargo, en

el siglo XXI, el abuso de esta práctica ha socavado el desarrollo de la democracia española, situación que se ha visto agravada por la pandemia de la COVID-19.

Actualmente, los RDL están regulados en el artículo 86 de la Constitución española (1978) con una triple limitación (art. 86 CE): circunstancial, material y temporal.

La limitación circunstancial que supone el presupuesto de hecho habilitante se refiere al hecho de que la Constitución permite al Gobierno emitir RDL solo en casos de extraordinaria y urgente necesidad. Irónicamente, es responsabilidad del Gobierno identificar cuáles son las circunstancias extraordinarias y urgentes; el Tribunal Constitucional no se ha inmiscuido demasiado en calificar de abusivo lo que los Gobiernos tildan como urgente y necesario, por considerar que esta apreciación debe ser estrictamente política (Barreiro González, 2003, p. 55); por lo tanto, los Gobiernos utilizan los RDL atendiendo, en la mayoría de los casos, a su propia conveniencia. Sin embargo, es importante destacar que existen limitaciones materiales que especifican qué áreas no pueden ser reguladas por el real decreto-ley: como aquellas relacionadas con los derechos fundamentales, los estatutos de autonomía o el régimen electoral general.

Finalmente, existe un problema clave que afecta a la práctica legal de los RDL, y es su naturaleza provisional. Este límite, establecido en la Constitución (art. 86 CE), fija que el Congreso de los Diputados tiene un plazo de 30 días para convalidar o derogar esos decretos (García-Escudero Márquez, 2005b). Además, el Congreso también tiene la oportunidad de activar un procedimiento legislativo abreviado para convertirlos en proyectos de ley (García-Escudero Márquez, 2005a, p. 236), lo que permitiría no solo la discusión parlamentaria del texto, sino también la posibilidad de introducir enmiendas por parte de otras fuerzas políticas. A menos que el RDL se transforme en un proyecto de ley el Senado no participa en su aprobación parlamentaria, impidiendo que la Cámara Alta realice una de sus funciones más destacadas como cámara de segunda lectura, una muestra más del bicameralismo asimétrico de las Cortes, con un predominio del Congreso frente al Senado.

Además, los RDL solo pueden ser derogados, en todo o en parte, mediante un recurso de inconstitucionalidad presentado ante

el Tribunal Constitucional español (TC). Si el TC dicta sentencia declarando que el decreto incumple el marco constitucional español el decreto se anula y queda sin efecto desde su aprobación.

Los RDL también se numeran consecutivamente, con una numeración que se reinicia al comienzo de cada año natural.

III. METODOLOGÍA

Esta investigación compara dos herramientas legislativas homólogas en dos sistemas políticos democráticos diferentes, la monarquía parlamentaria española y el modelo presidencialista de los EE. UU. Sustentándonos en los datos recabados, podemos afirmar que tanto en EE. UU. como en España, las EO y los RDL han sido utilizados de la misma manera por los Gobiernos, lo que ha llevado a un aumento del poder ejecutivo sin una supervisión parlamentaria eficaz, vulnerando los controles y equilibrios diseñados por sus respectivas constituciones. Al aplicar los datos de la literatura académica consolidada sobre EO y RDL, así como al aplicar la literatura estadounidense a los RDL y viceversa, buscamos contribuir con una nueva perspectiva a este campo. Aspiramos a inspirar a otros académicos a emprender investigaciones similares en sus países, lo que ayudará a comprender mejor las diferencias y similitudes sobre estas herramientas del Poder Ejecutivo en todo el mundo, con la intención de incentivar y promover el debate académico sobre la necesidad de reformar o restringir el uso y el abuso de la legislación que emana del Poder Ejecutivo.

Revisitando el análisis de Mayer y Santolaya Machetti extraemos buena parte de sus marcos teóricos para comprobar si sus conclusiones siguen siendo aplicables al uso actual de EO y RDL en los EE. UU. y España.

En un artículo publicado en 1995, Mayer estudió las órdenes ejecutivas desde 1939 hasta 1995. Su libro *With the stroke of a pen* (2002) amplió hasta 1999 su estudio anterior. En ambos trabajos, Mayer concluyó que las EO varían según tres condiciones generales: en primer lugar, dependiendo del partido político que esté en el poder; en segundo lugar, se emiten más EO al comienzo y al final del mandato presidencial; y, en tercer lugar, existe un mayor uso de EO cuando el Gobierno exhibe bajos niveles de apoyo popular o del Congreso (Mayer, 1999; Mayer, 2002).

De la misma forma, Santolaya Machetti realizó un estudio sistemático en el que se centró en las características constitucionales de los RDL (Santolaya Machetti, 1988). Después, en 2003, hizo un seguimiento minucioso analizando el uso, y el abuso, de esta herramienta legal para el período comprendido entre el 1 de mayo de 1987 y el 1 de mayo de 2003 (Santolaya Machetti, 2003).

Han pasado veinte años desde la publicación de los estudios de Mayer y Santolaya Machetti. Por lo tanto, creemos que es el momento apropiado para revisar sus hallazgos, y confirmar si sus resultados siguen siendo aplicables hasta la fecha de escritura de este trabajo¹.

Para ofrecer una visión general de la cantidad de RDL y EO aprobados en los últimos años, así como permitir observar cómo se comparan los datos analizados con las cifras históricas, el apéndice de este trabajo contiene las cifras sobre el número total de RDL y EO recopiladas a través de los datos ofrecidos en la página web del American Presidency Project y del sitio web del Congreso de los Diputados. Para poner a prueba los hallazgos de Mayer y Santolaya Machetti, que terminan en 2002 y 2003 respectivamente, comenzamos nuestro análisis en el año 2000 para España y en 2001 para los EE. UU. ya que además de suponer el arranque del nuevo siglo *xxi*, estos años marcan el comienzo de las cuatro Administraciones más recientes tanto en España como en los EE. UU. Unas Administraciones con una importante carga simbólica en lo que se refiere a la alternancia en el poder de visiones ideológicas contrapuestas.

Las elecciones de noviembre de 2000 marcaron el inicio de la presidencia de George W. Bush que comenzó en enero de 2001. De manera similar, España celebró elecciones generales en marzo de 2000, lo que resultó finalmente en el segundo mandato de José María Aznar (que comenzaría en abril de ese mismo año), hemos etiquetado esto como nuestra «muestra primaria». Además, lo interesante de esta «muestra primaria» es que, tanto en los EE. UU. como en España, la mitad de los Gobiernos comprendidos entre 2000 y 2023 han sido conservadores y la mitad progresistas, lo que debería ser útil para medir objetivamente nuestra hipótesis central.

¹ Los datos están actualizados hasta la investidura de Pedro Sánchez el 16 de noviembre de 2023.

Hemos considerado beneficioso incluir datos contextuales de ambos países, ya que puede facilitar la ilustración de diferentes patrones en cada país. Hemos llamado a esto nuestra «muestra contextual», que comprende los años que van desde 1977 hasta ahora. Esta comparativa nos pareció especialmente interesante porque en 1977 se inicia un nuevo mandato presidencial en los EE. UU. y coincide con la primera vez que España tuvo un Parlamento democráticamente elegido desde el régimen de Franco.

Con estas *muestras*, primero compararemos ambos conjuntos de pruebas en lo que consideramos un análisis novedoso que extra-pola las afirmaciones de Mayer sobre órdenes ejecutivas, a los RDL españoles. Además, implementaremos la clasificación de Santolaya Machetti relativa al uso y al abuso de los RDL a las EO americanas. Se pretende encontrar un posible marco internacional común para la caracterización de la legislación que emana del Poder Ejecutivo, que posteriormente podría ser utilizado para examinar cómo se ha utilizado la legislación ejecutiva en otros países.

IV. ANÁLISIS

1. El uso más o menos frecuente de las EO y los RDL depende de la ideología del Gobierno

Siguiendo la primera afirmación de Mayer, comenzamos analizando si el aumento en el número de EO y RDL puede atribuirse a la filosofía política del Gobierno que está en el poder.

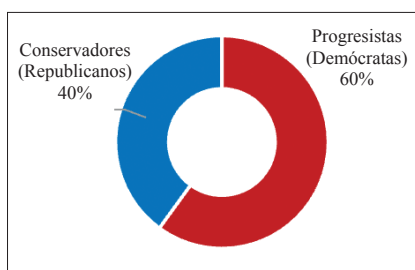
La hipótesis de partida arranca de la idea de que debido a la marcada tendencia al desarrollo de políticas públicas con efectos inmediatos en la sociedad de los Gobiernos progresistas, es decir, del Partido Demócrata en los Estados Unidos y el Partido Socialista en España, recurrirán con mayor frecuencia a EO y RDL que sus contrapartes conservadoras. Por lo tanto, formulamos nuestra primera hipótesis: «H1: Los Gobiernos progresistas utilizan con más frecuencia las EO y los RDL».

En primer lugar, debemos señalar que todos los Gobiernos, independientemente de su ideología, han utilizado con relativa frecuencia EO o RDL. Según las figuras 1 y 2, podemos observar cómo durante las últimas cuatro Administraciones, tanto en España como

en EE. UU., parece haber una diferencia en el número de EO y RDL dependiendo de la filosofía política del Ejecutivo. Los datos de la muestra primaria confirman que el 60% de las EO y el 62% de los RDL han sido emitidos por Gobiernos progresistas (figuras 1 y 2), cumpliéndose H1 para ambos países.

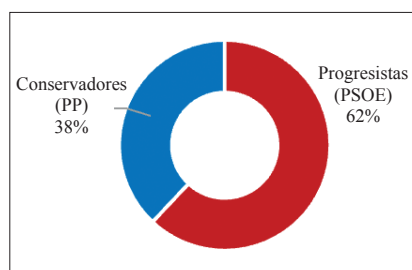
Al comparar el promedio de EO emitidas por año de cada presidente en nuestra muestra primaria estadounidense, tanto Trump como Biden superan la media de EO por año de la muestra (figura 3). De la misma manera, en la muestra primaria española, son los dos últimos presidentes –Rajoy y Sánchez– quienes marcan números por encima de la media (figura 4).

Figura 1: EO según la filosofía política del Gobierno (muestra primaria)



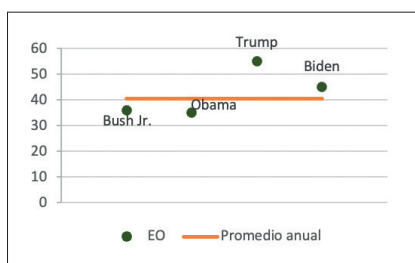
Fuente: Elaboración propia.

Figura 2: RDL según la filosofía política del Gobierno (muestra primaria)



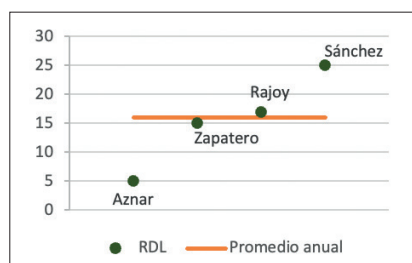
Fuente: Elaboración propia.

Figura 3: Promedio de EO al año (muestra primaria)



Fuente: Elaboración propia.

Figura 4: Promedio de RDL al año (muestra primaria)



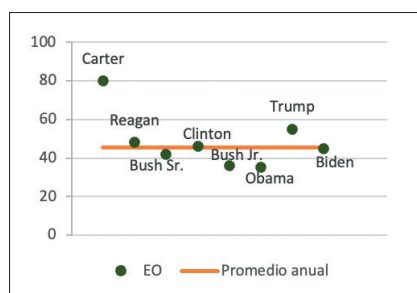
Fuente: Elaboración propia.

En la muestra primaria parece que la ideología del Gobierno no es un factor determinante ya que tanto los presidentes progresistas

como conservadores emiten un gran número de EO y RDL, lo que nos lleva a formular la tesis de la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y que este es un problema endémico que se ha propagado por todo el espectro político tanto en los EE. UU. como en España, y probablemente en el conjunto del planeta en aras de favorecer la gobernabilidad, y la eficacia de la acción gubernamental.

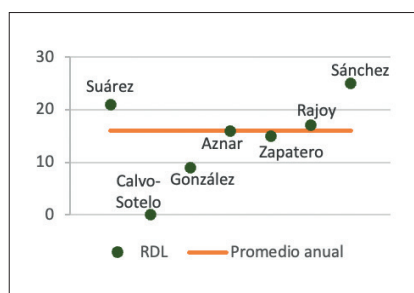
Estos resultados coinciden con los hallazgos de Mayer, quien advertía que los Gobiernos progresistas emitían un mayor número de EO. No obstante, consideramos relevante escoger muestras más grandes para observar si se producen resultados diferentes, atendiendo a la muestra contextual y a la muestra histórica (figuras 5 a 8).

Figura 5: Promedio de EO al año (muestra contexto)



Fuente: Elaboración propia.

Figura 6: Promedio de RDL al año (muestra contexto)



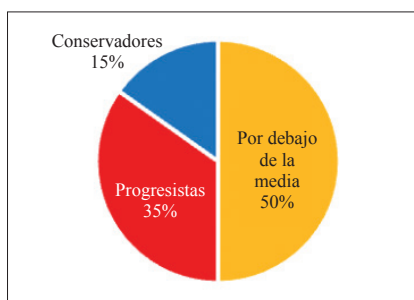
Fuente: Elaboración propia.

Al contrastar el promedio de EO por año de cada Administración para la muestra contextual, la mitad de los presidentes (4 de 8) emiten un número de EO al año que está por encima de la media. De esos 4, la mitad son progresistas. En España, 4 de los 7 presidentes de la muestra contextual –Suárez, Aznar, Rajoy y Sánchez– han emitido un número que está en la media o por encima de la media de 16 RDL anuales. Si consideramos que el Gobierno de Unión del Centro Democrático (UCD) presidido por Suárez tenía tintes progresistas, como sugieren algunos análisis internacionales ya que promovía políticas que avanzaban hacia la democracia y la consolidación del Estado social y democrático de derecho, obtenemos los mismos resultados que para los EE. UU. Por lo tanto, podemos concluir que tanto en EE.

UU. como en España se observa la misma tendencia en la muestra contextual, donde el mismo número de presidentes progresistas y conservadores están por encima de las medias en lo relativo a la utilización de estas herramientas jurídico-políticas, no llegando a resultados concluyentes para la H1, determinando que la asiduidad en la producción de RDL y EO, es un síntoma que trasciende la ideología del Gobierno.

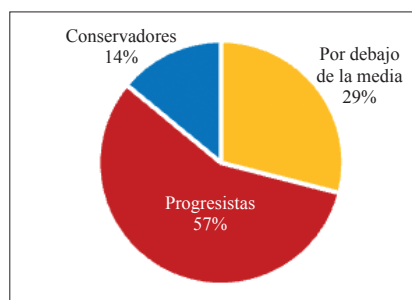
Sin embargo, al situar esto con los datos históricos mostrados en el anexo (figuras 7 y 8), podemos observar cómo en los EE. UU. de los 46 presidentes, la mitad han emitido un número por encima del promedio de EO, es decir, 166 o más de 166 EO durante su presidencia. De estos 23 presidentes estadounidenses, el 60 % (14 presidentes) se clasifican como progresistas (figura 7). En España, la muestra histórica describe a 5 de los 7 presidentes con un número de RDL en la media o por encima de ella (108 RDL durante el mandato) (figura 8), de los cuales el 80 % (4 presidentes) han sido Gobiernos progresistas. Por lo tanto, para los datos históricos también se confirmaría H1, tanto para España como para EE. UU. con una mayor intensidad en España que en EE. UU. lo que quizá tenga que ver con el hecho de que la muestra histórica estadounidense abarca más de doscientos años y la española menos de medio siglo.

Figura 7: EO según la filosofía política del Gobierno (muestra histórica)



Fuente: Elaboración propia.

Figura 8: RDL según la filosofía política del Gobierno (muestra histórica)



Fuente: Elaboración propia.

Estamos de acuerdo con Mayer en que parece haber una correlación entre un uso más profuso de RDL y EO por parte de los Gobiernos progresistas, como demuestran los datos analizados para

la muestra primaria e histórica. Sin embargo, nos inclinamos más por las conclusiones de Gleiber y Schull, quienes, a pesar de encontrar esta interconexión, decidieron descartarla al considerarla demasiado débil (Gleiber y Shull, 1992, p. 449), ya que, como hemos podido observar, según la muestra elegida (primaria, contextual o histórica), pueden variar los resultados.

Por lo tanto, nuestras sospechas iniciales de H1 sí se confirman para los datos primarios e históricos de ambos países, pero no para la muestra contextual. Lo que sí puede confirmarse para ambos países es que independientemente de la ideología del Gobierno existe una tendencia bastante pronunciada a aprobar más EO y RDL en los últimos años.

2. La utilización de EO y RDL para establecer la agenda política del Gobierno

Mayer estableció que las EO se usan con mayor frecuencia al comienzo y al final del mandato presidencial. Creemos que, especialmente los presidentes entrantes con una fuerte voluntad transformadora tienen una marcada tendencia a depender de EO y RDL durante sus primeros días en el cargo, ya sea para revertir la situación impuesta por la Administración anterior, o para señalar una clara hoja de ruta política para su mandato. Además, consideramos que este comportamiento se magnifica cuando el nuevo presidente es de un partido político de signo opuesto al anterior, en este caso, las EO y los RDL suelen implementarse durante los primeros cien días como se muestra en las siguientes figuras (figuras 9 y 10), donde utilizamos la muestra contextual ya que contiene la muestra primaria, y ofrece una mayor perspectiva sobre el asunto que se analiza. En esta línea, nuestra segunda hipótesis es la siguiente: «H2: Los Gobiernos español y estadounidense utilizan los RDL y las EO, respectivamente, para solidificar su agenda política al comienzo de sus mandatos, especialmente durante sus primeros cien días en el cargo».

Tras tomar posesión, los presidentes intentan ganar impulso durante los primeros cien días en el cargo tratando de demostrar a los votantes que hicieron la elección correcta al elegirlos para la Presidencia. Este «efecto de comienzo del mandato» (Mayer, 1999,

p. 451) está confirmado por la literatura (Mayer, 2002, p. 88; Warber *et al.*, 2018, p. 123).

Examinando de cerca las EO emitidas durante los cien primeros días de las nuevas Administraciones estadounidenses puede observarse una tendencia hacia el incremento, no sólo en el uso de EO durante este período, sino también en el número de EO que se usan para derogar EO anteriores (figura 9). En la figura 9, estudiamos las transiciones gubernamentales que han tenido lugar durante la muestra contextual, donde obtenemos un promedio de 17 EO durante los cien primeros días de mandato. En este caso podemos observar cómo las últimas Administraciones, correspondientes a la muestra primaria, se encuentran –todas menos la Administración Bush– por encima de esta media.

Figura 9: EO durante los cien primeros días de gobierno (muestra contextual)

Presidente	EO	EO que derogan	% de EO que derogan
Jimmy Carter	16	3	19%
Ronald Reagan	18	6	33%
George H. W. Bush	11	3	27%
William J. Clinton	13	1	8%
George W. Bush	9	5	56%
Barack H. Obama	19	7	37%
Donald J. Trump	33	7	21%
Joseph R. Biden Jr.	42	18	43%

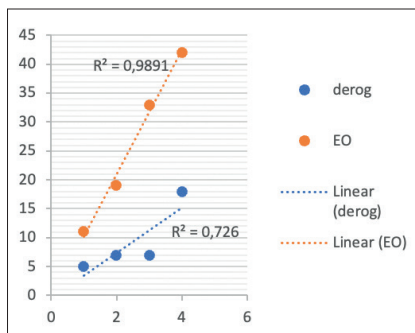
Fuente: Elaboración propia.

Figura 10: RDL durante los cien primeros días de gobierno (muestra contextual)

Presidente	RDL	RDL que derogan	% de RDL que derogan
Adolfo Suárez	10	0	0%
Leopoldo Calvo Sotelo	5	0	0%
Felipe González	7	0	0%
José María Aznar	8	0	0%
José Luis Rodríguez Zapatero	4	2	50%
Mariano Rajoy	11	0	0%
Pedro Sánchez	9	4	44%

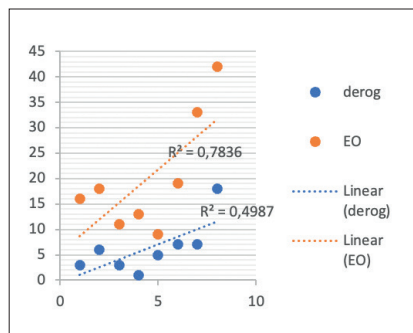
Fuente: Elaboración propia.

Figura 11: EO durante los cien primeros días de gobierno (muestra primaria)



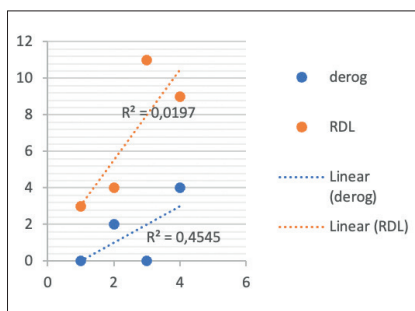
Fuente: Elaboración propia.

Figura 12: EO durante los cien primeros días de gobierno (muestra contextual)



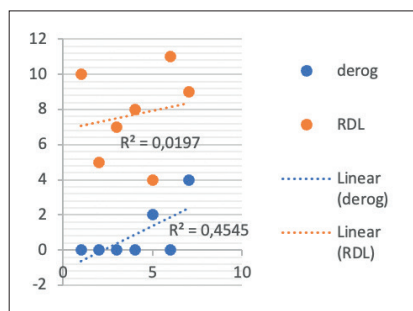
Fuente: Elaboración propia.

Figura 13: RDL durante los cien primeros días de gobierno (muestra primaria)



Fuente: Elaboración propia.

Figura 14: RDL durante los cien primeros días de gobierno (muestra contextual)



Fuente: Elaboración propia.

Para Estados Unidos, también se comprueba que los segundos mandatos de Bush y Obama producen menos EO durante los cien primeros días del mandato reelegido, confirmando así que, cuando el Gobierno repite, hace menos uso de las EO y RDL, en los dos países.

Cuantitativamente, los datos de la figura 11 reflejan cómo el coeficiente de regresión lineal para la muestra primaria confirma un incremento gradual del número de EO durante los cien primeros días para la muestra primaria ($R^2 = 0,989$), siendo Joe Biden el presidente que más EO ha emitido durante este período, tanto para la muestra primaria como para la contextual. Al poner en contexto los datos de la muestra primaria encontramos que esta tendencia sigue siendo incrementalmente pronunciada ($R^2 = 0,783$) como ilustra la figura

12. Por ello, podemos concluir que los Gobiernos norteamericanos hacen claro uso de las EO para establecer su agenda política durante los primeros cien días en el cargo, confirmando así H2 para EE. UU.

En las figuras 10 y 14 tenemos los datos de la muestra contextual para RDL emitidos durante los cien primeros días en las últimas cuatro Administraciones. A pesar de que inicialmente podíamos pensar que España también experimentaría esa fuerte tendencia a incrementar el número de RDL, sobre todo teniendo en cuenta que los últimos Gobiernos habían batido récords en número de RDL aprobados, no parece que se utilice el impulso de los cien primeros días para tener ese efecto diferenciador de una forma tan obvia como en el caso americano. La figura 13 refleja como, en la muestra primaria, España también ha experimentado un aumento en el uso de RDL en los últimos años durante los primeros días del nuevo Gobierno, aunque de manera irregular si se toma como referencia lo sucedido en los EE. UU. siendo Mariano Rajoy el presidente que ha emitido más RDL durante este tiempo, seguido de cerca por Pedro Sánchez.

Podemos verificar el efecto de inicio de mandato en España en la medida en que los presidentes utilizan esta herramienta para plantear políticas relacionadas con su programa electoral. Tras un análisis cualitativo de la muestra contextual podemos observar cómo después de 12 años de gobierno socialista, el Gobierno de Aznar se comprometió con una agenda de política económica liberal, reflejando este cambio ideológico en todos sus RDL durante sus primeros cien días en el cargo. Sin embargo, tras la elección de los segundos mandatos, los Gobiernos de Felipe González, José M. Aznar y José Luis Rodríguez Zapatero utilizaron muchos menos decretos durante sus cien primeros días que cuando fueron elegidos por primera vez, lo que contribuye a corroborar que cuando los Gobiernos repiten en el cargo no parecen hacer tanto uso de los RDL durante los primeros días de mandato.

La sociedad española planteó serias objeciones al Gobierno de Aznar durante 2004: las más significativas fueron la oposición en las calles a la guerra en Irak y las protestas por el vertido del petrolero Prestige en la costa gallega. Como tales, el tercer y cuarto RDL de Zapatero estaban destinados a mostrar que el nuevo Gobierno había escuchado las demandas de la sociedad española que votó por un cambio de Gobierno ese año. Por lo que, el RDL 3/2004 tuvo

como objetivo la reforma del mercado laboral (RDL 3/2004), y el RDL 4/2004 pretendía reparar los daños causados por el vertido de petróleo (RDL 4/2004), señalando claramente ese efecto de comienzo de mandato. Por su parte el primer RDL del Gobierno de Rajoy sobre medidas presupuestarias, fiscales y financieras urgentes para corregir el déficit público, estableció la agenda política de austeridad económica que adoptaría el Gobierno popular durante el resto de su mandato, siguiendo los ejemplos de Alemania y otros socios europeos (RDL 20/2011). Pedro Sánchez, por su parte, con los RDL 9/2018 y 10/2018, estableció como algunas de las principales prioridades del nuevo Gobierno de coalición la lucha contra la violencia de género y las reparaciones para las víctimas de la Guerra Civil (RDL 9/2018 y 10/2018). Estos datos afirman que los Gobiernos consideran urgente y necesario demostrar su compromiso con las promesas electorales, actuación que parece retorcer el supuesto de hecho habilitante del art. 86 CE ya que los Gobiernos elaboran propuestas electorales para una legislatura, no teniendo sentido que sea necesario hacer uso de legislación ejecutiva para conseguir esos objetivos, cuando además, previsiblemente el Gobierno cuenta con una mayoría parlamentaria que es la que ha investido de confianza al presidente del Gobierno para los próximos cuatro años, por lo que no debería tener problemas para sacar adelante su agenda política a través del procedimiento legislativo ordinario. Por todo lo anterior, podemos concluir que los Gobiernos españoles también utilizan los RDL para establecer su agenda política durante los primeros cien días en el cargo, confirmando así H2 también para España.

Un dato interesante que este estudio revela en la muestra contextual (figura 9), es que durante los cien primeros días un 30 % de las EO se usan para derogar órdenes anteriores. Mientras que para la muestra primaria este parámetro sube de un 30 a un 40 %. Consolidándose así la idea de que cada vez más, cuando un nuevo presidente entra en la Casa Blanca, intenta revertir las políticas anteriores de una manera más clara durante sus cien primeros días en el cargo con la intención de subrayar su distancia con la Administración anterior, como observamos en el examen cualitativo de la muestra primaria.

George W. Bush promulgó varias EO que revirtieron normas en el sector laboral (EO 13201, 13202, 13203, 13204, 13206), estable-

cidas por su predecesor; Obama, durante sus primeras 24 horas como presidente, a través de la EO 13489, cambió el sistema anterior de revisión y divulgación de los registros presidenciales, que había sido establecido por su predecesor a través de la EO 13233. La primera EO de Trump (EO 13765), tenía como objetivo derogar Obamacare, con todo el peso simbólico que este acto conllevaba, EO que fue posteriormente derogada por el presidente Biden a través de la EO 14009, en su primer mes de presidencia. Otro ejemplo es la segunda EO de Biden (EO 13986), promulgada el 20 de enero de 2021, para derogar la EO 13880 por la cual los inmigrantes ilegales residentes en el país no se contabilizaban en el censo; sin embargo, los resultados de esta acción no serán visibles hasta el próximo censo, lo que significa que, aunque la EO de Trump (EO 13880) ha sido derogada, seguirá en vigor hasta 2030.

Si trasladamos este análisis a nuestra muestra contextual, podemos ver ejemplos de cómo distintas políticas han sido modificadas a través de las Administraciones entrantes. Con la EO 12800 de George H. W. Bush, los contratistas federales no estaban obligados a notificar a sus empleados que tenían derecho a unirse a un sindicato (EO 12800), Bill Clinton derogó este requisito para los trabajadores federales con la EO 12836, mientras George W. Bush regresó al sistema establecido por George H. W. Bush con la EO 13201. Finalmente, Barack Obama a través de la EO 13496, derogó la EO de su predecesor y la reemplazó con un sistema en el que los contratistas deben notificar a sus empleados sus derechos a unirse y formar un sindicato (EO 13496).

Todos estos ejemplos de derogación de órdenes ejecutivas son medidas puramente políticas, en lugar de asuntos de extrema y urgente necesidad como determina para el caso español la Constitución (art. 86 CE), siendo evidente que tienden a simbolizar un claro distanciamiento público con respecto a la Administración anterior, sobre todo cuando se llevan a cabo durante los primeros cien días en el cargo, confirmando nuevamente el uso político de estas herramientas, y con ello H2 para EE. UU.

En la figura 10 podemos observar cómo, cada vez más, se utilizan los primeros RDL para romper con el legado del Gobierno anterior. Así, casi la mitad de los RDL establecidos durante los pri-

meros cien días en el cargo del nuevo presidente (muestra contextual) se utilizan con este objetivo. Es curioso ver cómo los resultados de la muestra contextual, tanto para EE. UU. como para España, reflejan la misma tendencia a derogar leyes de la Administración anterior durante los primeros días en el cargo (figuras 12 y 14), con una tendencia de $R^2 = 0,45$ para España, de la que resultará muy interesante seguir su evolución en el futuro. Además, es necesario destacar que ni Aznar ni Rajoy, ambos del Partido Popular (PP), han utilizado RDL para derogar explícitamente legislación promulgada por la Administración anterior durante sus primeros cien días en el cargo. Mientras que Zapatero derogó el trasvase del Ebro, aprobado por la Administración anterior (Ley 10/2004), con su segundo RDL (RDL 2/2004). Cuando Pedro Sánchez llegó al poder después de la moción de censura al Gobierno de Rajoy en 2018, transmitió un mensaje muy nítido de que revertiría las medidas de austeridad de Rajoy como una cuestión de extrema y urgente necesidad, dado el gran daño social que habían causado. Como tales, muchos de los RDL aprobados durante sus primeros cien días se dirigieron a este objetivo (RDL 6/2018; RDL 7/2018; RDL 8/2018; RDL 11/2018).

Por lo tanto, en España podemos ver cómo cada vez más las nuevas Administraciones utilizan RDL para reforzar su agenda gubernamental, identificándola con su programa electoral y distanciarse así de las Administraciones anteriores aprovechando el impulso político de los cien primeros días. Una interesante conclusión de este apartado ha sido observar cómo en España, las dos Administraciones socialistas de la muestra primaria han utilizado sus primeros cien días para derogar legislación conservadora de manera unilateral, mientras que los conservadores no parecen tener la misma necesidad en lo que se refiere a las acciones de sus homólogos progresistas. Está claro que este tipo de medidas podrían haberse llevado a cabo por el procedimiento legislativo habitual permitiendo el correcto funcionamiento del sistema establecido en 1978. Lo que nos llevaría a confirmar, de nuevo, que los Gobiernos socialistas en España hacen un uso más asiduo de los RDL (H1). Será interesante observar esta tendencia en el futuro, a más largo plazo, ya que el Gobierno de Zapatero fue el primero en utilizar de una manera nítida, los RDL para derogar legislación anterior.

Es fácilmente constatable que los Gobiernos también intentan establecer, o reforzar, su legado mediante la aprobación de EO y RDL durante sus últimos días al frente del Ejecutivo, a la vez que aprovechan estos últimos días en el Gobierno para realizar actos sobre los que, en muchos casos, después no van a tener que rendir cuentas. Así, la mayoría de los presidentes estadounidenses aprovechan para conceder indultos durante este período. Otro ejemplo, son las 14 últimas EO de Trump, que marcaron claramente este efecto de final del mandato, ya que de una u otra forma se aplicaron sobre la base de sus principales objetivos políticos (Shane, 2021): «incluyendo posturas duras sobre China, la aplicación de la ley y la inmigración, así como la oposición al aborto y el apoyo a la elección escolar» (Shane, 2021). Así, se confirma, como señaló Mayer (2002, p. 89), que existe un efecto de inicio de mandato para ambos países durante los primeros cien días (H2), y de final de mandato sólo para el caso de EE. UU.

3. *Los Gobiernos débiles emiten más EO y RDL*

Las EO y los RDL son de gran interés para los presidentes dado que, en un sistema de separación de poderes, los objetivos del Ejecutivo y del Legislativo a menudo no están alineados. Los estadounidenses han normalizado la circunstancia de que pueda existir un Gobierno que sólo tiene un apoyo parcial del Congreso, o incluso que puedan convivir un presidente y un Parlamento de partidos opuestos dadas las características del sistema presidencialista que permiten la completa separación entre la elección del presidente y la elección de los congresistas y senadores (Corres-Illera, 2022, p. 16). La «ruptura del modelo bipartidista» (Sánchez Muñoz, 2017, p. 240) dominante hasta 2015 en España, ha dificultado que los Gobiernos obtengan mayorías absolutas, requiriendo algún tipo de consenso para la aprobación de leyes en el Parlamento. En consecuencia, a partir de 2015 los Gobiernos que quieran hacer valer su agenda política dependen más de los RDL.

Como afirma Mayer, sospechamos que en presencia de Gobiernos débiles es más probable que se utilice de manera unilateral el poder ejecutivo debido a los complicados acuerdos y consensos que deben alcanzarse. Como tal, formulamos nuestra tercera hipótesis:

«H3: En presencia de un Gobierno dividido o débil, el Ejecutivo tiende a aprobar más EO y RDL».

Para los fines de este estudio, consideramos que un *Gobierno fuerte* cuenta con altos niveles de apoyo popular, expresados en las urnas. En los EE. UU. consideramos esto como el reflejo en mayorías en ambas Cámaras del Congreso norteamericano para el partido que ocupa la Casa Blanca; un parámetro comparable a cuando el partido en el Gobierno tiene una mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados español. Consideramos *Gobiernos divididos* a aquellos en los que el inquilino de la Casa Blanca cuenta con mayoría sólo en una de las Cámaras legislativas, mientras que para el caso español consideramos Gobiernos divididos a los Gobiernos de coalición. Finalmente, hemos etiquetado como *Gobiernos débiles* aquellos en los que el partido de quien preside el Gobierno no alcanza una mayoría en ninguna de las Cámaras del Congreso estadounidense, y cuando el partido que finalmente gobierna en España lo hace en minoría.

En la figura 15, hemos incluido el porcentaje de EO y RDL promulgados en comparación con la legislación ordinaria para ese año.

En nuestra muestra primaria estadounidense (figura 15), todos los presidentes han experimentado momentos de gobierno dividido (excepto Biden hasta el momento), con una Cámara del Congreso de un partido diferente al de la Casa Blanca. Sin embargo, ninguno ha tenido Gobiernos débiles, donde ambas Cámaras del Congreso eran del partido opuesto. Es importante destacar que los años con el mayor porcentaje de EO son aquellos de un Gobierno fuerte.

Es importante señalar las expectativas que se generan sobre el papel de las EO y los RDL para desencadenar reformas legislativas, ya que tienden a ser utilizados con mayor frecuencia cuando la Presidencia carece del suficiente apoyo del Parlamento, así como cuando hay una falta de suficiente apoyo popular (Mayer, 1999).

En la decisión de promulgar una EO, incluso cuando la autoridad presidencial no se cuestiona, entran en juego varios factores: comenzando con la reacción de la oposición, el grado de aceptación que las medidas puedan tener, así como el análisis de los costes y beneficios que la promulgación de tal EO puede tener en comparación con otras estrategias.

Figura 15: Gobierno fuerte, dividido o débil (muestra primaria)

Año	Presidente EE. UU.	Tipo de Gobierno EE. UU.	% EO	Presidente España	Tipo de Gobierno España	% RDL
2000	Bush			Aznar	Fuerte	30%
2001		Fuerte	38%		Fuerte	33%
2002		Fuerte	10%		Fuerte	14%
2003		Fuerte	17%		Fuerte	8%
2004		Fuerte	13%	Zapatero	Débil	61%
2005		Fuerte	14%		Débil	31%
2006		Fuerte	8%		Débil	20%
2007		Dividido	15%		Débil	13%
2008		Dividido	10%		Débil	63%
2009	Obama	Fuerte	26%	Rajoy	Débil	30%
2010		Fuerte	14%		Débil	21%
2011		Dividido	22%		Débil	29%
2012		Dividido	20%		Fuerte	54%
2013		Dividido	15%		Fuerte	32%
2014		Dividido	12%		Fuerte	28%
2015		Dividido	20%		Fuerte	16%
2016		Dividido	16%		Débil	78%
2017	Trump	Fuerte	39%	Sánchez	Débil	62%
2018		Fuerte	11%		Débil	69%
2019		Dividido	25%		Débil	69%
2020		Dividido	28%		Dividido	74%
2021	Biden	Fuerte	53%		Dividido	49%
2022		Fuerte	5%		Dividido	27%
2023		Fuerte	27%		Dividido	23%

Fuente: Elaboración propia.

Inicialmente, nos inclinábamos a estar de acuerdo con las tesis de Mayer, y Gleiber y Shull, quienes defienden que los presidentes tienden a recurrir con más frecuencia a las EO cuando se enfrentan a una oposición más fuerte en el Congreso (Gleiber y Shull, 1992, p. 450). Sin embargo, como se puede ver en los resultados de la figura 15, este no es el resultado que se obtiene para la muestra primaria estadounidense. Por lo tanto, coincidimos con autores como Barber

et al., Chiou y Rothenberg, y Howell, quienes afirman que los presidentes norteamericanos emiten menos EO durante los tiempos de gobierno dividido (Barber *et al.*, 2019, p. 518; Chiou y Rothenberg, 2017, pp. 135-36; Howell, 2003, p. 74).

Es interesante destacar como, en la muestra primaria española, el Gobierno de Rajoy, a pesar de obtener en 2011 la mayoría absoluta más grande en la historia de las Cortes Generales, continuó haciendo un uso frecuente de los RDL, coincidiendo así con los resultados para EE. UU. donde los Gobiernos fuertes también muestran un mayor uso de las EO. Sin embargo, tras un análisis más pormenorizado, podemos ver como el Gobierno de Rajoy ha sido la excepción a la regla. En España, según los datos de la figura 15, los Gobiernos que más han recurrido al uso de RDL han sido aquellos donde el Gobierno era débil o estaba dividido, tal y como sospechábamos con el planteamiento de la H3.

Podemos observar en la figura 15 cómo 2016 resulta ser el año en el que más RDL se han aprobado comparado con la legislación ordinaria, concordando estos resultados con uno de los mayores momentos de debilidad del Gobierno de España, al tener que repetir las elecciones en 2016 ya que ningún candidato consiguió la investidura tras los comicios de 2015.

El primer Gobierno de Sánchez es el más débil de la muestra, lo que concuerda con su llegada al poder en 2018 a través de una moción de censura, así como la constitución del primer Gobierno de coalición en España entre el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y Unidas Podemos (UP) de 2019, este último lo hemos catalogado como Gobierno dividido. Estas situaciones podrían explicar por qué desde que Sánchez llegó al poder se han roto todos los récords de uso de RDL, convirtiéndose en el presidente que emitió más RDL en un solo año, atendiendo también a unas circunstancias extraordinarias, bien es cierto, sobre todo en lo que se refiere a la pandemia de la COVID-19, siendo también el que más RDL ha aprobado durante un mandato de 4 años en el cargo (2018-2022) (Carvajal, 2022), confirmando así H3 para España. Los resultados de las elecciones de julio de 2023 han dado lugar a un nuevo Gobierno de Pedro Sánchez al que calificamos como débil y dividido, puesto que el partido que más escaños tiene en el Congreso de los Diputados es el PP, y para sortear

este obstáculo el PSOE ha tenido que volver a crear un Gobierno de coalición esta vez con Sumar, resultando necesario el apoyo de los separatistas catalanes y los nacionalistas vascos para su investidura. Será interesante ver el uso que hace este nuevo Gobierno de los RDL, un Gobierno que arranca sobre la base de la ley de amnistía tramitada por la vía de urgencia, que sospechamos confirmará la H3 haciendo un amplio uso de esta herramienta lo que le permitirá llevar a cabo su agenda de gobierno sorteando las mayorías necesarias para adoptar medidas legislativas de otro tipo en las Cortes.

Gobernar a través de RDL o EO puede calificarse como cómodo para los Gobiernos con mayorías estables, y muy efectivo para aquellos Gobiernos que son parlamentariamente más débiles. Krause y Cohen sostienen que los rasgos personales de cada presidente determinarán una relación más cordial, o más beligerante, con el Legislativo, por lo tanto, estas actitudes personales determinarían en última instancia el recurso, más o menos frecuente, a EO y RDL por parte de los presidentes (Krause y Cohen, 2000, pp. 92-93). Además, Fleishman y Aufses hacen hincapié en la importancia de diferenciar entre el equilibrio de poder entre Ejecutivo y Legislativo, y la capacidad de los presidentes para hacer que el Congreso apruebe legislación basada en su agenda política (Fleishman y Aufses, 1976, p. 37). Por todo lo anterior, la H3 sólo puede confirmarse para España.

4. *¿Se están usando correctamente las EO y los RDL?*

La división de poderes se ve socavada cuando el Ejecutivo legisla unilateralmente. En estas circunstancias, el Parlamento carece de verdadera capacidad para analizar, discutir y controlar al Gobierno, por lo que no puede realizar adecuadamente las funciones que le son propias, y que el marco constitucional fija para cada poder. Esto, a su vez, puede dañar la fortaleza de la democracia.

Las EO y los RDL nunca fueron concebidos por los legisladores constitucionales como una forma de subvertir o esquivar el control parlamentario. Sin embargo, es difícil discutir, según todo lo expuesto hasta ahora, el hecho de que todos los Gobiernos, independientemente de su orientación política, los han utilizado.

Entendemos la preocupación de la literatura académica por el abuso de estas herramientas legales. Los redactores constitucionales,

tanto en EE. UU. como en España, nunca tuvieron la intención de otorgar al Ejecutivo poderes que pudieran suplantar al Legislativo. Los redactores estadounidenses «deliberadamente sacaron el poder de hacer leyes de las manos del ejecutivo y lo dejaron solo con un poder de veto» (Branum, 2002, p. 20); mientras que los redactores de la Constitución del 78 pretendían limitar el uso de los RDL para prevenir abusos del Poder Ejecutivo (Astarloa Huarte-Mendicoa, 1985, 2017; Gómez Lugo, 2014, 2018; Santolaya Machetti, 1988, 2003; Aragón Reyes, 2016, p. 17). Estamos de acuerdo con la afirmación de Branum de que «el presidente excede su autoridad constitucional cuando utiliza directivas presidenciales para establecer políticas y hacer leyes» (Branum, 2002, p. 4), entrometiéndose en los poderes constitucionales tasados del Poder Legislativo (Branum, 2002, p. 4). También coincidimos con la opinión de Santamaría Pastor, quien describe la legislación desde el Ejecutivo como «una violación de los principios constitucionales democráticos esenciales» (Santamaría Pastor, 2004, p. 288).

Los conceptos de extraordinaria y urgente necesidad se han desvirtuado a lo largo de los años con demasiada frecuencia. Ya no se trata de necesidades extraordinarias o urgentes, sino de necesidades ordinarias y habituales en el ejercicio del poder que afectan a la gobernabilidad de los ejecutivos. Confirmar «la ocupación normal por los RDL del espacio de la legislación ordinaria es una realidad indiscutible» (Aragón Reyes, 2016, p. 38), por lo tanto, es una práctica que no solo socava el principio de separación de poderes, sino que también viola los derechos de los ciudadanos, al utilizar los RDL para regular situaciones que podrían describirse como ordinarias, individuales y singulares.

La literatura académica ha constatado que las EO y los RDL que se emiten para intentar evitar al Congreso (Warber *et al.*, 2018, p. 114) violan claramente el principio de separación de poderes y, por lo tanto, constituyen un abuso unilateral del Poder Ejecutivo. Además, la jurisprudencia del TC español advierte que «el recurso a los RDL sólo está justificado en casos objetivos de extraordinaria y urgente necesidad» (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 110/2021) ya que «constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario» (STC 137/2011) y, por lo tanto, no debe convertirse

en un mecanismo de «sustitución del Parlamento por el Gobierno» (STC 137/2011) en su función legislativa (Arana García, 2013, p. 339). Por lo tanto, lo extraordinario no puede, ni debe, convertirse en lo habitual. Santolaya Machetti constató que 182 de los 211 RDL aprobados entre el 1 de mayo de 1987 y el 1 de mayo de 2003 (Santolaya Machetti, 2003) seguían formalmente en vigor en el momento de la publicación de su trabajo. Lo que significa que no habían sido reemplazados por medidas legislativas que podrían describirse como «más apropiadas» o, nos atrevemos a decir, mucho más acordes con las prácticas democráticas, siguiendo la elaboración obligatoria de un proyecto de ley, como parte de la legislación ordinaria desarrollada por el Parlamento (Santolaya Machetti, 2003, pp. 389-90). Lo que confirma que «la ocupación normal por parte de los RDL del espacio de la legislación ordinaria es una realidad incuestionable» (Aragón Reyes, 2016, p. 38).

El uso de EO y RDL ha aumentado considerablemente en los últimos años, una tendencia que creemos que está en directa correlación con la transformación de este instrumento legal en una herramienta política al servicio del Gobierno de turno.

El TC español se refiere, en la STC 152/2017, a la jurisprudencia que indica que la posibilidad de que el Gobierno legisle mediante RDL sólo debe considerarse como una «excepción al procedimiento ordinario» (STC 29/1982 y STC 152/2017). Así, la presencia continuada y el uso excesivo de EO y RDL en la actividad política ha aumentado el conflicto social (o al menos de amargura) entre los bloques ideológicos enfrentados. En los últimos años, los ciudadanos han aumentado su desconfianza hacia las instituciones y sus representantes políticos, favoreciendo sociedades crecientemente polarizadas y profundamente divididas.

La convalidación de los RDL por el Congreso parece haber desvirtuado la naturaleza provisional de la norma, cuestión que no suele entrar a valorar el TC. La presentación de un texto ante el Congreso, blindado por la fórmula del decreto, parece una medida de presión al Congreso para que éste dé su visto bueno a la propuesta del Ejecutivo, que de lo contrario podría acarrear efectos adversos para el ordenamiento jurídico por su derogación, lo que explica por qué únicamente dos RDL no han logrado la convalidación parlamentaria

en la historia democrática de España (RDL 5/2002 del 24 de mayo en el que se planteaban medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; y el RDL 4/2000 del 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y de los transportes). Sin embargo, la convalidación por el Congreso no debería significar que la norma adquiriera carácter permanente si no se transforma en ley (Aragón Reyes, 2016).

El control por el TC sobre los usos adecuados o abusivos de los RDL es la única manera de asegurar el funcionamiento de la separación de poderes. Consideramos necesario dotar de una mayor celeridad al procedimiento que habilitaría al TC a pronunciarse sobre la justificación o no del uso de legislación desde el Ejecutivo, ya que se trata de medidas urgentes y extraordinarias. Esta celeridad es capital dados los costes que supone para el sistema la anulación de una ley con efectos retroactivos después de haber estado vigente durante varios meses, o incluso años, como se ha visto con la declaración parcial de inconstitucionalidad del estado de alarma decretado en 2020.

Por consiguiente, esto ha llevado a una deslegitimación tanto del sistema político estadounidense como del español, que se ha visto exacerbada desde el inicio de la pandemia. Como tal, nuestra cuarta hipótesis establece lo siguiente: «H4: Ha habido un abuso de los RDL y las EO durante la pandemia de la COVID-19».

Estamos de acuerdo con la literatura académica española (Astarloa Huarte-Mendicoa, 2017; Santolaya Machetti, 1988, 2003; Aragón Reyes, 2016; Santamaría Pastor, 2004), y la jurisprudencia constitucional (expresada fundamentalmente en la STC 110/2021), en que las herramientas que permiten a los Gobiernos legislar se utilizan de manera apropiada cuando se promulgan durante situaciones de crisis globales, nacionales o regionales. Desde 2020, todos los países han requerido medidas gubernamentales similares a los RDL debido a situaciones de extrema y urgente necesidad como fue el caso excepcional de hacer frente a la pandemia de la COVID-19.

Como tal, el caso de EE. UU. es interesante de analizar, ya que dos Gobiernos con diferentes puntos de vista políticos han hecho frente a la pandemia de formas muy distintas. Desde que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró un estado de pandemia global el

11 de marzo de 2020 (OMS/OPS 2020) hasta el 19 de enero de 2021 (es decir, los últimos 10 meses del mandato de Trump), se emitieron 76 EO. En el mismo período de tiempo (10 meses), Biden emitió 71 EO, sumando un total de 77 en su primer año completo (19 de enero de 2022). Sin embargo, tanto Trump como Biden han mantenido su número de EO por año por debajo de la media estadounidense.

Mientras tanto, no podemos decir lo mismo del Gobierno de Sánchez, quien durante los primeros 10 meses de la pandemia emitió 33 RDL (10 de marzo de 2020-10 de enero de 2021), rompiendo el récord histórico del mayor número de RDL emitidos en un solo año (39) (Belmonte *et al.*, 2022).

Podemos catalogar *a priori* los EO y RDL emitidos durante la pandemia como un uso apropiado de la legislación ejecutiva, ya que corresponden a circunstancias que requieren medidas rápidas y extraordinarias por parte de los Gobiernos. Sin embargo, al examinar más de cerca el contenido de estas medidas ejecutivas, encontramos EO y RDL que se refieren a asuntos diferentes que tienen poco o nada que ver con la pandemia. Como la EO 13978, con la que Trump pretendía construir un «hermoso nuevo jardín [...] donde se recordarán las leyendas del pasado de Estados Unidos» (EO 13978); o el RDL 15/2021 por el cual España asume la protección de la colección Carmen Thyssen-Bornemisza (RDL 15/2021). Es por ello que podemos afirmar el cumplimiento de la H4, tras constatar que los Gobiernos han aprovechado la pandemia para aprobar sus medidas políticas bajo el disfraz de medidas sanitarias.

El uso creciente de estos instrumentos tanto en España como en los EE. UU. lleva a la conclusión de que «los gobiernos elegidos democráticamente, incluidas las democracias establecidas, están adoptando cada vez más tácticas autoritarias» (International IDEA, 2021).

Los presidentes han adquirido un gusto por el poder unilateral desde la imposición de los confinamientos durante la pandemia y no parecen estar dispuestos a restaurar el *statu quo* previo de equilibrio de poderes. Además, los parlamentarios que no están de acuerdo con el unilateralismo presidencial son silenciados por sus partidos y terminan renunciando o siendo expulsados de sus cargos electos.

Podemos afirmar que algunos de los presidentes acusados por la literatura de abusar de su poder, sorprendentemente no son los que presentan el mayor número de EO, o de EO por año, durante su presidencia. Obama se hizo con la reputación de líder absolutista en lo relativo a la tendencia a abusar de las EO debido a su supuesta tendencia a promulgar legislación excesiva desde el Gobierno (Aldana, 2016; Branum, 2002; Pastor Martínez, 2016), reafirmando el unilateralismo presidencial sobre el Congreso con una gran cantidad de EO; sin embargo, aunque su política ha sido altamente criticada por los medios y una parte importante de la academia más allá de su popularidad, su media de EO por año es inferior a la de su predecesor y antecesor. De manera similar, Rajoy fue acusado de gobernar a través de RDL, entre otros, por Pedro Sánchez con estas palabras: «Rajoy ha despreciado al Parlamento, [...] el 34 % de sus decisiones legislativas han sido tomadas por decreto-ley, más que cualquier gobierno» (Sánchez Pérez-Castejón, 2015, p. 10), Sánchez prometió además durante la campaña electoral que, si era elegido presidente, «limitaría el uso de RDL» (Sánchez Pérez-Castejón, 2015, p. 10). Verdaderamente, el 36 % de las decisiones legislativas de Rajoy fueron RDL, no el 34 %, ya que, en 2011, cuando llegó al poder, solo aprobó un RDL y ningún otro tipo de legislación, tener en cuenta el resto de la legislación aprobada durante 2011, cuando Zapatero aún era presidente, puede llevar a un cálculo incorrecto del 34 %. Los números generales de Rajoy reflejan una emisión ligeramente por encima de la media de RDL por año, mientras Sánchez duplica esta cantidad en la mitad de tiempo en el cargo, con la mitad de la legislación aprobada desde que llegó al poder (2 de junio de 2018-16 de noviembre de 2023), muestra lo que él mismo consideraba un flagrante abuso del poder gubernamental, que socavaba el principio de separación de poderes al «robar el papel de las Cortes Generales» (Sánchez Pérez-Castejón, 2015, p. 10).

El hecho de que el Gobierno de Sánchez haya utilizado asiduamente los RDL para impulsar su agenda política durante la pandemia demuestra la instrumentalización de esta figura legal con fines políticos. Con el fin de «evitar, en la medida de lo posible, exponerse a un Parlamento enfurecido y exaltado, cada vez menos acostumbrado al consenso» (Santaeulalia *et al.*, 2019). A su vez, socava profundamente

los principios democráticos españoles (Astarloa Huarte-Mendicoa, 1985, p. 114), lo que ha llevado a que España sea catalogada como una «democracia en retroceso» (International IDEA, 2021) en el informe *The Global State of Democracy* de International IDEA (2021). Este informe también considera a EE. UU. una democracia en retroceso, sobre todo después del asalto al Capitolio que tuvo lugar en enero de 2021. Por lo que se confirmaría que el abuso de EO y RDL durante la pandemia (H4) ha dado lugar, o al menos ha contribuido, a un empeoramiento de las libertades de los ciudadanos, erosionando las democracias liberales.

Durante el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, y como parte de las propuestas de reforma constitucional, se estudiaron medidas que afectarían a la naturaleza de los RDL, cuyo objetivo principal buscaba limitar su uso, circunscribiéndolo a asuntos urgentes basados en circunstancias excepcionales. El empeoramiento de los problemas económicos terminó convirtiendo la reforma en una quimera para cuando Rajoy llegó al poder. Dada la situación de polarización en la sociedad española en la actualidad, esta cuestión ya ni se plantea porque, como comentábamos, el nuevo Gobierno de coalición que echa a andar en noviembre de 2023 necesitará, sin duda, hacer uso de los RDL para poder gobernar.

V. CONCLUSIONES

1. Los resultados de nuestra investigación constatan que existe un incremento reciente en el uso de EO y RDL tanto en EE. UU. como en España, independientemente de la ideología del Gobierno.
2. Los datos avalan la hipótesis de Mayer que planteaba que los Gobiernos de corte progresista tienden a emitir más EO y RDL que los conservadores, sin embargo, hemos visto como se obtienen diferentes resultados dependiendo de la muestra elegida.
3. Durante los primeros cien días de cada nueva Administración, se utilizan las EO y los RDL para establecer no sólo la nueva dirección del Gobierno y su agenda política, sino también para derogar legislación anterior. Los Gobiernos que son reelegidos no necesitan hacer tanto uso de estas herramientas puesto que suponen una continuidad con las políticas de la Administración anterior.

4. Con cada nueva Administración estadounidense se ve cómo cada vez se utilizan EO durante los 100 primeros días para derogar legislación anterior, independientemente del color político del Gobierno. En España se ha empezado a observar un uso creciente de los RDL para este objetivo durante los 100 primeros días en los últimos Gobiernos socialistas. Habrá que esperar a ver si en el futuro esta tendencia se consolida, dependiendo del partido en el Gobierno, o se generaliza como en el caso americano.
5. Hemos podido comprobar que en España el uso de RDL aumenta cuando los Gobiernos son débiles o divididos, mientras que en Estados Unidos se observan resultados opuestos.
6. Se ha demostrado cómo ha habido una extralimitación en el uso de las herramientas legales asignadas al Ejecutivo durante la pandemia de la COVID-19, contribuyendo al deterioro de la calidad democrática.
7. Atendiendo a todas las cuestiones abordadas consideramos que el uso creciente de RDL y EO debería hacernos replantear los límites del Poder Ejecutivo. Como ciudadanos insertos en sociedades democráticas deberíamos aspirar a reformar estas poderosas figuras legales para evitar el abuso de poder por parte de los Gobiernos, que pueden llegar a pervertir la voluntad del Legislativo y, en última instancia, la voluntad del pueblo. Invitamos a otros académicos a realizar investigaciones comparadas similares en sus países para que los resultados puedan ayudarnos a entender mejor cómo abordar estos cambios imprescindibles para la mejora de la calidad de nuestras democracias.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M. (2016). *Uso y Abuso Del Decreto-Ley: Una Propuesta de Reinterpretación Constitucional*. Biblioteca Jurídica Básica. Iustel.
- ARANA GARCÍA, E. (2013). Uso y Abuso Del Decreto-Ley. *Revista de Administración Pública*, 191, pp. 337-65.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (1985). Teoría y Práctica Del Decreto-Ley En El Ordenamiento Español. *Revista de Administración Pública*, 106, pp. 97-170.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I. (2017). Uso y abuso del Decreto Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional. / The use and abuse

- of decree laws. A proposal for constitutional reinterpretation. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, pp. 415-430.
- BARBER, M., BOLTON, A. y THROWER, S. (2019). Legislative Constraints on Executive Unilateralism in Separation of Powers Systems. *Legislative Studies Quarterly*, 44 (3), pp. 515-548.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G. J. M. (2003). Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes. *Derecho privado y Constitución*, 17, pp. 45-60.
- BELMONTE, E., CABO, D. y TORRECILLAS, C. (7 de julio, 2022). Sánchez bate todos los récords en legislar al margen del Congreso y por la vía rápida. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/espana/2022-07-07/sanchez-bate-todos-los-records-en-aprobar-leyes-sin-mayoria-y-por-la-via-rapida_3456302/
- BOE (Spanish State Gazette): <https://www.boe.es>
- BRANUM, T. L. (2002). President or King-The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America. *J. Legis*, 28 (1).
- CARVAJAL, Á. (1 de julio, 2022). Lo excepcional se ha convertido en costumbre. Pedro Sánchez bate el récord de reales decretos-ley en un plazo de cuatro años y lleva un ritmo que está muy cerca de convertirle... *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/espana/2022/07/01/62bf3202fc6c83d-2288b45bc.html>
- CHIOU, F.-Y. y ROTHENBERG, L. S. (2017). *The Enigma of Presidential Power: Parties, Policies and Strategic Uses of Unilateral Action*. Cambridge University Press.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, página web: <https://www.congreso.es>
- AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (1987). *Constitución Española 1978*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/c78/cons_ingl.pdf
- CORRES-ILLERA, M. (2022). Análisis del funcionamiento y evolución del excepcionalismo americano. *Revista del Parlamento Vasco (LEGAL)*, 2022 (3), pp. 1-35.
- DODDS, G. G. (2013). *Take up Your Pen: Unilateral Presidential Directives in American Politics*. University of Pennsylvania Press.
- E.O. 12800 of Apr 13, 1992 (1992). Notification of Employee Rights Concerning Payment of Union Dues or Fees. <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-12800-notification-employee-rights-concerning-payment-union-dues-or-fees>
- E.O. 12836 of Feb 1, 1993 (1993). Revocation of Certain Executive Orders Concerning Federal Contracting. <https://www.archives.gov/files/federal-register/executive-orders/pdf/12836.pdf>

- E.O. 13201 of Feb 17, 2001 (2001). Notification of Employee Rights Concerning Payment of Union Dues or Fees. <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-13201-notification-employee-rights-concerning-payment-union-dues-or-fees>
- E.O. 13202 of Feb 17, 2001 (2001). Preservation of Open Competition and Government Neutrality Towards Government Contractors ‘ Labor Relations on Federal and Federally Funded Construction Projects. <https://www.federalregister.gov/d/01-4622>
- E.O. 13203 of Feb 17, 2001 (2001). Revocation of Executive Order and Presidential Memorandum Concerning Labor-Management Partnerships. <https://www.federalregister.gov/d/01-4623>
- E.O. 13204 of Feb 17, 2001 (2001). Revocation of Executive Order on Nondisplacement of Qualified Workers Under Certain Contracts. <https://www.federalregister.gov/d/01-4624>
- E.O. 13206 of Apr 4, 2001 (2001). Termination of Emergency Authority for Certain Export Controls. <https://www.federalregister.gov/d/01-8835>
- E.O. 13233 of Nov 1, 2001 (2001). Further Implementation of the Presidential Records Act. <https://www.federalregister.gov/documents/2001/11/05/01-27917/further-implementation-of-the-presidential-records-act>
- E.O. 13489 of Jan 21, 2009 (2009). Presidential Records. <https://www.federalregister.gov/documents/2009/01/26/E9-1712/presidential-records>
- E.O. 13765 of Jan 20, 2017 (2017). Minimizing the Economic Burden of the Patient Protection and Affordable Care Act Pending Repeal. <https://www.federalregister.gov/documents/2017/01/24/2017-01799/minimizing-the-economic-burden-of-the-patient-protection-and-affordable-care-act-pending-repeal>
- E.O. 13880 of Jul 11, 2019 (2019). Collecting Information About Citizenship Status in Connection With the Decennial Census. <https://www.federalregister.gov/documents/2019/07/16/2019-15222/collecting-information-about-citizenship-status-in-connection-with-the-decennial-census>
- E.O. 13978 of Jan 18, 2021 (2021). Building the National Garden of American Heroes. <https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/22/2021-01643/building-the-national-garden-of-american-heroes>
- E.O. 13986 of Jan 20, 2021 (2021). Ensuring a Lawful and Accurate Enumeration and Apportionment Pursuant to the Decennial Census. <https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/25/2021-01755/ensuring-a-lawful-and-accurate-enumeration-and-apportionment-pursuant-to-the-decennial-census>

- E.O. 14009 of Jan 28, 2021 (2021). Strengthening Medicaid and the Affordable Care Act. <https://www.federalregister.gov/documents/2021/02/02/2021-02252/strengthening-medicaid-and-the-affordable-care-act>
- FLEISHMAN, J. L. y AUFSES, A. H. (1976). Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation. *Law and Contemporary Problems*, 40 (3), pp. 1-45.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2005a). El Procedimiento Legislativo En Las Cortes Generales: Regulación, Fases y Tipos. *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, 16, pp. 211-239.
- GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2005b). Sinopsis Artículo 86. *Constitución española*. <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=86&tipo=2>
- GLEIBER, D. W. y SHULL, S. A. (1992). Presidential Influence in the Policy-making Process. *Western Political Quarterly*, 45 (2), pp. 441-67.
- GÓMEZ LUGO, Y. (2014). Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 102-117.
- GÓMEZ LUGO, Y. (2018). Reseña de: Aragón Reyes, Manuel. Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, 40, pp. 493-528.
- HOWELL, W. G. (2003). *Power without Persuasion: The Politics of Direct Presidential Action*. Princeton University Press.
- INTERNATIONAL IDEA (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE) (2021). *The Global State of Democracy 2021 - Building Resilience in a Pandemic Era*. International IDEA. <https://www.idea.int/gsod/>
- KRAUSE, G. A. y COHEN, J. E. (2000). Opportunity, Constraints, and the Development of the Institutional Presidency: The Issuance of Executive Orders, 1939-96. *Journal of Politics*, 62 (1), pp. 88-114.
- MALCHOW, H. L. (2020). *History and International Relations: From the Ancient World to the 21st Century*. Bloomsbury Publishing.
- MAYER, K. R. (1999). Executive Orders and Presidential Power. *The Journal of Politics*, 61 (2), pp. 445-466.
- MAYER, K. R. (2002). *With the Stroke of a Pen: Executive Orders and Presidential Power*. Princeton University Press.
- FERNÁNDEZ MIRANDA, J. (2018). Torcuato Fernández-Miranda: «De La Ley a La Ley». En B. PENDÁS GARCÍA (dir.), E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ y R. RUBIO NÚÑEZ (coords.), *España constitucional (1978-2018)* (pp. 219-30). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- OMS/OPS (11 de marzo, 2020). La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia. <https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia>
- PETERS, G. y WOOLLEY, J. T. (1999-2023). Executive Orders. *The American Presidency Project*. <https://www.presidency.ucsb.edu/statistics/data/executive-orders#eotable>.
- RDL 2/2004 (2004), de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2004-11438
- RDL 3/2004 (2004), de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-12010>
- RDL 4/2004 (2004), de 2 de julio, por el que se adoptan determinadas medidas relacionadas con los daños ocasionados por el accidente del buque «Prestige». https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2004-12468
- RDL 20/2011 (2011), de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/06/22/4>
- RDL 4/2018 (2018), de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del Consejo de Administración de la Corporación RTVE y de su Presidente. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/06/22/4>
- RDL 6/2018 (2018), de 27 de julio, por el que se aprueba una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el refuerzo de medios en la atención a asilados y refugiados. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/07/27/6>
- RDL 7/2018 (2018), de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-2018-10752>
- RDL 8/2018 (2018), de 3 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=-BOE-A-2018-11134
- RDL 9/2018 (2018), de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-11135>
- RDL 10/2018 (2018), de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o

- violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11836
- RDL 11/2018 (2018), de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-12131>
- RDL 15/2021 (2021), de 13 de julio, por el que se regula el arrendamiento de colecciones de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español por determinadas entidades del sector público y se adoptan otras medidas urgentes en el ámbito cultural y deportivo. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-11677
- RUDALEVIGE, A. (2012). The Contemporary Presidency: Executive Orders and Presidential Unilateralism. *Presidential Studies Quarterly*, 42 (1), pp. 138-160.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó. (2017). El Fin (Momentáneo) Del Bipartidismo En España: Análisis de Los Resultados Electorales de 2015 y 2016. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, pp. 237-260. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.109.09>
- SANTAEULALIA, I., DEL SER, G. y RODRÍGUEZ BLANCO, P. (2 de septiembre, 2019). La Inestabilidad Política Deja En Mínimos Históricos La Actividad Legislativa. *El País*. <https://elpais.com/especiales/2019/inestabilidad-legislativa/>
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2004). *Principios de Derecho Administrativo General*. Vol. I. II vols. Iustel.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (2003). Veinticinco Años de Fuentes Del Derecho: El Decreto-Ley. *Revista de Derecho Político*, 58-59, pp. 385-400. <https://doi.org/10.5944/rdp.58-59.2003.8903>
- SHANE, P. (29 de marzo, 2021). Lessons in Presidential Authority. *The Regulatory Review*. <https://www.theregreview.org/2021/03/29/shane-lessons-presidential-authority/>
- STC 29/1982 (1982), de 31 de mayo. BOE núm. 153, de 28 de junio de 1982. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25551#ficha-tecnica>
- STC 137/2011 (2011), de 14 de septiembre. BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6919>

- STC 152/2017 (2017), de 15 de diciembre. BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25551#-ficha-tecnica>
- STC 110/2021 (2021), de 13 de mayo. BOE núm. 142, de 15 de junio de 2021. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-10023>
- TUÑÓN DE LARA, M. (1974). La España Del Siglo XIX. *Laia* 5.
- US Constitution - Transcript of the Constitution of the United States - Official Text.* (1787) http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html
- WARBER, A. L., OUYANG, Y. y WATERMAN, R. W. (2018). Landmark Executive Orders: Presidential Leadership Through Unilateral Action. *Presidential Studies Quarterly*, 48 (1), pp. 110-126. <https://doi.org/10.1111/psq.12434>

ANEXO

Tabla 1: Órdenes ejecutivos (muestra histórica)

Años	Presidente	Partido	Filosofía Política	EO	Promedio de EO por año	Años en el cargo
1789-1797	George Washington	Federalist	Conservadores	8	1	7.85
1797-1801	John Adams	Federalist	Conservadores	1	0.25	4
1801-1809	Thomas Jefferson	Democratic-Republican	Progresistas	4	0.50	8
1809-1817	James Madison	Democratic-Republican	Progresistas	1	0.13	8
1817-1825	James Monroe	Democratic-Republican	Progresistas	1	0.13	8
1825-1829	John Quincy Adams	Democratic-Republican	Conservadores	3	0.75	4
1829-1837	Andrew Jackson	Democratic	Progresistas	12	1.5	8
1837-1841	Martin van Buren	Democratic	Progresistas	10	2.5	4
1841	William Henry Harrison	Whig	Conservadores	0	0	0.08
1841-1845	John Tyler	Whig	Conservadores	17	4.3	3.92
1845-1849	James K. Polk	Democratic	Progresistas	18	4.5	4
1849-1850	Zachary Taylor	Whig	Conservadores	5	3.7	1.35
1850-1853	Millard Fillmore	Whig	Conservadores	12	4.5	2.65
1853-1857	Franklin Pierce	Democratic	Progresistas	35	9	4
1857-1861	James Buchanan	Democratic	Progresistas	16	4	4
1861-1865	Abraham Lincoln	Republican	Progresistas	48	12	4.12
1865-1869	Andrew Johnson	Democratic	Conservadores	79	20	3.89
1869-1877	Ulysses S. Grant	Republican	Progresistas	217	27	8
1877-1881	Rutherford B. Hayes	Republican	Progresistas	92	23	4

Años	Presidente	Partido	Filosofía Política	EO	Promedio de EO por año	Años en el cargo
1881	James A. Garfield	Republican	Progresistas	6	11	0.55
1881-1885	Chester A. Arthur	Republican	Progresistas	96	28	3.46
1885-1889 (I) 1893-1897 (II)	Grover Cleveland (I & II)	Democratic	Conservadores	253	32	8
1889-1893	Benjamin Harrison	Republican	Progresistas	143	36	4
1897-1901	William McKinley	Republican	Progresistas	185	41	4.53
1901-1909	Theodore Roosevelt	Republican	Progresistas	1081	145	7.47
1909-1913	William Howard Taft	Republican	Progresistas	724	181	4
1913-1921	Woodrow Wilson	Democratic	Progresistas	1803	225	8
1921-1923	Warren G. Harding	Republican	Progresistas	522	217	2.41
1923-1929	Calvin Coolidge	Republican	Progresistas	1203	215	5.59
1929-1933	Herbert Hoover	Republican	Progresistas	968	242	4
1933-1945	Franklin D. Roosevelt	Democratic	Progresistas	3721	307	12.12
1945-1953	Harry S. Truman	Democratic	Progresistas	907	117	7.78
1953-1961	Dwight D. Eisenhower	Republican	Conservadores	484	61	8
1961-1963	John F. Kennedy	Democratic	Progresistas	214	75	2.84
1963-1969	Lyndon B. Johnson	Democratic	Progresistas	325	63	5.17
1969-1974	Richard Nixon	Republican	Conservadores	346	62	5.55
1974-1977	Gerald R. Ford	Republican	Conservadores	169	69	2.45
1977-1981	Jimmy Carter	Democratic	Progresistas	320	80	4
1981-1989	Ronald Reagan	Republican	Conservadores	381	48	8

Años	Presidente	Partido	Filosofía Política	EO	Promedio de EO por año	Años en el cargo
1989-1993	George H. W. Bush	Republican	Conservadores	166	42	4
1993-2001	William J. Clinton	Democratic	Progresistas	364	46	8
2001-2019	George W. Bush	Republican	Conservadores	291	36	8
2009-2017	Barack Obama	Democratic	Progresistas	276	35	8
2017-2021	Donald J. Trump	Republican	Conservadores	220	55	4
2021-2023	Joseph R. Biden Jr.	Democratic.	Progresistas	126	45	2.83

Fuente: Elaboración propia, con datos hasta 16 de noviembre de 2023, de la fuente: (Peters and Woolley, 2023).

Tabla 2: RDL en España (muestra histórica)

Presidente	Partido	RDL	Promedio / año	años
Adolfo Suárez	UCD	105	21	5
Leopoldo Calvo Sotelo	UCD	37	-	0.84
Felipe González	PSOE	120	9	13.5
José María Aznar	PP	127	16	8
José Luis Rodríguez Zapatero	PSOE	108	15	7
Mariano Rajoy	PP	106	17	6.1
Pedro Sánchez	PSOE	139	25	5.5

Fuente: Elaboración propia, con datos hasta 16 de noviembre de 2023, de la fuente: Boletín Oficial del Estado y Congreso de los Diputados.

EL CONTROL ELECTORAL COMO ELEMENTO INDISOCIABLE DE TODA DEMOCRACIA: LOS ORÍGENES DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTORAL ESPAÑOLA

ELECTORAL CONTROL AS AN INDISSOCIABLE ELEMENT OF
ANY DEMOCRACY: THE ORIGINS OF THE SPANISH ELECTORAL
ADMINISTRATION

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos
<https://orcid.org/0000-0003-1807-6583>

Fecha de recepción del artículo: noviembre 2023
Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2023

RESUMEN

Concebido el control electoral como uno de los elementos inherentes a todo Estado de Derecho, su efectiva implantación fue prácticamente inexistente a lo largo del constitucionalismo histórico español. Así sucedió, en efecto, no tanto por la calidad de las normas electorales, que fue mejorando con el paso de los años, como por su deficiente puesta en práctica, con unos partidos políticos que hicieron del fraude electoral y de la corrupción su habitual modus operandi. Solo tras comprender la verdadera magnitud de ese sistemático falseamiento estaremos en condiciones de valorar, en su justa medida, el logro que para nuestra democracia ha supuesto la consolidación de una auténtica Administración electoral autónoma e independiente respecto de una Administración pública que, pese a todo, sigue conservando importantes funciones para el correcto desarrollo del proceso electoral.

Palabras clave: constitucionalismo histórico, derecho de sufragio, derecho electoral, garantías electorales, Administración electoral.

ABSTRACT

Although electoral control is one of the inherent elements of the rule of law, its effective implementation was practically non-existent during Spanish historical constitutionalism. This happened, indeed, not so much because of the quality of the electoral rules, which improved over the years, as for their poor implementation, with some political parties making electoral fraud and corruption their regular modus operandi. The achievement of our current democracy can only be properly valued after understanding the true magnitude of this systematic distortion. Said milestone consists on the consolidation of a genuine electoral administration that is autonomous and independent from the public administration, which nevertheless continues to perform important functions for the correct development of the electoral process.

Keywords: historical constitutionalism, right to vote, electoral law, electoral guarantees, electoral administration.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTROL ELECTORAL EN LOS ALBORES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL. 1. *Ley Electoral e Instrucción para la Elección de Diputados a Cortes, de 1 de enero de 1810.* 2. *Constitución de 1812 y su desarrollo normativo.* III. EL FRAUDE ELECTORAL COMO ELEMENTO COMÚN A LAS SIGUIENTES EXPERIENCIAS CONSTITUCIONALES. 1. *Real Decreto de 20 de julio de 1837, sobre las Elecciones de Diputados y Senadores.* 2. *Ley Electoral de 18 de marzo de 1846, para el Nombramiento de Diputados a Cortes.* 3. *Decreto de 9 de noviembre de 1868, estableciendo el sufragio universal y la forma en que han de hacerse las elecciones de ayuntamientos, diputaciones provinciales y diputados a Cortes.* 4. *Ley Electoral de 26 de junio de 1890, de Diputados a Cortes.* 5. *Ley Electoral, de 8 de agosto de 1907.* 6. *Constitución de 1931.* IV. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL ELECTORAL. 1. *Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales.* V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Comprender las auténticas implicaciones del sistema de control electoral vigente en España pasa por hacer antes lo propio con los elementos característicos de nuestro constitucionalismo histórico. Los de una España, tan afanada en la instauración de un verdadero Estado de Derecho y Constitucional como lastrada por una actitud constituyente incapaz de lograr una mínima estabilidad político-constitucional, como bien nos recuerdan García Fernández y Espín Templado (1976, pp. 31 a 33); Solé Tura y Aja (1978, pp. 131 y ss.); Fernández Segado (1986); Sánchez Agesta (1978, pp. 19 y ss.); Torres del Moral (2004, pp. 13 y ss.); Vera Santos (2008, pp. 21 y ss.); o Merino Merchán (2008, pp. 31 a 33).

No otra cosa cabe predicar, en efecto, de los más de doscientos años de experiencia constitucional acumulada. Y, es que, si el liberalismo instituido por la Constitución de Cádiz de 1812 nació ya mermado como consecuencia de la invasión napoleónica de 1808, los acontecimientos posteriores no resultaron menos azarosos, con acontecimientos político-constitucionales no siempre edificantes, en forma de regencias, pronunciamientos, regímenes de hecho, alzamientos populares, fraudes, derogaciones e incumplimientos flagrantes de las constituciones. Representan, todos ellos, episodios de una historia constitucional convulsa que concluyó con la aprobación de una Constitución de 1978 a la que, conviene no olvidar, le precedió una cruenta Guerra Civil y una larga dictadura.

Siendo cuestiones de espacio las que nos impiden entrar en mayores consideraciones al respecto, lo primordial es apuntar a esa inestabilidad constitucional como el hilo conductor sin el cual no podrían entenderse los problemas a los que se ha enfrentado el sistema de garantías electorales en nuestro país¹. A esa conclusión llega, desde luego, Rallo Lombarte (1997, pp. 33 y 34), cuando alude a la lucha histórica entre liberalismo y conservadurismo, al sometimiento del Derecho a la fuerza de lo fáctico, a la breve vigencia jurídica de los textos constitucionales aprobados durante el siglo XIX, o a los enfrentamientos políticos mantenidos hasta la consagración del su-

¹ Satrústegui Gil-Delgado (1990, p. 94) va más allá, al señalar que nuestro Derecho electoral histórico «ha sido todavía más inestable que nuestro Derecho constitucional».

fragio universal, como factores, todos ellos, que caminan en paralelo al fallido intento por regular un proceso electoral que garantizase la transparencia de su desarrollo.

Todo ello permite concluir, en resumidas cuentas, el carácter fraudulento del Derecho electoral histórico español, sometido como estuvo a «constantes manipulaciones» (Satrústegui Gil-Delgado, 1990, p. 94). Esto es, durante el siglo XIX y parte del XX, los resultados de las elecciones «no eran decisivos a la hora de formar un determinado gobierno (que era el que las convocaba y las ganaba por un generoso margen)» (Linz *et al.*, 2005, p. 1029). Así, y desde que, en el año 1836, las Cortes sustituyeran el sistema de elección indirecta –propio de la Constitución de 1812– por un sistema directo y restringido, los comicios fueron objeto de constante amañeo por el Gobierno de turno (Sánchez Agesta, 1978, p. 185), especialmente en las zonas rurales (Pascua Mateo, 2007, p. 19). Es algo en lo que coincide la doctrina principal, al hablar de un «falseamiento electoral generalizado» (Linz *et al.*, 2005, p. 1029); de una «farsa electoral» (Sánchez Agesta, 1978, p. 184); del inicio de unas «prácticas de coacción y corrupción que atravesarán toda nuestra historia parlamentaria y electoral» (Tomás Villarroya, 2012, p. 20) y que, para Posada (s/f, p. 161), eran quizás imposibles de revertir.

Hasta ahí, por ahora, la crítica hacia la aplicación de un derecho electoral cuyos mimbres en materia de control electoral eran, sin embargo, mejores que lo que fue su efectiva aplicación. De hecho, y salvo contadas excepciones, puede decirse que la legislación electoral española fue experimentando una paulatina evolución, coherente con la «progresiva y lineal voluntad de incorporación, consolidación y mejora de las garantías formales del derecho de sufragio» en el país (Rallo Lombarte, 1997, p. 34).

Pues bien, en el análisis de ese proceso histórico de perfeccionamiento de la legislación electoral se afana el presente trabajo, estructurado como está en una serie de apartados referidos a las principales fases vividas por nuestro constitucionalismo histórico. Todo ello encaminado, como se ha dicho, a lograr comprender, en su justa magnitud, el aludido «ambiente de fraude, violencia y picaresca» en que se ha desenvuelto el régimen representativo histórico español (Sánchez Agesta, 1978, p. 169) hasta llegar a nuestros días. Un

proceso en virtud del cual, la Administración pública, encargada originariamente del control electoral, ha visto progresivamente reducida esa potestad en favor de una Administración electoral propia, si bien quedando aún ciertas reminiscencias de esa antigua configuración.

Al estudio de todas esas cuestiones nos dedicamos ya sin más dilación, siendo razones de espacio las que nos llevan a centrarnos² en las principales normas electorales aprobadas al abrigo de los seis textos constitucionales efectivamente culminados y que, como sabemos, preceden a la vigente Constitución de 1978³. Quedan relegadas a un segundo plano, por tanto, aquellas normas aprobadas, bien en el marco de procesos constituyentes inacabados –caso de la Constitución de 1836 o del Proyecto de Constitución federal de 1873– o de textos que no pueden ser considerados constituciones en sentido estricto, al tratarse de cartas otorgadas –el Estatuto de Bayona de 1808 y el Estatuto Real de 1834– o de meras ejemplificaciones de lo que Loewenstein (2007, pp. 218 a 222)⁴ define como constituciones semánticas –caso de las consabidas leyes fundamentales del régimen dictatorial franquista–⁵.

II. EL CONTROL ELECTORAL EN LOS ALBORES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

1. *Ley Electoral e Instrucción para la Elección de Diputados a Cortes, de 1 de enero de 1810*

Siendo la Administración electoral, como decíamos, un pilar básico de cara al aseguramiento de un proceso electoral transparente, lo propio aquí es apuntar al año 1810 como el primer antecedente de las actuales juntas electorales. Lo encontramos, en efecto, tras la

² Inspirándonos, para ello, en la estructuración que de sus trabajos realizan, sobre todo, Pascua Mateo (2007, pp. 19 a 44) y Presno Linera (2013, pp. 17 y ss.).

³ Siguiendo a González-Trevijano (2023, p. 124), estos son los de 1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 y 1978, a los que cabe añadir dos cartas otorgadas –el Estatuto de Bayona de 1808 y el Estatuto Real de 1834–.

⁴ En realidad, la obra original citada vio la luz en inglés y con otro título, en el año 1957.

⁵ Para un estudio pormenorizado y mucho más extenso sobre el derecho electoral español, *vid.* De Carreras y Vallés (1977, pp. 203 y ss.); Rallo Lombarte (1997); y Rueda Laffond (1998).

aprobación de la primera norma que, «con justicia, puede calificarse de electoral» (Presno Linera, 2013, p. 18), en opinión igualmente sostenida por Fernández Domínguez (1992, p. 20). Nos referimos a la Instrucción para la Elección de Diputados de Cortes, de 1 de enero de 1810⁶, crucial para el tránsito de un sistema de representación estamental propio del Antiguo Régimen a una nueva fórmula de representación nacional y burguesa (Arnaldo Alcubilla, 1994, p. 89). Una norma que, ya en su preámbulo, dejaba constancia de la importancia de la elección a llevar a cabo, pues de ella dependía el acierto de las medidas a adoptar para salvar a la patria, restituir el trono al monarca, y «restablecer y mejorar una Constitución digna de la nación»⁷.

El caso es que, aunque no llegó a aplicarse en la totalidad del territorio español, consecuencia del avance del ejército francés en plena guerra de la Independencia⁸, de ella hay que destacar la previsión de una junta central —la Suprema Junta Gubernativa de España e Indias—⁹ en cuanto que «órgano supremo de Gobierno provincial» (Merino Merchán, 2008, p. 52) y «embrión remoto de la Administración Electoral española» (Arnaldo Alcubilla, 1994, p. 71), a cuyas competencias nos referimos a continuación. En concreto, a ella se le encomendaba la labor de hacer cumplir los preceptos establecidos en la propia instrucción y de presidir, a dichos efectos, las elecciones de diputados a Cortes en las capitales de provincia. Así lo establecía, en efecto, un artículo 1 capítulo 1 que ordenaba a la mencionada institución la dirección de las convocatorias de Cortes,

⁶ A dicha norma le acompañarían otras complementarias, debidamente descritas en Presno Linera (2013, p. 19), quien además destaca el hecho de que «el momento fundacional del derecho electoral español» venga acompañado de «la presencia de normas reglamentarias, lo que será una constante del sistema hasta 1977».

⁷ Este y el resto de textos legales que se mencionan se encuentran debidamente compilados en Presno Linera (2013, pp. 93 y ss.). Igualmente, y en lo que a los distintos textos constitucionales españoles se refiere, *vid.* <https://constitucionparatodos.com/repositorio-normativo/>.

⁸ Como explica Artola (1999, pp. 312 y ss.), dicha circunstancia llevó a la Junta Central a tomar una decisión trascendental. Y, es que, encargada hasta entonces de gobernar el Reino y dirigir la guerra, optó por disolverse y traspasar sus funciones a un Consejo de Regencia encargado de convocar Cortes Generales y Extraordinarias en Cádiz.

⁹ Según nos recuerda Fernández Domínguez (1992, p. 17), dicho organismo puede ser considerado como la manifestación del poder revolucionario designado por unas juntas provinciales que, tras el levantamiento popular frente a la invasión francesa, asumían «la soberanía y el gobierno de la nación».

acompañándolas de dicha instrucción a los presidentes de las juntas de observación y defensa¹⁰.

Una vez recibidas las convocatorias en cuestión, y en virtud del artículo II capítulo I, los presidentes debían formar una junta específica integrada por ellos mismos, así como por el arzobispo u obispo de la zona, regente, intendente y corregidor, y por un secretario. Y en caso de que alguna de esas personas no hubiera sido miembro de la junta de observación y defensa, esta debía proceder al nombramiento de otros tantos individuos procedentes de la misma.

Finalmente, el artículo III capítulo I encomendaba a la junta el cumplimiento de la instrucción, llevar a efecto el nombramiento de diputados de Cortes, y presidir la junta de provincia, integrada por los electores nombrados por unas juntas de partido –judicial– que, a su vez, y según el artículo I capítulo III, se componían por electores nombrados por las juntas parroquiales.

Eso en cuanto a los territorios ocupados mientras que, en el caso de las provincias españolas de América, Asia y sus islas, la elección de diputados fue realizada de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto de 8 de septiembre de 1810, sobre el nombramiento de diputados suplentes para las penínsulas ocupadas –veintitrés– y para las dos Américas –treinta–, aprobado con el objetivo de «asegurar una suficiente representación de Diputados para poder abrir y celebrar las Cortes» (Fernández Domínguez, 1992, p. 27). Pues bien, en estos casos, la dirección del proceso electoral se llevó a cabo a través de cuatro mesas, a cuyo frente estaría un ministro presidente, auxiliado por un escribano de cámara (Pascua Mateo, 2007, p. 21).

2. *Constitución de 1812 y su desarrollo normativo*

Descritos los aspectos esenciales de la Instrucción de Diputados a Cortes de 1810, apúntese ahora al otro aspecto fundamental por el que merece ser nombrada, más allá de lo que fue su contribución a la regulación de los procesos electorales en ese tiempo concreto. Y, es que, resulta que aquella es la norma que «canaliza el proceso histórico constituyente», como bien sostiene Merino Merchán (2008, p. 54). Se

¹⁰ Sobre los aspectos esenciales de estas juntas, *vid.* Fernández Domínguez (1992, p. 23).

convirtió, en efecto, en «fuente de inspiración para el siguiente hito normativo en la materia, que tuvo nada más y nada menos que rango constitucional» (Presno Linera, 2013, p. 19). Nos referimos, como es evidente, a la Constitución de 18 de marzo de 1812, la famosa *Pepa*¹¹, texto de clara vocación democrática (Torres del Moral, 2004, 17) y que, en lo que aquí más importa, «reguló con extraordinaria minuciosidad todo el proceso electoral» (Presno Linera, 2013, p. 19), en contraste con lo que sucedería en los textos constitucionales posteriores.

A partir de ahí, y fijándonos en el articulado del texto constitucional, se vuelve a optar –como ya sucediera con la Instrucción de 1810– por una diferenciación entre juntas electorales de parroquia –artículos 35 a 58–, de partido –artículos 59 a 77– y de provincia –artículos 78 a 103–, en cada una de las cuales se elegían unos compromisarios «para asistir a la de superior categoría hasta llegar a las Juntas Provinciales en las que se nombraban ya los diputados», como bien explica Pascua Mateo (2007, p. 19).

Sobre la base de ese complejo sistema de sufragio indirecto (Merino Merchán, 2008, p. 83), y en lo que respecta a su composición, las juntas electorales de parroquia estaban integradas por todos los ciudadanos con vecindad y residencia en el territorio de la parroquia respectiva –artículo 35–. Eran presididas por el jefe político, o el alcalde de la ciudad, villa o aldea en que se congregaran, con asistencia del cura párroco «para mayor solemnidad del acto». Y si en un mismo pueblo, por razón del número de sus parroquias, se tenían dos o más juntas, una la presidía el jefe político o el alcalde, otra el otro alcalde, mientras que del resto se encargaban los regidores, echándolo a suertes entre ellos –artículo 46–. Además, y junto a la figura del presidente, la junta de parroquia contaba con dos escrutadores y un secretario, elegidos en todos los casos por mayoría de todos los vecinos presentes, previa celebración de la correspondiente misa –artículo 48–¹².

¹¹ Pues se aprobó el 19 de marzo de 1812, festividad del día de san José.

¹² Ese protagonismo adquirido por la Iglesia no es de extrañar teniendo en cuenta la «grave quiebra» (Merino Merchán, 2008, p. 65) que para la libertad supuso la constitucionalización de la «religión [...] católica, apostólica, romana, única verdadera», y la prohibición del ejercicio de cualquier otra –artículo 12–. La cuestión religiosa es, en palabras de

Por otra parte, y en lo que respecta a sus funciones, correspondía a las juntas electorales de parroquia la resolución de las quejas ciudadanas en materia de cohecho o soborno para que la elección reca- yera en una persona concreta, resolviendo igualmente sobre posibles calumnias, sin opción alguna de recurso –artículo 49–. Y de nuevo, sin posibilidad de impugnaciones ulteriores, en las juntas parroquiales recaía la responsabilidad de resolver las dudas que pudieran surgir sobre la concurrencia o no de las calidades exigidas para poder votar –artículo 50–.

Fijándonos ahora en las juntas electorales de partido –encar- gadas como estaban de nombrar al elector o electores que habían de concurrir a la capital de la provincia para elegir a los diputados de Cortes–, se integraban por los electores que hubieran designado las juntas de parroquia –artículo 59– y las presidía el jefe político, o el alcalde primero del pueblo cabeza de partido –artículo 67–. Y de cara a determinar quién o quiénes serían los electores que representarían a la junta de partido en la junta electoral de provincia, debían designar, por mayoría de los votos, a dos escrutadores y a un secretario de entre todos los miembros de la primera –artículo 68–.

Respecto a las funciones de las propias juntas electorales de partido, y en la línea de lo apuntado al hablar de las juntas parro- quiales, en aquellas recaía el deber de resolución de cualquier queja relativa a las certificaciones de la condición de elector parroquial o a las calidades exigidas a la propia persona para tener aquella condición, de nuevo, sin opción de recurso posterior –artículo 70–. Además, y celebrada una «misa solemne de Espíritu Santo por el eclesiástico de mayor dignidad» –artículo 71–, las juntas electorales de partido resolvían las mismas quejas en materia de delitos y en las mismas condiciones que lo ya señalado al referirnos al artículo 49 de la propia Constitución de 1812 –artículo 72–.

Finalmente, y en lo que a las juntas electorales provinciales se refiere, estaban integradas por los electores designados por las juntas electorales de partido, «que se congregarán en la capital a fin de nombrar los Diputados que le correspondan para asistir a las Cortes, como representantes de la Nación» –artículo 78–. Las juntas

Sánchez Agesta (1978, p. 113), «el más grave legado que las Cortes de Cádiz dejaron a las posteriores generaciones del siglo».

electorales provinciales se encontraban presididas por el jefe político de la capital de la provincia, a quien debían dirigirse los electores de partido con el documento de su elección, de manera que sus nombres se anotasen en el libro en que habían de extenderse las actas de la junta –artículo 81–. Y, como en los casos anteriores, al presidente le asistían un secretario y dos escrutadores elegidos por mayoría simple de entre los propios electores –artículo 82–.

Por lo demás, y en lo tocante a sus funciones, las juntas electorales provinciales nombraban una comisión compuesta por tres personas para que examinase las certificaciones de nombramiento de los electores así designados por las juntas electorales de partido y que, a su vez, habían sido previamente fiscalizadas por el secretario y los escrutadores –artículo 84–. Y a partir de ahí, se procedía de manera muy similar a lo ya señalado al hablar de las juntas electorales de parroquia y de partido. En la junta electoral de provincia recaía la facultad para resolver toda reclamación referente a las certificaciones de la condición de elector parroquial o a las calidades exigidas a la propia persona para gozar de aquella condición, no previéndose posibilidad de recurso alguno –artículo 85–. De igual modo, y tras la correspondiente misa solemne a cargo del obispo o, en su defecto, el eclesiástico de mayor dignidad –artículo 86–, las juntas electorales de provincia resolvían las mismas cuestiones y en los mismos términos que lo ya señalado en el artículo 49 –artículo 86–.

Estas son, en resumidas cuentas, las principales previsiones normativas de una Constitución de 1812 que, como bien se apunta desde la principal doctrina, «representa la primera forma constitucional en que se manifiesta un incipiente concepto de “Estado de Derecho”, aunque sea en su sentido liberal más primigenio, todavía insuficiente, y no pocas veces contestado» (González-Trevijano, 2023, p. 3). En efecto, se trata de un texto capital para la creación de un sentimiento de nación en sentido moderno, y en virtud del cual se configuraron unas Cortes Generales que representaban la soberanía nacional y que permitía la limitación de los poderes de un monarca –Fernando VII– hasta entonces absoluto (Vera Santos, 2008, p. 59).

Pues bien, a pesar de la corta vigencia del texto constitucional, y volviendo a la cuestión estrictamente electoral, la Constitución de Cádiz sirvió como base para la ordenación de unos comicios a

Cortes Generales ordinarias, los celebrados el 1 de octubre de 1813, cuya regulación específica corrió igualmente a cargo de la que probablemente sea la norma de desarrollo electoral más importante de todas las aprobadas durante la vigencia de esa Constitución (Pascua Mateo, 2007, p. 22). Nos referimos al Decreto de 23 de mayo de 1812 que, además de convocar dichas elecciones, reglaba todo el proceso electoral con la inclusión de dos instrucciones especiales, una para la Península e islas adyacentes¹³, y otra para las provincias de Ultramar¹⁴, actuando de importante complemento del derecho y del régimen electoral del texto constitucional de 1812 (Fernández Domínguez, 1992, p. 38).

No pudiendo entrar en mayores detalles sobre esta y otras reglas y normas complementarias aprobadas durante este período histórico¹⁵, estas fueron, en esencia, las condiciones regulatorias básicas bajo las que se celebraron las elecciones a Cortes ordinarias de 1 de octubre de 1813, respecto de las que «no constan quejas especialmente relevantes en orden a su pulcritud» (Pascua Mateo, 2007, p. 22).

III. EL FRAUDE ELECTORAL COMO ELEMENTO COMÚN A LAS SIGUIENTES EXPERIENCIAS CONSTITUCIONALES

1. *Real Decreto de 20 de julio de 1837, sobre las Elecciones de Diputados y Senadores*

Avanzando en este rápido repaso al proceso histórico de conformación de una verdadera Administración electoral, lo siguiente es aludir al segundo de los textos constitucionales aprobados en la

¹³ Instrucción conforme a la cual deberán celebrarse en la Península e Islas Adyacentes las elecciones de Diputados de Cortes para las ordinarias del año próximo de 1813. Texto disponible en <https://www.alicante.es/sites/default/files/documentos/documentos/comemoracio-constitucion-1812/cons-1812-elect-dipu.pdf>.

¹⁴ Instrucción conforme a la cual deberán celebrarse en las provincias de Ultramar las elecciones de Diputados de Cortes para las ordinarias del año próximo de 1813. Texto disponible en https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/coleccion-de-los-decretos-y-ordenes-que-han-expedido-las-cortes-generales-y-extraordinarias-desde-24-de-septiembre-de-1811-hasta-24-de-mayo-de-1812-tomo-ii--0/html/0027bda0-82b2-11df-acc7-002185ce6064_242.html.

¹⁵ Para un resumen de la regulación complementaria aprobada para garantizar la celebración de los comicios pese a las dificultades propias de la guerra, *vid.* Pascua Mateo (2007, p. 22).

historia de nuestro país. Nos referimos a la Constitución de 18 de junio de 1837, instrumento de reafirmación de la senda constitucionalista iniciada en 1812 (Solé Tura y Aja, 1978, p. 33)¹⁶, ello «a pesar del grave contexto de inestabilidad política en que debió moverse» (González-Trevijano, 2023, p. 6).

Pues bien, centrándonos en la cuestión electoral, la brevedad de su previsión en el texto constitucional no impidió la atribución al Congreso de los Diputados y al Senado¹⁷ de la facultad para examinar la legalidad de las elecciones y las calidades de sus propios parlamentarios –artículo 29–. En lo demás, la normativa de referencia la constituyó el Real Decreto de 20 de julio de 1837, sobre las Elecciones de Diputados y Senadores. Una regulación claramente inspirada en el Real Decreto Electoral de Procuradores a Cortes, de 24 de mayo de 1836, en el que hay que detenerse, al menos brevemente, pues fue la «primera norma “moderna” de la historia electoral española» (Presno Linera, 2013, p. 23)¹⁸, sirviendo de respaldo para el retorno temporal del sistema establecido por la Constitución de 1812. Hablamos, por lo tanto, de un modelo de Administración electoral española para el siglo XIX, el dispuesto en el año 1836, que a pesar de no lograr una duración formal en el tiempo –la misma suerte correría el Proyecto de Constitución de 1836–, estableció los cauces por los que transcurriría la organización política española a lo largo de varias décadas (Pascua Mateo, 2007, p. 24).

Tanto fue así que el Real Decreto de 1837¹⁹ –influido, a su vez, por la reforma electoral inglesa de 1832 (Presno Linera, 2013, p. 24)– reprodujo la práctica totalidad del modelo implantado un año antes²⁰, con un sistema de sufragio directo y el establecimiento de dos organismos básicos como eran las juntas electorales y las de

¹⁶ Como señala el autor, aunque la idea inicial de las Cortes Constituyentes de 1836 era la de reformar el texto constitucional de 1812, en realidad lo que hicieron fue «una Constitución diferente».

¹⁷ La consagración del bicameralismo fue «una de las concesiones más importantes hechas por los progresistas a favor del moderantismo», según recuerda Merino Merchán (2008, p. 121).

¹⁸ Rallo Lombarte (1997, p. 36) alude a la «tremenda importancia histórica» de contemplar, por vez primera, la formación de un censo electoral permanente y público.

¹⁹ Vigente en las elecciones a las Cortes Generales de los años 1839, 1840, 1841, 1843 y 1844.

²⁰ Para un estudio detallado de la norma de 1836, *vid.* Fernández Domínguez (1992, pp. 56 a 65). La normativa íntegra se encuentra disponible en Presno Linera (2013, pp. 159 y ss.).

escrutinio. Respecto a las primeras, las integraban un presidente y cuatro secretarios escrutadores elegidos por mayoría relativa entre los electores presentes –artículo 22–. Y en cuanto a las juntas de escrutinio, su politización era evidente (Pascua Mateo, 2007, p. 25), pues estaban compuestas por los diputados provinciales y los comisionados de los distritos, correspondiendo su presidencia al jefe político de la diputación. Además, cuatro comisionados, elegidos por insaculación, debían hacer las veces de secretarios –artículo 35–.

De igual modo, y en lo relativo a sus competencias, las juntas electorales velaban por el control del normal desarrollo de las votaciones, resolviendo por mayoría absoluta –artículo 33–, mientras que las juntas de escrutinio se encargaban de atribuir los escaños finales por distrito, dando respuesta a las reclamaciones que allí se presentaran, también mediante mayoría absoluta –artículo 35–.

Pues bien, partiendo de las importantes irregularidades detectadas –y denunciadas sin demasiado éxito por algún parlamentario (Sánchez Agesta, 1978, p. 185)– en las distintas elecciones a Cortes Generales de los años precedentes, los comicios celebrados el 22 de septiembre de 1837 supusieron la victoria de la oposición. Y lo hicieron, quizás no tanto por las bondades del Real Decreto de 20 de julio de 1837²¹, sino por las circunstancias excepcionales en que tuvieron lugar (Pascua Mateo, 2007, p. 25). Y, es que, no existía Gobierno en la práctica, ello tras la negativa del general Espartero a suceder al Ejecutivo de Calatrava y el hecho de que Bardají no asumió la presidencia del Consejo de Ministros hasta después de la celebración de los comicios en cuestión (Fernández Domínguez, 1992, p. 79).

2. Ley Electoral de 18 de marzo de 1846, para el Nombramiento de Diputados a Cortes

Si la Constitución de 1837²² había nacido debilitada por la poca participación que en su elaboración habían tenido los moderados –sin olvidar la continuidad de la guerra civil carlista (Solé Tura y Aja,

²¹ De hecho, Sánchez Agesta (1978, p. 186) critica dicha ley precisamente por permitir el dominio de los resortes del proceso electoral, censo y mesa de escrutinios, al frente. En la misma línea, Monsell Cisneros y Pérez Díaz (1989, p. 154).

²² Más que una nueva Constitución, la doctrina principal prefiere hablar de una reforma de la aprobada en 1837. De esa opinión, Sánchez Agesta (1978, p. 287), Torres del

1978, p. 36)–, ni mucho menos favorable fue el contexto político en que nació la Constitución de 1845, promulgada el 23 de mayo. De un lado, la regencia de María Cristina –había abdicado el 12 de octubre de 1840– había dado paso a la de un general Espartero –duraría hasta 1843– cuyo exilio final en Inglaterra llevaría al Gobierno a proclamar la mayoría de edad de Isabel II con solo trece años de edad. De otro lado, la relación de fuerzas parlamentarias había sufrido un nuevo vuelco, con una corriente conservadora «interesada en plasmar su ideología en un Texto Constitucional propio» (González-Trevijano, 2023, p. 7).

A partir de ahí, y en lo que a la regulación del control electoral se refiere, debe partirse de la «frialidad e indiferencia» (Fernández Domínguez, 1992, p. 84) con que el Congreso de los Diputados acogió el breve debate del proyecto normativo que daría lugar a la aprobación de la Ley Electoral de 18 de marzo de 1846. Y lo cierto es que no fueron demasiados los cambios introducidos en la norma, si bien deben destacarse dos cuestiones básicas.

La primera, claramente perniciosa si de control censal hablamos, con un artículo 22 que demuestra que el objetivo de la ley no era el aumento de la transparencia del proceso electoral y sí el control gubernamental del mismo (Pascua Mateo, 2007, p. 26). Así sucedía desde el momento en que se atribuía al jefe político de la diputación –de designación ministerial– la elaboración del listado de votantes a partir de la información remitida por los alcaldes y la proporcionada por otros entes a los que aquel decidiera consultar. La politización en la confección censal era, por tanto, evidente.

En cambio, y como segunda cuestión novedosa, debe valorarse positivamente la creación de una mesa interina compuesta por el alcalde, a modo de presidente, y por cuatro secretarios escrutadores que serían las dos personas más ancianas y las dos más jóvenes de entre todas las allí presentes –artículo 42–. Y es de destacar esta previsión porque a dicho órgano se le encomendaba la elección –por mayoría entre los propios electores allí presentes– de los cuatro secretarios escrutadores que integrarían la mesa definitiva –artículo 44–. Y claro, lo anterior prevenía frente a previsibles aglomeraciones

Moral (2004, p. 86) o Vera Santos (2008, p. 209). Por el contrario, De Esteban (2001, p. 58) prefiere hablar de la redacción de «un nuevo texto».

en el colegio electoral, ello a la vista del interés de los distintos contendientes electorales por colonizar, a través de sus electores afines, unas mesas escrutadoras cuyo control, unido al del censo electoral, resultaba fundamental para la manipulación de unos comicios (Sánchez Agesta, 1978, p. 186). Sea como fuere, y a pesar de avances como el mencionado, la Ley Electoral de 18 de marzo de 1846 acabaría protagonizando, por la forma en que fue aplicada, «uno de los momentos en que se constata una mayor intensidad del fraude electoral» (Pascua Mateo, 2007, p. 26).

3. *Decreto de 9 de noviembre de 1868, estableciendo el sufragio universal y la forma en que han de hacerse las elecciones de ayuntamientos, diputaciones provinciales y diputados a Cortes*

Avanzando en el tiempo, nos encontramos con una Constitución de 1869 que no fue sino consecuencia de un nuevo episodio de ese «carácter pendular» predicado por De Esteban (2001, p. 69) para el constitucionalismo histórico español²³. Esta vez, el viraje se produciría desde posiciones propias del moderantismo hacia un liberalismo democrático protagonista de una nueva fase revolucionaria, ello a través de la aprobación de un texto constitucional –el primero realmente democrático de nuestra historia, para Solé Tura y Aja (1978, p. 57)– que supuso la consagración de la monarquía parlamentaria en unas circunstancias ciertamente particulares. Y, es que, no existía rey en ese momento pues, como sabemos, Isabel II había sido derrocada y se aguardaba la llegada de Amadeo de Saboya para el establecimiento de una nueva dinastía (Vera Santos, 2008, p. 309).

En lo que al control electoral se refiere, y partiendo de la consagración constitucional del sufragio universal masculino –artículo 16–, los últimos años previos al hito constitucional habían visto ya la implantación de «novedades significativas» (Presno Linera, 2013, p. 26) en el ámbito, especialmente de la mano de la Ley Electoral

²³ En cambio, y apoyándose en Martínez Sospedra (1981), para Vera Santos (2016, p. 1285), «el constitucionalismo “real”, aplicado en todo nuestro siglo XIX y parte del XX es un moderantismo, ora liberal, ora conservador, que es el triunfante desde 1837 hasta 1931. [...] Serían más los respectivos gobiernos, a través de las normativas de desarrollo, sobre todo, electorales y de imprenta, aparte de la acción gubernativa, los que dotan de un perfil u otro a cada texto/contexto».

de 18 de julio de 1865. En efecto, y partiendo de las numerosas irregularidades apreciadas, también durante el reinado de Isabel II (Monsell Cisneros y Pérez Díaz, 1989, pp. 176 y 177), el texto de 1865 –de corta vigencia en el tiempo–²⁴ había introducido, por vez primera, la intervención judicial en el control y garantía del proceso electoral, correspondiendo a los jueces de primera instancia la potestad exclusiva para decidir sobre el derecho a la inscripción en el censo electoral, así como respecto de su pérdida –artículos 22 y ss.–. Pero, es que, además, la correcta aplicación posterior del censo se hallaba igualmente supervisada por lo que Rallo Lombarte (1997, p. 1651) y Pascua Mateo (2007, p. 27) consideran que es el antecedente más remoto de las actuales juntas electorales. Nos referimos a las comisiones inspectoras del censo electoral, compuestas por el alcalde, que las presidía, y por cuatro concejales electores nombrados por el ayuntamiento, a renovarse por mitad cada dos años –artículo 50–²⁵.

Eso con respecto a una Ley Electoral de 18 de julio de 1865, cuyas líneas maestras en materia de control electoral se mantendrían tras la aprobación del Decreto de 9 de noviembre de 1868, una vez exiliada Isabel II y con el advenimiento de la Constitución de 1869 en el horizonte. Y, es que, sin perjuicio del carácter revolucionario que Presno Linera (2013, p. 27) le atribuye a nivel de la normativa electoral general, lo cierto es que la norma de 1868 carecería de

²⁴ Pues solo se celebraron las elecciones de diputados a Cortes de los años 1865 y 1867, siendo temporal y parcialmente recuperado por la Ley Electoral de 20 de julio de 1877. Al respecto, *vid.* Fernández Domínguez (1992, p. 109).

²⁵ Menores habían sido, en cambio, las modificaciones introducidas en el ámbito de las mesas, con un artículo 63 que ya no preveía a los alcaldes como presidentes de las mismas, ello salvo ausencia de los llamados a ocupar ese lugar y que no eran otros que los cinco electores mayores contribuyentes de la sección que supieran escribir –artículo 62–. Y respecto al resto de miembros de las mesas, se reproducía en lo esencial el sistema de elección de sus miembros a través de las mesas interinas –artículos 65 y 66–, configurado ya en 1846.

Finalmente, y en lo que a las juntas de escrutinio general se refiere, el artículo 86 preveía, a modo de importante novedad, la inclusión de los jueces de primera instancia dentro de los miembros integrantes de dichos organismos. De esa forma, cada junta estaría presidida por el referido juez de primera instancia –en caso de haber varios, lo hacía el juez decano–, que disponía del voto de calidad; e igualmente integrada por los dos secretarios escrutadores de la sección cabeza del distrito que hubieran obtenido mayor y menor número de votos, respectivamente; así como por el secretario de cada una de las demás secciones que hubiese recibido mayor número de apoyos.

cambios realmente relevantes en lo que a la Administración electoral se refiere.

Así, y en lo tocante al censo electoral, sí parece que su elaboración fue objeto de cierto descuido. Y, es que, el reconocimiento del derecho de sufragio universal masculino a mayores de veinticinco años –artículo 1– acabó con la exigencia de acreditación de la condición de alto contribuyente o de las aptitudes académicas hasta entonces requeridas (Pascua Mateo, 2007, p. 28), siendo suficiente con que los votantes presentaran una cédula de vecindad previamente expedida por el alcalde –artículo 4–.

Por su parte, las mesas definitivamente constituidas volvían a serlo a través de una elección llevada a cabo por las mesas interinas –artículos 31 y ss.–. Aquellas se componían de un presidente y cuatro secretarios escrutadores, todos ellos elegidos por mayoría de los votos –artículo 46–, mientras que las mesas interinas se integraban por el alcalde, concejal o alcalde de barrio que hubiera asistido al colegio, y las dos personas de mayor y menor edad de entre los electores allí presentes –artículo 31–.

Por último, y en lo que al escrutinio se refiere, es de destacar la aparición de una junta de segundo escrutinio en la cabeza de cada partido judicial, encomendándosele el recuento de votos en un momento posterior al llevado a cabo por la mesa –artículo 109– y, a su vez, previo al escrutinio general. Además, y en cuanto a su composición, se aseguró que su presidencia corriera a cargo del juez de primera instancia del partido –aunque sin derecho a voto–, acompañándole en sus labores un secretario escrutador por cada colegio, elegido por la correspondiente mesa una vez finalizada la votación –artículo 110–. Por lo demás, y antes de disolverse, cada junta de segundo escrutinio debía elegir por mayoría de votos a una persona de entre sus vocales, ello a los efectos de su concurrencia al escrutinio general de la provincia o circunscripción –artículo 114–. Un escrutinio general que se llevaba a cabo ante las juntas provinciales o de distrito, presididas por los gobernadores en el primer caso, y por los jueces de primera instancia de la capital, en el segundo. Junto a ellos, y amén de los vocales elegidos por las juntas de segundo escrutinio, podían acudir además, aunque sin voto, los diputados provinciales de los partidos comprendidos en ellas –artículo 115–.

Esos eran, en esencia, los rasgos característicos de una Administración electoral cuya lucha contra el fraude electoral encontró importantes obstáculos derivados del reconocimiento del derecho de sufragio universal masculino. De hecho, para Fernández Almagro (1943, p. 386), dicha consagración «hizo más perceptible aún tales y mayores desmanes, emparejando la falsedad del principio con la falsificación de sus realizaciones». Y en la misma línea se pronuncia Sánchez Agesta (1978, pp. 187 y ss.), apuntando a dos notorios reflejos que el reconocimiento de dicho derecho tuvo en el importantísimo fraude electoral existente en la época. En concreto, y en primer lugar, alude a la demagogia empleada en la propaganda electoral, pues a cambio del voto se ofrecía a los jornaleros el reparto de las tierras que labraban. Y en segundo término, se refiere a la propuesta de falsificación recurrente del proceso electoral, ello a cargo de unas corrientes conservadoras para las que sufragio universal y régimen de propiedad eran elementos incompatibles entre sí.

4. *Ley Electoral de 26 de junio de 1890, de Diputados a Cortes*

Como bien se nos recuerda desde la doctrina, la Constitución *canovista* de 1876 es, hasta el momento, el texto constitucional que mayor vigencia ha tenido en nuestro país, «al menos formalmente» (González-Trevijano, 2023, pp. 1 y ss.): de 1876 a 1923, esto es, hasta la dictadura de Primo de Rivera. Se trataba de una Constitución que restauraba la línea dinástica de los Borbones, concluido el brevísimo reinado de Amadeo de Saboya –entre los años 1870 y 1873– y la fallida Primera República instaurada tras su renuncia en 1873, Proyecto de Constitución federal incluido.

Pues bien, en lo que al control electoral durante la restauración monárquica se refiere, razones de espacio nos llevan a obviar las leyes electorales de 20 de agosto de 1870 y de 28 de diciembre de 1878²⁶, para centrarnos en la que, para Arnaldo Alcubilla (1994, p. 89), Rodríguez García (1994, p. 72), o Pascua Mateo (2007, p. 31), es la norma que da lugar al precedente más importante de la actual Administración electoral española. Nos referimos a la Ley Electoral

²⁶ Al respecto, Fernández Domínguez (1992, pp. 124 y ss.); Pascua Mateo (2007, pp. 29 y ss.). El texto íntegro se encuentra disponible en Presno Linera (2013, pp. 220 y ss.).

de 26 de junio de 1890, de Diputados a Cortes, inspirada en las normas de 1870 y 1878 y que, siguiendo a Martínez Cuadrado (1983, p. 44), sirvió para ayudar a reducir la cantidad de desajustes producidos en el mecanismo electoral de la Restauración²⁷.

Con la Ley Electoral de 1890 se configura, por tanto, una «verdadera Administración electoral permanente» (Rallo Lombarte, 1996, p. 253), compuesta por una Junta Central, en cuanto que órgano superior, unas juntas provinciales y, por último, unas juntas municipales, todas ellas denominadas del censo electoral. Inspiradas en la Ley Electoral de 28 de septiembre de 1878, por la que se crearon las comisiones inspectoras del censo electoral, a aquellas correspondía, por tanto, la formación, revisión custodia e inspección del censo, en función de sus atribuciones respectivas –artículo 10–. Con ello se trataba de dar respuesta a unos representantes del Partido Republicano que, como recuerdan Fernández Domínguez (1992, p. 17) y Pascua Mateo (2007, p. 33), criticaban la falta de garantías por el hecho de que todo lo relativo al censo dependiera de los ayuntamientos, exigiendo la centralización de las listas censales en el Congreso.

Señalado lo cual, y respecto a la composición de dichas juntas del censo electoral, era «eminentemente política» (Arnaldo Alcubilla, 1994, p. 72), en contra de lo que cabría esperar de un órgano de tal naturaleza. La Junta Central, con sede en Madrid, era el órgano superior y estaba presidida por el presidente del Congreso de los Diputados. Las juntas provinciales, radicadas en las capitales de cada provincia, lo estaban por los presidentes ordinarios de las diputaciones, mientras que las juntas municipales, con sede en cada municipio, tenían como presidente a los respectivos alcaldes –artículo 10–.

Y respecto al resto de sus miembros, el carácter político de sus perfiles seguía siendo la constante, prueba de la desconfianza del legislador hacia instancias que fueran totalmente independientes –Rodríguez García (1994, p. 72); y Arnaldo Alcubilla (1994, p. 90)–. Así, la Junta Central la integraban quince vocales que debían ser los expresidentes del Congreso de los Diputados, así como los ex vicepresidentes primeros de la propia Cámara Baja, por orden de antigüedad

²⁷ En contra, pues «no se recuperaron [...] ni la exigencia de credencial de elector ni la represión legal del fraude electoral», Presno Linera (2013, p. 31), apoyándose para ello en Rallo Lombarte (1997, pp. 1648 y ss.).

y hasta completar el número indicado. La misma cantidad de vocales se preveía para las juntas provinciales, diez de los cuales debían ser los expresidentes y exvicepresidentes de la diputación con vecindad en la provincia. Los cuatro restantes —ya se ha dicho que el decimoquinto lo era el presidente ordinario de la diputación correspondiente— serían cuatro diputados provinciales en activo elegidos por la diputación en cuestión. Y en lo que a las juntas municipales respecta, sus vocales no eran otros que los propios integrantes del Gobierno municipal del momento, a los que se sumaban los exalcaldes vecinos del mismo municipio —artículo 10—.

Y ya para concluir con el repaso a la composición de las juntas, señálese que cada una de ellas contaba con un secretario. El de la Junta Central lo era el oficial mayor de la Secretaría del Congreso de los Diputados, en lo que supone una vinculación del cuerpo de letrados de las Cortes Generales —entonces cuerpo de oficiales de las Cortes— al funcionamiento del máximo órgano de la Administración electoral que, como se nos recuerda en Pascua Mateo (2007, p. 32), llega hasta nuestros días. Por su parte, como secretarios de las juntas provinciales y de las municipales actuaban los secretarios de las diputaciones y ayuntamientos, respectivamente, careciendo todos ellos —también el secretario de la Junta Central— de voz y voto y estando asistidos por los empleados de las respectivas secretarías —artículo 10—.

Fijándonos ahora en sus funciones, y partiendo de la labor genérica que el propio artículo 10 les encomendaba —formación, revisión, custodia e inspección del censo—, a la Junta Central correspondía: la inspección y dirección de los servicios referidos al censo —formación, revisión y conservación—; la conservación de los ejemplares impresos de las listas definitivas copiadas de los registros provinciales; la comunicación, a través de su presidente, con todas las autoridades y funcionarios públicos; la recepción y resolución, dentro de sus competencias, de cuantas quejas se le dirigiesen; el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria sobre todas las personas que intervinieran en las operaciones electorales, pudiendo imponer multas de hasta mil pesetas, exigibles, a su orden, por los jueces de primera instancia; y la dación de cuentas al Congreso de los Diputados —que para eso era el encargado de verificar las actas electorales de sus miembros, según el

artículo 34 de la Constitución de 1876— de cuanto considerase digno de su conocimiento —artículo 18—.

Por su parte, las juntas municipales resolvían las reclamaciones referidas al derecho de sufragio respecto de las listas censales entregadas por los alcaldes —artículos 12 y 13—, mientras que a las juntas provinciales correspondía hacer lo propio con las quejas recibidas una vez se hubieran publicado las listas definitivas por los ayuntamientos —artículo 14—. E incluso se configuró un procedimiento judicial para apelar las resoluciones de las juntas provinciales ante la respectiva audiencia territorial —artículo 15—.

Hasta aquí la regulación básica relativa a las juntas del censo electoral y, desde ahora, la breve explicación sobre el funcionamiento de las mesas electorales. Pues bien, en virtud del artículo 36, cada sección electoral contaba con una mesa encargada de presidir la votación. Dicha mesa estaba compuesta por un presidente —que sería el alcalde o, en su defecto, los tenientes de alcalde o concejales— y, al menos, cuatro interventores nombrados, tanto por la junta provincial del censo como por los candidatos a las elecciones y que tuvieran derecho a realizar tal designación ¿Quiénes tenían tal capacidad? Solo aquellos candidatos que hubieran ostentado previamente la condición de diputados o senadores, o que hubieran recibido un nivel significativo de apoyos, bien en los resultados finales de comicios previos, bien de cara a su postulación como candidatos a las elecciones a celebrarse en ese momento —artículos 36 y ss.—.

En definitiva, la Ley de 1890 modificaba la forma habitual de nombramiento de los interventores por los propios electores, si bien manteniendo la presidencia en favor del alcalde. Y aunque ello no eliminaba el peligro de politización en su seno (Rallo Lombarte, 1996, p. 253)²⁸, sí supuso la anticipación de «la dualidad hoy en vigor entre miembros “neutrales” de la Mesa y miembros designados por las fuerzas concurrentes para la defensa de sus intereses» (Pascua Mateo, 2007, p. 33), aunque aún con deficiencias.

²⁸ Ello si tenemos en cuenta, primero, que los interventores tenían derecho a voto y, segundo, que cuando las juntas provinciales elegían a su cuota de interventores, lo hacían a partir de las listas de aspirantes previamente entregadas por cada uno de los candidatos proclamados —artículo 43—.

Fijándonos ahora en la labor escrutadora, esta volvía a corresponder a las juntas de escrutinio general. Ahora bien, si veíamos que la Ley de 18 de julio de 1865 atribuía la presidencia del órgano a los jueces de primera instancia del partido cabeza del distrito –fórmula que se mantuvo en la Ley Electoral de 28 de diciembre de 1878–, cosa distinta cabe predicar del artículo 62 de la norma aprobada en 1890. Porque, desde ese momento, la presidencia pasó a recaer en el magistrado más antiguo de la audiencia –excluido el presidente o presidentes de sala o de sección–, si de capitales de provincia hablamos, mientras que, en los demás distritos, presidían los magistrados de la misma audiencia de la capital, destinándolos por el orden de su antigüedad a las juntas de poblaciones de mayor número de habitantes. En caso de no haber en la audiencia de la capital de la provincia suficientes profesionales para cubrir esos puestos, los desempeñarían, en el mismo orden, los magistrados de otras audiencias que hubiera en la provincia –las audiencias territoriales– y los jueces de primera instancia pero, y ahí está la novedad más significativa, «en ningún caso, los Jueces en las localidades en que ejerzan su jurisdicción» –artículo 62–.

Sea como fuere, y a pesar de las mejoras introducidas por esta ley, lo cierto es que «la práctica electoral continuará siendo la misma, falseamiento y manipulación sistemática de las elecciones y sus resultados» (Fernández Domínguez, 1992, p. 196), algo en lo que coinciden, entre otros, Posada (1897, p. 245) y Sánchez Agesta (1978, pp. 188 y ss.). Especialmente elocuente es este último al apuntar como causa principal del problema, no a la ley en sí, sino a la actitud de la mayoría de la clase política, carente de una «falta casi absoluta de espíritu de justicia y de moralidad», convirtiendo a la España del momento en «la Nación de política electoral más degradada y escandalosamente impura de Europa».

5. Ley Electoral, de 8 de agosto de 1907

Con el objetivo de lograr que los resultados electorales fueran por fin reflejo de la verdadera voluntad del electorado (Arnaldo Alcubilla, 1994, p. 73), el Gobierno de Maura decidió promover la sustitución del anterior modelo de control por uno nuevo basado en la

total separación entre la Administración electoral y el resto de poderes del Estado (Pascua Mateo, 2007, p. 35).

Ello se hizo a través de la Ley Electoral de 8 de agosto de 1907, de contenido continuista respecto a la regulación de 1810 (Arnaldo Alcubilla, 1994, p. 73) pero, a su vez, artífice de la creación de una «Administración electoral específica, bien diferenciada de la Administración general u ordinaria [...]; teniendo además carácter permanente» (Serena Velloso, 1986, p. 91), así como de la capacitación al Tribunal Supremo para su directa intervención en la garantía de la pureza del sufragio (Rallo Lombarte, 1996, p. 253).

En cuanto a lo primero, destaca la atribución al Instituto Geográfico y Estadístico de las funciones de formación, custodia y rectificación del censo electoral –valorando la labor desempeñada por dicho organismo, Giménez Fernández (1977, p. 164)–, siempre bajo la inspección de una Junta Central y de las juntas provinciales y municipales, todas ellas denominadas del censo electoral –artículo 11–. Por lo tanto, las Administraciones locales quedaban al margen del cuidado de un censo respecto del que habían tenido control desde las primeras leyes electorales (Pascua Mateo, 2007, p. 35), lo que evidenciaba la existencia de un verdadero esfuerzo por separar la política de lo que son las operaciones electorales *stricto sensu* (Arnaldo Alcubilla, 1994, p. 91)²⁹.

Respecto a la otra novedad significativa, tiene que ver con las juntas electorales, con idéntico régimen de permanencia que el previsto en la Ley de 1890, pero con importantes cambios en su composición. En concreto, y siendo el objetivo primordial el «alejar de todas las operaciones electorales a las autoridades administrativas» (Sanmartín Puente, 1912, p. 388), el artículo 11 de la norma supuso, en ese sentido, un «punto de inflexión al introducir la intervención judicial [...] en la composición de las Juntas Electorales» (García Soriano, 2000, p. 46). Así, la Presidencia de la Junta Central pasó a corresponder al presidente del Tribunal Supremo, decisión no exenta de críticas por quienes entendían que un magistrado no podía adquirir atribuciones que no consistieran estrictamente en juzgar y hacer

²⁹ Y ello a pesar de que, como recuerda el propio autor, el Instituto debiera desempeñar sus funciones conforme a las bases fijadas por la Junta Central del Censo y con sometimiento a su inspección permanente.

ejecutar lo juzgado (Sanmartín Puente, 1912, p. 381). Sea como fuere, la Junta se completaba con los presidentes de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas; la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia; el Instituto de Reformas Sociales; el rector de la Universidad Central; el decano del Colegio de Abogados de Madrid; y el director del Instituto Geográfico y Estadístico. Y en cuanto a la Vicepresidencia, correspondía, en este orden, a los presidentes de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y del Instituto de Reformas Sociales, mientras que la función de secretario –sin voz ni voto– la desempeñaba el oficial mayor de la Secretaría del Congreso de los Diputados –artículo 11–.

Y respecto a sus funciones, coinciden en gran medida con las establecidas en el artículo 18 de la Ley Electoral de 1890. Sin embargo, aparte de encargarse de inspeccionar y dirigir todos los servicios relativos al censo, y de resolver las quejas que a ese respecto le remitieran las juntas provinciales y municipales, a la Junta Central del Censo le correspondía, entre otras cuestiones, la resolución de las apelaciones sobre designación de vocales de las juntas provinciales; la potestad disciplinaria sobre todas las personas que intervinieran de forma oficial en las operaciones censales; la corrección de las infracciones en la materia señalada; la función consultiva en el mismo ámbito; la verificación de los trabajos de instrucción e información encomendados al Congreso de los Diputados respecto de las actas presentadas por los diputados electos; así como la dación de cuentas a la misma Cámara en relación con todo aquello sobre lo que entendiese que debía tener conocimiento –artículo 15–.

Fijándonos ahora en las juntas provinciales, la presidencia quedaba atribuida a los presidentes de las audiencias territoriales o, de no ser posible, a los presidentes de las audiencias provinciales. Junto a dichas autoridades estaban, además, el rector de la universidad, los decanos de los respectivos colegios de abogados; los de los colegios notariales; un vocal elegido por la junta provincial de reformas sociales; el jefe provincial de Estadística dependiente del Instituto Geográfico; y hasta diez presidentes de las academias, ateneos, sociedades de amigos del país, cámaras de comercio y hermandades de propietarios, con sede en la capital de la provincia. El puesto de vicepresidente se otorgaba, siguiendo este orden, al rector de la universidad o director

del instituto, o al vocal de la junta provincial de reformas sociales, mientras que la secretaría –de nuevo, sin voz ni voto– correspondía al secretario de la diputación provincial –artículo 11–.

Por lo demás, y en cuanto a sus funciones, el artículo 16 establecía que serían las mismas que las atribuidas a la Junta Central aunque limitadas a su jurisdicción, destacando la proclamación de candidatos y el escrutinio general en las elecciones de diputados y de concejales.

Finalmente, y en lo que a las juntas municipales se refiere, estaban presididas por el vocal designado a tal efecto por la junta local de reformas sociales o, en ausencia de estas, el juez municipal. Como vocales estaban el concejal que, formando parte del ayuntamiento, hubiera obtenido más votos en elección popular –a excepción del alcalde y los tenientes–; un jefe u oficial del Ejército o de la Armada retirado o, en su defecto, un funcionario civil jubilado, con residencia en el municipio; dos de los mayores contribuyentes; y, por último, dos presidentes o síndicos de gremios industriales de la localidad. La labor de vicepresidente correspondía, en este orden, al concejal del ayuntamiento y a un vocal nombrado por la junta, y la secretaría –una vez más, sin voz ni voto– cambiaba de manos, al corresponder en este caso al secretario del juzgado municipal –artículo 11–, y no a los secretarios de las corporaciones municipales –que solo desempeñarían labores de auxilio–, con las implicaciones que ello tuvo para la despolitización del órgano.

Además, y en lo que a sus funciones respecta, se encontraban igualmente definidas en un artículo 16 que extendía a las juntas municipales las atribuciones reconocidas a las juntas Central y provinciales, siempre teniendo en cuenta que el ejercicio de las mismas no podía extralimitarse del ámbito de su jurisdicción.

Ese es, en resumidas cuentas, el diseño básico de un sistema de juntas del censo electoral cuya despolitización no solía ser posible en la práctica. En esa línea se expresa la doctrina, recordando que lo habitual era que las juntas estuvieran presididas por «politiquillos caracterizados, dispuestos a cometer la mayores tropelías para favorecer a sus correligionarios», recordando además que la vicepresidencia de las juntas provinciales y locales recaía, casi siempre, en el representante de la junta de reformas sociales, «organismo apto

para ser captado por las Sociedades Económicas, por las sociedades políticas caciquiles» (Giménez Fernández, 1977, p. 164). Eso sí, para Sanmartín Puente (1912, p. 684), es de valorar la labor realizada por la Junta Central, artífice de una verdadera «jurisprudencia».

Apuntado lo anterior, toca fijarse ahora en todo lo que tiene que ver con las mesas electorales, con una composición que sirvió para profundizar en la diferenciación entre miembros neutrales y representantes de las respectivas candidaturas, ello a los efectos de «reforzar la independencia de los primeros» (Pascua Mateo, 2007, p. 36). Así, cada mesa electoral estaba constituida por un presidente, dos adjuntos y los interventores nombrados por los candidatos –artículo 32–. A excepción de estos últimos, al resto lo designaba la junta provincial del censo, atendiendo a lo dispuesto en un artículo 33 que distinguía entre tres grupos de electores: aquellos en posesión de títulos académicos o profesionales; los electores de la sección que fueran mayores contribuyentes a nivel fiscal; y otros electores contribuyentes por cualquier concepto y entidad, así como los electores no contribuyentes. A partir de ese listado, y atendiendo al orden alfabético de los primeros apellidos y a la mayor o menor edad del elector, las juntas municipales del censo determinaban la composición concreta de las correspondientes mesas, válida para todas y cada una de las elecciones que pudieran celebrarse durante los dos siguientes años –artículo 36–.

Por su parte, y dado que a los interventores los designaban los candidatos, su incorporación a la mesa tenía lugar el mismo día de la votación, una vez presentaban sus acreditaciones ante el presidente y los adjuntos –artículo 38–. Todo lo anterior, en relación con un método desvirtuado a nivel práctico, toda vez que la elección de los miembros de las mesas la acababan llevando a cabo los caciques entre sus partidarios, ello como consecuencia de una ley cuya compleja casuística se prestaba a «las habilidades y cuquerías de los Presidentes de las Juntas del Censo», amén de que, «aún cuando el cargo es por ley gratuito, suele ser ampliamente retribuido por el político que lo designe» (Giménez Fernández, 1977, p. 167).

Hasta aquí todo lo que tiene que ver con la cuestión censal y el régimen de juntas y mesas electorales y, a partir de ahora, y para concluir este apartado, el análisis de la cuestión relativa al escrutinio

y la proclamación de electos. Pues bien, destáquese a este respecto la desaparición de las juntas de escrutinio y la atribución de tal competencia a las juntas provinciales del censo de la proclamación de electos, si de las elecciones al Congreso de los Diputados hablamos, y a las juntas municipales, para los comicios locales –artículo 50–. Y el caso es que el cambio fue objeto de crítica doctrinal por parte de quien entiende que, a pesar de las mejoras introducidas en la composición de las juntas del censo electoral, estas seguían estando integradas por personalidades que hacían que el factor político predominara sobre lo estrictamente jurídico (Giménez Fernández, 1977, p. 169).

Dicho lo cual, y para concluir este repaso a la Ley Electoral de 1907, lo propio es aludir también a la creación de una jurisdicción retenida a nivel del Tribunal Supremo, conocida como «Tribunal de Actas Protestadas» (García Soriano, 2000, p. 47). Compuesta por el presidente de sala del Tribunal Supremo y los seis magistrados de mayor antigüedad del propio órgano, con la condición de que no hubieran sido parlamentarios en los cuatro años precedentes –artículo 53–³⁰, el Tribunal Supremo asumía así la capacidad para pronunciarse sobre la regularidad del proceso electoral, aunque la última palabra correspondiera al Congreso de los Diputados, encargado de la verificación de sus miembros *ex* artículo 33 de la Constitución de 1876. De ahí que, frente a quienes afirman la naturaleza jurisdiccional de la labor realizada por el Tribunal –Fernández-Miranda y Campoamor (1989, p. 287); y González Montes (1977, p. 9)–, otros prefieran hablar de una «relativa tutela jurisdiccional» (González Hernández, 1993, p. 1454) del proceso electoral.

En cualquier caso, y tras todo lo visto anteriormente, cabe hablar de la configuración de una Administración electoral de carácter independiente y permanente, cuya labor tuvo una gran relevancia e impacto en el sistema electoral español de principios del siglo xx. Ahora bien, eso no significa que su aplicación lograra poner fin a todas las prácticas de falseamiento o fraude en el sufragio (Sanmartín Puente, 1912, p. 684), por ejemplo, producto de un artículo 29 que

³⁰ Para Giménez Fernández (1977, p. 169), habría sido más acertada la opción por «un Tribunal mixto constituido por representantes de la Cámara de organismos oficiales independientes, y de magistrados jubilados a quienes no pudieran afectar las presiones del poder».

facilitaba la corrupción del proceso electoral, al no prever elecciones en los distritos en los que el número de candidatos no superara al de posibles elegidos (Vera Santos, 2007, p. 383). Pero lo que sí quedó evidenciado, a pesar de este y de otros problemas, fue el significativo descenso de los desmanes electorales producidos en aquel tiempo (Sánchez Agesta, 1978, p. 347).

6. *Constitución de 1931*

Avanzando en el tiempo, entramos ya en el estudio del control electoral configurado en el marco de la penúltima experiencia constitucional vivida por nuestro país hasta la fecha. Nos referimos, como es obvio, a la Constitución de 1931, texto que, como recuerda González-Trevijano (2023, p. 9), «partía, lógicamente, de un hecho político e institucional sin parangón en nuestra historia constitucional, con la salvedad, mucho más relativa por su incidencia y por su tiempo, de la primera República de 1873: la proclamación de la II República, el 14 de abril de 1931, con el abandono de territorio nacional del Rey Alfonso XIII».

Ahora bien, la llegada de la II República no supuso, en contra de lo que cabría pensar, la derogación o sustancial modificación de la Ley de 1907, sino que esta fue refrendada por el Decreto de 8 de mayo de 1931, y la Ley de 27 de julio de 1933, que introdujo además el sufragio universal femenino por primera vez en nuestro país. Eso sí, el continuismo en materia de control electoral no impidió el establecimiento de nuevas garantías, empezando por la implantación general de las circunscripciones provinciales en detrimento de los distritos unipersonales, lo que, unido a la propia concienciación ciudadana en materia de educación cívica (Pascua Mateo, 2007, p. 39), dificultaba las fraudulentas prácticas caciquiles (Arnaldo Alcubilla, 1994, p. 94).

E igualmente destacable es la suspensión del mencionado artículo 29, así como la novedosa atribución a la jurisdicción constitucional de competencias en materia de garantía electoral, dirigidas a la verificación de determinados resultados electorales. El órgano destinatario de estas facultades fue el Tribunal de Garantías Constitucionales, encargado, a partir de ese momento, de examinar y aprobar los poderes de los compromisarios a quienes, junto con las Cortes,

correspondía la elección del presidente de la República –artículos 68 y 121 de la Constitución de 1931–³¹.

En cuanto a la verificación de los resultados de la elección de diputados a Cortes, esta correspondía al Congreso de los Diputados en virtud del artículo 57 de la Constitución de 1931, suprimiéndose la competencia del Tribunal Supremo para la emisión del informe sobre la validez y legalidad de la elección y de la aptitud y capacidad de los candidatos proclamados –artículo 12–, realizada vía Decreto de 8 de mayo de 1931, en contra de la opinión de Rallo Lombarte (1997, pp. 256 y 257), que habla de una modificación carente de fundamento. Sea como fuere, tal fue el avance experimentado en materia de garantías electorales en aquel tiempo que, para Varela Díaz (1977, pp. 298 y 299), fue en la II República, cuando las elecciones en España alcanzaron «la plena significación democrática» –en esa misma línea, Pascua Mateo (2007, p. 39)–, una conclusión que, sin embargo contrasta con el estudio llevado a cabo por Álvarez Tardío y Villa García (2017), afirmando el carácter fraudulento de las elecciones generales celebradas en el año 1936.

IV. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL ELECTORAL

1. Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales

El advenimiento de nuevas normas electorales no tuvo lugar hasta la muerte del dictador Francisco Franco³² y la aprobación de la ley que acabaría posibilitando la Transición política hacia la democracia. Nos referimos, como es obvio, a la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (Aguiar de Luque, 2003, pp. 79-86), artífice del fin de las Cortes franquistas y a cuya entrada en vigor le seguiría la igual aprobación del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales, de cara a la distribución de los

³¹ Al respecto, *vid.* Rallo Lombarte, A. (1996, pp. 251-279).

³² Durante la dictadura, la Ley de 1907 no sufrió grandes modificaciones, utilizándose subsidiariamente para la elección de procuradores correspondientes al tercio familiar a las Cortes, de concejales a los ayuntamientos y para la celebración de los referéndums convocados por el régimen dictatorial con el fin de lograr legitimarse (Pascua Mateo, 2007, pp. 39 y 40).

escaños entre las distintas provincias españolas. Una regulación que, como bien se señala en Presno Linera (2003, p. 35), contiene «las claves de bóveda de nuestro vigente sistema electoral, tanto estatal como autonómico» y que, en lo que al control electoral respecta, tenía como prioridad «la configuración de una Administración Electoral autónoma e independiente como garantía primaria de las elecciones libres» (Arnaldo Alcubilla, 1994, p. 77)³³, tarea para la que se inspiró en la Ley Electoral de 1907.

Así, y en lo tocante al censo, el artículo 5 del Real Decreto-Ley de 1977 replicó las juntas del censo previstas en su ley predecesora, si bien ampliando –aunque sin llegar a ser mayoritaria– la presencia judicial en el aparato de control electoral. Sobre esa premisa creó la Junta Electoral Central, con sede en Madrid, las juntas electorales provinciales, en las capitales de provincia, y las juntas electorales de zona, en las cabezas de los partidos judiciales³⁴. El presidente del Tribunal Supremo presidía, a su vez, la Junta Electoral Central³⁵; los presidentes de las audiencias provinciales hacían lo propio en el caso de las juntas electorales provinciales³⁶, mientras que, en las juntas

³³ La regulación en materia de control electoral contenida en la norma de 1977 «se reprodujo luego, sin mayores alteraciones, en el ámbito local por la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales» (Pascua Mateo, 2007, p. 43).

³⁴ El real decreto conservaba el carácter permanente de estas juntas aunque ya hacía entrever la fórmula que se adoptaría posteriormente a través de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985 (Pascua Mateo, 2007, p. 42), en cuanto que introdujo una modificación en su disposición transitoria primera, estableciendo que «en tanto la ley no disponga otra cosa, las juntas electorales organizadas por estas normas tendrán la condición de órganos permanentes de la administración electoral. Sin embargo, los vocales de la Junta Central y de las provincias mencionados en el apartado tres del artículo siete y en el apartado tres del artículo ocho –es decir, los elegidos por las fuerzas concurrentes–, cesarán en su condición de tales al finalizar el proceso electoral al que estas normas se refieren».

³⁵ En cuanto a la Vicepresidencia, esta correspondía al magistrado del Tribunal Supremo de más antigüedad –artículo 7.5–, mientras la Secretaría recaía en el letrado mayor de las Cortes Españolas –artículo 10.1–, manteniéndose la atribución de dicho cargo a un miembro del cuerpo de letrados, igual que sucediera en las leyes de 1890 y 1907 (Arnaldo Alcubilla, 1994, p. 77).

³⁶ La vicepresidencia correspondía al magistrado de más antigüedad de la audiencia –artículo 8.4–. Y la secretaría, de nuevo, al secretario de la audiencia de más antigüedad –artículo 10.2–, a diferencia de la Ley de 1907, que atribuía tal labor al secretario de la diputación provincial, lo que «contribuye a reforzar la presencia judicial en la Junta» (Pascua Mateo, 2007, p. 41).

electorales de zona, presidía el juez de primera instancia correspondiente o, de haber varios, el juez decano –artículo 6–³⁷.

En cuanto a sus respectivos vocales, los de la Junta Electoral Central eran enumerados en el artículo 7.1. En concreto, cinco serían designados mediante insaculación de entre los magistrados del Tribunal Supremo en activo; otros cinco asientos estarían ocupados por altos cargos de distintas instituciones jurídicas y docentes –a saber, el consejero permanente de Estado de mayor antigüedad en el cargo, el presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el presidente del Consejo General de la Abogacía, el presidente de la Junta de Decanos de Colegios Notariales de España–; otra vocalía sería para un catedrático de alguna de las facultades de Derecho radicadas en Madrid; y habría hasta cinco vocales adicionales designados por decreto, una vez proclamadas las candidaturas, a propuesta conjunta de las asociaciones, federaciones y coaliciones que presentasen candidatos en más de veinticinco distritos, entre catedráticos o académicos.

En cuanto a las juntas provinciales, estaban integradas por tres magistrados de la respectiva audiencia territorial que no pertenecieran a la sala de lo contencioso-administrativo o, en su defecto, de la audiencia provincial; el decano del colegio de abogados de la capital; el decano del colegio notarial o el notario más antiguo con residencia en la capital de la provincia en que no existiera colegio; un catedrático de la facultad de Derecho de la provincia; y dos vocales nombrados a propuesta de las fuerzas políticas que hubieran presentado candidaturas en la propia provincia –artículo 8.1–.

Por su parte, las juntas electorales de zona –antiguas juntas municipales– se componían de los tres jueces municipales o comarcales más antiguos –excluido el que, en su caso, hubiera asumido la presidencia–; el decano del respectivo colegio de abogados o, en su defecto, el abogado ejerciente en el partido de mayor antigüedad; así como dos electores designados por sorteo entre los residentes en la

³⁷ La vicepresidencia recaía en el juez municipal o comarcal más antiguo o, en su defecto, en el juez de paz de mayor antigüedad de los que formasen parte de la junta –artículo 9.2–. Y la secretaria, a los secretarios de los juzgados de primera instancia y, de ser más de uno, al secretario del juzgado decano –artículo 10.3–.

cabeza del partido, siempre que contasen, al menos, con el título de bachiller o de Formación Profesional de Primer Grado –artículo 9.1–. La composición de las juntas electorales respondía, por tanto, «a la conjugación de los principios judicial, corporativo y participativo» (Rallo Lombarte, 1997, p. 55).

Por lo demás, y en cuanto a sus competencias, eran prácticamente las de la Ley de 1907, si bien añadiéndose la capacidad de la Junta Electoral Central para remitir instrucciones a las juntas inferiores y para corregir el importe de las sanciones económicas impuestas en el ejercicio de su potestad disciplinaria –artículos 14.2 y 14.7, respectivamente–. Y lo anterior, sin olvidar las nuevas facultades específicas derivadas de su capacidad para la supervisión de la campaña electoral –artículos 37 a 43– y su financiación –artículos 44 a 48–.

Fijándonos ahora en lo relativo a las mesas electorales, estaban formadas por un presidente y dos adjuntos, pudiendo haber por cada candidatura hasta dos interventores de mesa –artículo 24– que, según Pascua Mateo (2007, p. 42), parece que no formaban ya parte de las mismas, aunque mantenían «una estrecha relación con ellas». Al margen de ello, y en cuanto a la forma de elegir a aquellos tres miembros de la mesa electoral, lo eran por sorteo a partir de dos listas de electores diferentes. En la primera se incluía a aquellos electores de la sección que dispusieran, al menos, del título de bachiller o de Formación Profesional de Primer Grado, eligiéndose de ahí al presidente y a sus dos suplentes. Y la segunda comprendía a todos los demás electores, incluidos los de la primera lista que no hubieran sido elegidos –artículo 25–.

Finalmente, y en lo tocante al escrutinio general, volvía a recaer en las juntas provinciales –artículo 67–. Pero lo que sí resulta novedoso es que, «por primera vez en nuestra historia electoral, se instauraba un auténtico sistema de control jurisdiccional enmarcado en el mecanismo revisor de los actos de la Administración Pública» (García Soriano, 2000, p. 56). Se habilitaba, por tanto, la posibilidad de recurrir ante las juntas electorales por la comisión de presuntas irregularidades en el proceso electoral, dando igualmente lugar a la vía del recurso contencioso-administrativo –artículo 76.3–, así como al recurso contencioso-electoral contra la proclamación de candidatos y de electos –artículos 73 y ss.–.

Todo lo anterior, en definitiva, para acabar sentando las bases de lo que hoy es una Administración electoral autónoma y permanente. Una Administración que «garantiza unas elecciones libres, abiertas y competitivas»³⁸ y cuya configuración culminaría con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 –que incorpora solo los aspectos básicos del ordenamiento electoral y, por vez primera, priva al Parlamento de la facultad de control del proceso electoral– y la posterior aprobación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Se ha optado, en este último sentido, por un modelo judicialista en cuanto a su composición, con una participación, ya sí, mayoritaria de jueces y magistrados en todos los niveles, fórmula que ha sido considerada como la más adecuada para lograr reforzar el derecho a la libre expresión de la soberanía popular y, con ello, la adopción de las decisiones políticas en condiciones de total libertad –Arnaldo Alcubilla (1999, p. 87); Bastida Freijedo (1986, p. 34); y Torre Serrano (1990, p. 518)–³⁹.

No obstante lo anterior, y para concluir. A pesar de la lógica desconfianza hacia el Ejecutivo en todo lo que tiene que ver con el control del proceso electoral (Santamaría Pastor, 1987, p. 200), la legislación electoral actual ha dejado inacabado ese proceso de desapoderamiento en favor de las juntas. Y es que, no pudiendo entrar en más detalles⁴⁰, la Administración pública sigue desempeñando un importante papel en el proceso electoral, encargándose de la elaboración del censo, la formación de las mesas, la determinación de los lugares para actos de campaña, lo relativo al voto por correo y, especialmente, del suministro a las juntas de los medios personales y materiales necesarios para el desempeño de sus funciones⁴¹.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2022, de 23 de febrero, fundamento jurídico 7.3.3.1.

³⁹ En contra, García Soriano (2005, p. 83), para quien la participación judicial en labores administrativas «no debería perpetuarse sino que debería configurarse otro modelo de Administración electoral más acorde con un sistema administrativo capacitado para cumplir este cometido».

⁴⁰ Para un estudio completo de la cuestión, Fernández de Casadevante Mayordomo (2014).

⁴¹ Sin olvidar, además, que al Gobierno le sigue correspondiendo la función de «facilitar una información provisional de los resultados electorales la misma noche de las elecciones, actividades que sólo muy colateralmente se reflejan en la Ley, que parece prescindir de esta Administración electoral gubernativa» (Santolaya Machetti, 1999, p. 97).

V. CONCLUSIONES

La evolución del sistema de garantías electorales instituido en nuestro país no puede entenderse, al menos no en toda su magnitud, si no es a través del igual estudio de los elementos básicos que caracterizan nuestro constitucionalismo histórico. Un tiempo plagado de constantes intentos por instaurar un verdadero Estado de Derecho y cuyo advenimiento final, sin embargo, se vio largamente retrasado por un constituyente incapaz de lograr una mínima estabilidad político-constitucional. Como decíamos, es justo esa realidad la que lastró la igual consolidación de un efectivo sistema de garantías electorales en nuestro país, con una enconada lucha partidista que ayuda a explicar el porqué de los históricos fracasos en la búsqueda de un proceso electoral transparente.

No otra cosa cabe predicar de los distintos procesos electorales vividos, especialmente desde que los reales decretos de 24 de mayo de 1836, y de 20 de julio de 1837, sustituyeran el sistema de elección indirecta de la Ley Electoral de 1 de enero de 1810, por otro de sufragio directo y restringido. Y, es que, si hasta entonces, reprochable era la ausencia de un censo electoral permanente y público, desde ese momento, su existencia fue utilizada como una de las principales vías de falseamiento de la voluntad popular.

Bajo esa dinámica de fraude y corrupción fueron discurriendo los diferentes procesos electorales, sujetos a normas que, justo es señalar, solían merecer una mejor opinión que lo que era su posterior puesta en práctica. Porque, como hemos tenido ocasión de comprobar en el presente trabajo, la regulación electoral sí fue evolucionando a medida que en el ideario español iba calando la necesidad de un proceso electoral dotado de suficientes garantías. Por ejemplo, es de destacar la Ley Electoral de 18 de julio de 1865, por introducir como novedad un control judicial sobre el proceso electoral que acabaría consolidándose vía Decreto de 9 de noviembre de 1868, con la creación de unas juntas de segundo escrutinio presididas por miembros del ámbito judicial. Como igualmente reseñable es la Ley Electoral de 26 de junio de 1890, precedente más importante de la actual Administración electoral española, con la creación de unas juntas del censo electoral permanentes aunque altamente politizadas. Ello hasta que la Ley Electoral de 8 de agosto de 1907 estableció

una Administración electoral judicializada, separada de la autoridad ejecutiva y, sobre todo, participada por un Tribunal Supremo con importantes funciones de garantía del proceso electoral.

No sería, sin embargo, hasta la II República y la incorporación de nuevos elementos de fiscalización –a destacar, el rol atribuido al Tribunal de Garantías Constitucionales–, cuando la calidad democrática de los procesos electorales alcanzase unos mínimos aceptables, si bien hay entre la doctrina principal quienes, para hablar de pureza en el sufragio, prefieren esperar hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, antesala de lo que vendría después, con la aprobación de la Constitución española de 1978 y la posterior Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Esos son, en resumidas cuentas, los rasgos característicos de un sistema de control electoral español cuyo buen hacer pasa por la despolitización de las instituciones encargadas de dicha labor. De ahí que, en la búsqueda de tal ideal, contemos hoy con una Administración electoral marcadamente judicializada, autónoma e independiente respecto de una Administración pública que, pese a todo, sigue desempeñando un rol relevante en el correcto desarrollo del proceso electoral.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L. (2003). Ley para la reforma política y referéndum. En S. A. BELLO PAREDES (coord.), *Una ley para la transición: XXV Aniversario de la Ley para la Reforma Política (4 de enero de 1977)* (pp. 79-86). Caja de Burgos.
- ÁLVAREZ TARDÍO, M. y VILLA GARCÍA, R. (2017). *Fraude y violencia en las elecciones del Frente popular*. Espasa.
- ARNALDO ALCUBILLA, E. (1994). Las competencias de la Junta Electoral Central. En VV. AA., *Derecho Electoral, Cuadernos de Derecho Judicial* (pp. 87-117). Consejo General del Poder Judicial.
- (1999). Las Juntas Electorales: un modelo institucional de control de los procesos electorales. En F. PAU I VALL (coord.), *Parlamento y Sistema Electoral* (pp. 85-95). Aranzadi.
- ARTOLA, M. (1999). *La España de Fernando VII*. Espasa.
- BASTIDA FREIJEDO, F. (1986). Ley electoral y garantías judiciales. *Revista de las Cortes Generales*, 7, pp. 31-52.

- BURGUERA AMEAVE, L. y VIDAL PRADO, C. (2012). Notas sobre el sistema electoral en la Constitución de Cádiz de 1812. En *X Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España: las Huellas de la Constitución de Cádiz (Cádiz 26 y 27 de enero de 2012)*.
- DE CARRERAS, F. y VALLÉS, J. M. (1977). *Las elecciones. Apéndice: Ley para la Reforma Política y Ley Electoral comentada*. Blume.
- DE ESTEBAN, J. (2001). *Tratado de Derecho Constitucional I*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- FERNÁNDEZ ALMAGRO, M. (1943). Las Cortes del siglo XIX y la práctica electoral. *Revista de Estudios Políticos*, 9-10, pp. 383-419.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P. (2014). *La Junta Electoral Central*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, A. (1992). *Leyes electorales españolas de Diputados a Cortes en el siglo XIX. Estudio histórico y jurídico-político*. Civitas.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. (1989). Art. 70. Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales. En Ó. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Tomo VI* (pp. 279-321). Edersa.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1986). *Las Constituciones históricas españolas*. Civitas.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, F. J. y ESPÍN TEMPLADO, E. (1976). DE ESTEBAN, J. (dir.), *Esquemas del constitucionalismo español*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- GARCÍA SORIANO, M. V. (2000). *Jueces y Magistrados en el proceso electoral*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2005). *Elementos de Derecho Electoral*. Tirant lo Blanch.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M. (1977). *Estudio de Derecho Electoral Contemporáneo*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2004). Estado constitucional y protección internacional. En R. M. PÉREZ MARCOS y Y. GÓMEZ SÁNCHEZ (coords.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (pp. 231-280). Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, J. C. (1983). Consideraciones críticas en torno a la tutela jurisdiccional del proceso electoral. En *El Poder Judicial* (pp. 1451-1471). Instituto de Estudios Fiscales.
- GONZÁLEZ MONTES, J. C. (1977). Acerca del recurso contencioso-electoral. *Documentación Administrativa*, 175, pp. 5-41.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. (2023). *El Estado de Derecho, una perspectiva de Derecho Comparado. España*. Unión Europea. <https://>

[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/745677/EPRS_STU\(2023\)745677_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/745677/EPRS_STU(2023)745677_ES.pdf)

- LOEWENSTEIN, K. (2007). *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Trotta.
- MARTÍNEZ CUADRADO, M. (1983). Bases, principios y criterios de la reforma electoral española: examen jurídico-constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 34, pp. 41-59.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. (1981). Las fuentes de la Constitución de 1876. *Revista de Derecho Político*, 8, pp. 71-96.
- MERINO MERCHÁN, J. F. (2008). *Regímenes históricos españoles*. Dilex.
- MONSELL CISNEROS, M. F. y PÉREZ DÍAZ, R. L. (1989). La práctica electoral en el reinado de Isabel II. *Revista de las Cortes Generales*, 16, pp. 143-180.
- PASCUA MATEO, F. (2007). *La Administración electoral*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- POSADA, A. (s/f). *El sufragio*. Soler.
- (1897). El servicio administrativo de la función de sufragio en la Administración. *Revista Internacional*, vol. 5.
- RALLO LOMBARTE, A. (1996). El Tribunal de Garantías constitucionales como Tribunal de Garantías electorales. *Revista de Estudios Políticos*, 92, pp. 251-279.
- (1997). *Garantías electorales y Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
 - (1997). Origen y evolución de la administración electoral española (1890-1931). En *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico* (pp. 1648-1664). Tecnos.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, A. (1994). La Administración Electoral. La Junta Electoral Central: Naturaleza y Organización. En VV. AA., *Derecho Electoral* (pp. 69-85). Consejo General del Poder Judicial.
- RUEDA LAFFOND, J. C. (1998). *Legislación electoral española (1808-1977)*. Ariel.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1978). *Historia del constitucionalismo español*. Centro de Estudios Constitucionales.
- SANMARTÍN PUENTE, M. (1912). *Tratado de Derecho Electoral*. Reus.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (1999). *Manual de procedimiento electoral*. Ministerio del Interior.
- SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M. (1990). Las Garantías del Derecho Electoral. *Revista de las Cortes Generales*, 20, pp. 91-118.
- SERENA VELLOSO, C. (1986). Comentario artículo 8º. En L. M. CAZORLA PRIETO (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*. Civitas.

- SOLÉ TURA, J. y AJA, E. (1978). *Constituciones y períodos constituyentes en España. 1808-1936*. Siglo XXI.
- TOMÁS VILLARROYA, J. (2012). *Breve historia del constitucionalismo español*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- TORRE SERRANO, A. (1990). Problemas de la Administración electoral española. *Actualidad Administrativa*, 41, pp. 507-523.
- TORRES DEL MORAL, A. (2004). *Constitucionalismo histórico español*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense.
- VARELA DÍAZ, S. (1977). La perspectiva histórica. En J. DE ESTEBAN (dir.), *El proceso electoral* (pp. 281-315). Labor.
- VERA SANTOS, J. M. (2008). *Las Constituciones de España. Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*. Thomson Civitas.
- (2016). No es esto, no es esto... La Constitución española de 1931. En A. MURILLO VILLAR, A. CALZADA GONZÁLEZ y S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (coords.), *Homenaje al profesor Armando Torrent* (pp. 1283-1306). Dykinson.

ASPECTOS DOCUMENTALES DEL CONTROL DE SUBSIDIARIEDAD EN ESPAÑA. LA COMISIÓN MIXTA PARA LA UNIÓN EUROPEA

DOCUMENTARY ASPECTS OF THE SUBSIDIARITY CONTROL IN
SPAIN. THE JOINT COMMITTEE FOR EU AFFAIRS

María José EIZAGUIRRE MASSÉ
Archivera-Bibliotecaria de las Cortes Generales*
<https://orcid.org/0009-0005-2170-7923>

Fecha de recepción del artículo: octubre 2023

Fecha de aceptación y versión final: noviembre 2023

RESUMEN

Conforme al principio de subsidiariedad, la Unión Europea solo intervendrá en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, cuando los objetivos de una acción no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local.

Mediante el sistema de «alerta temprana», los Parlamentos nacionales reciben las iniciativas legislativas europeas y pueden emitir un dictamen respecto al cumplimiento del principio de subsidiariedad. Reciben también los documentos que se van generando en la tramitación de dichas iniciativas a lo largo del procedimiento legislativo europeo y además otra gran cantidad de documentación en el marco del «diálogo político».

La recepción y tramitación de toda esta documentación, en España se han canalizado en la Comisión Mixta para la Unión Europea. Desde ahí se trasladan las iniciativas legislativas europeas a los Parlamentos de las comunidades autónomas, quienes a su vez pueden remitir un dictamen sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad. También el Gobierno remite informes al respecto, y las Cortes Generales pueden solicitarle la presenta-

* Agradezco a mi compañera Victoria Fernández Mera sus inteligentes consejos y su generosa ayuda.

ción de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la UE por infracción del principio de subsidiariedad de la legislación europea.

La abundancia y diversidad de documentos en circulación, así como la variedad de autores y de plazos a los que está sujeta la actividad, producen una documentación compleja de manejar.

El artículo detalla el modo en que toda la documentación implicada en la actividad de control de subsidiariedad en las Cortes Generales se ha estructurado, se controla y difunde.

Palabras clave: principio de subsidiariedad, documentación, Parlamento nacional, Parlamento regional, Comisión Mixta para la Unión Europea, Unión Europea, España.

ABSTRACT

According to the principle of subsidiarity, the European Union will only intervene in areas that do not fall within its exclusive competence where the objectives of an action cannot be sufficiently achieved by the Member States, neither at central level nor at regional and local level. Through the “early warning system”, national Parliaments receive European legislative initiatives and can issue an opinion regarding compliance with the principle of subsidiarity. They also receive the documents that are generated in the processing of these initiatives throughout the European legislative procedure and another large amount of documentation in the framework of the “political dialogue”. The reception and processing of all this documentation has been channelled in Spain through the Joint Committee for the European Union. From there, European legislative initiatives are transferred to the Parliaments of the Autonomous Communities, who in turn can send an opinion on the compliance with the principle of subsidiarity. The Government also sends reports in this regard, and the Cortes Generales may request the Government to file an appeal before the Court of Justice of the EU for infringement of the principle of subsidiarity of European legislation.

The abundance and diversity of documents in circulation, as well as the variety of authors and deadlines to which their activity is subject, produce complex documentation to handle.

The article details the way in which all the documentation involved in the subsidiarity control activity in the Cortes Generales has been structured, controlled, and is disseminated.

Keywords: principle of subsidiarity, documentation, national parliament, regional parliament, Joint Committee for EU Affairs, European Union, Spain.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REMISIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN EUROPEA. 1. Envíos por correo electrónico. 2. Envíos de la Comisión: e-TrustEx, EU Send Web. 3. Envíos al PE. National Parliaments Submissions, NPs tool. Parlamento Europeo. III. GESTIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN DE CONTROL DE SUBSIDIARIEDAD EN LAS CORTES GENERALES. 1. Índice de Seguimiento de las Iniciativas de la UE, Índice SIUE y cuadro resumen. 2. Base de datos de seguimiento de las iniciativas de la Unión Europea, CMIXTA. 2.1. Estructura de la base de datos 2.1.1 Tipo 1. Proyectos de actos legislativos. 2.1.1.1. Informe del Gobierno. 2.1.1.2. Dictámenes motivados de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (ALCA). 2.1.1.3. Dictámenes motivados de parlamentos nacionales (PN) remitidos por el Consejo. 2.1.1.3.a. Otras fuentes para obtener las contribuciones de los PN: Comisión; PE-Connect; Eur-Lex Procedimientos, IPEX. 2.1.1.4. Otra documentación relativa a proyectos de actos legislativos. 2.1.1.5. Contestaciones de la Comisión. 2.1.2. Tipo 2. Actos legislativos publicados en la Serie L del Diario Oficial de la UE. DOUE. 2.1.3. Tipo 3. Documentos de consulta de la Comisión. 2.1.4. Tipo 4. Órdenes del día y resultados de las sesiones del Consejo. 2.1.5. Tipo 5. Revisión de los Tratados. 2.1.6. Tipo 6. Solicitudes de adhesión a la Unión. 2.1.7. Tipo 7. Mecanismos de evaluación de políticas de libertad, seguridad y justicia. 2.1.8. Tipo 8. Control político de Europol. 2.1.9. Tipo 9. Evaluación de actividades de Eurojust. 2.1.10. Tipo 10. Informe anual del Tribunal de Cuentas Europeo. 2.1.11. Tipo 11. Informaciones remitidas en el marco del procedimiento legislativo de la Unión. 2.1.12. Tipo 12. Otros documentos. 2.2. Recuperación de la información. IV. INFORMACIÓN EN LA WEB DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. 1. Propuestas legislativas de la UE tramitadas. 2. Informes en tramitación. 3. Informes tramitados. 4. Comunicaciones de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (ALCA). 5. Normativa, documentos y enlaces. V. CONCLUSIONES. NOTAS E HIPERENLACES**. BIBLIOGRAFÍA.

** A lo largo del texto, las notas finales van marcadas con numeración de subíndices distinguiéndose así de las notas a pie de página que van marcadas con numeración de superíndices.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de subsidiariedad significa que en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva¹, la Unión Europea intervendrá solo cuando por su dimensión o por los efectos perseguidos, los objetivos puedan alcanzarse mejor a escala de la Unión, en lugar de por los Estados miembros ya sea a nivel central, regional o local. Este principio, está estrechamente vinculado al principio de proporcionalidad, por el que tanto el contenido como la forma de la acción de la Unión, no excederán de lo necesario para alcanzar la finalidad que se persigue².

El Tratado de Lisboa³, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 y por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹, reforzó el principio de subsidiariedad introduciendo el sistema de alerta temprana (*early warning system*), que asocia a los Parlamentos nacionales al proceso de toma de decisiones de la Unión en los ámbitos de competencias compartidas, desde el momento de la presentación de las iniciativas legislativas europeas, acabando con la invocación de reservas de examen parlamentario tan habituales hasta entonces (Delgado-Iribarren, 2018, p. 600).

En este artículo se repasará la normativa que regula el control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y los múltiples actores que intervienen en él, lo que permitirá desvelar la complejidad de la documentación implicada y describir el modo en que se ha resuelto su gestión, hasta la fecha, en las Cortes Generales.

La regulación europea para proceder al control del cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se establece en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y se precisa en el Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y en el Protocolo nº 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea⁴.

Conforme a los Tratados, las instituciones europeas remiten a los Parlamentos nacionales para su información una gran variedad

¹ Conforme al Tratado de Lisboa, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se convierte en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

de documentos. Cuando se trata de proyectos de actos legislativos que no sean de la competencia exclusiva de la Unión Europea (en adelante UE), los Parlamentos nacionales disponen de un plazo de ocho semanas, para evaluar los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, plazo que se reduce a la mitad, cuando se aplica el procedimiento de urgencia, basado en motivos excepcionales que deben justificarse².

El plazo de ocho semanas para analizar las iniciativas legislativas europeas es breve, teniendo en cuenta que a menudo éstas son de carácter técnico y se acompañan de numerosos documentos explicativos. Por este motivo se ha señalado la necesidad de racionalizar el procedimiento y establecer estrategias que aumenten la eficacia al cuantioso trabajo que supone un adecuado control de subsidiariedad (Vara, 2012, p. 70)

El Acuerdo interinstitucional de 13 de abril de 2016, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, sobre la mejora de la legislación⁵, enfatiza la importancia de la programación anual y plurianual de la Unión y les compromete a intercambiar opiniones y a acordar una declaración conjunta en la que se establecerán prioridades y objetivos amplios para el año siguiente tras la adopción del programa de trabajo de la Comisión, que ésta presenta en octubre y en cuyos anexos pormenoriza las nuevas iniciativas que presentará, retirará y derogará durante el año, con detalle del tipo de acto jurídico, un calendario orientativo para la adopción por la Comisión y cualquier otra información pertinente de procedimiento.

En Bélgica⁶, Dinamarca⁷, Italia⁸, Portugal⁹ y en los Países Bajos^{10 11}, el programa de trabajo de la Comisión es mencionado expresamente en la legislación como un documento esencial para la

² En la XIV legislatura de las Cortes Generales que se inició el 3 de diciembre de 2019, de 338 iniciativas legislativas europeas recibidas a efectos de control de subsidiariedad, 42 han sido declaradas urgentes por la Comisión Europea hasta el 30 de mayo de 2023, fecha en que quedó disuelta la Comisión Mixta para la Unión Europea por la entrada en vigor del Real Decreto 400/2023, de 29 de mayo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones el 23 de julio de 2023. La primera iniciativa urgente se recibió el 18 de marzo de 2020 y casi en su totalidad se han motivado en resolver situaciones derivadas de la pandemia COVID-19, la invasión y guerra de Ucrania y el Brexit.

selección de las propuestas europeas que se analizarán en el Parlamento.

En Italia, antes del 31 de diciembre de cada año, el Gobierno presenta un informe a las Cámaras indicando las orientaciones y prioridades que se propone seguir en el año siguiente teniendo en cuenta las indicaciones contenidas en el programa de trabajo anual de la Comisión y en los demás instrumentos legislativos y de planificación política de las propias instituciones de la Unión. En Portugal, en el último trimestre del año el Gobierno debe presentar a la Comisión de Asuntos Europeos de la Asamblea de la República, el programa de trabajo de la Comisión Europea, con la presencia de un miembro del Gobierno.

La Comisión Europea (en adelante, la Comisión), presenta propuestas de actos jurídicos de la UE por propia iniciativa, a petición de otras instituciones de la UE o a raíz de una iniciativa ciudadana. El Parlamento Europeo remite sus proyectos de actos legislativos, mientras que el Consejo no remite proyectos propios sino los proyectos de actos legislativos que tengan su origen en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo, en el Banco Europeo de Inversiones, o en un grupo de Estados miembros cuando la propuesta se refiera a la cooperación judicial en materia penal o a la cooperación policial

Las instituciones europeas, Comisión, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea³ (en adelante, el Consejo₁₂) remiten los proyectos de actos legislativos a los Parlamentos nacionales₁₃ (en adelante los PN) así como otros documentos que se van aprobando a lo largo de su tramitación en las instituciones europeas, cuyo procedimiento legislativo ordinario consta de una o dos lecturas y, en caso necesario, de un procedimiento de conciliación y de una tercera lectura₁₄, y en cada fase origina nuevos documentos.

Para la iniciación del plazo de ocho semanas las instituciones deben remitir una comunicación/carta informando de que todas las versiones lingüísticas del proyecto de acto legislativo han sido

³ IX Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 207. De ellas, 202 remitidas por la Comisión Europea, 5 remitidas por el Consejo de la UE.

X Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 332. De ellas, 330 remitidas por la Comisión Europea, 2 remitidas por el Consejo: Además se tramitó una propuesta del Parlamento Europeo, que no llegó a remitir la comunicación de inicio del plazo para los PN: Propuesta adoptada por el Parlamento Europeo, de 23 de

transmitidas y de que se incoar el procedimiento establecido en el Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Durante dicho período de ocho semanas, los PN pueden dirigir a los presidentes de las tres instituciones, un dictamen motivado que exponga las razones por las que consideran que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. La institución promotora de la iniciativa deberá tener en cuenta los dictámenes motivados dirigidos por los PN.

Cada PN dispone de dos votos, uno por cada cámara en los parlamentos bicamerales. Si un número suficiente de PN remite un dictamen motivado, se activarán los procedimientos de *tarjeta amarilla* (un tercio de los PN o un cuarto, respecto a los textos relativos a la cooperación policial o judicial en materia penal) o de *tarjeta naranja* (mayoría simple de los votos de todos los PN), por los que se deberá revisar la propuesta de acto legislativo. Hasta la fecha, nunca se ha aplicado el procedimiento de *tarjeta naranja* mientras que se ha activado en tres ocasiones el de *tarjeta amarilla*¹⁵.

Ya en el plano nacional, y en concreto en España⁴, el procedimiento de control de subsidiariedad se establece en la Ley 8/1994, de 19 de mayo por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea¹⁶, y por la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de septiembre de 1995, sobre desarrollo de la Ley 8/1994¹⁷, complementadas con el Reglamento del Congreso de los Diputados¹⁸.

mayo de 2012, sobre el Reglamento del Parlamento Europeo relativo a las modalidades de ejercicio del derecho de investigación del Parlamento Europeo [2009/2212(INI)].

XI Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 47 Todas ellas remitidas por la Comisión Europea.

XII Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 294. De ellas, 291 remitidas por la Comisión Europea, y 3 propuestas remitidas por el Consejo de la UE.

XIII Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 12. Las 12 remitidas por la Comisión Europea.

XIV Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 334. (A 30/05/2023). De ellas, 333 iniciativas presentadas por la Comisión Europea y 1 por el Consejo de la UE.

⁴ Sobre la creación de la Comisión Mixta para la Unión Europea en el contexto del ingreso de España en la UE, la evolución de su regulación y sus características singulares, Delgado-Iribarren, M. (2018), p. 601-604.

La Comisión Mixta para la Unión Europea (en adelante, la Comisión Mixta⁵), es la encargada de aprobar en nombre de las Cortes Generales los dictámenes motivados sobre la aplicación del principio de subsidiariedad, si bien los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado pueden avocar el debate y la votación del dictamen.

Tan pronto como se recibe una comunicación de inicio del plazo de ocho semanas para ejercer el control de subsidiariedad sobre una iniciativa legislativa de la UE, la Comisión Mixta debe remitirla a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (en adelante ALCA), sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas, a efectos de su conocimiento y para que, en su caso, puedan remitir a las Cortes Generales, en el plazo de cuatro semanas, un dictamen motivado sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la referida iniciativa.

La Comisión Mixta podrá pedir al Gobierno un informe relativo a la conformidad del acto legislativo con el principio de subsidiariedad, que el Gobierno deberá remitir en el plazo máximo de dos semanas.

Una vez aprobado el acto legislativo y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), si los PN consideran que no se respeta el principio de subsidiariedad, pueden, en el plazo de las seis semanas siguientes a su publicación en el DOUE, solicitar a sus gobiernos la presentación de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la UE por infracción del principio de subsidiariedad de la legislación europea.

II. REMISIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN EUROPEA

1. *Envíos por correo electrónico*

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tanto la Comisión¹⁹ como el Consejo²⁰, y desde el año 2014 también el Parlamento Europeo⁶, encauzaron sus envíos a los PN de las iniciativas

⁵ Las Comisiones mixtas están compuestas por diputados y senadores.

⁶ Hasta 2014 el Parlamento Europeo remitía la información sobre los textos aprobados en cada período de sesiones al Registro de la Cámara.

legislativas y demás comunicaciones e informaciones, mediante correo electrónico.

La Resolución de las Mesas sobre desarrollo de la Ley 8/1994 precisa que «Las comunicaciones, informes y dictámenes que se remitan entre sí las Cámaras, el Gobierno y los Parlamentos de las Comunidades Autónomas en los asuntos previstos en esta Resolución serán dirigidos en todo caso a la dirección de correo electrónico facilitada por cada uno de ellos».

En el caso de las Cortes Generales, la recepción y los envíos se centralizan en una dirección de correo de la Comisión Mixta, creada especialmente para esta finalidad. Las comunicaciones de inicio del plazo para ejercer el control de subsidiariedad se reciben en dicha dirección. En ese momento se crea el expediente de tipo 1 correspondiente a los «Proyectos de actos legislativos de la UE»⁷. La información a los Registros Generales de las Cámaras sobre recepción de nuevas iniciativas legislativas de la UE se realiza tras la celebración de una reunión de la Mesa y los Portavoces de la Comisión Mixta, mediante un oficio de su presidente. Es entonces cuando los Registros de las Cámaras les asignan un número de expediente con el código 282, en el Congreso de los Diputados y el 574, en el Senado.

El primer mensaje de las instituciones europeas dirigido al correo de la Comisión Mixta a efectos del nuevo sistema de alerta temprana puesto en marcha por el Tratado de Lisboa se recibió el 29 de enero de 2010. El primer envío a las ALCA se realizó el 8 de abril de 2010.

2. *Envíos de la Comisión: e-TrustEx /EU Send*

Con el fin de sustituir progresivamente el sistema de envío de los documentos por correo electrónico que presenta ciertas desventajas como la falta de seguridad y la limitación en el tamaño y volumen de los documentos, en septiembre de 2016⁸, la Comisión puso en marcha una plataforma segura para el intercambio de información con todas las administraciones que reciben documentos de la Comisión

⁷ La tipología documental se describe en detalle en el apartado III.2 dedicado a la Base de datos de seguimiento de las iniciativas de la UE, CMIXTA.

⁸ En 2013 se inició una fase piloto con las otras instituciones europeas y algunos Parlamentos nacionales (Deprez y Smets, 2016, p. 8).

en el contexto del proceso de toma de decisiones: e-TrustEx, también conocida como EU Send.

La plataforma permite su uso de tres formas diferentes. La primera y más sencilla es e-TrustEx -Web / Eu Send Web, utilizada por las Cortes Generales que consiste en el acceso al sitio web de la plataforma mediante «usuario» y «contraseña», y la obtención de los documentos en ella.

La Comisión presenta cada documento en la plataforma, en formato PDF y en Word, junto con una ficha de transmisión en XML, comunica mediante un correo electrónico la disponibilidad de cada nuevo documento e incluye un enlace para acceder al mismo y descargarlo si se desea. Se pueden seleccionar los idiomas que se prefieran para la recepción de los documentos, si es preciso varios. La primera versión disponible normalmente es la inglesa, y a partir de ella se realizan las restantes versiones, pudiendo transcurrir un tiempo –en raras ocasiones hasta meses–, entre la versión inglesa y la disponibilidad de la versión en castellano, que es cuando se informa a la Comisión Mixta sobre su recepción. Los mensajes y documentos permanecen disponibles durante un período de tres meses.

Las otras dos soluciones suponen una integración de sistema a sistema que requieren desarrollos específicos por las TIC locales₂₁: la conexión directa al Nodo de e-TrustEx o la conexión a la plataforma mediante el Adaptador de e-TrustEx, que ayuda a automatizar el manejo de archivos y enlaces directamente con las aplicaciones locales⁹.

La plataforma se encuentra en su primera fase de desarrollo y se utiliza para la remisión a los PN de los documentos de la Comisión, pero el proyecto preveía que en una fase posterior se utilizara también para que los PN remitieran sus contribuciones por esta vía, y recibieran también las contestaciones de la Comisión. (Deprez y Smets, 2016, p. 10)¹⁰.

⁹ El Adaptador de e-TrustEx se sustituyó en 2018 por el eDelivery Access Point. En febrero de 2023 son usuarios el Consejo Europeo, el Parlamento Europeo, el Comité de las Regiones, el Consejo Económico y Social Europeo, la Oficina de Publicaciones, y los Parlamentos nacionales de Alemania, Italia, Portugal y Grecia, según información obtenida de Carine Smets, jefe de equipo e-TrustEx Business – CE - SG/A1.

¹⁰ A 30 de mayo de 2023, los envíos de las contribuciones aprobadas por la Comisión Mixta se remiten a la Comisión Europea por correo electrónico y también se reciben por correo electrónico las contestaciones que realiza ésta.

3. *Envíos al Parlamento Europeo. National Parliaments Submissions, NPs tool*

Potencialmente las instituciones europeas pueden recibir dictámenes y otras contribuciones en el marco del «diálogo político»²² remitidos desde cada uno los veintisiete PN de los Estados miembros. Los envíos oficiales se han venido realizando por correo electrónico con un formato no normalizado, de manera que cada Parlamento —e incluso cada Cámara en el caso de la mayoría de los bicamerales—, remiten sus textos del modo que prefieran. Esto significa, que los documentos pueden llegar a las instituciones europeas en cualquiera de las veinticuatro lenguas oficiales de la UE₂₃ y pueden acompañarse o no, de una traducción o de un resumen en inglés. Normalmente se remitirán junto con un oficio o carta, que también puede estar en cualquiera de las lenguas oficiales y en ocasiones se remiten también los debates u otras informaciones respecto a la tramitación de la iniciativa, etc.

Para simplificar la gestión de los envíos oficiales de los PN, el Parlamento Europeo (en adelante PE), ha desarrollado la aplicación «National Parliaments Submissions», NPS tool. La Comisión Mixta participó en el proyecto piloto desde 2021.

NPS tool consiste en un formulario en línea a través del cual se «suben» los documentos en PDF —y los dictámenes además siempre en Word, para facilitar su traducción—, identificando claramente qué tipos de documentos se están remitiendo —dictámenes motivados, otras aportaciones que no cuestionan el cumplimiento del principio de subsidiariedad, traducciones, resúmenes o textos de acompañamiento—, así como la lengua o lenguas en las que se envían.

Una vez terminada la carga, se transfieren y publican en la base de datos Connect PE¹¹, y NPS-Tool proporciona un recibo oficial por correo electrónico al PN remitente, con copia automática a la Dirección del PE para relaciones con los parlamentos nacionales, Unidad de diálogo legislativo.

NPS tool solo admite aportaciones relativas a proyectos de actos legislativos transmitidos por la Comisión, esto es, relativas a

¹¹ Sobre Connect, véase el apartado III. 2.1.1.3 a) de este artículo.

documentos COM¹². Por tanto, cuando se trate de proyectos legislativos transmitidos por el PE o por el Consejo, los envíos oficiales de los PN al PE relativos a la subsidiariedad seguirán remitiéndose por correo electrónico.

III. GESTIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN DE CONTROL DE SUBSIDIARIEDAD EN LAS CORTES GENERALES²⁴

La Resolución de las Mesas sobre desarrollo de la Ley 8/1994 establece que la Mesa y los Portavoces de la Comisión Mixta llevarán a cabo el *seguimiento permanente* de las iniciativas legislativas europeas, así como de otros documentos e iniciativas de la UE que entiendan de especial relevancia. Se reunirá al menos dos veces al mes durante los períodos de sesiones para conocer la documentación antes señalada, además de los informes remitidos por el Gobierno relativos a dichas iniciativas y los dictámenes que puedan aprobar los Parlamentos de las comunidades autónomas.

En el plazo de cuatro semanas desde la recepción de la iniciativa, la Mesa y los Portavoces, dos grupos parlamentarios o la quinta parte de los miembros de la Comisión Mixta pueden iniciar un procedimiento para elaborar un dictamen motivado. Si la iniciativa procede de la Mesa y los Portavoces, ésta designará una ponencia encargada de elaborar una propuesta de dictamen motivado, y en los demás casos la petición deberá venir acompañada de la correspondiente propuesta de dictamen motivado¹³.

1. *Índice de Seguimiento de las Iniciativas de la UE, Índice SIUE y cuadro resumen*

Para asegurar el *seguimiento permanente* de la Mesa y los Portavoces de la Comisión Mixta, se diseñó, con los letrados de dicha comisión¹⁴, un Índice de Seguimiento de las Iniciativas de la UE,

¹² Los documentos COM corresponden a propuestas legislativas y otras comunicaciones, informes, etc. de la Comisión.

¹³ A 30/05/2023 todos los procedimientos para elaborar un dictamen motivado han sido iniciados por la Mesa y los Portavoces.

¹⁴ Manuel Delgado-Iribarren García-Campero e Ignacio Carbajal Iranzo.

«Índice SIUE», semanal, realizado en Word y organizado en doce epígrafes. Puede verse un ejemplo en la figura nº 1¹⁵.

El primer «Índice SIUE» se distribuyó el 20 de abril de 2010 y reunía los proyectos de actos legislativos en plazo para ejercer el control de subsidiariedad y otro tipo de documentos recibidos del 12 al 18 de abril de 2010¹⁶.

Desde entonces, normalmente cada lunes, se remite por correo electrónico a los miembros de la Comisión Mixta el Índice SIUE en el que se acumula la descripción de todos los documentos recibidos hasta el domingo anterior —o publicados en el DOUE en el caso de los actos legislativos—¹⁷, desde la última reunión de la Mesa y los Portavoces de la Comisión Mixta. A través de la letrada de las Cortes Generales ante la UE, destacada en Bruselas, se envía además a los diputados españoles en el PE (Sánchez-Abarca, 2018, p. 587) y a la Representación Permanente de España ante la UE (REPER)₂₅.

A menudo el Índice SIUE acumula muchas páginas que reúnen información sobre documentos muy relevantes para el cumplimiento de la función de control del principio de subsidiariedad y sobre otros de menor importancia e incluso de carácter meramente burocrático. Como además algunos tipos documentales forman expedientes con documentos producidos por diferentes autores —instituciones europeas, PN, ALCA, Gobierno—, y sujetos a plazos diversos —de ocho, de cuatro o de seis semanas—, se fueron definiendo subtipos documentales para estructurar los epígrafes con subapartados que facilitan la evaluación de la documentación comprendida y el acceso a los documentos de mayor interés.

¹⁵ La tipología se describirá en detalle en el apartado III.2.1 dedicado a la Base de datos de seguimiento de las iniciativas de la Unión Europea, CMIXTA, que comparte el sistema de clasificación.

¹⁶ Sobre la puesta en marcha del sistema de alerta temprana y los preparativos y ensayos desarrollados por los Parlamentos de los Estados miembros, Carbajal y Delgado-Iribarren, 2010, p.19-21

¹⁷ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023, se han recibido en sábado 162 documentos y se han publicado 2 actos legislativos en el DOUE.

Figura 1

SEGUIMIENTO DE LAS INICIATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA
Martes 30 de mayo de 2023
(Documentos recibidos del 6 de marzo de 2023 al 28 de mayo de 2023)

Índice

(1) PROYECTOS DE ACTOS LEGISLATIVOS	1
A) PROYECTOS DE ACTOS LEGISLATIVOS REMITIDOS POR LAS INSTITUCIONES EUROPEAS	1
B) COMUNICACIONES DE ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (ALCA)	28
B.1) INFORMES O DICTÁMENES MOTIVADOS DE ALCAs RESPECTO DE ACTOS LEGISLATIVOS CON PONENCIA EN LA CMUE	28
B.2) INFORMES O DICTÁMENES MOTIVADOS DE ALCAs RESPECTO DE ACTOS LEGISLATIVOS QUE HAN SIDO TOMADOS EN CONSIDERACIÓN PERO SOBRE LOS QUE NO SE HA CREADO PONENCIA EN LA CMUE	30
B.3) INFORMES O DICTÁMENES MOTIVADOS DE ALCAs RESPECTO DE ACTOS LEGISLATIVOS QUE HAN SIDO TOMADOS EN CONSIDERACIÓN PERO SOBRE LOS QUE NO SE HA CREADO PONENCIA EN LA CMUE	30
B.4) OTROS ESCRITOS DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (Tema de conocimiento, archivo del expediente, comunicación de un escrito de dictamen)	30
B.4.1) Otros escritos de ALCAs respecto de actos legislativos con ponencia en la CMUE	30
B.4.2) Otros escritos de ALCAs respecto de actos legislativos que han sido tomados en consideración pero sobre los que no se ha creado ponencia en la CMUE	41
B.4.3) Otros escritos de ALCAs respecto de actos legislativos pendientes de toma en consideración por la CMUE	42
C) REDUCCIÓN DE INFORME DEL GOBIERNO	72
D) OTRA DOCUMENTACIÓN RELATIVA A PROYECTOS DE ACTOS LEGISLATIVOS	106
(2) ACTOS LEGISLATIVOS PUBLICADOS EN EL DOUE	114
(3) DOCUMENTOS DE CONSULTA DE LA COMISIÓN	121
(4) ORDENES DEL DÍA Y RESULTADOS DE LAS SESIONES DEL CONSEJO	187
(11) REFORMACIONES REMITIDAS EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO DE LA UNIÓN	166
(12) OTROS DOCUMENTOS	168

Debido a la complejidad de los expedientes legislativos y a las fases que atraviesan durante su tramitación –pendientes de Mesa, con ponencia, sin ponencia–, se diseñó además un cuadro con los datos esenciales y resumidos sobre los expedientes de tipo 1 «Proyectos de actos legislativos remitidos por las instituciones europeas», que permitiera controlar sencillamente cuales eran las iniciativas legislativas que tuvieran abierto el plazo para ejercer el control de subsidiariedad en cada momento y conocer fácilmente todos los detalles de estos expedientes.

Este cuadro de «Iniciativas con plazo abierto o con informe pendiente a fecha...», se distribuye junto con el SIUE semanal, para facilitar la comprensión global de las incidencias y documentos disponibles sobre cada iniciativa de ese tipo.

El cuadro se divide en dos partes: En la parte derecha figuran los datos relevantes respecto a las ALCA y en la izquierda los datos

relevantes para los PN: Fecha de fin de plazo para los PN; nº de la iniciativa en la Comisión Mixta (1/), en el Congreso de los Diputados (282/) y en el Senado (574/); si la iniciativa está pendiente de Mesa y los Portavoces o si ya se ha visto y se ha creado o no una ponencia de subsidiariedad, si ésta es conjunta para más de una iniciativa¹⁸, el nombre y grupo del ponente; el nº del COM o la referencia europea de la iniciativa y, en su caso, si la iniciativa ha sido declarada urgente por las instituciones europeas.

La figura 2 muestra un ejemplo del cuadro.

Figura 2

Iniciativas UE con plazo abierto o con informe pendiente a fecha de 27/03/2023				22-May-2023 14:05			
PARLAMENTOS NACIONALES (Plazo 6 semanas)				Asambleas Legislativas de las CCAA (ALCAs). (Plazo 4 semanas)			
Fecha Fin PN	Nº iniciativa CMUE	Ponencia en CMUE	Nº de COM/COD	Fc. Fin ALCA	Nº iniciativa CMUE	Ponencia en CMUE	Nº de COM/COD
04/04/23	1/309 (recibida 07/02) CONGRESO 282 000214 SENADO 574 000189	PONENCIA 14/02/23 Ponente Miliagros Marcos Ortega (Diputada por Palencia, GP). Ponencia conjunta con 1/312, COM (2022) 703 final Informe de 14/03/23	COM (2022) 701 final- Informe 18/2023	04/04/23	1/321 (recibida 07/03)	PENDIENTE	COM(2023) 124 final-INIC
04/04/23	1/310 (recibida 07/02) CONGRESO 282 000215 SENADO 574 000190	PONENCIA 14/02/23 Ponente José María Sánchez García (Diputado por Alicante GVÖX). Informe de 14/03/23	COM (2022) 729 final- Informe 19/2023				
04/04/23	1/311 (recibida 07/02) CONGRESO 282 000216 SENADO 574 000191	PONENCIA 14/02/23 Ponente José María Sánchez García (Diputado por Alicante GVÖX). Informe de 14/03/23	COM (2022) 731 final- Informe 19/2023				
05/04/23	1/312 (recibida 08/02) CONGRESO 282 000217 SENADO 574 000192	PONENCIA 14/02/23 Ponente Miliagros Marcos Ortega (Diputada por Palencia, GP). Ponencia conjunta con 1/309, COM (2022) 701 final Informe de 14/03/23	COM (2022) 703 final- Informe 18/2023				
05/04/23	1/313 (recibida 08/02) CONGRESO 282 SENADO 574	Visto mesa 14/02/23	COM (2023) 53 final				
05/04/23	1/314 (recibida 08/02) CONGRESO 282 SENADO 574	Visto mesa 14/02/23	COM (2023) 63 final				
				12/04/23	1/322 (recibida 15/03)	PENDIENTE	COM(2023) 126 final
				19/04/23	1/323 (recibida 22/03)	PENDIENTE	COM(2023) 94 final
20/04/23	1/315 (recibida 23/02) CONGRESO 282 000225 SENADO 574 000193	PONENCIA 07/03/23 Ponente Pere Joan Pons Sampietro (Diputado por Balears (Iles), GS). Informe de 24/04/23	COM (2022) 672 final- Informe 20/2023				
				24/04/23	1/324 (recibida 27/03)	PENDIENTE	COM(2023) 88 final

Pág 2 de 27

Tras el cuadro, el listado continúa con una tabla que muestra los datos en filas y columnas, permitiendo una comprensión inmediata

¹⁸ La creación de ponencias conjuntas para el análisis de más de una iniciativa acostumbra a realizarse cuando las iniciativas forman parte de un paquete presentado simultáneamente por la Comisión o si están vinculadas por la materia de la que tratan.

del estado de la tramitación de las iniciativas *—con ponencia, sin ponencia, pendiente de examen por la Mesa—*, con detalle de sus códigos e hipervínculos, los plazos, las fechas y otros elementos relevantes, y referencia de todos los documentos recibidos al respecto *—del Gobierno, de las ALCA y de PN—* y su sentido: *positivo*, la propuesta respeta el principio de subsidiariedad; *con observaciones*, la propuesta respeta el principio de subsidiariedad pero se realizan observaciones respecto a la proporcionalidad o propuestas para su mejora; *negativo*, la propuesta no respeta el principio de subsidiariedad; comunicación de toma de conocimiento, de archivo y similares. La figura 3 muestra un ejemplo de esta tabla.

Figura 3

Iniciativas UE con plazo abierto a 27/03/2023 y resumen de documentos relacionados con ellas.pdf - Adobe Acrobat Reader (64-bit)

Inicio Herramientas Iniciar sesión

Mostrar la página siguiente (flecha derecha)

Iniciativas UE con plazo abierto o con informe pendiente a fecha de 27/03/2023 31-May-2023 13:30

Detalles por Iniciativas FP= Fin del plazo para los parlamentos nacionales CP=Fecha creación ponencia	Expediente en Congreso / Senado	Informe del Gobierno PC=Plazo para CMUE cerrado	Dictámenes ALCA PC = Plazo para ALCA cerrado			Dictámenes PN remitidos por el Consejo de la Unión Europea
			Iniciativas CON PONENCIA	Iniciativas SIN PONENCIA	Iniciativas PENDIENTES	
16003110000 Recluida 07/02/2023 FP 04/04/23 Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a la recogida y la transferencia de información anticipada sobre los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/1818 (COM (2022) 731 final) (2022/0425 (COD)) (SEC (2022) 444 final) (SWD (2022) 422 final) (SWD (2022) 423 final) (SWD (2022) 424 final) COM (2022) 731 final informe 19/02/23	CONGRESO 260 000216 SENADO 574 000191	Nº de registro 260047 26/02/23 (Positivo con Cio.)	16003110000 Plazo ALCA hasta 07/03/23 - La Rioja (Archivo del expediente) - Cantabria (Comunicación de no emisión de dictamen motivado) - Galicia (Archivo del expediente) - Extremadura (No ha lugar a pronunciamiento) - País Vasco (Toma conocimiento) - Cataluña (Toma conocimiento) PC			Ficha FP=, en inglés - España Cortes Generales Comisión Mixta para la Unión Europea (Positivo) - Palas Bajas Primera Cámara (Extremadura) - Texto en neerlandés y en inglés (Positivo con Cio.)
CP 14/02/2023 Ponente: José María Sánchez García (Diputado por Alicante (OVDA)) Informe previsto 14/03/2023 Informe 19/02/23 de 14 de marzo de 2023 sobre COM (2022) 729 y 731 final en FP=EX Informe 19/02/23 de 14 de marzo de 2023 sobre COM (2022) 729 y 731 final en FP=EX Aprobación del Informe DG Cortes Generales Cóm. Núm. 173 de 14/03/2023 Pág. 16, 19 Informe de la Comisión BOCG Cortes Generales Serie A Núm. 302 de 22/03/23 Pág. 48 Conjunta con otra iniciativa. Contestación CE C(2023) 2576 final, de 12/04/2023, al Informe 19/02/23, de 14 de marzo de 2023, en relación con la propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativo a la recogida y la transferencia de información anticipada sobre los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de Contestación CE C(2023) 2576 final, de 12/04/2023						

Pág 14 de 30

2. Base de datos de seguimiento de las iniciativas de la Unión Europea, CMIXTA

Desde el comienzo de esta nueva actividad parlamentaria de control de subsidiariedad, se evidenció la necesidad de contar

con una base de datos que facilitara el control de todos los aspectos implicados, incluyendo el cálculo de los plazos, y que así evitara la necesidad de realizar constantes actualizaciones manuales en el contenido de los expedientes por la recepción de nuevos documentos y por los cambios de estado de las iniciativas tras la celebración de cada reunión de la Comisión Mixta o de su Mesa y Portavoces, que desbordaban la capacidad de mantenimiento mediante un documento de Word, tanto por el volumen de lo recibido como por los medios personales disponibles para esta función.

Por ello, junto con el Centro de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, del Congreso de los Diputados¹⁹, se desarrolló la aplicación «Seguimiento de las Iniciativas de la UE», CMIXTA, una aplicación específica dentro del Sistema Parlamentario de Información de Actividades del Congreso de los Diputados «ARGO», que está organizado por legislaturas.

Los aspectos fundamentales de la base estuvieron en funcionamiento en 2013, si bien se han ido realizando ajustes y desarrollado nuevas funcionalidades, según los cambios e incidencias que han surgido en la gestión de la documentación.

La carga retrospectiva de toda la documentación recibida desde 2010 se concluyó en 2015, de modo que la aplicación CMIXTA reúne la información completa sobre todos los documentos recibidos²⁰ en el marco del sistema de alerta temprana, con detalle de la institución que lo envía y el autor, el objeto –incluyendo los códigos europeos que permiten su localización–, la referencia interinstitucional de cada expediente (COD, CNS, APP...) ₂₆, la fecha de recepción y la fecha en que la Mesa y Portavoces de la Comisión Mixta adoptó una decisión al respecto y su sentido, es decir, el cierre o bien la creación de una ponencia.

En el caso de los proyectos de actos legislativos y de los actos legislativos publicados en el DOUE, se introducen también las fechas

¹⁹ Agradezco especialmente su dedicación y su interés a Eduardo Barahona Villa, analista, y a sus jefes Antonio Sepúlveda Galiano y Fátima Melo Bobillo, jefe del Área de Desarrollo en aquellas fechas, así como a Javier de Andrés Blasco, director del Centro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Congreso de los Diputados.

²⁰ Total, a 30/05/2023, 27. 737 documentos: IX legislatura 3.396; X legislatura 8.685; XI legislatura 1.328; XII legislatura 6.404; XIII legislatura 727; XIV legislatura, a 30/05/2023, 7.197.

de inicio de los plazos a los que está sometido cada documento del expediente y la aplicación calcula e incorpora las fechas en las que acaban.

En los proyectos de actos legislativos se realiza un resumen de su contenido, se especifica la base jurídica en la que se fundamentan, se incorporan las fases seguidas en la tramitación de cada documento y, en su caso, los datos de los ponentes, los de la publicación de los informes o dictámenes aprobados por la Comisión Mixta y su sentido (*positivo/positivo con observaciones/negativo*), y los de la contestación de la Comisión, y, por último, los datos de publicación en el DOUE, cuando han sido aprobados por las instituciones europeas.

Todos los campos de texto se complementan con hipervínculos a los documentos citados de modo que se puede acceder directamente a ellos. Cuando los textos no están disponibles en Internet, se incorporan los documentos escaneados, de manera que el personal de la Comisión Mixta puede acceder también a los mismos desde la aplicación CMIXTA.

Además, se añaden enlaces a sitios donde encontrar información adicional de interés, como la nota de prensa de la Comisión en la que se anuncia la presentación de la propuesta, que proporciona información resumida y su contexto²⁷; el expediente en IPEX²¹, donde podemos acceder a las contribuciones de otros PN² y el expediente en el Observatorio Legislativo Europeo (OEIL), donde encontraremos un buen resumen en inglés y en francés sobre la iniciativa, realizado por los servicios del PE²², así como acceso a todos los documentos generados por las tres instituciones europeas a lo largo de su tramitación.

2.1. Estructura de la base de datos

La base de datos se estructura mediante una clasificación de doce epígrafes. Los tipos 1 a 4, habitualmente forman expedientes con documentos subordinados. Los expedientes más complejos son los de tipo 1 ya que se componen de documentos con autores y plazos diversos.

²¹ Sobre IPEX, véase el apartado III. 2.1.1.3. a. de este artículo.

²² El resumen puede tardar cierto tiempo en estar disponible en OEIL desde la recepción de la iniciativa.

2.1.1. Tipo 1. Proyectos de actos legislativos

Los expedientes de tipo 1, corresponden a los proyectos de actos legislativos y se inician con la recepción de la comunicación/carta de inicio del plazo de ocho semanas para ejercer el control de subsidiariedad sobre una iniciativa legislativa europea que no sea de la competencia exclusiva de la UE.

La propuesta tiene que haberse recibido previamente en castellano junto con la información necesaria para evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Cuando son iniciativas de la Comisión, se presentan mediante un documento COM, que puede ir acompañado de anexos y de los documentos siguientes²³:

- Documento SEC, en inglés: Regulatory Scrutiny Board Opinion, elaborado por el Comité de Control Reglamentario²⁸.
- Documento SWD (Staff Working Document), en inglés: Subsidiarity Grid, elaborado por los servicios de la Comisión²⁴.
- Documento SWD (Staff Working Document), en inglés: Impact Assessment Report, elaborado por los servicios de la Comisión.
- Documento SWD (Staff Working Document), en castellano: Resumen de la evaluación de impacto, elaborado por los servicios de la Comisión en todas las lenguas oficiales.

²³ COM -propuestas legislativas y otras comunicaciones, informes, etc. de la Comisión; SWD - documentos de trabajo de los servicios de la Comisión; SEC - a partir de 1998 documentos de trabajo de los servicios de la Comisión que no pueden clasificarse en otra serie. Es relativamente frecuente que los documentos en castellano se hayan recibido en la Comisión Mixta, y todavía no estén disponibles en EUR-Lex, en el apartado de documentos preparatorios <https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/pre-acts.html>

²⁴ El documento Subsidiarity Grid responde a una plantilla-tipo concebida para guiar de manera estructurada el análisis de la subsidiariedad y la proporcionalidad en todo el ciclo de una política para utilizarla como parte de las evaluaciones de impacto, las valoraciones y las exposiciones de motivos que acompañan a sus propuestas legislativas. La Comisión recomienda que los PN la utilicen también, adaptándola a sus fines, si fuera necesario, para una mayor repercusión de sus dictámenes motivados (Comisión Europea, 2018, p. 7). La plantilla-tipo se reproduce en las p. 3-6 del anexo II de la Comunicación COM (2018) 703 final https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22aa97e7-d79e-11e8-90c0-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_2&format=PDF

La comunicación de inicio del plazo nunca puede realizarse en sábado o domingo. El plazo comienza a contar desde la fecha de la remisión de la carta que lo comunica. Las semanas se cuentan de día a día de la semana, de modo que, en principio, si el inicio es un jueves, el final del plazo se cumpliría el jueves de la octava semana. En el cálculo deben descontarse los treinta y un días del mes de agosto y si eso provocara que la fecha de final de plazo coincidiera con sábados o domingos, se trasladaría al lunes inmediato. Desde diciembre de 2019 también se excluyen para calcular los plazos, los días veinte de diciembre a diez de enero²⁵.

Durante el mes de agosto y durante el período de Navidad, la Comisión continúa realizando sus envíos de comunicaciones de inicio del plazo de ocho semanas²⁶. En estos casos, el inicio del plazo y el reenvío a las ALCA, se trasladan al primer día hábil; salvo que sean sábado o domingo, el uno de septiembre y el once de enero respectivamente.

La UE remite sus iniciativas sin que los plazos se vean afectados por las disoluciones de las Cámaras ni porque éstas se encuentren o no en período de sesiones. Al disolverse las Cortes Generales, se disuelve también la Comisión Mixta, sin que sus funciones pasen a otro órgano. Debido a que es preciso un oficio del presidente de la Comisión Mixta para la comunicación de la recepción de iniciativas legislativas europeas a efectos del control de subsidiariedad, desde la disolución de las Cámaras se interrumpe el envío al Registro General de la Cámara y es habitual que cada vez que se celebran elecciones generales, no las reciban durante más de cuatro meses. Además, en la XIV Legislatura (03/12/2019 -), la Comisión Mixta no comunicó al Registro las iniciativas sobre las que no se creó ponencia de subsidiariedad.

Al mismo tiempo, la secretaría de la Comisión Mixta sigue funcionando en todo momento con su personal funcionario y se mantienen los envíos a las ALCA de las iniciativas legislativas europeas

²⁵ Acordado por las tres instituciones, a propuesta del presidente Juncker (Comisión Europea, 2020, p. 2)

²⁶ En los meses de agosto, desde 2010 hasta 2022, se han recibido 983 documentos. La Comisión ha remitido 52 comunicaciones de inicio del plazo. En los días veinte de diciembre a diez de enero, desde diciembre de 2019 a enero de 2023, ha remitido 10 comunicaciones de inicio del plazo.

recibidas a efectos del control de subsidiariedad. Todas las ALCA remiten sus escritos al correo de la Comisión Mixta, pero alguno los remite además al Registro de la Cámara. Si la iniciativa legislativa europea a la que se refieren no consta en dicho registro, bien porque estuviera pendiente de Mesa y Portavoces de la Comisión Mixta o bien porque no se hubiera creado ponencia de subsidiariedad, se produce la anomalía de que el escrito del Parlamento autonómico iniciará un nuevo expediente tipo 282 correspondiente al «Control del principio de subsidiariedad».

Los expedientes de los proyectos de actos legislativos habitualmente se componen además de otros documentos de diversa procedencia²⁷: Gobierno de España, Parlamentos de las comunidades autónomas, Parlamentos de los Estados miembros y las instituciones europeas, ya que pueden remitir otros textos relacionados con la tramitación de la iniciativa en cuestión, como se expondrá a continuación:

2.1.1.1. Informe del Gobierno

A petición de la Comisión Mixta, el Gobierno debe remitir un informe sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad por la iniciativa europea.

Los informes del Gobierno aportan «su criterio político sobre la materia...y su visión sobre la posición probable de otros gobiernos o instituciones de la Unión» (Delgado-Iribarren, 2012, p. 60), y se transmiten en exclusiva a los miembros y a los letrados de la Comisión Mixta²⁸.

Se reciben telemáticamente en el Registro del Congreso de los Diputados desde donde se descargan para incorporarlos a la base de datos CMIXTA, en la que se introduce también un resumen y se codifica el sentido del texto en cuanto al respeto de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad: *positivo, con observaciones, negativo*.

²⁷ Hasta el 30/05/2023 en la Comisión Mixta se han tramitado 1.237 expedientes de tipo 1, que comprenden 12.261 documentos.

²⁸ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023, se han recibido 188 informes del Gobierno.

2.1.1.2. Dictámenes motivados de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (ALCA)

En cuanto se recibe la comunicación de inicio del plazo para ejercer el control de subsidiariedad sobre una iniciativa legislativa europea, la Comisión Mixta envía también una comunicación junto con la documentación correspondiente, a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas (ALCA)²⁹, que disponen de un plazo de cuatro semanas para, en su caso, remitir un dictamen motivado sobre la iniciativa³⁰.

La fecha de inicio del plazo para las ALCA es la fecha en que la Comisión Mixta realice el envío de la iniciativa. El cálculo se realiza igual que en el plazo de los PN que ya se ha detallado.

Cuando la comunicación de inicio del plazo para los PN se recibe en un día festivo en Madrid, donde tiene su sede el Congreso de los Diputados, la fecha de inicio del plazo para las ALCA no es la misma sino posterior, ya que el envío a las ALCA se realiza en el primer día hábil que sea posible.

Algunos Parlamentos autonómicos envían las iniciativas recibidas a las comisiones competentes en función de la materia de la que traten, mientras que otros las remiten a su Comisión de Asuntos Europeos u órgano similar que concentra este seguimiento. En algunos casos, se ha evolucionado del primer al segundo criterio de organización, como en el parlamento de la Comunidad Valenciana (Cubells, 2022), o en el Parlamento de Cataluña²⁹.

Los informes o dictámenes de la Comisión Mixta incorporan la relación de los dictámenes remitidos por las ALCA y las referencias necesarias para su consulta, y «en el caso de que éstos presenten observaciones o declaren el incumplimiento del principio de subsidiariedad, pueden incluir una breve síntesis de su motivación». (Delgado-Iribarren, 2018, p. 606).

²⁹ Actualmente se remiten mediante el servicio FileSender de RedIRIS, con un enlace a los ficheros con los documentos que acompañan a la propuesta desde el que pueden realizar la descarga de los que estimen oportunos. Todas las semanas se les facilita una relación de lo que se les ha remitido la semana anterior para que puedan controlar que han recibido la debida información.

³⁰ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023, se han recibido 1.775 escritos de las ALCAS.

Se ha señalado el problema de que cuando las iniciativas legislativas de la UE no han sido objeto de selección por parte de la Comisión Mixta, los dictámenes de los parlamentos autonómicos no serán conocidos por las instituciones de la UE por medio de este procedimiento (Palomares, 2012, p. 67)³¹. En sus informes anuales «sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales»³⁰, la Comisión señala que varios Parlamentos regionales le envían resoluciones directamente (Comisión Europea, 2020, p. 21-22; Comisión Europea, 2021, p. 28; Comisión Europea, 2022, p. 28-29) y ha remarcado su intención de hacer más visibles para el PE y el Consejo los comentarios que reciba acerca de sus propuestas por parte de las autoridades locales y regionales (Comisión Europea, 2018, p. 8).

Todos los textos de las ALCA que contienen observaciones o que son negativos respecto al cumplimiento del principio de subsidiariedad están accesibles en el sitio web del Congreso de los Diputados dedicado al control del principio de subsidiariedad, cuyo contenido se expone en el apartado IV de este artículo.

2.1.1.3. Dictámenes motivados de PN remitidos por el Consejo

Como ha señalado Delgado-Iribarren (2018, p.600-601), la interlocución permanente de las Cámaras legislativas con el legislador comunitario se ha traducido en una amplia actividad de los Parlamentos nacionales en la producción de informes con observaciones, mucho mayor de la que han supuesto hasta ahora los dictámenes motivados de vulneración.

El Consejo reenvía a todos los PN las contribuciones que recibe respecto al cumplimiento del principio de subsidiariedad³². Normalmente los proporciona en la lengua original y en ocasiones acompañados de una traducción al inglés. Cuando los remite solo en una lengua poco accesible, se consulta las bases de datos IPEX y Con-

³¹ Sobre la evolución de la participación de los Parlamentos regionales en Europa, Fromage, D. (2022)

³² Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023 el Consejo ha remitido 523 textos de PN.

nect³³ para verificar si allí se encuentra disponible alguna traducción; si no la hay, mediante la herramienta «eTranslation» desarrollada por la Comisión³¹, se obtiene una traducción automática que nos permite comprender el significado del texto.

En la página del Registro del Consejo³² los informes y dictámenes que le remiten los PN están clasificados por materia como «Transmission to National Parliaments (PARLNAT)»³³ y la búsqueda puede acotarse por diversos criterios, como palabras en el enunciado, palabras en el texto, referencia interinstitucional, fechas, idioma...

En la base CMIXTA se introducen los datos del remitente —el Consejo— y de la Cámara autora del escrito; su enunciado, con hiperenlace al texto en el Registro del Consejo; su sentido (*positivo/positivo con observaciones/negativo*) y en ocasiones un resumen; la lengua o lenguas en las que se ha recibido y, en su caso, el hiperenlace al texto en inglés disponible.

2.1.1.3. a. Otras fuentes para obtener las contribuciones de los PN: Comisión; Connect -PE; Eur-Lex. Procedimientos; IPEX

- La Comisión proporciona los textos que le remiten los PN de manera oficial e incluye además sus contestaciones a los mismos, en el sitio dedicado a las relaciones con los Parlamentos nacionales³⁴. Pero esta página de la Comisión solo permite buscar por Estado miembro a través de un mapa de la Unión, y no por las iniciativas europeas y no se actualiza tan frecuentemente como otras fuentes.
- El PE produce la base de datos Connect³⁵, que facilita el acceso a los documentos remitidos oficialmente por los PN en relación con el principio de subsidiariedad. En la web se separan en dos pestañas diferentes —«subsidiarity check» e «informal political dialogue»—, las búsquedas de dictámenes motivados respecto a las iniciativas legislativas europeas relativas a materias de competencias no exclusiva de la Unión, de las búsquedas de otras contribuciones remitidas en el marco del llamado «diálogo político».

³³ Sobre IPEX y Connect, véase el apartado III. 2.1.1. 3. a. de este artículo.

Todos los dictámenes motivados de los PN recibidos en el PE dentro del plazo correspondiente, se traducen a las restantes lenguas oficiales, excepto al maltés y al gaélico. El resto de las contribuciones se distribuyen en la lengua original al presidente de la comisión parlamentaria del PE competente por la materia y al ponente. Si uno de ellos «decide que es una contribución importante, entonces se manda a traducir» (Gómez Martos, F (2012), p. 36). Los textos se remiten a la comisión o comisiones responsables del proyecto de acto legislativo y también, para información, a la Comisión de Asuntos Jurídicos (CAJ)³⁶, que es la comisión parlamentaria que tiene la responsabilidad general de tratar el principio de subsidiariedad. Los dictámenes motivados de los PN deben incluirse en los respectivos expedientes y mencionarse en la resolución legislativa sobre la propuesta de que se trate (Pavy, p. 73).

- En la web EUR-Lex de la Comisión, que proporciona acceso a todo el Derecho de la UE, en la sección de procedimientos legislativos³⁷, se detallan las etapas, las instituciones y los organismos que participan hasta la adopción del acto y se accede a todos los documentos relacionados. Las contribuciones de PN se insertan entre los documentos de la tramitación en el Consejo.
- IPEX, InterParliamentary EU information eXchange³⁸, es una plataforma para el intercambio de información entre los Parlamentos nacionales (PN), creada por la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de la UE³⁹.

Los PN incorporan directamente a la plataforma la información del control que realizan sobre el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de las iniciativas legislativas europeas y son los elementos principales de la base de datos IPEX, que está organizada en función del documento específico de la UE al que se refieren y a través de la que se puede acceder a los dictámenes y otras informaciones sobre la tramitación dada en cada Parlamento nacional.

No se trata de un envío oficial como el que los PN realizan a las tres instituciones, Comisión, Consejo y PE, sino que es una comunicación informal que se inicia antes de la aprobación de un informe/dictamen de subsidiariedad, y todo su contenido es

público. Los textos se «suben» en la lengua original y a menudo también se añade una traducción de cortesía o un resumen en inglés.

Por defecto, las entradas nacionales a los dosieres IPEX sobre las iniciativas legislativas de la UE se encuentran en estado de «no iniciada». El dossier nacional para las Cortes Generales se abre en cuanto una iniciativa ha sido examinada por la Mesa y los Portavoces de la Comisión Mixta, y se informa sobre el estado de tramitación en el que se encuentra:

- si no se crea ponencia, se abre y se cierra el dossier con la misma fecha del examen y se informa de que la Mesa y los Portavoces han «visto» la iniciativa
- si se crea una ponencia, se abre el dossier de IPEX con la fecha de la Mesa que lo decidió, se informa de que se ha nombrado un ponente para el examen de subsidiariedad de la iniciativa y se va añadiendo la información pertinente a medida que se produzcan novedades en la tramitación hasta su cierre.

Cuando se aprueban textos, se «suben» a IPEX indicando su categoría de modo que puedan distinguirse en las búsquedas: *diálogo político*, dictámenes motivados. Finalmente, también se «suben» las contestaciones que se reciben de la Comisión.

2.1.1.4. Otra documentación relativa a proyectos de actos legislativos

Los PN reciben las posiciones del Consejo y las comunicaciones de la Comisión sobre la posición del Consejo, inmediatamente después de su adopción.

La tramitación europea de las iniciativas legislativas no coincide con la duración de las legislaturas nacionales y la mayor parte de los documentos de este subtipo corresponden siempre a propuestas iniciadas en fechas de legislaturas anteriores de las Cortes Generales³⁴.

³⁴ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023 se recibieron 173 documentos relativos a la posición del Consejo, de los que solo 4 corresponden a propuestas legislativas europeas iniciadas en fechas correspondientes a la XIV legislatura.

2.1.1.5. Contestaciones de la Comisión

Cuando la Comisión Mixta recibe contestaciones de la Comisión, además de incorporarse a la base CMIXTA³⁵, se «suben» lo antes posible a la Plataforma IPEX en el dossier correspondiente a la contribución española, y con el enlace obtenido de ese modo se publican también en el apartado dedicado al control del principio de subsidiariedad de la página web del Congreso de los Diputados, a continuación de los datos de los informes o dictámenes a los que corresponden³⁶.

La Comisión publica sus contestaciones a los textos remitidos por los PN en el sitio web sobre las relaciones con los Parlamentos nacionales. Responde a los dictámenes motivados siempre que no se superen los umbrales para activar los procedimientos de «tarjeta amarilla» o «tarjeta naranja» y se ha comprometido a dar una respuesta conjunta si recibe al menos cuatro dictámenes motivados que representen como mínimo siete votos sobre una iniciativa (Comisión Europea, 2022, p. 8 nota 44). Respecto a las otras contribuciones de los PN la Comisión trata de remitir una contestación en el plazo de tres meses⁴⁰.

Los informes anuales «sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los Parlamentos nacionales» proporcionan información y explicaciones acerca de las respuestas de la Comisión a las contribuciones de los PN.

2.1.2. Tipo 2. Actos legislativos publicados en la Serie L del Diario Oficial de la UE. DOUE³⁷

Los PN pueden solicitar a sus Gobiernos la presentación de un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de la UE por

³⁵ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023 se han recibido 171 contestaciones de la Comisión.

³⁶ Véase el apartado IV de este artículo.

³⁷ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023 se han publicado 317 Actos legislativos, en el DOUE.

infracción del principio de subsidiariedad de la legislación europea³⁸. Para ello, cuentan con un plazo de seis semanas desde la publicación de la norma europea en el DOUE. Las semanas se cuentan de día de la semana a día de la semana, de modo que, si el día del inicio del plazo es un jueves, el final del plazo se cumpliría el jueves de la sexta semana. En este caso no se descuenta el mes de agosto ni el período de Navidad.

Solamente una vez se ha seleccionado un acto legislativo publicado en el DOUE para crear una ponencia y analizar la eventual participación de las Cortes Generales en la interposición de un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia. Ocurrió el primer año de funcionamiento del sistema de alerta temprana, respecto a la Directiva de servicios de comunicación audiovisual y el resultado fue que no procedía solicitar del Gobierno la interposición del recurso³⁹.

2.1.3. Tipo 3. Documentos de consulta de la Comisión

La Comisión remite todas sus iniciativas legislativas, sean de competencia compartida o exclusiva de la Unión; su programa de trabajo anual₄₁ y cualquier otro instrumento de programación legislativa o de estrategia política; y sus propuestas no legislativas o de consulta como libros verdes, libros blancos, comunicaciones e informes interinstitucionales, etc.

Hasta la recepción de la comunicación de inicio del plazo para ejercer el control de subsidiariedad, todos los documentos COM recibidos de la Comisión se incorporan a la base CMIXTA clasificados en el Tipo 3. «Documentos de consulta de la Comisión», y solo si

³⁸ El 31/03/2017 los servicios jurídicos del Consejo remitieron un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia, presentado por el Gobierno de Polonia: Case C-128/17, solicitando la anulación total o parcial de la Directiva (UE) 2016/2284, relativa a la reducción de las emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos, ... [7789/17]. Sentencia del TJUE de 13/03/2019. Recurso desestimado en su totalidad.

³⁹ Informe 4/2010 de 11/05/2010, sobre la eventual participación de las Cortes Generales en la interposición de un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por infracción del principio de subsidiariedad en relación con la Directiva 2010/13/UE, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (DOUE L n. 95, 15/04/2010) (IX legislatura 282/000011) BOCG. Cortes Generales Núm. A-324 de 28/06/2010 Pág.13

se recibe tal comunicación, se abre un nuevo expediente de Tipo 1. «Proyectos de actos legislativos».

La mayor parte de las propuestas, comunicaciones, informes y demás informaciones remitidas por la Comisión mediante documentos COM a través la plataforma EU Send Web, nunca tienen comunicación de inicio del plazo⁴⁰.

Algunas de estas iniciativas originan contribuciones de los PN en el marco del *diálogo político* que el Consejo remite también a la Comisión Mixta⁴¹.

2.1.4. Tipo 4. Órdenes del día y resultados de las sesiones del Consejo

Convocatorias, órdenes del día y resultados de las sesiones del Consejo⁴², incluidas las Actas de las reuniones del Comité de Representantes Permanentes (COREPER₄₂) cuando éste delibere sobre proyectos de actos legislativos⁴³.

2.1.5. Tipo 5. Revisión de los Tratados

Hasta el momento se han recibido tres propuestas relacionadas con la modificación de los Tratados⁴⁴.

⁴⁰ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023, de un total de 2.338 documentos de tipo 3 recibidos, solo 338 corresponden a iniciativas legislativas que posteriormente recibieron la comunicación de inicio del plazo para ejercer el control de subsidiariedad.

⁴¹ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023, se han recibido 30 contribuciones de PN sobre documentos del tipo 3.

⁴² En la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023, se han recibido 570 documentos de tipo 4.

⁴³ El COREPER se encarga de preparar los trabajos del Consejo y está formado por los representantes de los Estados miembros ante la UE, que tienen rango de embajadores, presidido por el que ejerce la presidencia del Consejo de la UE.

⁴⁴ El 30/04/2010, la Comisión remite su Dictamen... sobre una decisión del Consejo Europeo, en favor del examen de las modificaciones de los Tratados en lo referente a la composición del Parlamento Europeo, según lo propuesto [Propuesta 17196/09] por el Gobierno de España COM (2010) 189 final. El 14/10/2011 el Consejo traslada la propuesta de Protocolo presentada al Consejo por el Gobierno irlandés en relación con la incorporación de un Protocolo sobre las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa 15484/11 y el 04/05/2012 se recibe el Dictamen de la Comisión al respecto COM (2012) 198 final. El 14/10/2011 el Consejo traslada la propuesta de Protocolo presentada al Consejo por el Gobierno checo, sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales

2.1.6. Tipo 6. Solicitudes de adhesión a la Unión₄₃

Desde 2010, las instituciones europeas han remitido las solicitudes de adhesión a la UE de Croacia, Serbia, Bosnia Herzegovina, Ucrania, Georgia y Moldavia.

2.1.7 - 2.1.9⁴⁵ Tipo 7. Mecanismos de evaluación de políticas de libertad, seguridad y justicia; Tipo 8. Control político de Europol; Tipo 9. Evaluación de actividades de Eurojust

Conforme al artículo 12 del TUE los Parlamentos nacionales participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, y estarán asociados al control político de Europol₄₄ y a la evaluación de las actividades de Eurojust₄₅. La Ley 8/1994, establece que la participación de las Cortes Generales se realizará con carácter general a través de la Comisión Mixta y, en su caso, con la intervención de las comisiones legislativas competentes de cada Cámara.

2.1.10. Tipo 10. Informe anual del Tribunal de Cuentas Europeo

Conforme al artículo 7 del Protocolo nº 1, el Tribunal de Cuentas Europeo debe transmitir sus informes anuales a los PN al mismo tiempo que al PE y al Consejo, a título informativo. La comunicación de la presentación de los informes se recibe en la Presidencia de la Cámara, se incorpora al Registro General de ésta y se da traslado a la Comisión Mixta. Habitualmente, el miembro español del Tribunal de Cuentas Europeo comparece para su presentación ante la Comisión Mixta.

2.1.11. Tipo 11. Informaciones remitidas en el marco del procedimiento legislativo de la Unión

Textos adoptados por el PE respecto a iniciativas legislativas europeas de competencia no exclusiva de la Unión, y otros documen-

de la Unión Europea a la República Checa [14267/11](#) y el 04/05/2012 se recibe el Dictamen de la Comisión al respecto [COM \(2012\) 197 final](#).

⁴⁵ No se han recibido documentos de los tipos 7, 8 y 9. El Consejo remite el informe anual sobre los trabajos del Comité Permanente de Cooperación Operativa en Materia de Seguridad Interior (COSI), y Europol remite sus cuentas anuales.

tos relacionados con el procedimiento legislativo que no se agrupan en un tipo propio⁴⁶.

2.1.12. Tipo 12. Otros documentos

Hojas de ruta y consultas públicas⁴⁷. Decisiones de ejecución por las que el Consejo formula recomendaciones para subsanar deficiencias detectadas en la evaluación anual de cada Estado miembro sobre la aplicación del acervo de Schengen en sus diferentes ámbitos: política común de visados, gestión de las fronteras exteriores, retorno, cooperación policial, protección de datos, Sistema de Información de Schengen⁴⁸. Otros.

2.2. *Recuperación de la información*

La base de datos CMIXTA reúne toda la documentación que se ha descrito y proporciona información de forma práctica mediante los dos documentos que se distribuyen semanalmente —«Índice SIUE» e «Iniciativas UE con plazo abierto a xx_xx_xxxx y resumen de documentos relacionados con ellas»—, automatizados desde mayo de 2013, así como mediante otros tipos de listados concebidos para facilitar el trabajo de la secretaría de la Comisión Mixta.

Todos los campos de texto son interrogables por las palabras que contienen. Las búsquedas se pueden acotar también por los autores, los tipos y los subtipos documentales, que están todos ellos

⁴⁶ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023, se han recibido los textos aprobados en 57 sesiones del PE.

⁴⁷ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), se recibieron 446 consultas y hojas de ruta. A partir de marzo de 2023 la Comisión canceló la comunicación específica a los PN del lanzamiento de sus consultas y hojas de ruta, al abrir a todo el público la posibilidad de suscribirse a las alertas y expresar su opinión a través de la página «Díganos lo que piensa» https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_es. La información detallada sobre las consultas y hojas de ruta se obtiene eligiendo la fase de «Convocatoria de datos».

⁴⁸ Durante la XIV legislatura (13/12/2019-17/08/2023), hasta el 30/05/2023, se han recibido 91 decisiones de ejecución del Consejo por la que formulan recomendaciones para subsanar deficiencias en la aplicación del acervo de Schengen. Una de ellas sobre la gestión de fronteras en veinticinco de los Estados miembros, incluida España, 6755/21; una sobre política común de visados dirigida a España, Francia, los Países Bajos y Suiza; y dos dirigidas en exclusiva a España: sobre fronteras exteriores 14970/22 y sobre cooperación policial 7930/23.

codificados; por las fases seguidas en la tramitación; por fechas, también las de comienzo y de fin de los diferentes plazos, y por otras informaciones codificadas como el sentido de los informes/dictámenes y demás escritos recibidos de cada institución que interviene en el procedimiento de control de subsidiariedad.

A través de esas facilidades se consigue una recuperación de la información pertinente y se posibilita la elaboración de las estadísticas que se publican en el sitio dedicado al control de subsidiariedad de la página web del Congreso de los Diputados⁴⁹.

IV. INFORMACIÓN EN LA WEB DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

En marzo de 2013 se abrió al público un espacio dedicado al control del principio de subsidiariedad en la página web del Congreso, como se muestra en las figuras 4 y 5.

El enunciado «Unión Europea. Control del principio de subsidiariedad»⁴⁶ ofrece, ordenada por legislaturas, la siguiente información:

1. Propuestas legislativas de la UE tramitadas

Proporciona acceso a un listado de las iniciativas tipo 282 «Control de la aplicación del principio de subsidiariedad», obtenido del Sistema de Información de la Actividad Parlamentaria del Congreso de los Diputados, ARGO, sobre todas las iniciativas legislativas de la UE vistas por la Comisión Mixta, aunque no se haya creado una ponencia para el control de subsidiariedad.

Como ya se ha señalado anteriormente, durante las disoluciones de la Legislatura por convocatoria de elecciones se interrumpe el envío al Registro General de la Cámara de las iniciativas legislativas de la UE recibidas en la Comisión Mixta y es habitual que cada vez que se celebran elecciones generales, dicho registro no las reciba durante más de cuatro meses. Además, a partir de la XIV Legislatura (13/12/2019-17/08/2023), la Comisión Mixta no comunica las iniciativas sobre las que no se crea ponencia de subsidiariedad⁵⁰.

⁴⁹ Véase el apartado IV de este artículo.

⁵⁰ En la XIV legislatura, hasta el 30/05/2023 se habían recibido 338 proyectos de actos legislativos con carta de inicio del plazo de ocho semanas; se habían creado 157

Como resultado de esta disfunción, la búsqueda que realiza la opción del menú de subsidiariedad de la web «Propuestas legislativas de la UE tramitadas», que proporciona el listado de las iniciativas tipo 282, «Control de la aplicación del principio de subsidiariedad», es incompleta. Este problema podría resolverse en parte automatizando el traslado a la web de los datos relevantes de la base CMIXTA sobre los expedientes de tipo 1. Proyectos de actos legislativos.

2. *Informes en tramitación*

Cuando en la Comisión Mixta se crea una ponencia sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad, se prepara un mini dossier dirigido principalmente al ponente, con datos contenidos en la base CMIXTA sobre el proyecto de acto legislativo y se publica en este apartado: enunciado, códigos europeos, números de expediente, ponente, fechas de inicio y de fin de los plazos, resumen y base jurídica, todo ello complementado con hipervínculos que permiten acceder a los textos citados, además de otros enlaces a sitios donde encontrar información adicional que ayude a comprender la propuesta⁵¹.

3. *Informes tramitados*

Los textos de los informes y dictámenes de subsidiariedad aprobados por la Comisión Mixta se publican en la Serie A: Actividades Parlamentarias, del Boletín Oficial de las Cortes Generales⁴⁷ y los debates al respecto se publican en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales correspondiente a las Comisiones Mixtas⁴⁸.

Además, los textos se «suben» de inmediato en este apartado de Informes tramitados, donde los informes se relacionan por años, diferenciándolos entre informes *positivos* –la propuesta respeta el principio de subsidiariedad–, *dictámenes con observaciones* –la propuesta respeta el principio de subsidiariedad, pero se realizan observaciones o propuestas para su mejora– y *dictámenes de vulneración* –la propuesta no respeta el principio de subsidiariedad–.

ponencias de subsidiariedad sobre 184 iniciativas legislativas europeas y aprobado 155 informes sobre 178 de dichas iniciativas y ningún dictamen de vulneración. En 6 de los expedientes para los que se creó una ponencia, no se aprobó informe o dictamen al respecto.

⁵¹ Como se ha explicado en la introducción del apartado III.2 de este artículo dedicado a la Base de datos de seguimiento de las iniciativas de la Unión Europea, CMIXTA

El enunciado de los textos conserva los enlaces a todos los códigos que se introdujeron en el dossier preparado para la tramitación de la iniciativa. Se mantienen también los datos del ponente y el acceso a la ficha en IPEX, y, a medida que se obtienen, se añaden los datos de su publicación oficial en el Boletín Oficial y en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales, así como los datos de la contestación de la Comisión.

4. Comunicaciones de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (ALCA)

Este apartado, que se actualiza trimestralmente, aporta información pormenorizada sobre la participación de los Parlamentos autonómicos en el procedimiento de control de subsidiariedad.

Comprende un cuadro general que abarca el conjunto de la actividad de las ALCA desde el año 2010 distinguiendo entre el total de escritos remitidos por cada Parlamento autonómico y cuantos de ellos son informes o dictámenes de subsidiariedad y no meras comunicaciones de toma de conocimiento, de archivo, etc. Además, ofrece también cuadros por cada legislatura de las Cortes Generales, con información más detallada y acceso a los textos que contienen observaciones o que son negativos respecto al cumplimiento del principio de subsidiariedad.

5. Normativa, documentos y enlaces

La sección comienza con un apartado sobre «Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El cometido de los Parlamentos nacionales»⁴⁹, como introducción a una selección de enlaces que se revisa y actualiza periódicamente, estructurada del modo siguiente:

- Tratados europeos: TUE, TFUE y Protocolos nº 1 y nº 2.
- Normativa estatal. La Comisión Mixta para la Unión Europea.
- La génesis de los proyectos legislativos de la UE y el programa anual de trabajo de la Comisión Europea.
- Seguimiento de los proyectos legislativos europeos en tramitación.
- Control de la legalidad de los actos legislativos europeos: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE.

- Control de subsidiariedad y seguimiento de los asuntos europeos en los Parlamentos nacionales de los Estados miembros de la UE. IPEX. Base de datos del PE, Connect. COSAC. Informe anual sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y las relaciones con los Parlamentos nacionales. Diálogo político.
- Control de subsidiariedad y seguimiento de los asuntos europeos en los Parlamentos autonómicos. Red Parlamentaria. REGPEX.
- Control de subsidiariedad en otras Asambleas europeas. El Comité de las Regiones: Subsidiarity Monitoring Network. CALRE.
- Antecedentes del sistema de alerta temprana en la Comisión Mixta para la Unión Europea. Informe sobre la aplicación del Protocolo nº 2 (2007). Estudio sobre los efectos del Protocolo nº 2 para las CG (2008). Ensayos piloto de control del cumplimiento del principio de subsidiariedad de las iniciativas legislativas europeas (2009).
- Otros enlaces de interés. CE: Grupo Operativo sobre Subsidiariedad, Proporcionalidad y hacer menos pero de forma más eficiente.

Figura 4

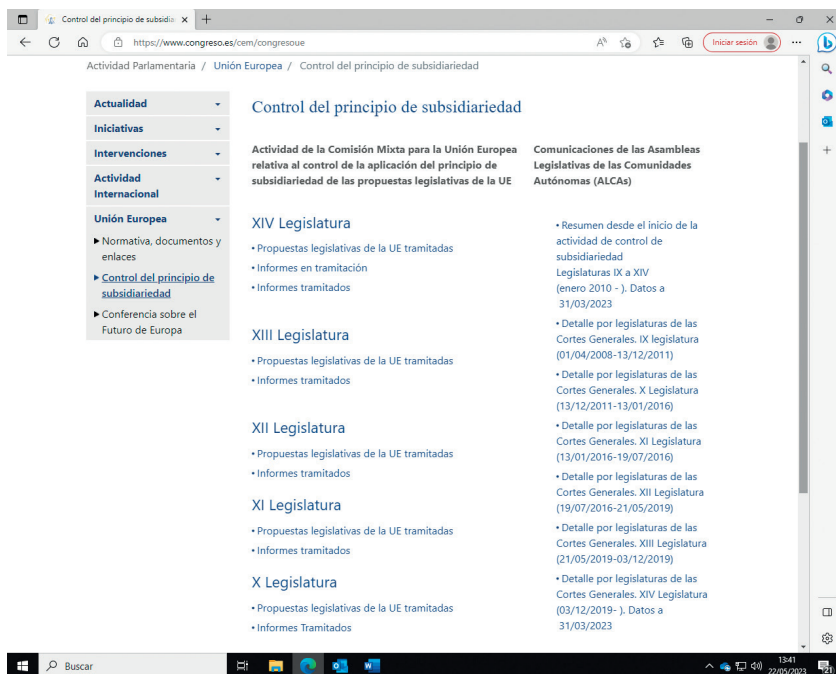
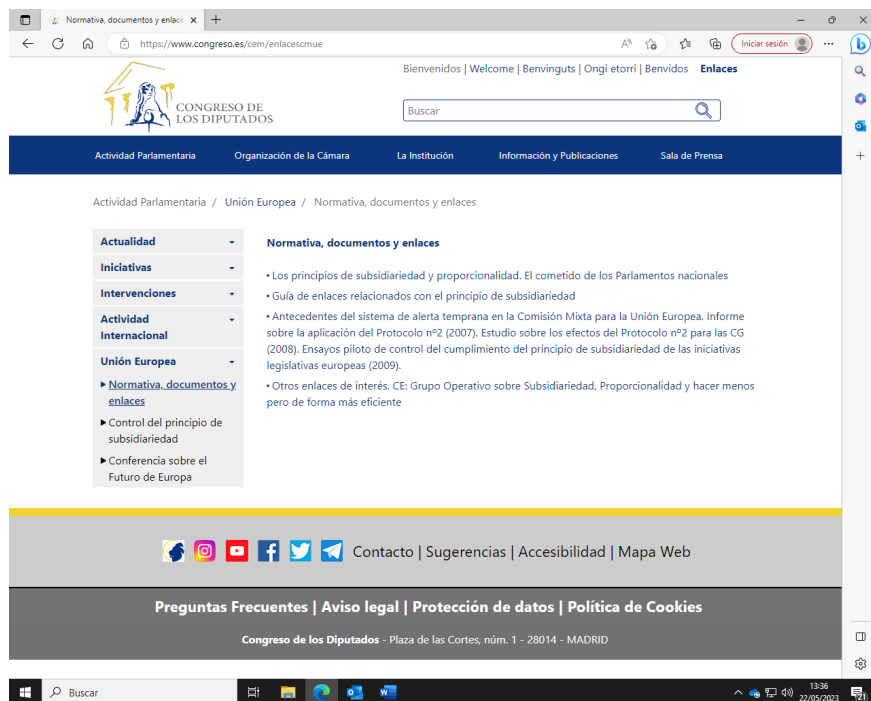


Figura 5



V. CONCLUSIONES

La gestión documental del control de subsidiariedad es compleja por la pluralidad de sujetos que intervienen durante el procedimiento de adopción de actos legislativos europeos, por la heterogeneidad de documentos en circulación y por la variedad de plazos que deben controlarse. Además los tempos de las instituciones europeas y los de los Parlamentos nacionales no coinciden y de ese desajuste deriva algún problema en la gestión documental.

Las comunicaciones se realizan mediante correo electrónico y a través de plataformas seguras para el intercambio de información desarrolladas por las instituciones europeas.

En el Congreso de los Diputados se ha desarrollado la base de datos documental «Seguimiento de las Iniciativas de la UE», CMIX-TA, una aplicación específica dentro del Sistema Parlamentario de Información de Actividades del Congreso de los Diputados «ARGO»,

mediante la que se puede controlar toda la documentación con sencillez, así como obtener datos completos, estructurados, resumidos o detallados.

La base CMIXTA está diseñada para facilitar la función encomendada a la Mesa y los Portavoces de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de «seguimiento permanente de las iniciativas legislativas europeas, así como de otros documentos e iniciativas de la UE que entiendan de especial relevancia»,

Como producto de la base, semanalmente se distribuye un *Índice de Seguimiento de las Iniciativas de la UE, Índice SIUE, junto con un cuadro de «Iniciativas con plazo abierto o con informe pendiente a fecha...»*, para facilitar la comprensión global de las incidencias y documentos disponibles sobre cada iniciativa legislativa de la Unión sometida a control de subsidiariedad.

Para facilitar el acceso a la información del público interesado, en la web del Congreso de los Diputados se ha desarrollado un espacio específico dedicado al control del principio de subsidiariedad, en el que se proporciona información y documentación detallada sobre dicha actividad.

NOTAS E HIPERENLACES

¹ Reparto de competencias en la Unión Europea <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:ai0020>

² Tratado de la Unión Europea. Artículo 5 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012M005&from=ES%20>

³ Tratado de Lisboa <https://www.boe.es/boe/2007/306/Z00001-00271.pdf>

⁴ Tratado de la Unión Europea (TUE) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012M/TXT>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008M/PRO/02&rid=4>

Protocolo nº 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008M/PRO/01&rid=4>

⁵ Acuerdo interinstitucional de 13 de abril de 2016 entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512(01)&from=ES)

⁶ Bélgica. Cámara de Representantes <https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/parliaments/list-parliaments/bechb>

⁷ Dinamarca. Folketing <https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/download/file/082dbcc539e-dbbe6013aabe6290669a7/Scrutiny%20of%20documents%20coming%20from%20the%20>

[European%20Union%20and%20monitoring%20compliance%20with%20the%20principle%20of%20subsidiarity%20-%20The%20Danish%20Folketing.pdf](#)

⁸ Italia Legge 24 dicembre 2012, n. 234 Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea. http://www.regioni.it/cms/file/Image/upload/seminari/9_101115/Materiali/3_LEGGE%20234_2012_%20NORMATIVA_vigente%20al%2031_2015.pdf

⁹ Portugal. Acompanhamento, Apreciação e Pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do Processo de Construção da União Europeia Lei n.º 43/2006, de 25 de agosto (TP), com as alterações introduzidas pela Lei n.º 21/2012, de 17 de maio^{1,2} (TP), Lei n.º 18/2018, de 2 de maio (TP) e Lei n.º 64/2020, de 2 de novembro³ (TP) https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/AcompanhamentoApreciacaoPronunciaARProcessoConstrucaoUE_annotado.pdf Artigo 4.2

¹⁰ Países Bajos. Segunda Cámara (Cámara de Representantes) <https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/download/file/082dbcc559522ecc0159bb6351a6690b/Brochure%20The%20House%20of%20Representatives%20and%20the%20European%20Union.pdf>

¹¹ Países Bajos. Primera Cámara (Senado) https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/parliaments/list_parliaments/nleer

¹² Consejo de la Unión Europea, <https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/>

¹³ IX Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 207. 202 remitidas por la Comisión Europea, 5 remitidas por el Consejo de la UE.

X Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 332. 330 remitidas por la Comisión Europea, 2 remitidas por el Consejo: Además se tramitó una propuesta del Parlamento Europeo, que no llegó a remitir la comunicación de inicio del plazo para los PN: Propuesta adoptada por el Parlamento Europeo, de 23 de mayo de 2012, sobre el Reglamento del Parlamento Europeo relativo a las modalidades de ejercicio del derecho de investigación del Parlamento Europeo [2009/2212(INI)].

XI Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 47 Todas ellas remitidas por la Comisión Europea.

XII Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 294. 291 remitidas por la Comisión Europea, y 3 propuestas remitidas por el Consejo de la UE.

XIII Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 12. Las 12 remitidas por la Comisión Europea.

XIV Legislatura. Total de propuestas legislativas recibidas de las instituciones europeas = 334) (A 30/05/2023). 337 iniciativas presentadas por la Comisión y 1 por el Consejo.

¹⁴ Consejo de la UE. El Proceso de toma de decisiones. Procedimiento legislativo ordinario <https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/decision-making/ordinary-legislative-procedure/>

¹⁵ «en mayo de 2012, en relación con la propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (denominada «Monti II»), en octubre de 2013, en relación con la propuesta de Reglamento relativo a la creación de una Fiscalía Europea, y en mayo de 2016, en relación con la propuesta de revisión de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores» (Pavy, 2023, p. 3-4).

¹⁶ Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea. *Texto consolidado con las modificaciones introducidas por la Ley 24/2009 y por la Ley 38/2010* <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-11418>. Su exposición de motivos señala «...resulta indispensable que las Cortes Generales tengan acceso a todas las propuestas de actos legislativos elaborados por la Comisión Europea. Esta necesidad

fue ampliamente debatida y respaldada por la gran mayoría de los Grupos Parlamentarios con ocasión de la autorización parlamentaria para la ratificación del Tratado [Tratado de la Unión Europea]. Este deber de información del Gobierno se generaliza y amplía, puesto que hasta ahora se limitaba sólo a los proyectos normativos comunitarios que pudiesen afectar a España únicamente en materias sometidas a reserva de ley».

¹⁷ Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de septiembre de 1995, sobre desarrollo de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea. *Texto consolidado con las modificaciones introducidas por la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 27 de mayo de 2010, sobre reforma de la Resolución de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, de 21 de septiembre de 1995, sobre desarrollo de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación a las previsiones del Tratado de Lisboa y de la Ley 24/2009* <https://www.congreso.es/web/guest/cem/rescys21091995>

¹⁸ Reglamento del Congreso de los Diputados http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/Reglam

¹⁹ Comisión Europea. Carta del Presidente y del Vicepresidente, de 1 de diciembre de 2009, dirigida a los Presidentes de los Parlamentos nacionales. Anexo. Disposiciones prácticas para el funcionamiento del mecanismo de control de la subsidiariedad con arreglo al Protocolo n 2 del Tratado de Lisboa https://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npo/docs/letter_es.pdf

²⁰ Secretaría General del Consejo. Nota punto “I”. 26 de febrero de 2010. 6957/10. Anexo I. Arreglos prácticos para la aplicación por parte del Consejo de los principios de subsidiariedad recogidos en el Protocolo n 2 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6957-2010-INIT/es/pdf>

²¹ eTrustEx WEB Component Offering Description. (2019) https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/document/2019-07/eTrustEx_Web_COD_1.00.pdf

²² Comisión Europea. Diálogo político https://commission.europa.eu/law/law-making-process/adopting-eu-law/relations-national-parliaments_es

²³ Lenguas oficiales de la UE: alemán, búlgaro, checo, croata, danés, eslovaco, esloveno, español, estonio, finés, francés, griego, húngaro, inglés, irlandés (gaélico), italiano, letón, lituano, maltés, neerlandés, polaco, portugués, rumano y sueco https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages_es

²⁴ Los documentos generados en los antecedentes (2007) y ensayos piloto (2009) del sistema de alerta temprana en la Comisión Mixta para la Unión Europea se encuentran en <https://www.congreso.es/cem/antec>

²⁵ REPER <https://es-ue.org/>

²⁶ En la sección de Procedimientos Legislativos en EUR-Lex de la Comisión <https://eur-lex.europa.eu/collection/legislative-procedures.html?locale=es>, y en el Observatorio Legislativo Europeo (OEIL) del PE <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/search/search.do?searchTab=y>, la referencia interinstitucional de cada expediente (COD, CNS, APP...) permite seguir la situación de los expedientes a lo largo de todo el procedimiento legislativo.

²⁷ Comisión Europea. Zona de prensa <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/advancedsearch/es>

²⁸ Comité de Control Reglamentario https://commission.europa.eu/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_es

²⁹ Parlamento de Cataluña. Espai de documentació del Grup de Treball de Control del Principi de Subsidiarietat i de Seguiment del Dret de la Unió Europea.

https://www.parlament.cat/web/composicio/comissions/GTSUBS-fonts-informacio/index.html?p_id=169408

³⁰ A partir de 2018 la Comisión ha fusionado en un único informe «sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y las relaciones con los Parlamentos nacionales» https://commission.europa.eu/law/law-making-process/adopting-eu-law/relations-national-parliaments/annual-reports-application-principles-subsidiarity-and-proportionality-and-relations-national_en, los informes que realizaba anualmente «sobre subsidiariedad y proporcionalidad» https://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npo/subsidiarity_reports_en.htm y «sobre las relaciones con los Parlamentos nacionales» https://commission.europa.eu/law/law-making-process/adopting-eu-law/relations-national-parliaments/annual-reports-relations-national-parliaments_en

³¹ eTranslation https://commission.europa.eu/resources-partners/ettranslation_es?ettrans=es

³² Consejo de la UE. Búsqueda en el Registro <https://www.consilium.europa.eu/es/documents-publications/public-register/public-register-search/>

³³ Consejo de la UE. Búsqueda en el registro. Resultado de la búsqueda Transmission to National Parliaments, (PARNAT) (https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/public-register/public-register-search/results/?WordsInSubject=&WordsInText=&DocumentNumber=&InterinstitutionalFiles=&SubjectMatters=PARLNAT&DocumentDateFrom=&DocumentDateTo=&MeetingDateFrom=&MeetingDateTo=&DocumentLanguage=EN&OrderBy=DOCUMENT_DATE+DESC&ctl00%24ctl00%24cpMain%24cpMain%24btnSubmit=

³⁴ Comisión Europea. Dictámenes de los Parlamentos nacionales y respuestas de la Comisión https://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npo/index_en.htm

³⁵ Parlamento Europeo. Base Connect <https://www.europarl.europa.eu/relnatparl/en/subsidiarity-and-ipd/welcome> frecuente.

³⁶ Parlamento Europeo. Comisión de Asuntos Jurídicos <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20150428+RESP-JURI+DOC+XML+V0//ES&language=ES&navigationBar=YES>

³⁷ EUR-Lex. Procedimientos legislativos <https://eur-lex.europa.eu/collection/legislative-procedures.html?locale=es>

³⁸ IPEX <https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/search.do>, ofrece información detallada sobre el seguimiento de los asuntos europeos y sobre el control de subsidiariedad en cada PN. La versión 3 implantada en diciembre de 2020 ha enriquecido la página con nuevas informaciones.

³⁹ Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de la Unión Europea https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/conferences/eu_speakers/home

⁴⁰ Comisión Europea. Relaciones con los Parlamentos nacionales https://commission.europa.eu/law/law-making-process/adopting-eu-law/relations-national-parliaments_es

⁴¹ Programa de trabajo de la Comisión para 2023. Una Unión que se mantiene firme y unida. COM (2022) 548 final + anexos, de 18/10/2022 https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:413d324d-4fc3-11ed-92ed-01aa75ed71a1.0010.02/DOC_1&format=PDF

⁴² COREPER <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/coreper.html>.

⁴³ Comisión Europea. Adhesión a la UE https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/joining-eu_es

⁴⁴ Europol <https://www.europol.europa.eu/>

⁴⁵ Eurojust <https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=es&action=home>

⁴⁶ Unión Europea. Control del principio de subsidiariedad <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/CongresoUE> Originalmente ese espacio en la página del Congreso se denominaba Las Cortes Generales y la Unión Europea.

⁴⁷ Boletines Oficiales de las Cortes Generales https://www.congreso.es/publicaciones-organo?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&publicaciones_descOrg=A&publicaciones_legislatura=XIV&publicaciones_publicacion=B&publicaciones_seccion=Cortes

⁴⁸ Diarios de Sesiones de las Cortes Generales https://www.congreso.es/indice-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&publicaciones_modo=indiceLetra&publicaciones_legislatura=XIV&publicaciones_letra=cm

⁴⁹ Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El cometido de los Parlamentos nacionales <https://www.congreso.es/cem/prinsubparlnac>

BIBLIOGRAFÍA

- CARBAJAL, I. y DELGADO-IRIBARREN, M. (2010). Las medidas adoptadas por los parlamentos nacionales para aplicar el procedimiento establecido en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En *L'aplicació parlamentària del principi de subsidiarietat. (Conferència d'Assemblees Legislatives Regionals Europees (CALRE). Barcelona, 7 de julio de 2010)*. Testimonis parlamentaris, 31. (pp. 18-24). Parlamento de Cataluña. <http://www.parlament.cat/activitat/catalog/TP31In.pdf>
- COMISIÓN EUROPEA (2018). Principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE. COM (2018) 703 final y anexos. Comisión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0703&from=ES>
- COMISIÓN EUROPEA (2020). Informe anual de 2019 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los Parlamentos nacionales, COM (2020) 272 final y anexo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0272>
- COMISIÓN EUROPEA (2021). Informe anual de 2020 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los Parlamentos nacionales, COM (2021) 417 final y anexo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0417>
- COMISIÓN EUROPEA (2022). Informe anual de 2021 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los Parlamentos nacionales. COM (2022) 366 final y anexos. Comisión Europea. [EUR-Lex - 52022DC0366 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0366)
- CUBELLS PUERTES, M.J. (2022). Control del principio de subsidiariedad: tramitación parlamentaria y gestión documental en las Corts Valencianes. *Corts. Anuari de dret parlamentari*, (36), pp. 91-124. https://www.cortsvalecnianes.es/sites/default/files/media/file_author/Control%20del%20principio%20de%20subsidiariedad%20.pdf

- DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, M. (2012). La aplicación del principio de subsidiariedad en las Cortes Generales. En *La dimensió regional del principi de subsidiarietat i la seva aplicació pràctica a Catalunya*. (Barcelona, 17 de septiembre de 2012). Testimonis parlamentaris, 34. (pp. 56-62). Parlamento de Cataluña. <https://www.parlament.cat/document/catalog/48161.pdf>
- DELGADO-IRIBARREN GARCÍA CAMPERO, M. (2018). La Comisión Mixta para la UE como cauce fundamental de participación de las Cortes Generales en los asuntos europeos. *Revista de las Cortes Generales*, (104), pp. 593-612 <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/74/137>
- DEPREZ, M. y SMETS, C. (2016). eTrustex. Trusted Exchange Platform. Presentation. En *Reunión de corresponsales de IPEX. Luxemburgo, 1-2 de diciembre de 2016*. <https%3A%2F%2Fsecure.ipex.eu%2FIPEXL-WEB%2Fdownload%2Ffile%2F082dbcc558cdcaf00158cf5fac740214&usg=AOvVaw3k-Bx7zRWVFYl6-QQCJKlPh&opi=89978449>
- FROMAGE, D. (2022). Controlling Subsidiarity in Today's EU: the Role of the European Parliament and the National Parliaments. STUDY Requested by the JURI committee. Parlamento Europeo. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies. https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/732058/IPOL_STU%282022%29732058_EN.pdf
- GÓMEZ MARTOS, F. (2012). El control de la subsidiariedad desde la perspectiva del Parlamento Europeo. En *La dimensió regional del principi de subsidiarietat i la seva aplicació pràctica a Catalunya*. (Barcelona, 17 de septiembre de 2012). Testimonis parlamentaris, 34. (pp. 30-36; 45-46; 49; 51-53; 82-83). Parlamento de Cataluña <https://www.parlament.cat/document/catalog/48161.pdf>
- GRUPO OPERATIVO SOBRE SUBSIDIARIEDAD, PROPORCIONALIDAD (2018). Informe del Grupo Operativo sobre subsidiariedad, proporcionalidad y «hacer menos pero de forma más eficiente». Subsidiariedad activa Una nueva forma de trabajar. En *Principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE*. COM (2018) 703 final anexos. pp. 1-2. Comisión Europea. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:22aa97e7-d79e-11e8-90c0-01aa75e-d71a1.0003.02/DOC_2&format=PDF
- PALOMARES, M. (2012). L'aplicació del principi de subsidiarietat al Parlament de Catalunya. En *La dimensió regional del principi de subsidiarietat i la seva aplicació pràctica a Catalunya*. (Barcelona, 17 de septiembre de

2012. Testimonis parlamentaris, 34. (pp. 63-68). Parlamento de Catalunya <https://www.parlament.cat/document/cataleg/48161.pdf>
- PARLAMENTO EUROPEO. COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS (2014). *Balance de las actividades de las comisiones parlamentarias durante la séptima legislatura*. Parlamento Europeo. https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/54166/att_20141103ATT92392-5837715307741163169.pdf
- PAVY, E. (2023). El principio de subsidiariedad. *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*. 2003. Parlamento Europeo https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.2.2.pdf
- SÁNCHEZ-ABARCA GORNALS, C. (2018). Parlamentos nacionales y Unión Europea. El papel de las Cortes Generales en la cooperación interparlamentaria europea. *Revista de las Cortes Generales* (104), pp. 573-592. <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/73/136>
- VARA, G. (2012). Experiència i bones pràctiques en altres comunitats autònomes i regions europees. En *La dimensió regional del principi de subsidiarietat i la seva aplicació pràctica a Catalunya*. (Barcelona, 17 de setembre de 2012. Testimonis parlamentaris, 34. (pp. 69-76). Parlamento de Catalunya <https://www.parlament.cat/document/cataleg/48161.pdf>

VITORIA VS. HOBBS. ABANDONAR LA GEOPOLÍTICA Y ASUMIR EL DERECHO DE GENTES PARA UN NUEVO ORDENAMIENTO GLOBAL

VITORIA VS. HOBBS. ABANDON GEOPOLITICS AND EMBRACE
THE LAW OF NATIONS FOR A NEW GLOBAL ORDER

Jaime GARCÍA NEUMANN
Universidad de Valencia

Fecha de recepción del artículo: octubre 2023

Fecha de aceptación y versión final: diciembre 2023

RESUMEN

Hoy más que nunca se discuten alternativas al orden unipolar que ha dominado el mundo contemporáneo. Síntomas de su descomposición son las crisis financieras, los enfrentamientos entre globalistas y defensores del estado nación, la división en bloques, así como las guerras híbridas y asimétricas que amenazan con escalar, poniendo en riesgo la civilización y el futuro mismo del planeta.

Aunque abundan los análisis geopolíticos, éstos no ofrecen ninguna respuesta para la construcción de un mundo multipolar, ya que la geopolítica en general reproduce los viejos axiomas filosóficos del liberalismo de Hobbes y el darwinismo social que le dieron origen y que han llevado al mundo a una guerra permanente. Como alternativa, hoy más que nunca urge rescatar el pensamiento universalista del pensador hispano Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca. Tal es el tema de este artículo.

En la primera parte presentamos el contexto histórico y cultural de ambos autores. Es paradójico que un siglo antes del Homo homini lupus de Hobbes, Vitoria estableciera un diseño de derecho global, basado en el enunciado explícito de que «el hombre no es un lobo para el hombre». En la segunda parte, contraponemos la «comunidad del orbe», de Vitoria, a la «guerra de todos contra todos», de Hobbes. También se observa su concepción antropológica opuesta: el optimismo católico de Vitoria, derivado del pensamiento patristico

y de Tomás de Aquino; y del otro lado, el pesimismo antropológico de Hobbes, que va de la «naturaleza caída» de raíz luterana, al materialismo empirista.

Comparamos finalmente el «derecho de gentes» de Vitoria, fundado en la ley natural y la igualdad esencial de todos los seres humanos y pueblos del orbe, con la geopolítica del liberalismo anglosajón, individualista y economicista, que se ha impuesto a partir de Hobbes y es dominante en la globalización actual, en fase de decadencia.

Palabras clave: Geopolítica, Derecho de gentes, Orden mundial, Comunidad del orbe, Globalización.

ABSTRACT

Today, more than ever, alternatives to the unipolar order that has dominated the contemporary world are being discussed. Symptoms of their breakdown are financial crises, clashes between globalists and defenders of the nation state, division into blocks, as well as hybrid and asymmetric wars that threaten to escalate, jeopardizing civilization and the very future of the planet.

Although geopolitical analyses abound, they do not offer any answer for the construction of a multipolar world, since geopolitics in general reproduces the old philosophical axioms of Hobbes' liberalism and social Darwinism that gave rise to it, and that have led the world to a permanent war. As an alternative, today more than ever, it is urgent to rescue the universalist thought of Hispanic thinker Francisco de Vitoria and the School of Salamanca. That is the subject of this article.

*In the first part we present the historical and cultural context of both authors. It is paradoxical that a century before Hobbes' *Homo homini lupus*, Vitoria established a design of global law, based on the explicit statement that "man is not a wolf to man". In the second part, we counterpose the "communitas orbis" of Vitoria to the "war of all against all" of Hobbes. His opposite anthropological conception is also observed: the Catholic optimism of Vitoria, derived from patristic thought and Thomas Aquinas; on the other hand, the anthropological pessimism of Hobbes, which goes from the "fallen nature" of Lutheran root, to empiricist materialism.*

We finally compare the "right of peoples" of Vitoria, founded on Natural Law and the essential equality of all human beings and peoples of the world, with the geopolitics of Anglo-Saxon liberalism, individualist and economist, as it was developed since Hobbes and as it pervades in this decaying globalization.

Keywords: Geopolitics, People's Law, World Order, World Community, Globalization.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTEXTO HISTÓRICO Y DOCTRINAL. III. LA *COMMUNITAS* DE VITORIA VS. *LA GUERRA DE TODOS CONTRA TODOS* DE HOBBS. 1. *Hobbes*. 2. *Vitoria*. 2.1. *Homo homini homo: no lobo, sino hombre*. 2.2. *Imago Dei*. 2.3. *Optimismo antropológico*. 2.4. *Distinto y superior a los animales*. 2.5. *Communitas*. 2.6. *No contrato social, sino ley natural*. 2.7. *Igualdad y libertad*. 2.8. *Autoperfección mediante la educación*. 2.9. *Dominium*. III. LA *COMUNIDAD DEL ORBE* VS. LA ACTUAL GLOBALIZACIÓN. IV. DERECHO DE GENTES VS. GEOPOLÍTICA. 1. *Ley natural e ius gentium*. 2. *Darwinismo y geopolítica hoy*. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Cien años antes de Hobbes, el fraile dominico Francisco de Vitoria, que dio origen a la Escuela de Salamanca, desarrolló toda una doctrina sobre la humanidad y las relaciones entre los estados y naciones, fundada en la capacidad espiritual que todo ser humano posee por naturaleza y en el axioma explícito de que «el hombre no es un lobo para el hombre»¹.

En pleno Renacimiento, en medio de la efervescencia del pensamiento y la confrontación de corrientes políticas y religiosas, apenas iniciado el proceso de descubrimiento de las tierras y los habitantes del nuevo mundo y la circunnavegación del globo, Vitoria realiza una aproximación moral y política a las nuevas realidades, en base a la «filosofía perenne» de Tomás de Aquino, San Agustín y el pensamiento clásico. Desarrolla así un novedoso enfoque filosófico y jurídico conocido en general como *ius gentium*, «derecho de gentes», cuya forma existía desde la antigüedad romana y había sido cristianizado en la edad media, pero al que da un nuevo contenido (Viola, 2004: 165-190).

Aunque tuvo gran impacto en su momento, su pensamiento ha sido silenciado durante varios siglos para dar paso en Europa a construcciones antropológicas y políticas totalmente opuestas, comenzando por el materialismo empirista de Thomas Hobbes, que abre el camino a la filosofía política de John Locke, David Hume, Jeremy Bentham, el economicismo de Adam Smith y, más recientemente, entre los siglos XIX y XX, a las teorías sociales derivadas de Thomas Malthus y Charles Darwin y al establecimiento de disciplinas de origen naturalista tales como la eugenesia, en relación con los individuos, y la geopolítica, en las relaciones internacionales.

En el trascurso de la modernidad, las guerras coloniales, el tráfico de esclavos, la repartición imperial de regiones y continentes como África, la desigualdad global y las conflagraciones mundiales del siglo XX deben mucho en su enfoque y justificación teórica a este paradigma antropológico hobbesiano-darwinista aún vigente. Ante la

¹ Mientras que el «homo homini lupus» de Hobbes es ampliamente conocido y difundido, pocos saben que contradice expresamente a Francisco de Vitoria, quien mucho antes había afirmado repetidamente que «el hombre no es un lobo para el hombre, sino hombre».

crisis actual de la globalización, no solo financiera sino política (guerras y «populismos» de distinto signo), el aumento de las tensiones bélicas (Corea del Norte, Irán, Oriente Medio y finalmente Ucrania), la oleada de inmigrantes y refugiados del Sur hacia el Norte y el auge de las «naciones emergentes» (China, Rusia, India, Brasil, Sudáfrica), es necesario para el siglo XXI un reordenamiento del orden global que debe comenzar con un vuelco en la concepción del ser humano y el futuro compartido del mundo.

La corriente filosófica representada por el liberalismo anglosajón (secularizante, reduccionista y finalmente nihilista) está en la raíz histórica del rumbo equivocado que finalmente está autodestruyendo a Occidente. Por ello es urgente retornar al momento donde se inició el camino errado, para recuperar el patrimonio cultural de índole cristiana y abierto a la universalidad (*católico*) del padre Vitoria, a fin de actualizarlo como nuevo paradigma alternativo para el siglo XXI.

Se trata de ir directamente a las fuentes, ubicando a Vitoria en su contexto histórico y doctrinal, no con propósito historicista, sino para tratar de aplicar su potente cosmovisión teológica, filosófica y política a los problemas globales del siglo XXI derivados del agotamiento de la modernidad y la urgente necesidad de un cambio de paradigma hacia un nuevo ordenamiento internacional multipolar.

Sin duda, aunque no aparezca explícitamente, el planteamiento inicial de Hobbes sobre el *homo homini lupus* y la *bellum omnium contra omnes* («guerra de todos contra todos») como el estado natural humano, que es de donde arranca todo el liberalismo filosófico anglosajón, fue una diatriba directamente en contra de la doctrina del español y católico Vitoria (García Neumann, 2019)². Su silenciamiento en los siglos posteriores, así como el planteamiento opuesto punto por punto que realiza Hobbes sin mencionarlo, pueden interpretarse como parte del mismo proceso de *damnatio memoriae* («condena de la memoria») del maestro de Salamanca, producido por la llamada «leyenda negra» contra la cultura católica y la hispanidad.

² Además, el dominico fue el autor de la argumentación teológica para la Corona española contra la pretensión de divorcio de Enrique VIII de Catalina de Aragón, lo que provocó la ruptura de Inglaterra con el papado de Roma, la creación de la Iglesia de Inglaterra y la decapitación de Tomás Moro. Vitoria la incluye en su selección *Sobre el matrimonio*, de 1531. Esto provocó también el odio y la condenación al olvido de Vitoria, como parte de la leyenda negra, en la peor tradición del imperio romano (*damnatio memoriae*).

Por eso, rescatar los conceptos esenciales de su pensamiento hoy en día ayudará a construir ese nuevo y necesario paradigma.

II. CONTEXTO HISTÓRICO Y DOCTRINAL

Francisco de Vitoria nace en la ciudad de Burgos en 1483. Ingresa al convento de los dominicos y en 1508 es enviado a cursar estudios en la Universidad de París, siendo discípulo de los maestros Pedro Crockaert y Juan Freyner, entre otros. Además de la escolástica, entra en contacto directo con el humanismo cristiano renacentista representado por Tomás Moro, Erasmo de Rotterdam y el valenciano Juan Luis Vives. Comparte estudios durante varios años con Vives, quien lo evocará más tarde en una carta a Erasmo en los siguientes términos:

Francisco de Vitoria [...] es una personalidad de máximo renombre entre los suyos [...], goza de gran autoridad y predicamento de gran sabiduría, no sólo entre sus hermanos sino también ante el público [...]. Recuerda que más de una vez defendió tu causa en París en diferentes asambleas de teólogos (Cordero Pando, 2008: xxxv).

Sin embargo, ante la decadencia de la escolástica tardía y el influjo del nominalismo y el relativismo derivados de Duns Scoto y Guillermo de Ockham, Vitoria se inclina por un retorno a las fuentes y una renovación de la filosofía tomista, enriquecida con aportes del humanismo cristiano renacentista, lo que le permite una apertura intelectual a las nuevas ciencias, le impulsa a aplicar la teología a los problemas políticos, sociales y económicos de la realidad circundante y se familiariza con la literatura clásica grecorromana.

Luego de quince años en París estudiando y dando clases, Vitoria regresa a España en 1523 y tres años más tarde gana la cátedra *prima* de Teología en la universidad de Salamanca, donde impone el estudio directo de la *Suma Teológica* de Tomás de Aquino en lugar de las tradicionales *Sentencias* de Pedro Lombardo. Allí desarrolla su trabajo durante los siguientes veinte años hasta su muerte en 1546.

El dominico no dejó ningún escrito publicado. Su obra está recogida en diversos códigos de apuntes de sus cursos en la forma de lecciones o *Comentarios a la Suma Teológica de Santo Tomás* y

sobre todo en las *Relecciones*, que eran presentaciones sobre un tema que se hacían a toda la universidad cada año como resumen del curso y que Vitoria dejó cuidadosamente elaboradas en latín, pero que no llevó a la imprenta. Contienen también numerosos trabajos de índole teológica y de moral económica, en contra de la usura y a favor del comercio justo.

Entre sus relecciones más importantes para el tema que nos ocupa, se destacan:

- a) *De potestate civili (Sobre el poder civil)*, de 1529, donde, para explicar el origen y naturaleza del Estado, expone sus conceptos de *humanitas* (igualdad natural de todo ser humano por ser imagen de Dios) y *communitas orbis* (comunidad de todos los pueblos fundada en el derecho natural y el destino común, y no en la dominación y la fuerza), que sientan la base teórica de lo que debería ser el derecho internacional moderno centrado en la persona humana.
- b) *De Indis (Sobre los indios)*, de 1532, realizado en tres partes, donde aplica el *ius gentium* ante la nueva realidad: que los indios tienen los mismos derechos de cualquier otro ser humano y son dueños de sus tierras y sus bienes, y el *ius communicationis*, por el que todas las personas y los grupos humanos, sin distinción de raza o credo, tienen derecho a movilizarse, producir en común e intercambiar los bienes de la tierra en orden al bien común universal (Trujillo, 1997).
- c) *De iure belli Hispanorum in barbaros (Sobre el derecho de guerra)*, de 1532, donde expresa su rechazo a la violencia y la guerra, fijando al mismo tiempo las condiciones y límites del uso de la fuerza para dirimir los conflictos entre los pueblos y restablecer la paz como supremo bien, concluyendo que ninguna guerra debe hacerse, ni siquiera una guerra justa, si no redundaba en beneficio de la comunidad internacional en su conjunto (Aparisi Miralles, 2007)³.

Por otra parte, Vitoria es un hombre de su tiempo. Aparte de sus conceptos fundamentales, que expresa con gran claridad y

³ También de la misma autora (2015), Actualidad del pensamiento filosófico-político de Francisco de Vitoria: presupuestos para una teoría de la paz justa. En *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Congreso de los Diputados.

valentía, al entrar en los detalles particulares de los problemas que analiza, se pueden encontrar argumentaciones de difícil comprensión actual, aparentes contradicciones o momentos de duda en que expresa con toda humildad: «no sé si las cosas son así» (Cordero Pando, 2008: xxi y ss.).

Lo importante es la poderosa amplitud y profundidad de su cosmovisión, por lo que sus discípulos llamaron a Vitoria «el Sócrates español» –además, por no haber dejado obras publicadas–. Por otra parte, aunque cita a menudo a Aristóteles, como era de rigor entonces, su contenido en los temas fundamentales, al igual que Santo Tomás, es de todo menos materialista aristotélico; en este sentido continúa, como dice Maritain, la labor de «conversión» del aristotelismo (Maritain, 1944: 39). El hecho de que no haya publicado quizá pueda explicarse también por el contexto histórico de los grandes cambios y peligrosos enfrentamientos religiosos y políticos en medio de los cuales Vitoria tuvo que desarrollar su trabajo.

En el ámbito religioso, Lutero y Calvino habían iniciado la reforma protestante, provocando una reacción en el campo católico que incluía la sospecha de luteranismo entre los pensadores humanistas, cuyas ambigüedades también Vitoria trata de corregir. Así, en 1527, Vitoria se ve obligado a intervenir en las Juntas de Valladolid, en un enjuiciamiento sobre los escritos de Erasmo que al final no llega a conclusiones (Urdanoz, 1960: 30-35). También es visto con recelo por su afirmación, respecto al problema indiano, de que el papa no tiene jurisdicción universal sobre pueblos y tierras que están fuera de la cristiandad.

Por otra parte, su exposición sobre los títulos ilegítimos y legítimos para el dominio del nuevo mundo le coloca, en parte, contra teólogos oficiales como Ginés de Sepúlveda, inicialmente partidario de la esclavitud y la conquista, pero también, del lado opuesto, de posiciones basadas en exageraciones y actitudes extremas, como la de su correligionario Bartolomé de las Casas.

Algo semejante sucede en el ámbito político. «El emperador no es señor de todo el orbe», afirma Vitoria al comenzar su relección primera de *De Indis*, refiriéndose al Sacro imperio Romano Germánico que en ese momento dominaba buena parte de Europa y las nuevas tierras descubiertas en América, delimitando a continuación

los verdaderos alcances del poder del soberano. Se sabe que, ante las nuevas doctrinas del primer teólogo de Salamanca, Carlos v envió una carta al prior del convento de San Esteban donde se encontraba el dominico para amonestarle por las enseñanzas que se estaban dando en Salamanca sobre la justicia en la conquista del nuevo mundo. Sin embargo, en todo momento impera en Vitoria el rigor intelectual tomista que le permite encontrar los flancos para exponer su verdad con el mayor equilibrio sin que las fuerzas en pugna destruyeran su trabajo y, más bien, logrando cambios efectivos en la comprensión y la práctica de la acción política por parte del poder imperial desde la teología moral. Pulso a pulso impone desde la cátedra su gran autoridad intelectual y moral hasta los más altos niveles del Imperio.

De hecho, se conoce que el propio Carlos v asiste en 1534 a una de sus clases. Luego, por encargo del emperador y del obispo de México, Juan de Zumárraga, interviene sobre el método de evangelización en las Indias y en la selección de los misioneros que deben ir a América. Asimismo, las *Leyes Nuevas de Indias* de 1542 incorporan algunas de las demandas de Vitoria sobre los derechos de los indios y la política indiana en general.

Finalmente, en 1545 es invitado a participar como teólogo imperial en el próximo Concilio de Trento, pero declina la invitación por enfermedad, envía a varios de sus discípulos y fallece un año después en Salamanca. Conviene recordar que el Concilio de Trento, que salvaguardó la doctrina y la integridad institucional católicas durante cuatro siglos, fue un concilio predominantemente tomista e hispano, donde el papel directriz lo tuvieron los teólogos de Alcalá y Salamanca, legado en buena medida del padre Vitoria.

Gran parte de la labor de Vitoria fue la formación de innumerables discípulos y alumnos, incluyendo dominicos y de otras órdenes que iban como misioneros a América, así como su participación en la selección de «clérigos doctos», algunos de los cuales fueron después obispos y fundadores de escuelas y universidades «para la mejor educación de los naturales», sobre todo en México, Perú y la Nueva Granada. De otra parte, toda la información que recibía el dominico sobre la situación del nuevo mundo por parte de los misioneros era directa y detallada, como se refleja en sus *Relecciones*, y no solo disquisiciones intelectuales como las de los humanistas.

Desde la perspectiva de España, Vitoria fue el maestro más destacado de la principal universidad durante la primera generación del llamado Siglo de Oro español. Está por revisarse la influencia del pensamiento del dominico y de los salmantinos en el arte barroco y en la cantidad de literatos, científicos, artistas, arquitectos, juristas y otros pensadores que convergen en el mismo período de máximo esplendor cultural del mundo hispano católico.

Vitoria no fundó una escuela como tal. Sus discípulos continuaron desarrollando algunas de sus ideas germinales basadas en la renovación del tomismo aplicado a las nuevas realidades, aunque también con diversos enfoques, a veces contrarios, en lo que se conoce como la Escuela de Salamanca. Los primeros fueron sus compañeros de cátedra, Domingo de Soto y Melchor Cano, teólogos fundamentales en el Concilio de Trento y también en las Juntas de Valladolid; en una segunda generación se mencionan a Bartolomé de Medina, Luis de Alcalá, Tomás Mercado y otros; más tarde, a pensadores como los jesuitas Francisco Suárez y Luis de Molina, que se trasladan a la Universidad de Coimbra en Portugal, considerados parte de la misma corriente.

A nivel europeo el pensamiento de Vitoria tiene su impacto posterior, pero se encontraban en medio de las guerras de religión y tanto el tomismo renovado como los humanistas cristianos hacen parte de la confrontación, por lo que son silenciados o tergiversados en general (Cordero Pando, 2008: xiv y ss.)⁴. Entre los filósofos juristas que estudian a Vitoria sobresale el holandés Hugo Grocio, cuya obra *Sobre el derecho de la guerra y la paz* (1625) termina siendo reconocida como el inicio del derecho internacional moderno junto con su seguidor, el sajón Samuel Pufendorf. Aunque Grocio se basa en los pensadores de Salamanca y cita extensamente a Vitoria, fundamenta su jusnaturalismo racional en la naturaleza social del hombre más que en el orden de la creación, lo que inicia un viraje,

⁴ En 1557, once años después de la muerte de Vitoria, J. Boyer hace en Lyon una primera edición de escritos y apuntes de Vitoria en latín que había recogido en Salamanca, aunque con «erratas y falsas lecturas»; es la que se difunde por Europa. En 1565, los dominicos hacen su propia edición corregida, aunque con otras carencias. Hay que esperar hasta comienzos del siglo xx para un estudio de su biografía, una edición más completa de sus obras y su traducción al español. Hay logros parciales, pero todavía no una edición crítica de toda su obra.

acentuado por Pufendorf y otros, hacia una concepción secular de la ley natural, afín a la fundamentación de la sociedad y el derecho en el pacto social (Marín López, 1962; Truyol y Serra, 1955). De este modo se enlaza esta corriente con el materialismo empirista de su contemporáneo, Thomas Hobbes y el posterior liberalismo positivista de la ilustración inglesa y francesa, que terminarán imponiéndose en toda Europa.

Solo a finales del siglo xix y comienzos del xx, con el avance de los estudios de historia y del pensamiento jurídico, investigadores de diversos países redescubren la obra de Vitoria atribuyéndole la verdadera paternidad del derecho internacional moderno. Luego, se le ha reconocido también como el precursor de los derechos humanos universales y, en alguna medida, de la creación de las Naciones Unidas. Ello no es muy exacto ni histórica ni filosóficamente (Viola, 2004; Fernández, 2017: 36). Más bien, es necesario recuperar el momento en que el camino de la filosofía política de la modernidad tomó «el giro erróneo» –lo admiten pensadores como J. Habermas y R. Rorty, ante el ‘agotamiento de la modernidad’ (Habermas *et al.*, 1991: 264 y ss.; García Neumann, 2008: 188-195)–, a fin de encontrarle una alternativa superior.

A lo largo del siglo xx, distintas corrientes políticas y académicas, a menudo opuestas, han querido tomar para su causa el legado de Vitoria reinterpretando sus escritos y también de sus discípulos posteriores de la Escuela de Salamanca. Se destacan algunos propagandistas de las corrientes asociadas a la escuela austríaca liberal de economía y a la *London School of Economics*, que muestran algunos de los trabajos económicos de los salmantinos durante el Siglo de Oro español como los precursores del liberalismo económico, cuyos dogmas ellos mismos representan. Lo cual genera la paradoja de que teólogos centrales del Concilio de Trento, como Domingo de Soto o Melchor Cano, resultarían ahora fundadores de las teorías económicas desarrolladas por el más genuino protestantismo europeo y en el período de su mayor enfrentamiento. De hecho, es otra forma de «leyenda negra» que termina diluyendo el poderoso legado del dominico Vitoria⁵.

⁵ Su trabajo pionero fue (1952) *The School of Salamanca: Readings in Spanish Monetary Theory, 1544-1605*, Clarendon Press, de Marjorie Grice-Hutchinson, discípula

Por su parte, el pensamiento del maestro de Salamanca es enteramente cristiano, católico y tomista. Sus planteamientos jurídicos, políticos y económicos se fundamentan en la filosofía y la teología moral católica, en la tradición de los Padres de la Iglesia y de santo Tomás de Aquino. En este sentido va a contracorriente de lo que ha sido la modernidad secularizante. Pero, al mismo tiempo, sus propuestas están abiertas a la universalidad. En efecto, ante la disolución de la cristiandad medieval, los conflictos del Sacro Imperio, el descubrimiento de nuevos mundos antes desconocidos y la primera circunnavegación terrestre, Vitoria apela –en base a esos principios– a aquello que todos los seres humanos tienen en común como específicamente humano, sin distinción de razas, región geográfica, cultura o religión. Por ello mismo su *comunidad del orbe* y su *derecho de gentes* están basados en la razón natural y abiertos a ser asumidos en la pluralidad de todos, creyentes o no creyentes y de cualquier religión. Es también «católico» en el sentido original del término: universal.

Ante la crisis de la globalización, el fin de la modernidad y la decadencia postmoderna, es necesario hoy que las ideas germinales de Francisco de Vitoria contribuyan a reconstruir un paradigma antropológico humanista de índole cristiana universalista y un nuevo ordenamiento internacional basado en el futuro común, que erradique para siempre los axiomas hobbesianos de la geopolítica, la dominación y la guerra permanente, aplicados por la dominación imperial moderna y que tanto daño han causado en los últimos siglos.

III. LA *COMMUNITAS* DE VITORIA VS. LA *GUERRA DE TODOS CONTRA TODOS* DE HOBBS

Detrás de toda teoría social, doctrina económica, planteamiento político o sistema filosófico, hay siempre una determinada

de Von Hayek en la London School of Economics. Ya en los años 40, en plena guerra, el jurista filonazi Carl Schmitt había dictado conferencias en España y Portugal sobre Vitoria, alertando a los intelectuales conservadores que la liberal Fundación Carnegie estaba financiando «propaganda cultural» invocando al «internacionalista español Vitoria» para apoyar su causa. Ver SARAVIA, G. (2011). *Thomas Hobbes y la Filosofía Política Contemporánea: Carl Schmitt, Leo Strauss y Norberto Bobbio*, Ed. Dykinson, p. 40 y ss. Véase también GARCÍA NEUMANN, J. (2019). Francisco de Vitoria y la Leyenda Negra. *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, (16), pp. 107-142.

concepción del ser humano, es decir, una antropología. Reconocer la perspectiva antropológica que subyace en cada teoría social permite ubicar la corriente metateórica y epistemológica en general a la que pertenece, así como su «marca genética» o herencia conceptual, dentro de las corrientes de la historia del pensamiento.

En el caso de Vitoria y Hobbes, su diferente antropología y su gnoseología no pueden ser más claras en su contraposición. Vitoria retoma el legado directo de Tomás de Aquino, superando los escollos de la escolástica decadente y enriqueciéndolo con lo mejor del humanismo renacentista. Su concepto del ser humano es el de la filosofía cristiana de Agustín y Tomás, que a su vez recoge la herencia del pensamiento antropológico y moral de la Grecia clásica, cuyo paradigma es Sócrates. Su gnoseología se basa en el realismo racional abierto a la trascendencia, donde existe una jerarquía y al mismo tiempo un equilibrio entre gracia y naturaleza, fe y razón, ley eterna y ley natural, realidad y conocimiento, orden moral y orden material.

Como renacentista y como católico, la antropología es central en la obra del dominico. No solo las *Relecciones* giran alrededor de problemas morales y políticos de la sociedad de su tiempo, sino que el grueso de su docencia y sus *Comentarios* se dedican a la segunda parte de la *Suma Teológica* (I-II y II-II), donde santo Tomás aborda precisamente el tema del hombre. La novedad de Vitoria, como se verá más adelante, ha sido desarrollar esta concepción renovada del ser humano en un momento de grandes cambios políticos, culturales y geográficos, y extenderla a toda la órbita terrestre, al conjunto de sociedades y poblaciones incluyendo las recién descubiertas en América y Asia, en lo que denominó *communitas orbis*.

1. Hobbes

Por el contrario, Thomas Hobbes (1588-1679) se inscribe explícitamente en la corriente gnoseológica empirista que, aunque existía como una aproximación primaria y parcial al conocimiento, fue renovada y desarrollada por su tutor, Francis Bacon, en su *Novum organum*, como la alternativa moderna al escolasticismo y a los nominalismos medievales. De hecho, se reconoce a ambos autores como los iniciadores del llamado *empirismo inglés*, que derivará luego en el positivismo y corrientes similares, influyendo también en el

liberalismo kantiano. En síntesis, para el empirismo, los sentidos son la única fuente de conocimiento, de manera que lo que no puede ser percibido por la vista, el oído, el olfato, el gusto o el tacto no existe o, cuando menos, no puede ser conocido racionalmente⁶.

Respecto a la antropología, la concepción del ser humano en Hobbes ha llegado a ser paradigma universal del llamado «pesimismo antropológico»: el hombre es un animal con algunas cualidades racionales que lo distinguen⁷. Como animal que es, básicamente huye del dolor y busca el placer o la satisfacción de sus deseos, en lo que se denominó como «interés propio», desarrollado luego en las distintas vertientes del liberalismo anglosajón por Locke, Hume, Bentham, Adam Smith y demás (García Neumann, e. p.).

Debido a su «naturaleza caída» (influencia luterano-calvinista) el ser humano es impulsado por sus pasiones, tanto de atracción como de repulsión, por lo que requiere dominio. Las pasiones son para Hobbes una primera forma de igualdad humana ya que todos buscan de manera insaciable el máximo poder, las mayores riquezas y el máximo placer, es decir, las tres concupiscencias. Igualmente son llevados por emociones primordiales como el miedo, el odio o la envidia. Por tanto, por ley de la naturaleza, en su lucha por la supervivencia, cada ser humano es esencialmente rival social y político, competidor en el mercado o directamente enemigo de cada otro.

Hobbes utiliza la expresión *homo homini lupus* («el hombre es un lobo para el hombre») en la dedicatoria a su protector, el conde de Devonshire, en su obra *De cive* (1642), aludiendo a las afirmaciones paradójicas que se formulaban en la antigüedad grecorromana sobre el hombre como «dios» para el hombre, y el hombre como «lobo» para el hombre. Sobre esta afirma: «en la segunda, por la depravación de los malos, los buenos también tienen que recurrir, si quieren

⁶ Sobre el doble papel de Hobbes como filósofo político y epistemólogo y sus reinterpretaciones a lo largo de la modernidad, ver VIOLA, F. (1988). Hobbes tra moderno e posmoderno. Cinquant'anni di studi hobbesiani. *Ragioni Critiche*, 5-6, IV (III serie).

⁷ Sobre la «metamorfosis» que hace Hobbes del ser humano y de la ley natural, véase VIOLA, F. (1979). Conservazione e trasformazione della natura humana. En *¿Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*, Giuffrè, pp 1-58.

protegerse, a las virtudes de la guerra, la violencia y el engaño, esto es, a la rapacidad de los animales»⁸.

En su principal obra, *Leviatán* (1651), Hobbes no la cita textualmente, pero desarrolla una extensa teoría sobre el hombre, la sociedad y el Estado en base al contenido de esta concepción bestial del ser humano, expresada ahora como *bellum omnium contra omnes* («guerra de todos contra todos»). Es el «estado de naturaleza» que, para garantizar la supervivencia humana y lograr la paz social, debe ser sojuzgado por un poder omnímodo, un monstruo o Leviatán, dando lugar al Estado político, fundado en el contrato social. Dice Hobbes:

La ley fundamental de naturaleza. La condición del hombre, tal como se ha manifestado en el capítulo precedente, es una condición de *guerra de todos contra todos*, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón, no existiendo nada de lo que pueda hacer uso, que no le sirva de instrumento para proteger su vida contra sus enemigos. De aquí se sigue que, en semejante condición, cada hombre tiene derecho a hacer cualquiera cosa, incluso en el cuerpo de los demás⁹.

Aquí radica precisamente, según Hobbes, la igualdad natural de los seres humanos: en la capacidad de matar al otro, sea mayor o menormente dotado en fuerzas físicas, capacidades intelectuales o riquezas:

Hombres iguales por naturaleza. La Naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre es, a veces, evidentemente, más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante [...]. En efecto, por lo que respecta a la fuerza corporal, el más

⁸ «Ciertamente, estas dos cosas se han dicho con toda verdad: el hombre es un dios para el hombre, y el hombre es un lobo para el hombre. La primera si comparamos los ciudadanos entre sí; la segunda si comparamos las ciudades. En el primer caso se llega a la semejanza con Dios por la justicia y también por la caridad y las virtudes de la paz; en el segundo, por la depravación de los malos, los buenos también tienen que recurrir, si quieren protegerse, a las virtudes de la guerra, la violencia y el engaño, esto es, a la rapacidad de los animales», HOBBS, T., *De cive*, 1.

⁹ HOBBS, T., *Leviatán*, XIV, «De la primera y la segunda leyes naturales y de los contratos».

débil tiene bastante fuerza para matar al más fuerte, ya sea mediante secretas maquinaciones o confederándose con otro que se halle en el mismo peligro que él se encuentra¹⁰.

Según la lógica de Hobbes, de esta igualdad procede la desconfianza entre los seres humanos, ya que unos tratarán de aniquilar o sojuzgar a otros, y de la desconfianza proviene la guerra. Por ello se requiere un poder superior a todo (*Leviatán*) que los atemorice a todos y al que todos se sometan, a cambio de protección; es el paso del estado natural al estado social y político.

La causa del conflicto es la naturaleza humana:

Así hallamos en la naturaleza del hombre tres causas principales de discordia. Primera, la competencia; segunda, la desconfianza; tercera, la gloria. La primera causa impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio; la segunda, para lograr seguridad; la tercera, para ganar reputación¹¹.

Hobbes añade:

En semejante guerra nada es injusto. En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales¹².

De esta manera fundamenta también Hobbes el relativismo y el positivismo moral y jurídico que va a caracterizar el liberalismo filosófico inglés derivado de él: no existe ni bien ni mal antes de que exista una ley que lo prohíba y una autoridad poderosa que lo promulgue y aplique el castigo correspondiente¹³.

¹⁰ HOBBS, T., *Leviatán*, XIII, «De la condición natural del género humano, en lo que concierne a su felicidad y a su miseria».

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ «Los deseos y otras pasiones del hombre no son pecados, en sí mismos; tampoco lo son los actos que de las pasiones proceden hasta que consta que una ley los prohíbe: que los hombres no pueden conocer las leyes antes de que sean hechas, ni puede hacerse

Pero Hobbes va más allá. El Leviatán, el monstruo mitológico todopoderoso que da título y centraliza toda su obra, se convierte en la contrafigura que reemplaza toda divinidad o trascendencia. Así funda, de hecho, la completa secularización del Estado y de la política, ajenos a todo orden superior. En esto también se contraponen frontalmente con el maestro de Salamanca.

El Leviatán es a la vez dios, monstruo, hombre y máquina. Según Carl Schmitt, el jurista filonazi¹⁴ considerado «el Hobbes del siglo xx» (García Neumann, 2008: 226-231), la figura del Leviatán demuestra la verdadera intención de Hobbes, que es derrotar a la teología política (Saravia, 2011: 59-78). Además, el hobbesiano Schmitt, en su posterior obra *Glossarium*, no solo se decanta por Hobbes, sino que ataca duramente al dominico Vitoria como medievalista y pacifista utópico y acusa a su doctrina de «guerra justa» como un justificante contemporáneo de la «guerra total» de los aliados contra el nazismo (Saralegui, 2016: 37-78)¹⁵.

2. Vitoria

Un siglo antes de Hobbes, Francisco de Vitoria (1483-1546) no sólo había refutado explícitamente semejante concepción bestial del ser humano, sino que, basado en la teología política católica, había planteado una antropología diametralmente opuesta, de carácter comunitario y universal, que podemos resumir en los siguientes puntos, definidos en sus afirmaciones centrales, que Vitoria luego desarrolla aplicándolos a cada situación particular con innumerables variaciones y matices:

2.1. *Homo homini homo*: no lobo, sino hombre

«Es contrario al derecho natural que el hombre, sin causa alguna, se enfrente al hombre, pues no es el hombre un lobo para el

una ley hasta que los hombres se pongan de acuerdo con respecto a la persona que debe promulgarla». HOBBS, T., *Leviatán*, XIII.

¹⁴ Schmitt fue investigado y detenido durante año y medio en Nuremberg, al finalizar la segunda guerra mundial, por su colaboración con el nazismo.

¹⁵ Por ejemplo, Schmitt refiriéndose a Vitoria: «*Homo homini homo*: no, gracias. Preferiría tener que ver con verdaderos lobos antes que con esta mezcla de zorro y marta», cit. p. 67.

hombre, como decía el cómico, sino hombre», afirma Vitoria en la elección *Sobre el poder civil* (1529) y lo repite, particularmente en la primera exposición *Sobre los indios* (1532)¹⁶. La referencia a la literatura clásica romana sitúa la afirmación de Vitoria en su contexto renacentista, ya que poco antes Erasmo había publicado sus *Adagios*, donde comenta la antigua paradoja de la cultura grecorromana de que el hombre es «dios» para el hombre (adagio 69) y el hombre es «lobo» para el hombre (adagio 70).

Es importante también que el dominico presente la alternativa («no es lobo para el hombre... *sino hombre*»), en consonancia con el realismo filosófico tomista: el ser humano ni es un dios ni es una simple bestia; posee libre albedrío para actuar en un sentido o en otro: perfeccionarse y acercarse a Dios o comportarse como una bestia y degradarse.

El maestro de Salamanca va más allá. Su antropología no es solo una visión filosófica diferente a la del liberalismo reduccionista anglosajón, sino que se sitúa desde una cosmovisión radicalmente distinta y superior, que incluye como constitutivo del ser humano (incluyendo a los infieles y bárbaros) la dimensión vital del amor. Comentando el *homo lupus* y glosando a san Agustín, afirma:

Yo más que hombres llamaría bestias a quienes dicen que se ha de vivir de tal suerte que no se sirva a nadie de consuelo, ni de carga, ni de dolor, que no se reciba deleite por el bien del otro, ni amargura a causa de su perversidad, procurando no amar a nadie ni ser amado de ninguno¹⁷ [...]. Nada en la naturaleza ama la soledad [...]. Y si alguien, como dice Cicerón, ascendiese a los cielos y contemplase la naturaleza del mundo y la belleza de las estrellas, semejante experiencia le resultaría triste si no tiene un amigo¹⁸.

¹⁶ «Unde contra ius naturale est ut homo hominem sine aliqua causa adversetur. Non enim homini homo lupus est, ut ait Comicus, sed homo». Elección *De potestate civili*, VIII.1. Vitoria repite la expresión en la elección *De Indis*, III.3. Aunque en la primera referencia Vitoria atribuye la expresión al cómico Plauto, en la segunda cita al poeta Ovidio, también romano, pero posterior a Plauto. Ambos usan la expresión «hombre, lobo para el hombre», tomada a su vez de los antiguos griegos.

¹⁷ *De potestate civili*, IV.

¹⁸ *Ibid.*

Por ello, la causa final de la sociedad humana global para Vitoria es la *communitas orbis*, cuyos dos componentes básicos son *iustitia et amicitia*, la justicia y la amistad.

2.2. *Imago Dei*

Vitoria sitúa su antropología en el núcleo de la concepción cristiana: el hombre ha sido creado «a imagen y semejanza» del Creador y posee, por tanto, el *logos* interior, la chispa divina de la razón creativa, «la razón, la sabiduría y la palabra». Esta es también la base ontológica natural de su dignidad y su igualdad. Contra la doctrina luterana y calvinista de la «naturaleza caída» por el pecado, Vitoria responde en sus *Comentarios a la Suma Teológica* de santo Tomás: «Lo que corresponde al hombre por naturaleza es común a todos los hombres y no se destruye por el pecado».

El ser humano es *imago Dei* por derecho natural y, por tanto, lo son también los habitantes de los pueblos recién hallados en el nuevo mundo: «La gracia no corrompe la naturaleza: en los infieles no está corrompida la naturaleza [...]. Es propio del hombre vivir en conformidad con la recta razón»¹⁹. Citando a santo Tomás, Vitoria afirma que la capacidad creativa del hombre, a imagen del Creador, le hace *inventar* cosas para sí y para la comunidad: «por eso le es necesario al hombre vivir en comunidad, a fin de que unos ayuden a los otros en cuanto los que son diferentes inventen cosas diversas mediante su razón»²⁰. Además, la semejanza con el Creador no es solo racional: si Dios es Padre amoroso y a la vez es Trinidad, cada hombre creado a su imagen tiene la capacidad esencial y la finalidad de formar *communitas*.

2.3. Optimismo antropológico

Contra el pesimismo antropológico derivado de Lutero y Calvino que desarrollarán luego Hobbes y sus seguidores, Vitoria explica en su selección *Sobre el homicidio* (1530):

¹⁹ *Comentarios a la Suma Teológica de Santo Tomás*, II-II, q. 173, a 2; q. 10, a. 4; 179, a. 1; 123, a. 1.

²⁰ *Ibid.*

El más odioso error de que todas las obras de todos los hombres son malas [es] uno de los dogmas de los luteranos. Si el hombre por su propia naturaleza se dirige siempre al bien, contrariar tal inclinación será malo [...]. Solo Dios es el autor y la causa de la inclinación humana; por eso, si el hombre por su propia naturaleza se inclinase al mal, eso se atribuiría al mismo Dios. Decir o pensar tal cosa es absolutamente impío²¹.

En el mismo texto explica que la acciones buenas o malas del hombre dependen de su libre albedrío. No se trata pues de un optimismo ingenuo, sino realista: «Queda probado que el hombre, por su propia naturaleza, no se inclina al mal, sino que, dejado a su decisión, puede seguir una cosa u otra, el bien o el mal, conforme a su arbitrio».

2.4. Distinto y superior a los animales

Vitoria desarrolla la diferencia radical entre el ser humano y los animales sobre todo en su relección *Sobre el poder civil*. El ser humano sobresale «por su razón, su sabiduría y su palabra», no por su fuerza o su capacidad física; en cambio, a las demás especies animales la naturaleza las ha dotado con sus propias defensas biológicas para sobrevivir, «a los más fieros para defenderse con sus armas naturales y a los más débiles para que pudieran escapar del peligro». De esta manera, el dominico fundamenta la sociabilidad humana exactamente en lo opuesto a Hobbes y sus seguidores hasta Darwin, en el hecho de que no somos simples animales:

[La madre naturaleza], habiendo concedido solo al hombre la razón y la virtud, lo dejó frágil y débil, [...] indigente, desnudo e implume. [...] Para socorrerlo en estas necesidades era necesario, en verdad, que los hombres no anduvieran errantes vagando por los desiertos, como las fieras, sino que viviendo en sociedad se prestaran ayuda mutua²².

Además, «la palabra es el mensajero del entendimiento [...] y solo por esto el hombre es superior a los demás animales, pero

²¹ *De homicidio*.

²² *De potestate civili*.

la palabra sería inútil si el hombre no viviera en sociedad»²³. Por ello utiliza con frecuencia la palabra latina *sermo*, que no es simple ‘palabra’, sino comunicación, conversación, intercambio de razón: el *dia-logos* griego.

2.5. *Communitas*

En lugar de la «guerra de todos contra todos», Vitoria fundamenta la existencia natural de la sociedad civil en la necesaria solidaridad de unos con otros:

Habiéndose constituido, pues, las sociedades humanas con el fin de que unos soporten las cargas de los otros, y para que, entre todas las sociedades, la sociedad civil sea aquella en la que los hombres con más facilidad hagan frente a sus necesidades, se sigue que la comunidad es, por decirlo así, una *naturalísima comunicación* muy conveniente a la naturaleza. Porque la familia, ella sola, no se basta a sí misma.

De nuevo, la capacidad humanitaria de los seres humanos proviene de ser todos creados a imagen del Creador, que es a la vez Trinidad y Providencia: «La *Providencia* dotó al hombre de razón y libertad, para que fuese *providente* para sí mismo y para los demás»²⁴.

Esta «naturalísima comunicación» de Vitoria enfrenta a toda la filosofía liberal anglosajona posterior en otro aspecto esencial: que unos ayuden e intercambien con otros significa que todos pueden ganar. No es la rebatiña animal por el recurso escaso, sino la capacidad específicamente humana de ser creativos y providentes, a imagen del Creador, de manera que la riqueza real se genera, crece y se comparte. No es el «lobo» de Hobbes, el «individuo propietario» de Locke, el «calculador utilitario» de Bentham, «el más fuerte» en la lucha por la supervivencia de Darwin o el «competidor en el mercado» de Adam Smith; en todos estos se da por definición el cálculo de «suma cero», el máximo beneficio con el mínimo coste, donde para que uno gane otro tiene que perder.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Comentarios*, I-II, q. 91.

2.6. No contrato social, sino ley natural

Para Vitoria, la *res publica* o comunidad organizada políticamente no es producto de un pacto o un contrato social, sino de la ley natural: «Queda claro, por consiguiente, que el origen de las ciudades y de las repúblicas no es una invención de los hombres y que no hay que considerarlo algo artificial, sino como algo que brota de la naturaleza que sugirió este modo de vida a los mortales para su defensa y conservación»²⁵. En consecuencia,

todo derecho positivo procede de la república, luego es imprescindible que la misma república y la capacidad de instaurar el derecho sea anterior al propio derecho positivo. De donde se sigue que tal poder radica en la república por derecho divino y natural²⁶.

2.7. Igualdad y libertad

A partir de su concepción antropológica, el padre Vitoria anticipa de manera clara los principios fundamentales de los actuales derechos humanos. Aunque ha sido deliberadamente ignorado, se adelanta más de doscientos años al famoso prólogo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y más de cuatrocientos, por fin, a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Dice Vitoria:

Todos los hombres nacen libres e iguales [...]. Por naturaleza, nadie es superior a otro [...]. Dado que todos somos iguales, es ofensivo que alguien pretenda dominar a otro. Quien es igual no tiene capacidad de mandar sobre su igual²⁷.

Sobre la libertad, el dominico tiene expresiones muy similares a las que unos años después expresará en *El Quijote* Miguel de Cervantes, quien sin duda conoció su obra. Por ejemplo:

²⁵ *De potestate civili*, V.

²⁶ *De potestate civili*, VII.

²⁷ *Comentarios a la Suma Teológica*, II-II, q. 104, a. 1; V, 204, 2.

La libertad humana es de más alto valor y estima que cualquier bien material: no se vende bien la libertad por todo el oro del mundo. La libertad se equipara a la vida²⁸.

[...]

Los hombres son libres y no siervos. Los súbditos somos libres. Los hombres no nacen esclavos sino libres [...]. Nadie es esclavo por naturaleza [...]. Nos resta responder a los argumentos en contra, con los que se pretendía probar que estos [los indios] son esclavos por naturaleza, ya que carecen de suficiente capacidad racional para regirse a sí mismos. A esto respondo que, sin duda, Aristóteles no entendía...²⁹

Vitoria se extiende así largamente en sus escritos contra la esclavitud (justificada en la antigüedad por Aristóteles y en su época por Ginés de Sepúlveda), una práctica que será en los siglos posteriores, no solo justificada por el liberalismo anglosajón, sino también ejercida activamente por algunos de sus pensadores más destacados, como es el caso comúnmente ignorado del esclavista John Locke (García Neumann, e. p.; Pérez de Viñaspre Txurruka, 2016).

2.8. Autoperfección mediante la educación

Que, a pesar de su fragilidad física, el hombre posea «la razón, la sabiduría y la palabra» es, para el maestro de Salamanca, la prueba de su ser esencialmente social. Pero las tiene como «virtud», es decir, como fuerza humanizante que se perfecciona mediante el uso de la razón a través de la educación y la cultura, por lo que «tiene que hacerse a sí mismo». Este es uno de los argumentos para probar en *De Indis* que los habitantes del nuevo mundo poseen todos los derechos como seres humanos (señalando al mismo tiempo la desigualdad existente en la propia sociedad española):

En realidad, los indios no están faltos de juicio, sino que, a su modo, poseen uso de razón. Es evidente porque han establecido algún orden en sus asuntos: tienen ciudades bien estructuradas, matrimonios

²⁸ *Comentarios*, II-II, q. 66, a. 8; III, 342, 2. Cervantes lo expresa así: «La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad así como por la honra se puede y debe aventurar la vida...», *Don Quijote*, 2.^a parte, LIII.

²⁹ *De indis* 30-1.

definidos, magistrados, jueces, leyes: poseen construcciones y comercio [...]. Por tanto, el que parezcan tan necios y obtusos, estimo que en gran medida proviene de la mala y bárbara educación, como también entre nosotros vemos a muchos campesinos que se diferencian poco de las bestias³⁰.

Para justificar la esclavitud y el expolio de sus bienes, se solía argumentar (basándose en Aristóteles) que los bárbaros habían nacido para ser esclavos porque no tenían uso de la razón. A fin de explicar la igualdad racional de todos los seres humanos (cristianos, paganos o bárbaros, niños o adultos), independiente de sus diferencias sociales, económicas o culturales, Vitoria escribió también la relección *Sobre la llegada al uso de la razón* (*De eo ad quod tenetur homo cum primum venerit in usum rationis*) (1935). Allí plantea que el desarrollo de la razón y de la voluntad humanas dependen en gran medida de la educación: «El uso de la razón no solo implica el uso y la facultad de la potencia intelectual sino también de la voluntad [...]. Para que alguien llegue al uso de razón es de gran importancia la enseñanza, la educación y la instrucción»³¹.

2.9. *Dominium*

Finalmente, otro de los aportes más novedosos y actuales de Vitoria es su concepto de «dominio» sobre los bienes de la naturaleza, aplicado sin distinción a todos los seres humanos del *totus orbis*. «Dios hizo todas las cosas para el hombre [...]. Por tanto, como el hombre es el fin de todas las cosas, es dueño de todas ellas»³². Creado a imagen de Dios, creador y *Señor* de todo (*Dominus*), el hombre está hecho para *dominar* sobre la naturaleza: «Queda claro que el dominio se fundamenta en la condición de imagen de Dios»³³. En relación con los indígenas, afirma Vitoria: «Los bárbaros, ni siquiera a causa de sus pecados dejan de ser verdaderos dueños (*domini*), tanto pública como privadamente. Por tanto, en virtud de este título, no pueden los cristianos apropiarse de los bienes de su tierra»³⁴.

³⁰ *De indis* 29-30.

³¹ *De eo... usum rationis*, 1326, 1351.

³² *Comentarios*, II-II, q. 62, a. 1; III, 71-2.

³³ *De indis* 13-20.

³⁴ *De indis*, 25-8.29.

También en este tema de antropología y economía política, el padre Vitoria se extiende ampliamente. Se opone a la tesis de Lutero y Calvino de que los infieles y pecadores no tienen «dominio de sí mismos» ni derecho a la propiedad (Cordero Pando, 2008: 331), lo que abrió la puerta a todo tipo de atropellos por parte del pensamiento político anglosajón posterior, incluyendo la justificación del tráfico de esclavos y el saqueo de los territorios coloniales. Dice Vitoria:

Algunos defendían que el fundamento del dominio es la gracia y que, por consiguiente, los pecadores no tienen dominio alguno. Este fue el error de los pobres de Lyon y después de Juan Wiclif. [...]. El dominio se fundamenta en la imagen de Dios; pero el hombre es imagen de Dios por su naturaleza, es decir, por sus facultades naturales; luego no se pierde a causa del pecado mortal. [...] La fe no anula ni el derecho natural ni el humano; luego, no se suprimen los dominios por la falta de fe. Es patente, pues, que no es lícito apoderarse de los bienes, ni de los sarracenos ni de los judíos ni de los paganos, por el hecho de que sean infieles³⁵.

Por otra parte, el dominico defiende el «dominio civil» o propiedad privada de todo ser humano, pero dejando claro que este derecho deriva del «dominio natural», por el que «solo la sociedad humana en su conjunto posee el dominio sobre todas las cosas». Su tesis es, por tanto, todo lo opuesto al derecho de propiedad individualista, desarrollado luego como tema central del liberalismo anglosajón, desde John Locke a Adam Smith y el actual neoliberalismo. Al mismo tiempo, Vitoria se aleja de la pretensión opuesta de rechazo a la propiedad privada que llevará a cabo el colectivismo marxista.

En este punto Vitoria se manifiesta en continuidad con la doctrina social católica, desde los profetas bíblicos y los Padres de la Iglesia de los primeros siglos hasta la actualidad. Por ejemplo, sobre los límites de la propiedad privada, afirma:

Por naturaleza es equitativo que cada uno sea dueño de sus cosas para usarlas. [Pero] en tiempos de extrema necesidad todas las cosas son comunes porque aquello que puede subvenir a la

³⁵ *De indis* 13-20.

extrema necesidad del prójimo es suyo³⁶. [...] Si las cosas ahora fuesen comunes, no habrían de dividirse como en la actualidad están repartidas, de modo que los ricos tienen más, mientras que los pobres permanecen en la miseria; tendrían que dividirse sin injusticia para nadie³⁷.

A manera de síntesis de la confrontación entre la antropología del derecho de gentes vitoriano y el materialismo liberal anglosajón, presentamos el siguiente cuadro:

Antropología de VITORIA	Antropología de HOBBS
– «No es el hombre lobo para el hombre, sino hombre»: <i>homo homini homo</i>. – Igualdad basada en la esencia humana como imagen de Dios. – Razón y espíritu comunitario. – El hombre es social por naturaleza: es débil físicamente, – pero tiene «uso de la razón, la sabiduría y la palabra». – Sociedad civil natural para soportar unos las cargas de otros en aras del bien común; «naturalísima comunicación». – Cada persona es ciudadano del orbe; cooperación con todos, incluyendo los extraños, donde todos pueden ganar. – Optimismo antropológico realista: hombre inclinado al bien y dotado de libre albedrío, puede actuar bien o mal. <i>Comunidad del orbe</i>.	– «El hombre es un lobo para el hombre»: <i>homo homini lupus</i>. – Igualdad basada en la capacidad de todo ser humano de matar a cualquier otro. Astucia y fuerza. – Individualista por naturaleza. Para sobrevivir y no matarse, se somete a una autoridad superior a cambio de protección. – El Estado: pacto o contrato social para imponer un poder superior sobre la rivalidad y competencia individuales. – Individualismo propietario; minimizar el dolor/coste y maximizar el placer/beneficio; para que uno gane, otro pierde. – Pesimismo antropológico: hombre inclinado al mal, llevado por sus pasiones; su estado natural es la <i>guerra de todos contra todos</i>.

IV. LA COMUNIDAD DEL ORBE VS. LA ACTUAL GLOBALIZACIÓN

En un trabajo pionero sobre Vitoria y los derechos Humanos, Jesús Ballesteros (1994) afirma:

La validez actual de las ideas de Vitoria se debe al hecho de defender con bastante anticipación: 1. La idea de la igualdad humana, al tiempo que la necesidad de la educación de los ignorantes. [...] 2. La ilicitud del daño a los inocentes bajo ningún supuesto, y por ello la primacía del derecho internacional. [...] 3. La movilidad de

³⁶ *Comentarios*, II-II, q. 62, a. 1; III, 90, 37.

³⁷ *Comentarios*, II-II, q. 64, a. 1; III, 270, 5.

todo ser humano para disfrutar de los recursos comunes. *Humanitas* significa aquí primado de la libertad y conciencia de la existencia de un patrimonio común de la humanidad. Este derecho parece matizar el derecho de comercio. De este modo se supera el economicismo, ya que lo esencial para Vitoria no es la pura defensa del *ius commercii*, como hará igualmente Grocio, sino más bien la defensa de las *res communes*. (*De indis*, 3.^a prop. 1.^a, 3.^a y 4.^a).

Los tres aspectos que señala Ballesteros se pueden aplicar actualmente de manera crítica a los resultados del proceso de globalización económica que ha vivido el planeta durante el último medio siglo, bajo la imposición del neoliberalismo económico, el gran legado del liberalismo reduccionista anglosajón. Daremos un vistazo a la situación actual para compararla, salvando las distancias exteriores, con la propuesta anticipada por Vitoria varios siglos atrás.

En primer lugar, la igualdad humana. Los datos objetivos de la creciente desigualdad económica en el mundo son simplemente difíciles de imaginar. Sin entrar en mayores detalles estadísticos, baste citar los informes presentados por OXFAM, como el famoso del 99 % vs. 1 %: «La brecha entre ricos y pobres está alcanzando nuevas cotas. Recientemente, *Credit Suisse* ha revelado que el 1 % más rico de la población mundial acumula más riqueza que el 99 % restante» (García Neumann, 2018). Además, la brecha ha aumentado luego de la crisis financiera de 2008, creada precisamente por la especulación y el lucro desmedido de los grandes fondos y corporaciones, pero pagada finalmente a costa del progreso y bienestar de las poblaciones.

Más recientemente, en 2022, OXFAM ha revelado que «la riqueza de los 10 hombres más ricos se ha duplicado, mientras que los ingresos del 99 % de la humanidad se habrían deteriorado a causa de la COVID-19. Los 10 hombres más ricos del mundo poseen más riqueza que los 3 100 millones de personas más pobres». Y añade: «Las crecientes desigualdades económicas, raciales y de género, así como la desigualdad existente entre países, están fracturando nuestro mundo. Esto nunca ha sido fruto del azar, sino el resultado de decisiones deliberadas...» (Ahmed *et al.*, 2022).

La desregulación de los mercados que caracteriza la globalización ha permitido el desmedido crecimiento de las grandes corporaciones en la ley de la selva global, de manera que las grandes empresas

de Silicon Valley (Amazon, Apple, Facebook, Google y Microsoft), por ejemplo, obtienen cada una ganancias anuales mucho mayores que el producto interno de la mayoría de los países del mundo (RT, 2018). El triunfo más reciente del «individualismo propietario» del liberalismo anglosajón lo representan las escandalosas ganancias individuales de los CEO de las grandes corporaciones tecnológicas, comparadas con las cifras de los grupos humanos condenados a la muerte por hambre y miseria en pleno siglo XXI.

La segunda anticipación de Vitoria señalada por Ballesteros, la ilicitud del daño a los inocentes, tiene que ver con lo anterior, ya que la creciente desigualdad económica y cultural producida por la globalización es una forma de «violencia institucional» contra las poblaciones más débiles e indefensas, sobre todo si se considera los avances científico-técnicos que podrían solucionar los graves problemas de alimentación, salud, vivienda y educación que padece gran parte de la humanidad sobre todo en continentes como África, Asia e Iberoamérica.

Lo ilícito del «daño a inocentes» se manifiesta también en la «violencia directa» de los conflictos y la situación de guerra permanente que por razones económicas y geopolíticas sufren las mismas zonas donde impera la desigualdad y la pobreza. Igualmente, en los millones de desplazados y refugiados a causa de los conflictos y del hambre, así como el fenómeno masivo de las migraciones de los países del sur al norte rico, que genera tanto sufrimiento y tanta muerte. Con su razonado cuestionamiento moral de los conflictos bélicos, las relaciones entre pueblos diversos y el derecho a los desplazamientos y al intercambio, el derecho de gentes de Vitoria no sólo se anticipó, sino que representa una alternativa a los descabros del actual proceso globalizador.

Ballesteros señala como tercera actualidad de Vitoria «la movilidad de todo ser humano para disfrutar de los recursos comunes», que no es el simple *ius commercii* de Grocio y el liberalismo posterior, sino lo que denominó como *ius communicationis*, que busca establecer a nivel mundial una comunidad global o *communitas orbis*. Su contenido resulta ser todo lo contrario del dogma liberal del «libre comercio», base de la actual globalización, donde la «libre competencia» suele encubrir las desigualdades y la ausencia

de regulaciones que favorecen a los poderosos y donde se impone de forma axiomática el cálculo de «suma cero»: para que uno gane, otro debe perder. En esta selva económica darwiniana se hace inevitable la super concentración de poder económico y la especulación financiera global, fuera de toda regulación y control.

En su relección *De indis*, Vitoria comienza así su segunda parte:

Títulos no legítimos por los que los bárbaros del Nuevo Mundo pudieron venir a poder de los españoles: 1. El Emperador no es señor de todo el orbe. 2. Aunque el Emperador fuese dueño del mundo, no por eso podría ocupar las provincias de los bárbaros, ni establecer nuevos señores, ni destituir a los antiguos, ni cobrar tributos. 3. El Papa no es señor civil o temporal de todo el orbe, si entendemos dominio y poder civil en sentido propio (Vitoria, 1998 [ca. 1530]: 85).

Luego de explicar razonadamente cada uno de los siete títulos ilegítimos para la colonización del nuevo mundo, Vitoria explica en la tercera parte los títulos legítimos. El primero, más importante y totalmente novedoso para la época, es precisamente el de «sociedad y comunicación natural»:

El primer título puede denominarse de natural sociabilidad y comunicación [*naturalis societatis et communicationis*]: los españoles tienen derecho a recorrer aquellas provincias y a vivir en ellas, pero sin causar ningún daño a los nativos, quienes no pueden prohibírselo. Ante todo, se prueba apelando al Derecho de Gentes que o bien es derecho natural o se deriva del derecho natural. En efecto, entre todas las naciones se tiene por inhumano recibir mal, si no existe alguna causa, a los huéspedes y viajeros; por el contrario, exige comportarse con humanidad y benevolencia con los huéspedes. Pero esto no puede ocurrir si los visitantes causan daño al llegar a otras naciones³⁸.

Los dos términos, *sociedad natural* y *comunicación*, tienen un amplio recorrido en la obra de Vitoria. La primera está relacionada con los conceptos de *civitas* romana y *polis* griega, como el medio natural

³⁸ *De iure belli*, 108.

donde se realiza en plenitud la sociedad humana, como comunidad política o «república», en una tradición que Vitoria recoge de Platón y también de Cicerón (Cordero Pando, 2008: 338-342). La *civitas* realiza la sociabilidad humana a través de su capacidad racional orientada a su defensa y conservación, dotándose de formas de organización y de cultura cada vez más perfectas en aras del bien común. En el Renacimiento, se solía contraponer la *civitas* al aislamiento y atraso de la vida rural propios del feudalismo, más cerca del mundo de los «bárbaros», alejados de toda civilización.

El paradigma en el mundo clásico es Alejandro Magno, que en su vasto imperio creó cerca de setenta ciudades a semejanza de las griegas, para incorporar a las poblaciones conquistadas a la cultura helénica. «Civilizar» o crear ciudades, a imagen de las más avanzadas de la Europa renacentista, se convirtió también en un objetivo de la conquista española del nuevo mundo (a diferencia de la colonización anglosajona), de manera que dos siglos después del descubrimiento, como se puede constatar, América estaba poblada de ciudades, con vastas construcciones de infraestructuras como plazas centrales, catedrales, caminos, puertos, acueductos, hospitales, escuelas y las primeras universidades en el nuevo mundo.

La *civitas* o *res publica* es denominada también por Vitoria como *communitas*, lo cual nos remite a su concepto del *ius communicationis*. En lenguaje moderno, comunicación es básicamente intercambio de información a través de diversos medios. Esto ha dado lugar a reducciones del concepto vitoriano (Añaños Meza, 2012). *Communicatio* y el verbo *communicare* tienen etimológicamente y también para Vitoria un sentido más amplio y profundo. Significan al mismo tiempo: a) compartir o poner en común; b) ponerse de acuerdo a pesar de las diferencias; y c) intercambiar bienes materiales y espirituales. El *ius communicationis* supone de manera novedosa la igualdad natural de todos los seres humanos y sus comunidades, independiente de su origen, cultura o religión y supone también para todos la capacidad potencial específicamente humana de «razón, sabiduría y palabra». Significa también tener la disposición de cooperación, y no de competencia, para llegar a acuerdos y resolver los conflictos. Incluye, finalmente, una relación creativa y de intercambio frente a los bienes de la naturaleza como patrimonio común.

Para el liberalismo de origen anglosajón, desde Hobbes y Adam Smith hasta la globalización actual, todo se reduce al «libre comercio», al intercambio de objetos por parte de propietarios individuales en competencia, con el cálculo de mínimo coste y máximo beneficio; y entre naciones, al saqueo de facto de los recursos de los menos desarrollados. Para Vitoria, es el compartir en común todo lo característicamente humano, desde los bienes materiales hasta la cultura y particularmente la fe cristiana como máximo bien. Siempre como una oferta en libertad y nunca como una imposición.

Para Vitoria la *communicatio* está vinculada al *dominium*, por el que todos los bienes de la naturaleza son propiedad del conjunto de todos los seres humanos del orbe (*cum omnia essent communia*); también los bienes creados por la inventiva humana como imago Dei deben ser puestos al servicio del bien común de la *communitas orbis*. Así, el *ius communicationis* es un derecho humano irrenunciable y también un deber natural exigible a hombres y pueblos (Cordero Pando, 2008: 348-349). Para el dominico, significa varios supuestos de gran actualidad: a) se da entre individuos o pueblos que conservan su diferente identidad, es decir, su alteridad; b) aunque sean «extraños», se sitúan todos en plano de igualdad y de libertad; y c) el encuentro suele ser beneficioso para ambas partes; en palabras actuales, no es el cálculo de «suma cero» sino el «ganar-ganar» (Cordero Pando, 2008: 349).

V. *IUS GENTIUM* VS. GEOPOLÍTICA

1. *Ley natural e ius gentium*

Para algunos autores (Cordero Pando, 2008: 461-474; 476), la *communitas orbis* de Vitoria es un planteamiento que se adelantó a su tiempo o que desbordó su circunstancia histórica para convertirse en una formulación en cierto sentido similar a la *Utopía* de su contemporáneo Tomás Moro, cuya obra debió conocer Vitoria en la universidad de París, por su relación directa con Juan Luis Vives. Cordero Pando, en su minucioso trabajo para la edición crítica del CSIC de *De potestate civili*, presenta un capítulo titulado «La utopía universalista: de la “República Cristiana” al *Totus Orbis*», donde examina en detalle, basado en los textos vitorianos, las alternativas

que propone el dominico a la situación de disolución de la cristiandad medieval, las divisiones y guerras en el interior de Europa, la amenaza del Imperio otomano y el cambio profundo en la visión del mundo que significó el descubrimiento de América y la circunnavegación del orbe.

Recuérdese que Vitoria era contemporáneo de la transformación científica y cultural sobre el hombre y su mundo que significó la circunnavegación del planeta por la heroica expedición de Magallanes-Elcano (1519-1522) –hazaña de hace quinientos años, que ha sido minusvalorada a causa de la leyenda negra–, que comprobó y pudo medir no solo la esfericidad de la Tierra, la magnitud y conexión de sus continentes y sus océanos, sino también que estaba poblada en su totalidad no por fantasmas o monstruos mitológicos, sino por seres humanos.

A diferencia de la *Utopía* de Moro y la posterior *Ciudad del Sol* de Campanella, la propuesta de Vitoria no sucede en una isla; no es aislarse de la guerra y el conflicto en un lugar cerrado para alcanzar el ideal de paz. Por el contrario, es universalista y realista, abarca el globo terráqueo y se fundamenta en lo que tienen en común todos los pueblos de la tierra, reconociendo sus diferencias. Además, como establece Platón luego de sus fracasos para establecer una *República* real en Sicilia, el camino efectivo para lograr ese ideal es el imperio de *Las leyes*; en el caso de Vitoria, es su reformulación del *ius gentium*, el «derecho de gentes».

Por tanto, no es una utopía en el sentido de las voces griegas *ou-topos*, ‘lo que no tiene lugar’ o no es realizable; en cambio sí lo es en el sentido de *eu-topos*, ‘el lugar bueno’, ideal, que es posible y necesario construir. Cordero Pando lo expresa en forma elocuente:

Sin duda se trata de un planteamiento utópico en sentido propio. Se diseña lo que no tiene lugar aquí y ahora, lo que todavía no es; pero que es algo en sí posible, no irracional ni contradictorio. Todo lo contrario: es la expresión de la máxima racionalidad y, por lo mismo, es posible y es deseable: deseable precisamente porque no se tiene, pero sobre todo porque responde a las más profundas aspiraciones del ser humano (Cordero Pando, 2008: 476).

La causa material o fundamento último de la *comunidad del orbe* es para Vitoria la sociabilidad esencial de la naturaleza humana. Se recuerda de nuevo que, por ley natural, no somos lobos los unos para los otros. Pero, para que esto tome forma en la realidad (causa formal), debe establecerse como poder jurídico político efectivo de alcance universal. De la misma manera que una multitud no llega a ser *república* hasta no adquirir las instituciones y leyes a las que todos se someten y que a todos deben proteger, igualmente, para Vitoria, la multitud de los pueblos y gentes del mundo se convertirá en una comunidad política mundial cuando todos acepten y se rijan, al menos de manera virtual, por unos derechos básicos universales que deben ser instituidos por «la autoridad de todo el orbe» (*latum totius orbis auctoritate*) (Cordero Pando, 2008: 478). En la relección *Sobre el poder civil*, afirma Vitoria:

El derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto o acuerdo entre los hombres, sino que tiene fuerza de ley. En efecto, el orbe todo, que en cierto modo constituye una única república, tiene el poder de promulgar leyes justas y convenientes para todos, cuales son las del derecho de gentes [...] que ha sido promulgado *por la autoridad del orbe entero*³⁹.

A diferencia del monstruo terrible o *Leviatán* de Hobbes, el *ius gentium* es, para Vitoria, «el único monarca», la máxima autoridad de la comunidad del orbe, como ley general y universal que debe explicitarse y concretarse en normas específicas que van a conformar tanto el derecho que regula las relaciones entre naciones y pueblos (lo que sería definido más tarde como derecho internacional), así como los deberes y derechos de todos los ciudadanos del mundo (definido luego como derechos humanos).

Por esto, el derecho de gentes de Vitoria no es simple derecho internacional o solo anticipación suya; más bien este es una reducción del planteamiento de Vitoria hecho posteriormente por Grocio, Pufendorf y otros. En el centro de su enfoque, como lo explica Encarnación Fernández, se sitúan las personas, los seres humanos en cuanto tales y no los estados en abstracto. Para él, la *res publica*, la *civitas* y

³⁹ *De potestate civili*, n.º 21.

organizaciones afines «no son más que el eslabón intermedio entre las dos realidades supremas: el Orbe y el hombre» (Fernández, E., 2017).

La opción radical por la persona humana y los pueblos constituidos en comunidades políticas como nuevo fundamento del derecho universal es lo que diferencia el derecho de gentes del dominico de cualquier otra definición de este derecho, desde su inicial formulación en el derecho romano, pasando por su adaptación al cristianismo hecha por Agustín y los filósofos medievales, hasta el uso del término por los juristas y filósofos de la modernidad incluyendo a Kant, llegando a la versión contemporánea de John Rawls en *The law of peoples* (1993). Esto es también lo que hace del *ius gentium* vitoriano una herramienta crítica, contemporánea y universal, válida contra toda forma de colonialismo, imperialismo y segregación por razones étnicas, religiosas o socioeconómicas.

Por otra parte, existe una larga polémica sobre si el derecho de gentes propuesto por Vitoria es de carácter iusnaturalista o iuspositivista; o si el dominico se contradice en sus textos. También, si hay una ruptura con la concepción tomista hacia un derecho positivo, o esa ruptura la consumará luego su continuador de la Escuela de Salamanca, el jesuita Francisco Suárez; si el fundamento del derecho de Vitoria es más intelectualista y el de Suárez más voluntarista y por tanto más cercano a la modernidad, etc. (Sánchez Hidalgo, 2015; 2017).

Sobre esto diremos que Vitoria utiliza frecuentemente la fórmula «o es derecho natural o deriva del derecho natural» para definir el *ius gentium* como un derecho obligatorio que dicta la razón natural y, por tanto, no depende del arbitrio de los poderes temporales, sino que los obliga en conciencia; esto lo enfatiza de manera particular en su relección *Sobre los indios*. Pero al mismo tiempo el derecho de gentes requiere para su concreción del consenso de los pueblos involucrados y de su positivación en normas específicas que pueden ir cambiando según las circunstancias históricas; en este sentido se hace derecho positivo. Por su vinculación profunda con el derecho natural y a la vez su necesaria concreción efectiva en leyes positivas no es de extrañar que en los mismos textos el dominico señale uno u otro

aspecto, como lo indica Cordero Pando⁴⁰. Es significativo que, en los *Comentarios a Santo Tomás*, luego de revisar si el derecho de gentes es derecho natural o positivo, Vitoria concluye: «La discusión es más bien de nombres que de realidad» (Cordero Pando, 2008: 479-483)⁴¹.

Finalmente, su reformulación del *ius gentium* es la alternativa que desarrolla el padre Vitoria ante los males terribles e innecesarios de la discriminación, la violencia y la guerra, productos de una etapa todavía primitiva de civilización humana.

Como señala Ángela Aparisi, en el tema de la guerra de nuevo hay una total oposición entre Hobbes y Vitoria: para el primero, la paz es la ausencia temporal de enfrentamientos directos; para Vitoria la paz verdadera es el fruto permanente de la justicia (Aparisi Miralles, 2007).

En efecto, de la primera a la última de sus relecciones, incluyendo *El derecho de guerra*, está presente en el dominico su compromiso vital en contra de la violencia y de la guerra, que recibía como legado de san Agustín y santo Tomás, y compartía también con grandes pensadores cristianos renacentistas como Erasmo, Tomás Moro y Luis Vives, por lo que en ocasiones ha sido acusado de pacifista y utópico. Por el contrario, la forma detallada y realista en que lo acomete refleja en gran medida que su *communitas orbis* no era para él un sueño sino una realidad tangible que había que ir construyendo, teniendo como instrumento la aplicación inmediata de su derecho de gentes a las realidades particulares del momento.

En su contexto histórico, una de sus primeras preocupaciones es la guerra «que no cesa» entre las «provincias cristianas», en particular entre Francia y España, que le lleva a intervenir a través de cartas y contactos en las Cortes ante el emperador Carlos para ponerle fin. A ello se suma el conflicto con los príncipes alemanes y otras regiones afectadas por la Reforma luterano-calvinista, así como la ruptura de Inglaterra con el papado. Su propuesta para un primer momento es «una federación de repúblicas cristianas» (Cordero Pando, 2008:

⁴⁰ Sobre este punto, ver como ejemplos: *De Indis*, 78-80 y 82. También *Comentarios* II-II, q. 57, a. 3; III, 12, 1-2.

⁴¹ «Dubitatur hic: sub qua iure contineatur ius gentium, an sub iure positivo, vel sub iure naturale. Disputatio est potius de nomine quam de re», *Comentarios*, II-II, q. 57, a. 3; III, 12, 1-2.

469-474), incluso con una autoridad elegida por todas las provincias, que haga innecesario e imposible el conflicto de agresión entre ellas.

Esta unidad superior de las repúblicas cristianas permitiría, por una parte, asegurar su defensa común ante la amenaza constante del Imperio otomano. Por otra parte, negociar en mejores condiciones con otros pueblos, incluyendo a los musulmanes, con miras a ir conformando la comunidad del orbe. En tercer lugar, otra preocupación permanente de Vitoria es la violencia y la guerra en el proceso de conquista contra las poblaciones recién descubiertas del nuevo mundo, presente en sus intervenciones ante la Corona y en sus enseñanzas, sobre todo en las dos elecciones *Sobre los indios*:

Ninguna guerra es legítima si consta que tiene lugar con mayor daño que utilidad para la república, aun cuando, por otra parte, sobren títulos y razones para justificar la guerra. La prueba está en que la república no tiene poder de declarar la guerra a no ser para defenderse a sí misma y a sus bienes. Por tanto, allí donde, a causa de la guerra, mengüen y se deterioren, más bien que se acrecienten, la guerra será en sí misma injusta, ya sea promovida por el rey o por la república⁴².

En este texto de *Sobre el poder civil*, uno de los primeros de Vitoria, se refleja una síntesis de lo que va a ser su pensamiento sobre la guerra. Basado en la doctrina de Agustín, pero yendo más allá, Vitoria afirma que ninguna guerra es ni puede ser justa. Puede ser necesaria, precisamente para detener la guerra, como respuesta a la agresión directa o para salvar inocentes; en este caso puede ser «legítima», pero nunca justa (Cordero Pando, 2008: 485; 488)⁴³. Este es el primer objetivo de su derecho de gentes y la conformación de la comunidad del orbe entero: impedir la destrucción de unos hombres por otros a través de la agresión y de la guerra.

Pero en el realismo vitoriano, el segundo objetivo es detener de manera efectiva la guerra de agresión que ya existe y la destrucción de los más débiles, buscando minimizar las consecuencias y restablecer la justicia y la paz. Desarrolla así, cuatro siglos antes de la creación de la Organización de Naciones Unidas, las razones morales y jurídicas

⁴² *De potestate civili*, n.º 13.

⁴³ En este sentido, Vitoria llega a utilizar la expresión *si semel esset iustum bellum*: «si alguna vez hubiese una guerra justa», para mostrar que ninguna guerra lo es.

para ir a la guerra (*ius ad bellum*) y las medidas que deben adoptarse por las distintas partes en conflicto para minimizar la violencia y la inhumanidad de la guerra (*ius in bello*), como parte constitutiva del derecho de gentes. Ello implica: a) la gravedad comprobada de las razones para acudir a la guerra como única manera de salvar el bien común; b) la búsqueda previa de otros medios no bélicos para resolver el conflicto; c) la autoridad legítima que puede proclamarla; d) los deberes y derechos de los ciudadanos para acudir o no a ella; y e) la proporcionalidad, que implica no causar más desastres o provocar más injusticias que las que se buscan aliviar. También, en la guerra, la proporcionalidad en las armas que se utilicen, el trato a los prisioneros, el saqueo de guerra, etc.

Pero en el mismo texto, Vitoria va más allá:

Es más: dado que una república forma parte del orbe, y sobre todo una república cristiana es parte de la Cristiandad, si la guerra de hecho fuese útil para una república o reino, pero con detrimento o daño del orbe o de la Cristiandad, juzgo que, por eso mismo, es injusta⁴⁴.

Entonces, el criterio final para la licitud de la guerra no será siquiera el bien común de la población o la república que responde a la injuria, la agresión o a la amenaza de ella, sino el bien común de la humanidad como un todo, la *communitas orbis*, cuyo establecimiento limitará la violencia y la guerra hasta hacerla innecesaria. En su *De iure belli*, Vitoria establece:

El fin de la guerra es la paz y la seguridad de la república. [...] Se prueba a partir del bien y el fin del orbe entero. En efecto: de ningún modo el mundo entero podría mantenerse en un estado de felicidad, más aún: se haría presente una pésima situación de todas las cosas, si los tiranos, los ladrones y los secuestradores pudieran realizar impunemente sus crímenes y oprimir a los buenos y a los inocentes, mientras que no les estuviera permitido, a su vez, a los inocentes arremeter contra los malvados⁴⁵.

⁴⁴ *De potestate civili*, n.º 13.

⁴⁵ *De iure belli*, 108.

También en esto Vitoria se anticipa al desarrollo del derecho de guerra de la modernidad. Incluso algunos de sus criterios jurídicos para ir a la guerra y establecer una forma de autoridad para preservar la paz en todo el orbe, solo han sido incorporadas jurídicamente luego de las dos guerras mundiales del siglo xx y la creación de la Organización de Naciones Unidas, de la que muchos estudiosos consideran a Vitoria como su inspirador, cuatro siglos antes.

No es del todo un ejercicio inútil preguntarse cómo hubiese sido el desarrollo de la modernidad si el pensamiento de Vitoria no hubiese sido silenciado por la leyenda negra antiespañola y anticatólica, en medio de las brutales guerras de religión en la Europa anterior a Westfalia, la posterior disolución del Imperio, los procesos de secularización y el reduccionismo de las ciencias, el avance del positivismo en el pensamiento ilustrado y, de manera particular, el predominio en el pensamiento occidental de la alternativa opuesta al humanismo cristiano de Vitoria, esto es, el materialismo de Hobbes, que dio impulso al liberalismo positivista anglosajón y su acción imperial en el mundo de la modernidad.

2. *Darwinismo y geopolítica hoy*

No es necesario comparar en detalle el *derecho de gentes* de Vitoria con la ideología darwinista de la *geopolítica*, que sigue imperando en Occidente varios siglos después, en las reflexiones y análisis sobre la política exterior de los estados y en los estudios de estrategia, seguridad y defensa en el ámbito militar, como por ejemplo la OTAN. En un trabajo anterior, en el capítulo titulado «Del hombre-lobo de Hobbes al mono-sin-pelo de Darwin: la antropología reduccionista imperial» (García Neumann, e. p.) indicamos el desarrollo teórico y epistemológico del liberalismo positivista anglosajón, cuyos axiomas básicos siguen presentes en las doctrinas naturalistas de los siglos xix y xx relacionadas con la raza (*eugenesia*) y la supervivencia del más fuerte aplicado a las sociedades (*geopolítica*). Ambas, tanto en su versión dura «nacional-socialista», como en su versión liberal angloamericana, vigente hasta hoy.

Para los fines de este trabajo, baste señalar algunos de los principales autores de la geopolítica: Sir Halford J. Mackinder, *Britain and the British Seas* (1902) y *El pivote geográfico de la Historia*

(1904); el almirante estadounidense Alfred T. Mahan, estudioso de la historia del imperio británico, quien postula la teoría del poder naval («quien domine el océano domina el mundo»); el sueco Rudolf Kjllén, *El Estado como forma de vida* (1916); y el ideólogo nazi, Karl E. Haushofer, fundador de la *Revista de Geopolítica* (1924), quien desarrolla la tesis de su predecesor Friedrich Ratzel sobre el «espacio vital» de los estados (*lebensraum*), que justificó las invasiones nazis.

Es significativa la tesis central de Mackinder del *heartland* (corazón continental) o pivote geográfico de la isla-mundo. Según esta, lo importante en el planeta es el conjunto terrestre formado por los continentes de Asia, Europa y África: «quien domine el corazón de Eurasia domina el mundo», por lo que hay que impedir, mediante divisiones y conflictos permanentes, que poderes próximos, como Rusia o China, lo logren. Y el *heartland* se ubica en todo el sur de Rusia, entre las repúblicas exsoviéticas y Afganistán, extendiéndose a Paquistán e Irán (no por casualidad, regiones en guerra permanente), precisamente en la llamada «ruta de la seda» que la actual potencia china busca revivir en el siglo XXI con importantes proyectos comerciales y de infraestructura.

En la segunda mitad del siglo XX, el británico radicado en Estados Unidos, Bernard Lewis, actualizó la tesis de Mackinder enfocándola desde la perspectiva del Islam, ya que el eje euroasiático está conformado por naciones mayormente musulmanas y se extiende al Medio Oriente, en constante conflicto con Israel. Discípulos suyos como Samuel H. Huntington (*El choque de civilizaciones*, 1996) y el exconsejero de Seguridad Nacional estadounidense, Zbigniew Brzezinski (*El gran tablero mundial, la supremacía estadounidense y sus imperativos geoestratégicos*, 1998) lograron convertir sus principales tesis en las políticas oficiales angloamericanas (García Neumann, 2008: 7-28).

Más relevante que las definiciones geopolíticas son sus resultados históricos, aun antes de acuñarse el término. En este sentido, se puede hacer un seguimiento de la aplicación de los principios hobbesianos-darwinistas en las guerras coloniales del siglo XIX que llegaron a conformar el imperio inglés como el más vasto de la historia, con extensiones en los cinco continentes y a las que las demás potencias europeas en su rivalidad buscaban imitar. La intensidad y extensión

de las guerras ocurridas bajo estos mismos principios hablan por sí solas: las actividades de la Compañía de las Indias orientales (patronos de Adam Smith), la sangrienta dominación de la India, las guerras del opio contra China (1839-1860), la repartición del continente africano entre las potencias europeas en 1884-85. Y, aunque convergen causas históricas más complejas, habría que añadir también, al menos como efecto de los mismos axiomas, la gran guerra europea de 1914-18 con millones de muertos y el uso de la más avanzada tecnología incluyendo el poderío aéreo; la segunda guerra mundial con 70 u 80 millones de muertos; y la Guerra Fría entre el mundo occidental y el mundo comunista, con guerras sustitutas en distintas regiones, así como el desarrollo del armamento nuclear capaz de destruir varias veces el orbe planetario.

Con la caída del muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética en 1991, muchos creyeron que podría llegar el final de los grandes conflictos bélicos y la adopción de un mundo multipolar. Algunos consideraron que era el «final de la historia» y el triunfo definitivo de la democracia liberal y la economía de mercado (Fukuyama, 1992). Otros (que finalmente se impusieron), anticiparon un conflicto o «choque de civilizaciones» por zonas geopolíticas en todo el planeta –comenzando por los países islámicos y siguiendo con China–, al cual debía enfrentarse Occidente si quería sobrevivir (Huntington, 1997). El sector que encabeza este enfoque geopolítico unipolar, en particular los llamados neoconservadores, tanto estadounidenses como europeos, reivindica expresamente su inspiración en el pensamiento de Thomas Hobbes, es decir, en el paradigma opuesto a Vitoria (Kagan, 2003; García Neumann, 2008: 52-82).

En lo que va del siglo *xxi*, la llamada «guerra al terrorismo», las primaveras árabes, las guerras destructivas en países como Afganistán, Irak, Libia, Siria o Yemen, serían la primera fase de la geopolítica de «choque de civilizaciones», según los parámetros teóricos establecidos por estos sectores políticos dominantes, ante el desconocimiento de la mayoría de los ciudadanos de sus propios países. Las siguientes fases serían enfrentamientos que ya se están preparando en posiciones y propaganda, entre regiones geopolíticas (EEUU, Unión Europea, China y Rusia...), tanto por organismos como la OTAN como por sus correspondientes de las naciones rivales, donde

la geopolítica sigue jugando un papel central⁴⁶. Se habla, además, del poder terrestre, naval, aéreo y del poder *espacial*: el control y despliegue de armas en el espacio aéreo exterior a la órbita terrestre. También, como resultado de la revolución informática, del *ciberspacio*, el espionaje masivo y el control de la información global por las agencias de seguridad, así como las «guerras híbridas» en curso, que pueden desencadenar en cualquier momento una guerra global, lo que pone en peligro la existencia misma de la humanidad. Con el enorme desarrollo de la tecnología bélica que hoy existe, ¿no es todo esto una locura autodestructiva que los ciudadanos democráticamente deben detener cuanto antes?

Recuperar las poderosas ideas de Vitoria de la *communitas orbis* y el *derecho de gentes* contra el economicismo de la globalización y la peligrosa geopolítica unipolar dominante, adquiere entonces un sentido de importancia vital.

Una última reflexión sobre la vigencia actual de Vitoria es la necesidad de contrarrestar el pesimismo cultural que invade a la juventud, sobre todo occidental, ante el agotamiento de la modernidad y el paradigma de contracultura posmoderna nihilista y hedonista imperante. Vitoria respondió a la ruptura del mundo medieval y el cambio de cosmovisión que significó del descubrimiento del orbe, la implantación de la cristiandad en el nuevo mundo y la circunnavegación terrestre. El actual desarrollo tecnológico de la humanidad como un todo, no solo brinda la posibilidad de poner fin al hambre y la miseria en la tierra, sino también de colonizar progresivamente y en forma conjunta, no el orbe terrestre, sino otros mundos del sistema solar.

En la conquista del espacio exterior, las potencias mundiales rivales (Estados Unidos, Rusia, Europa, China, India) en un tiempo mostraron capacidad de cooperación; por ejemplo, en la estación espacial internacional. En un nuevo ordenamiento global basado en el derecho de gentes vitoriano y la búsqueda de la paz, con una renovada concepción del ser humano, el cuidado de la casa común

⁴⁶ Este artículo se escribió antes de la terrible guerra entre Rusia y Ucrania-OTAN. Lo cual no le quita, sino que le añade mayor validez. El paso inevitable de un mundo unipolar a otro multipolar con potencias nucleares enfrentadas no será posible sin un abandono de la geopolítica por una perspectiva superior de orden global, como la que representa el legado de Francisco de Vitoria.

desde el espacio y la expansión a mundos cercanos con el avance de la ciencia y la tecnología sería la aventura más humana y optimista disponible hoy para las nuevas generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- AHMED, N. *ET AL.* (2022). *Las desigualdades matan. Se requieren medidas sin precedentes para acabar con el inaceptable aumento de las desigualdades por la COVID-19. Resumen del informe de OXFAM (enero de 2022)*. Oxfam Internacional. <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/621341/bp-inequality-kills-170122-summ-es.pdf>
- AÑÑOS MEZA, M.^a C. (2012). El título de «sociedad y comunicación natural» de Francisco de Vitoria. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, pp. 525-596.
- (2013). La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria como fundamentación del dominio en el Nuevo Mundo. *Persona y derecho*, 68, pp. 103-137.
- APARISI MIRALLES, Á. (2007). *Derecho a la Paz y Derecho a la Guerra en Francisco de Vitoria*. Comares.
- (2015). Actualidad del pensamiento filosófico-político de Francisco de Vitoria: presupuestos para una teoría de la paz justa. En HERMIDA, C. y SANTOS, J. A. (coords.). *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Madrid, Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, pp. 671-691.
- BALLESTEROS, J. (1994). El primado de la idea de *humanitas* en Vitoria como fundamento de los derechos humanos. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 6, pp. 25-36.
- BELTRÁN DE HEREDIA, V. (1939). *Francisco de Vitoria*. Editorial Labor, Barcelona.
- CORDERO PANDO, J. (ed.) (2008). *Relectio de potestate civili. Estudios sobre su filosofía política*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC).
- ERASMO DE ROTTERDAM (2008). *Adagios del poder y de la guerra y Teoría del adagio*, Alianza Editorial (ed. Ramón Puig de la Bellacasa). (Trabajo original publicado ca. 1500)
- FERNÁNDEZ, E. (2017). El *totus orbis* y el *ius gentium* en Francisco de Vitoria: el equilibrio entre tradición e innovación. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valencia, p 36.

- FUKUYAMA, F. (1992). *El Fin de la Historia y el Último Hombre*. Planeta.
- GARCÍA NEUMANN, J. (2008). *Los Neoconservadores y el Choque de Civilizaciones: hechos y raíces doctrinales*, Comares.
- (2018). ¿Fin de la dominación crematística global? *Pensar el Tiempo Presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llopart*, Tirant Lo Blanch, pp. 1931-1954.
 - (2019). Francisco de Vitoria y la Leyenda Negra, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 16, pp. 107-142.
 - (e. p.). Superar el paradigma antropológico reduccionista para poner fin a la miseria y la exclusión.
- GRICE-HUTCHINSON, M. (1952). *The School of Salamanca: Readings in Spanish Monetary Theory, 1544-1605*, Clarendon Press.
- HABERMAS, J. ET AL. (1991). Habermas y Lyotard sobre la posmodernidad. En *Habermas y la Modernidad*, Ediciones Cátedra.
- HUNTINGTON, S. (1997). *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Paidós.
- KAGAN, R. (2003). *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el Nuevo Orden Mundial*. Taurus.
- LLANO ALONSO, F. H. (2016). Humanismo renacentista, razón universal y sociedad humana en el pensamiento jurídico de Francisco de Vitoria. *Derechos y libertades*, 34, pp. 91-114.
- MARÍN LÓPEZ, A. (1962). La doctrina del Derecho Natural en Hugo Grocio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2 (2), pp. 203-234.
- MARITAIN, J. (1944). *El Doctor Angélico*. Desclée De Brouwer, p 39.
- PÉREZ DE VIÑASPRE TXURRUKA, J. (12 de julio de 2016). John Locke y el liberalismo esclavista primigenio. *Nabarralde*. <http://www.nabarralde.com/es/egunekoa/15554-john-locke-y-el-liberalismo-esclavista-primigenio>
- RT (29 de julio de 2018). Estas 5 empresas poseen más dinero que países enteros. <https://actualidad.rt.com/actualidad/283205-empresas-poseer-mas-dinero-paises-enteros>
- SÁNCHEZ HIDALGO, A. (2015). Intelectualismo y voluntarismo en Francisco de Vitoria. *Persona y Derecho*, 73 (2), pp. 181-202.
- (2017). Vitoria y Suárez: el Derecho Internacional en el tránsito a la modernidad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51, pp. 163-182.
- SANTOS, J. A., (coords.). Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero. Madrid, *Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones*, pp. 671-691.
- SARALEGUI, M. (2016). *Carl Schmitt, pensador español*. Trotta.
- SARAVIA, G. (2011). *Thomas Hobbes y la Filosofía Política Contemporánea: Carl Schmitt, Leo Strauss y Norberto Bobbio*, Ed. Dykinson, p. 40 y ss.

- TRUJILLO, I. (1997). *Francisco de Vitoria. Il diritto alla comunicazione e i confini della socialità umana*. Giappichelli.
- (2015), Actualidad del pensamiento filosófico-político de Francisco de Vitoria: presupuestos para una teoría de la paz justa. En *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Congreso de los Diputados.
- TRUYOL Y SERRA, A. (1946). *Los principios de derecho público en Francisco de Vitoria*. Cultura hispánica, Madrid.
- (1955). *Fundamentos de Derecho internacional público*. Editorial Tecnos. p. 164 y ss.
- URDANOZ, T., O.P. (1960), Introducción biográfica. En *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), pp. 30-35.
- VIOLA, F. (1979). Conservazione e trasformazione della natura humana. En *¿Behemoth o Leviathan? Diritto e obbligo nel pensiero di Hobbes*, Giuffrè, pp 1-58.
- (1988). Hobbes tra moderno e posmoderno. Cinquant’anni di studi hobbesiani. *Ragioni Critiche*, 5-6, IV (III serie).
 - (2004). Derecho de gentes antiguo y contemporáneo. *Persona y Derecho*, 51, pp. 165-190.
- VITORIA, F. DE (1981). *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra* (trad. L. Frayle Delgado). Tecnos. (Trabajo original publicado ca. 1530).

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
III

Recensiones y semblanzas
Reviews and brief biographies

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. Y DE MONTALVO JÄÄSKLÄINEN, F. (COORDS.), (2022). ESPAÑA: UNA DEMOCRACIA PARLAMENTARIA. LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR IGNACIO ASTARLOA HUARTEMENDICOA. MADRID. COMILLAS UNIVERSIDAD PONTIFICIA

Raquel MARAÑÓN GÓMEZ
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-8729-0404>

«Una Constitución democrática, como lo es la española, no es un obstáculo ni un parapeto formal sino la garantía de un proyecto de convivencia, de libertad y paz. Solo es un obstáculo para los que persiguen un proyecto particular, destruyendo el proyecto de convivencia común.»

Ignacio Astarloa

España: una democracia parlamentaria, libro publicado por la Universidad Pontificia de Comillas, es un libro homenaje al profesor de Derecho Constitucional, al letrado de las Cortes Generales y al maestro de muchos, en definitiva, al entrañable Ignacio Astarloa.

El libro fue presentado el pasado 14 de junio en el Salón de Actos de la Universidad de Comillas donde nos congregamos muchos compañeros, profesores y alumnos, y personalidades de la política y del mundo jurídico español que dan buena cuenta del intenso recorrido profesional del homenajeado. Cabe recordar que, además de ser letrado de las Cortes, fue Letrado Mayor del Parlamento Vasco, Secretario General del Congreso, subsecretario de Justicia (200-2004), Secretario de Estado de Seguridad (2002- 20024) diputado del Congreso por las circunscripciones de Vizcaya y de Madrid, Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y

miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y a todo esto hay que sumar más de cuarenta años de ejercicio de la docencia en su alma mater de ICADE, con una entrega a sus alumnos que es reconocida por todos ellos y que se evidencia en las aulas y otros espacios comunes de la facultad cuando, con la entrada de Ignacio en la cafetería, por ejemplo, grupos de alumnos y *alumni* se acercan rápidamente a saludarle y cambiar algunas palabras en la confianza, todos los que lo tenemos cerca lo sabemos, que tal y como los sabios y mentores hacen siempre puede transmitir en una breve conversación un acertado mensaje o reflexión que te invita a pensar y te mueve hacia tu mejor versión.

Su trayectoria hace realidad el deseo por él manifestado de ser tres cosas en la vida: servidor público, docente y, por último, portero del Athletic de Bilbao. Los dos primeros anhelos están claramente cumplidos y el tercero, aunque se vislumbra de más difícil realización, nada hay que dar por imposible para su capacidad y determinación. Por otro lado, si se trata de ser guardameta, es decir guardar, cuidar o conservar las metas, pocas figuras se me antojan más solventes para tal fin, pues como su hermano Esteban dice de él en el capítulo más personal de la obra y atestiguamos todos sus amigos, la objetividad, la imparcialidad y la ecuanimidad son sus normas personales de conducta. Así, como consitucionalista convencido, ha sido un maravilloso «guardameta» en las diferentes funciones que ha desarrollado para evitar que se colasen algunos goles a la Carta Magna y al espíritu de la transición.

Su jugada magistral –aunque no la única– y por la que estaremos siempre en deuda con él todos los españoles de bien es la autoría intelectual de la Ley 6/2022 de 27 de junio, la Ley de Partidos Políticos. María San Gil en el libro que comentamos así lo define, al tiempo que lo considera un hombre crucial en la lucha contra ETA, porque con el armazón jurídico por él diseñado se propicia con la regulación legal de la Ley de Partidos la fundamental sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2003.

Astarloa se desarrolló profesionalmente y académicamente al tiempo que lo hacía nuestro texto constitucional. La enseña con sus fortalezas y debilidades y desde el convencimiento de su enorme utilidad para la convivencia en nuestro país. Asimismo, sus escritos,

siempre constructivos, sobre el Parlamento moderno evidencian su descrédito pero también la importancia y la necesidad de vitalizarlo como algo esencial.

El libro se compone de treinta y dos contribuciones de autores de primer nivel. La temática variada, al uso de los libros homenajes, pero con el hilo conductor de la democracia parlamentaria, permiten al lector una lectura interesada por los títulos y no necesariamente ordenada por capítulos.

A modo de glosa, el lector encontrará artículos relacionados con los derechos humanos y fundamentales tales como: *Los derechos de las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021*, de Segismundo Álvarez Royo-Villanova, que incide en el cambio de paradigma que ha supuesto la desaparición de la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y un nuevo enfoque que pone el acento en la participación, autonomía e independencia de este colectivo. *Participar en los procesos en condiciones de igualdad: ajustes para el apoyo a las personas con discapacidad, conforme al nuevo artículo 7 bis de la LEC y de la LJV, modificadas por la Ley 8/2021*, de Antonio Fernández de Buján, incide en el derecho a entender y ser entendidas y los medios para hacerlo realidad con figuras como la del facilitador o el acompañante.

Derecho a la salud, reparto competencial en materia sanitaria y estado de alarma: tres cuestiones complementarias entre sí, de la profesora María Isabel Álvarez Vélez, aborda y analiza lo esencial que ha sido el reparto de poderes públicos en los momentos excepcionales, como el vivido en la pandemia, y también en el inmediato restablecimiento de la normalidad constitucional, buscando vías alternativas lo antes posible sin dilatar la declaración de un estado excepcional. Complementario en la lectura resulta *Limitación de derechos e interés colectivo en tiempos de pandemia. Una reflexión sobre el concepto constitucional de previsibilidad*, de Federico de Montalvo Jääskeläinen, donde expone magistralmente el papel de la salud publica como límite a los derechos fundamentales y el papel jugado por las comunidades autónomas y los jueces en esa limitación en tiempos de pandemia.

No faltan tampoco las reflexiones sobre *La inteligencia artificial y personalidad electrónica: derechos y obligaciones*, a cargo de

María González-Gordon, que diserta sobre la personalidad electrónica y la creación por inteligencia artificial, sujeto y objeto de la misma y sus derechos y obligaciones. Un tema sin duda capital en el momento actual.

Otro bloque lo comprenden temas de derecho económico o empresarial: *La obligación de gestionar la sociedad para la sostenibilidad. «Re-visión» del debate sobre los deberes de los administradores y el interés social*, de César Albiñana Cilveti, que realiza un análisis de la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida y responsabilidad corporativa que el Parlamento Europeo aprobó el 10 de marzo de 2021, que supone un cambio sustancial en el modo en el que se concibe el interés social y que puede conllevar grandes alteraciones sobre los deberes de los administradores. *Los pleitos en la propiedad industrial como espejo de la Administración de la justicia ante el mundo: logros, asignaturas pendientes, oportunidades*, por Antonio Castán Pérez, que centra su análisis en la potencialidad del Juzgado de Marcas y Diseños de la Unión Europea con sede en Alicante. Lo completan *El régimen institucional del Mercado de Valores en España y su integración en el sistema europeo de supervisión financiera*, de Luis de Carlos Beltrán, y *Emisión de obligaciones admitidas a negociación en un mercado oficial*, a cargo de Rafael Sebastián Quetglas.

Como no podía ser de otro modo, los temas constitucionales y parlamentarios vertebran la obra.

Así, encontramos *Constitución y Corona*, a cargo de Manuel Aragón Reyes, en el que de manera magistral aborda la comprensión de la Corona y de la forma monárquica desde la óptica constitucional y ante la perspectiva de reforma para concluir que entre las reglas políticas imprescindibles para el mantenimiento en España del sistema democrático está la conservación como forma política del Estado de la monarquía parlamentaria.

La disfuncionalidad nacionalista en la construcción del estado autonómico: homogeneidad, deshomogeneidad y asimetría, de Roberto Blanco Valdés, profundiza sobre la supuesta asimetría del sistema federal español que a juicio del autor no ha procedido nunca de los hechos diferenciales que, con la excepción de la asimetría que evidentemente suponen los sistemas de financiación especiales

existentes en España (concierto vasco y navarro y, en menor medida, el régimen económico y fiscal de las Islas Canarias) no han tenido otra traducción que la competencial y, por tanto, más consecuencia que la deshomogenización. En su opinión el más significativo y sustantivo de los hechos diferenciales existentes en España y el de mayores consecuencias, tanto en el pasado como en el presente del estado autonómico, no es otro que el decisivo hecho político que se deriva de la existencia de importantes fuerzas nacionalistas que han encontrado en la constante exigencia de un trato asimétrico para sus respectivos territorios una de las principales razones de ser.

De igual modo *Los gobernantes de la España contemporánea*, a cargo de José Manuel Cuenca Toribio. El recorrido histórico que hace Jose Manuel Cuenca Toribio por los gobernantes de la España Contemporánea es un homenaje al perfil de Astarloa, que fue Secretario de Estado de una cartera relevante como otro más de los altos funcionarios del Estado que han sido, en verdad, los auténticos gobernantes de su país. Los custodios y garantes finales de su continuidad y permanencia.

Estado de Derecho y Estado de Alarma en España. Una antinomia sin fundamento, a cargo de Juan Ramón Fernández Torres, pone el acento en la extraordinaria prueba de resistencia para el Estado de Derecho que ha supuesto la pandemia y la erosión que está sufriendo con la alteración del funcionamiento de las instituciones democráticas y el papel hegemónico del ejecutivo y la reducción de forma muy acusada del poder legislativo.

Representación política y estado de partidos: la importancia de la cultura democrática, por el profesor Javier Tajadura Tejada, es un artículo muy sugerente para los tiempos que vivimos. Parte del estudio de la representación política como técnica para hacer efectivo el dogma de la soberanía popular/nacional, como medio para aprovechar las ventajas de la división del trabajo en el ámbito político y como técnica de participación adecuada para la libertad de los modernos. Incide en la cultura política, que para que una democracia parlamentaria funcione adecuadamente debe fundamentarse en el pluralismo, en la transacción y en el compromiso y respeto a las minorías. La idea de tolerancia mutua la resume en que el adversario nunca puede ser considerado ni tratado como un enemigo. A ello añade la necesidad

del principio de contención institucional, es decir, la necesidad de refrenarse a la hora de ejercer las propias competencias, facultades o derechos, si dicho ejercicio afecta negativamente o impide del modo que sea el correcto funcionamiento del sistema político.

La rigidez de la Constitución y las cláusulas de intangibilidad como garantías de la democracia constitucional es abordada por Josep M.^a Castellà Andreu. En primer lugar, agradecer al autor de este capítulo que traiga a colación la frase de Ignacio Astarloa que portica su capítulo y esta recensión, pues condensa estupendamente la idea y el valor que tiene el texto constitucional para el homenajeado y que desprenden sus escritos, lecciones y sabios consejos para los que tenemos el honor de ser destinatarios. Como dice Castellà, una de sus principales ocupaciones ha sido la puesta de su enorme inteligencia jurídica y sabiduría política al servicio de la defensa y promoción del orden constitucional. Como dice Javier Tajadura, «Ignacio Astarloa pertenece a la cohorte de grandes juristas y políticos que –en el amplio espectro ideológico que va desde lo que fue el eurocomunismo, pasando por la socialdemocracia y la democracia cristiana hasta el liberalismo conservador– han contribuido al sostenimiento y consolidación del pacto constitucional de 1978, que nos ha reportado a los españoles el más largo período de libertad y las más altas cotas de bienestar de nuestra secular historia», para concluir que perfiles como el suyo son absolutamente imprescindibles para afrontar con éxito los desafíos presentes.

Miguel Ayuso Torres incide sobre uno de los temas que más tinta han hecho consumir al homenajeado: *Parlamento y parlamentarismo: una visión problemática* ahonda en el libro de Astarloa El Parlamento moderno, su importancia, descrédito y cambio que tiene como subtítulos abordaje de la crisis y remedios.

Sus compañeros letrados de las Cortes contribuyeron a este libro homenaje con estudios sobre algunos de los temas que profesional y doctrinalmente ocuparon y siguen ocupando a Ignacio Astarloa.

Así, por ejemplo, Rosa Ripollés Serrano dedica un capítulo a *La irresistible levedad del procedimiento de aprobación de los Decretos Leyes*. Tema este que ha sido una de las principales contribuciones doctrinales del homenajeado. Todos los cercanos a Ignacio Astarloa sabemos que lo desbocado de la utilización de este instru-

mento normativo ha sido una constante preocupación y advertencia en sus escritos. Rosa Ripollés analiza la teoría y la práctica de este instrumento normativo que cifra en 654 Reales Decretos a la fecha de publicación de la obra. Cuantitativa y cualitativamente es un despropósito y un desafío.

Jose Luis Peñaranda Ramos se ocupa de *El trámite de audiencia en la tramitación de los suplicatorios*, cuestión esta que asumimos con normalidad a día de hoy, pero que requirió de su articulación jurídica, y el también letrado Diego López Garrido, de *La naturaleza y regulación del voto telemático en el Congreso de los Diputados* a propósito del error cometido por el diputado Casero en la convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que a su juicio evidencia la importancia jurídica y política de profundizar en el análisis del voto telemático.

Mercedes Senén y Blanca Hernández Oliver ponen el foco en *El procedimiento legislativo en el Congreso de los Diputados: más práctica que teoría*. Ambas letradas de las Cortes han sido directoras de comisiones del Congreso y por ello el acento de su escrito está en la realidad del procedimiento legislativo sin ocultar defectos ni esquemas rígidos existentes. Realizan una interesante reflexión sobre la flexibilidad y disponibilidad de las normas de derecho parlamentario y los riesgos que esto puede conllevar. Cuestiones como el predominio de los grupos parlamentarios, el presidencialismo no encubierto y el impacto de las enmiendas en la calidad de las leyes son abordadas magistralmente y desde la dimensión de la práctica interna.

Delicioso a la lectura resulta el capítulo redactado por Nicolás Pérez-Serrano Jaúregui, protagonista de lo que nos relata: *Psicosociología de la Transición: Memoria de la Intrahistoria de la Constitución de 1978*, en el que concluye que necesitamos más oxitocina constitucional, una mirada más tierna a las bondades del texto de 1978. Muy recomendable.

De igual modo Alfonso Cuenca Miranda diserta sobre *Senatus Populusque Americanus: Las reminiscencias del Senado Republicano Romano en la Cámara Alta estadounidense*. Un capítulo genial donde afirma que los *checks and balances* del sistema político estadouniden-

se son el trasunto actualizado de la Constitución mixta de la Roma republicana y cómo Montesquieu tiene muy presente en su ideal de gobierno la experiencia de la República romana y los escritos de Polibio en particular. Traza las similitudes en cuanto a la continuidad y composición de ambas instituciones, competencias y de modo especial su funcionamiento, que le llevan a afirmar que en un contexto creciente y altamente polarizado como el norteamericano, el Senado es el último reducto en donde, de cuando en cuando, se atisban las viejas virtudes republicanas.

Cierran los estudios sobre el legislativo Borja Sánchez Barroso con *El legislador frente al principio de proporcionalidad*, en el que analiza la solución adoptada por el Tribunal Constitucional de reconocer al legislador un amplio margen de apreciación y valoración de las circunstancias fácticas, solo controlable cuando es ejercicio de forma arbitraria o irrazonable, e incluso invertir la carga de la prueba para hacer recaer sobre los recurrentes la necesidad de acreditar, con certeza cuasiabsoluta, que la ponderación del legislador tiene una base errónea y que a su juicio no concuerda con las características tradicionalmente asociadas al principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional español. Estas insuficiencias podrían, según el autor, solventarse atribuyendo mandatos adicionales dirigidos al legislador, de contenido eminentemente formal que hiciesen más fácil y exhaustivo el control posterior de las medidas legislativas aprobadas aun en una situación de incertidumbre; y Luis Méndez López con *Nuevas funciones del control parlamentario en las Cortes Generales*, que pone de relieve la mutación que está sufriendo la clásica función de control parlamentario, con referencias también a la pérdida de impacto legislativo en comparación con el frecuente uso del decreto ley. A juicio del autor estos cambios no tienen por qué suponer a priori un declive de la legitimación y utilidad de los parlamentos, sino una transformación estructural que, en el marco del sistema de partidos, quizás sea lógica y no necesariamente nociva, siempre que la realidad acabe por suponer una adaptación del marco jurídico-parlamentario para que no se produzcan situaciones no deseadas, sino nuevas potencialidades de la institución parlamentaria, verdadero eje de la democracia representativa.

Encontramos igualmente estudios de otras ramas del derecho que nos hablan de la versatilidad del homenajeado en su trayectoria

profesional, marca de los grandes juristas. *Los hijos del siglo XXI: su estatuto jurídico en el derecho español*, de Salomé Adrober Biosca y Blanca Gómez Bengoechea, dan buena muestra de ello, junto con *La calidad del acogimiento residencial en el modelo administrativo de protección de la infancia y la adolescencia* y *Las obligaciones del servicio público en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, de Juan José Lavilla Rubira.

Justicia y terrorismo tienen igualmente su espacio en la obra con las contribuciones de Juan Fernández Armesto, *La denegación de justicia en siete casos*, y de *Cooperación judicial y confianza*, en la que analiza este supuesto, la denegación de justicia y el perjuicio del extranjero, su origen consuetudinario, pero cuya protección diplomática e institucional se ha visto renovada hoy en día a través de tratados de protección de inversiones y de laudos arbitrales, algunos de los cuales analiza en el capítulo. Asimismo, el exhaustivo estudio sobre *La orden europea de detención y entrega*, de Javier Zarzalejos, permite un conocimiento en detalle de este instrumento de cooperación judicial establecido en la Unión Europea para hacer efectivo el espacio de libertad, seguridad y justicia.

De Francisco Valiente y Martínez, *La vigencia del delito de enaltecimiento del terrorismo como límite a la libertad de expresión*. El terrorismo de palabra y la apología como límite legítimo a la libertad de expresión y como una modalidad del discurso es el enfoque del autor. Asimismo, aborda la polémica de los *ongi etorri* y la necesidad del establecimiento de una norma penal o administrativa que prohíba actos públicos de homenaje o bienvenida a los terroristas que salen de prisión en la línea con la Resolución de 12 de diciembre de 2018 del Parlamento Europeo.

Se acompaña de una relación de adhesiones a ese homenaje que suman más de doscientos nombres al término de la edición. Adherirse es, según la RAE, sumarse o manifestar apoyo a una doctrina, declaración u opinión. Nuestra adhesión es pues a la democracia parlamentaria y a la persona de Ignacio Astarloa como una manifestación intelectual de las mejores ideas que la encarnan, como guardameta de la misma.

Una persona puede ser definida por sus amigos y por sus inquietudes. Amigos de Astarloa somos muchos los afortunados,

porque en su gran corazón cabemos muchos y porque es una persona virtuosa que encarna las mejores virtudes y eso siempre resulta atractivo. Como nos decía la profesora Álvarez Velez parafraseando a Cicerón en este punto y destacando lo que nos evoca Astarloa: amistad verdadera que se fundamenta en la virtud, la confianza, la lealtad y la reciprocidad.

MONTERO CARO, M. D. (2023). DEMOCRACIA EN TRANSICIÓN: UNA AGENDA PARA SU REGENERACIÓN. MADRID: DYKINSON

Emilio GUICHOT REINA
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Sevilla
<https://orcid.org/0000-0001-8945-4604>

La obra que recensamos, galardonada con el II premio Participa para tesis doctorales sobre participación, gobierno abierto e innovación democrática de la Cátedra de Gobierno Abierto e Innovación Democrática de la Universidad de Zaragoza, se enmarca en la línea que siguió su autora en su obra anterior, *Gobierno abierto como oportunidad de cambio* (Dykinson, 2020). En aquel trabajo, centrado en el estudio del llamado «gobierno abierto», la autora vertía el resultado de su tesis doctoral *El encaje constitucional del modelo de Open Government*, analizaba este concepto y su traducción normativa desde una perspectiva constitucional y formulaba conclusiones y propuestas. Pues bien, puede decirse que la obra que ahora recensamos comparte este planteamiento, actualizado, y le añade una perspectiva más general.

Podemos avanzar que la obra aúna las características propias de los trabajos de autores jóvenes. Por una parte, tiene la capacidad de indagar, sistematizar y hacer propuestas tan características de ese período fértil que suelen ser los primeros años de la obra del investigador universitario. Por otra, denota una convicción en la perfectibilidad de las instituciones y en lo bienintencionado de los conceptos que se introducen en la esfera pública –a lo largo del trabajo, lo «sostenible», lo «resiliente», la «alfabetización mediática», el *soft law* y tantos otros en boga aparecen con connotaciones positivas–. En todo caso, adviértase también desde el principio, respecto de esto último, que el trabajo está trufado de llamadas al realismo, a la importancia de estar a la esencia de las cosas y a la realidad de lo diseñado en el papel y

de advertencias de los riesgos a los que están sometidas estas nuevas «armas» de profundización democrática. Conviene también aclarar que el trabajo no se centra solo en España, sino que aborda el tema con vocación universal, bien que en ocasiones –no en todas– desciende al análisis de la realidad política y normativa nacional.

La primera parte es un estudio crítico del estado de la democracia, partiendo de la idea, presente en el propio título de la obra, de que la democracia está siempre en transición, si bien la autora parte de algunas seguridades («a nadie le cabe duda de que actualmente vivimos en una democracia madura»), que podrían en realidad cuestionarse al hilo de buena parte de lo que ella misma constata.

Así, rotula su primer capítulo de forma sintomática «democracia en crisis». En él, se hace un recorrido por el concepto y la materialización histórica de la idea de democracia, y que se pone de manifiesto cómo en España 2011 marcó un hito en la crítica y desafección de la ciudadanía respecto de sus políticos.

El título de su segundo capítulo es también elocuente: «el riesgo de creer que la democracia está plenamente consolidada». Parte del célebre análisis de Levitsky y Ziblato en *Cómo mueren las democracias*, conforme al cual las democracias actuales no caen por golpes de Estado externos, sino por una acción larvada y constante desde el propio poder ejecutivo para acumular todo el poder, reduciendo el sistema de controles y contrapesos, sin que el grueso de la ciudadanía llegue a percibirlo hasta que es demasiado tarde. La propia autora pone ejemplos, enfocando fuera de España. A la vez, subraya el papel ambivalente que juegan los medios tradicionales de comunicación: son un «cuarto poder» necesario y están en el origen de la detección y alerta de casos de corrupción política y a la vez tienen su propia ideología y agenda. Trata también de forma detallada uno de los temas de moda, la ahora llamada «desinformación». Considera que «la regulación de la desinformación es necesaria, pero a la vez, puede ser un arma de doble filo, ya que, en muchas ocasiones, si regulan la desinformación se abrojan el poder de decidir lo que es información falsa de lo que no lo es, de manera que se da un poder excesivo al Gobierno, pese a que sea con la buena intención de eliminar las noticias falsas y la desinformación.» Obsérvese que de nuevo la autora compagina su actitud vigilante con una creencia en

las «buenas intenciones» del poder público. Y así, de un lado, pone de manifiesto que en muchos casos adoptar una postura crítica ante el gobierno se considera «información falsa» y que «es por esta misma razón, por lo que, en determinados ámbitos, parece que es preferible no regular, ya que la evaluación de la falsedad de los contenidos puede llegar a ser muy subjetiva si se encuentra en manos de gobiernos, de plataformas digitales o incluso de verificadores», de los que advierte que tienen sus propios sesgos. Pero, de otro, considera que «lo que está meridianamente claro es que la creación de órganos que evalúen la veracidad de las informaciones es bienvenida, siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos que le presupongan una actuación neutral». En realidad, pensamos, los riesgos de la intervención, pública o privada, en la lucha contra (lo que cada uno estima que es) la desinformación, son tan poderosos, es tan evidente que no hay sujeto, público y privado, sin intereses en «certificar» la realidad, que es el pluralismo mediático, tanto en medios tradicionales como en redes sociales, el mejor antídoto contra la desinformación y el mejor aliado de la democracia. Han sido tantas las informaciones provenientes tanto de instancias públicas como privadas, tildadas, desde las máximas instancias internacionales y nacionales, de falsas, que después se han revelado verdaderas, que habría que dinamitar cualquier riesgo de Gran Hermano informativo, combatiendo las informaciones que se reputen falsas con verdades, y los argumentos que se estimen equivocados con mejores argumentos. Eso nos lleva ante otra de las palabras mágicas actuales, la «alfabetización mediática», que también trata la autora, y que despierta los mismos recelos. Evidentemente, no habrá democracia que funcione sin una ciudadanía informada y formada, pero hay que asumir que el papel de las instancias públicas al respecto es limitado y tiene además un evidente riesgo. Como decíamos, las buenas intenciones de la autora, y la creencia en la perfectibilidad del sistema, no están reñidas con su espíritu crítico. Así, pone también de relieve las deficiencias de la regulación de la comunicación en campaña electoral (en este caso, no compartimos su crítica a la existencia de jornada de reflexión, dado, precisamente, el impacto sin capacidad de contradicción que pueden tener afirmaciones falsas de último minuto) o la reducción de los mecanismos de participación ciudadana y de los contrapesos.

Respecto de esto último, se refiere al control político de la elección de jueces y magistrados, incluidos de los tribunales constitucionales, la limitación del control del Gobierno por los parlamentos o el uso abusivo de las normas del Gobierno con rango de ley. En este punto, el análisis no se enfoca en España, en el primer aspecto; sí, en positivo sobre el segundo («si bien en la España actual goza de buena salud el sistema de control al Gobierno, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, sí que deberíamos estar atentos a la deriva de la importancia de los debates sobre el estado de la nación», lo cual contrasta con lo ocurrido en la crisis de la COVID-19 y sancionado por el Tribunal Constitucional), y sí, en negativo, sobre el tercero.

La que podríamos considerar segunda parte de la obra enlaza más directamente con lo que fue la tesis doctoral de la autora y su plasmación en la obra de 2020 a la que antes nos referimos, pues se centra propiamente en el gobierno abierto. A nivel mundial, como es sabido, la idea de «gobierno abierto», nacida con las primeras leyes de acceso a la información, vivió su relanzamiento en 2009 con el Memorándum del recién investido presidente Obama *Transparency and Open Government Memorandum*. Desde entonces, el nuevo milenio ha contemplado la creación de la llamada «Alianza para el Gobierno Abierto» (*Open Government Partnership*), y la aprobación por parte de sus socios estatales e infraestatales de sus correspondientes «planes plurianuales de acción», que establecen compromisos concretos, si bien no vinculantes. Se da cuenta, con detalle informativo, de su acogida en España, tanto a nivel Estatal como por las entidades autonómicas o locales que han entrado a formar parte de la Alianza de Gobierno Abierto (la ciudad de Madrid, y las Comunidades Autónomas del País Vasco, Aragón, Cataluña, Asturias y Valenciana).

Esta segunda parte se abre con el tercer capítulo, titulado «España y su agenda de apertura institucional». La autora parte del beneficio para las sociedades de las políticas de gobierno abierto. Centrándose en España, y en su ejecución de los diversos Planes de Acción de Gobierno Abierto, se constata que se cumplieron los compromisos de los planes vigentes entre 2016 y 2021, pero no, al menos hasta ahora, los contenidos en los planes de 2017 a 2024, que incluyen la reforma de la Ley de Transparencia (se creó un subgrupo

de trabajo en 2022, pero ya sin tiempo para la aprobación de una reforma en esa legislatura) y la aprobación de su Reglamento de desarrollo (ha habido hasta dos borradores, que no han visto la luz). Eso sí, recientemente, y en cumplimiento de uno de los compromisos de este período, se ha ratificado el Convenio Europeo de acceso a los documentos públicos, si bien se han formulado diversas reservas y declaraciones. En cuanto al camino andado, ni el portal de transparencia ni el derecho de acceso están siendo un instrumento «de calle» para los ciudadanos, sino que su uso proviene mayoritariamente de periodistas, organizaciones no gubernamentales, académicos. Ahora bien, nos parece, a diferencia de lo manifestado por la autora, que este dato no es patológico, dado que ni en España ni en ningún país homólogo, al menos en el occidente de este principio de milenio, es esperable una legión de ciudadanos apasionados por escudriñar las bases de datos de contratos, de subvenciones o el inventario de bienes y derechos de las Administraciones públicas. Por el contrario, son esos *watchdogs*, en España y en el resto del mundo, los principales llamados a intermediar principalmente en el flujo informativo, y, marginalmente, unos pocos ciudadanos activos, cargados ahora con el arma de internet y de las redes sociales. En todo caso, lo que sí compartimos plenamente es la necesidad de mejorar la accesibilidad y completud de los portales de acceso y acabar con la lacra de los incumplimientos de resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que ordenan la entrega de información, auténtica negación del derecho de acceso –y del Derecho, *tout court*–. La autora expone los datos: hasta 2017 era mínimo el porcentaje de incumplidas, pues, en caso de disconformidad del Gobierno con la resolución, acudía a los tribunales a cuestionar su legalidad; desde 2018, por el contrario, el Gobierno ha «optado» por incumplirlas sin más en un porcentaje elevado. Junto a la transparencia, se analiza también la participación ciudadana como pilar fundamental para la calidad democrática, insistiendo en que no basta un modelo asambleario sin formación previa, ni cabe una participación regida por el egoísmo o la vertiente infantil e individualizada de la participación, sino que es necesaria una participación responsable, con información y formación. No se puede discrepar de esta visión, lo que hay que analizar es cuáles pueden ser los mecanismos, si los hay, para lograr un objetivo que involucra

la propia intencionalidad de cada persona, pues, como confiesa la autora, «quizás se pueda acusar a este planteamiento de utópico». En todo caso, parece crucial, en efecto, asegurar la representatividad, la información y la transparencia en las experiencias participativas.

El cuarto capítulo, titulado «otras agendas configuradoras de la nueva democracia», da cuenta de información de interés sobre la «agenda de desarrollo sostenible (ODS) 2030», uno de cuyos objetivos, el 16 «paz, justicia e instituciones sólidas», conecta con Alianza de Gobierno Abierto. Al respecto, la autora considera que España en la vanguardia de los ODS y confía en las virtudes que puede tener el «Plan de recuperación, transformación y resiliencia».

La obra se cierra con un capítulo conclusivo. Se resaltan seis aspectos. El primero, que la propia denominación «gobierno abierto» habría quedado obsoleta y debería apostarse por un concepto más amplio, como podría ser el de «Estado Abierto», para incluir al poder judicial y legislativo. No obstante, los temas abordados (acceso a la justicia, lucha contra la invasión del legislativo por el ejecutivo y por la partitocracia) nos parecen que exceden del ya amplio espectro abarcado por el «gobierno abierto» para introducir un megaconcepto que resulta difícil diferenciar ya del de Estado democrático de Derecho. El segundo, que ha de lucharse contra lo que ella califica de «transparencia traslúcida», apostando por portales con información actualizada y de calidad, con formatos pensados para la ciudadanía y con empleo de las redes sociales para potenciar la difusión de información. El tercero, que los poderes públicos deben estar en las redes sociales, regular la inteligencia artificial y la desinformación, sin por ello tratar de poner «puertas al campo». El cuarto que ha de potenciarse la «alfabetización mediática» para evitar los riesgos de la desinformación, incluyendo en el V Plan la incorporación a los planes de estudio de las distintas facetas del gobierno abierto. El quinto, la pertinencia de ampliar los territorios infranacionales en la Alianza para el Gobierno Abierto. Y, por último, la necesidad de atender al importante papel que, en todas estas materias, tiene el llamado *soft law* internacional y nacional, que de nuevo se contempla como un fenómeno en sí positivo («la existencia de normas y principios de *soft law* son necesarias y es precisamente en su carácter no vinculante donde radica su éxito»).

Como puede comprobarse, se trata de una obra valiosa para quien esté interesado en una exposición sobre temas tan relevantes y paradójicamente ligados entre sí como la crisis de la democracia y el gobierno abierto.

GRAZIANI, C. (2023). SICUREZZA E DIRITTI IN TEMPI DI TERRORISMO INTERNAZIONALE. TRA ENDIADI E ANTITESI. *NÁPOLES: EDITORIALE SCIENTIFICA*

Remedio SÁNCHEZ FERRIZ
Catedrática de Derecho Constitucional
Universitat de Valencia
<https://0000-0002-7408-4185>

1.- El libro de la doctora Graziani me llama la atención por su espléndido enfoque comparado, de tan escaso uso entre nosotros, y por el rigor y la coherencia con que mantiene este propósito en todas sus partes. Advierte de entrada que el momento actual tiene la ventaja de haber superado la gravedad del inicio de siglo; y, habiendo pasado aquellos momentos, cabe ahora cierta objetividad que las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales permiten documentar¹.

Se desarrolla la obra con una buena estructura que comienza con el concepto histórico de seguridad a través del cual pretende observar si el terrorismo ha supuesto un cambio esencial en dicho concepto². Ello, sin perjuicio de otros cambios institucionales que las medidas de defensa y prevención pudieran provocar también, y que se analizan después.

Su planteamiento inicial es la contraposición de seguridad y derechos fundamentales, aunque, tras los epígrafes más generalistas, se centrará en particular en el derecho a la *privacy*, así como en las libertades de información y expresión, puesto que la autora no se

¹ Justamente abunda en esta idea el hecho de que el último libro de mi departamento, derivado de un proyecto de investigación, haya escogido el mismo tema que se plasma en el libro colectivo siguiente: RIDAURA MARTÍNEZ, M.ª J. (2023). *Retos para la seguridad*. Tirant lo Blanch.

² La idea, como acabo de decir, ha sido emprendida también entre nosotros; por más que la seguridad sea un concepto viejo, las nuevas formas que la atenazan son extraordinarias. Por todos y recientemente, además del libro citado, SERRA CRISTÓBAL, R. (2020). *La seguridad como amenaza. Los desafíos de la lucha contra el terrorismo para el estado democrático*. Tirant lo Blanch.

permite olvidar la importancia e influencia que las nuevas tecnologías han tenido en los dos elementos centrales, la seguridad y la libertad (pudiendo considerar que hoy estamos ante el *digital constitutionalism*).

Pero el objetivo último llega más allá: hay que observar si los fenómenos terroristas y las medidas generalmente adoptadas frente a los mismos han sido capaces de cambiar, incluso, los cánones clásicos del Derecho constitucional.

El valor del estudio se enriquece con su método comparado³. Es atrayente su aportación de decisivos elementos comparados y el esfuerzo de contraponer, siempre que ha sido posible, un caso significativo de *civil law* con otro de *common law*. Sin descuidar las interpretaciones supranacionales y su respectiva jurisprudencia que aporta, junto al análisis horizontal, el vertical derivado de las Cortes internacionales y sus relaciones entre sí y con los Altos Tribunales nacionales.

2.- El capítulo primero se inicia planteando la contraposición entre la guerra tradicional y el terrorismo actual puesto que la amenaza a la seguridad no es nueva, aunque sí lo son los métodos, riesgos, ámbitos y efectos. Referencias doctrinales históricas la llevan hasta las declaraciones de derechos que culminan, en lo que al ámbito europeo se refiere, con la Carta de Niza.

En el primer constitucionalismo escrito la idea de seguridad es pública o colectiva (*securité publique*), y ya en el siglo xx se formula la misma como derecho individual a partir de la Constitución portuguesa de 1911 y después en los textos de muchas de las democráticas actuales: «un derecho de seguridad vinculado a la libertad como si de un *unicum* se tratara» (pág. 16), una endiádis que acaba conformando un derecho complejo.

Han de subrayarse las interesantes pinceladas históricas documentadas con textos constitucionales que llegan hasta la Carta europea vigente; pero sobre la significación de la seguridad advierte la autora de que en Italia nunca fue considerado un derecho individual

³ Recientemente ya he llamado la atención sobre el cultivo de este método por la doctrina italiana. Así, mi recensión sobre CINÀ, G. (2021). *Lo spazio del diritto privato tra federalismo e regionalismo. Un'analisi comparatistica*. Padova University Press, publicada en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, 83 (2022).

como en el caso español, entre otros, sino un límite de los derechos reconocidos en dicha Constitución. Ello, no obstante, a partir del ataque a las Torres Gemelas también en Italia ha surgido el debate sobre el carácter de la seguridad y su posible consideración como derecho individual.

En efecto, solo a partir de las más destacadas acciones terroristas se ha iniciado alguna corriente doctrinal que reclama tal condición, aunque en formas diversas. Pero lo importante no es su calificación, sino las relaciones que entre ella y los derechos fundamentales deban mantenerse lo que, como Vedaschi advierte, comporta cierto balance, pero con ello se llegaría al predominio de una u otros; por lo que, más que de balance, se debe tender a la *convivencia* que debe analizarse desde la perspectiva del binomio «libertad-seguridad»⁴:

Questo significherebbe tentare una funzionalizzazione della sicurezza alla libertà, e non il contrario. Sembra, in altre parole, che la ricerca spasmodica di una gerarchia di valori conduca troppo spesso a porre la sicurezza all'apice⁵.

El enfoque cambia de la verticalidad a lo horizontal, que permite relacionar la seguridad cada vez más con la dignidad humana y buscar el mantenimiento no solo de los derechos, sino también de la estructura del Estado de Derecho (pág. 26).

Los referentes de que se parte para el estudio comparado son dos: uno es la contraposición entre el enfoque del terrorismo como amenaza internacional y la idea de la guerra, propio de los EEUU (*war approach*) y, en cambio, por lo que se refiere a Europa, la consideración del terrorismo como crimen sometido a la legislación penal, por más que esta quede fortalecida. El segundo criterio de contraposición es su misma consideración internacional frente a la

⁴ Cfr. BARBERIS, M. (2017). *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche antiterrorismo*, cit. p. 102. Curiosamente, y con un carácter más general referido a la relación libertades públicas y derechos fundamentales, he sostenido también esta idea de convivencia en diversas ocasiones. Entre otras en SÁNCHEZ FERRIZ, R. (2004). *Delimitación de las libertades informativas*. Tirant. También, *Idem* (2023). *Estudio sobre las libertades públicas en nuestro ordenamiento constitucional (La voz de la sociedad civil)*. Tirant.

⁵ Cfr. VEDASCHI, A (2010). *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?* Cit.

aplicación de cláusulas constitucionales o legales previstas como cláusulas de emergencia (pp. 27-41).

La autora destaca las características de la legislación estadounidense, que ignora el derecho humanitario internacional y, en el interior de su propio ordenamiento, supera las libertades constitucionalmente reconocidas. Es la guerra asumida en todos los ámbitos. No llegan a tal extremo los otros países que aquí se tienen en cuenta. Italia, Francia o España utilizan el código penal modificando lo necesario en las previsiones adoptadas respecto del terrorismo interno que ya sufrieron. Pero, de hecho, sí se contaminaron del belicismo americano y colaboraron en la «caza» de sospechosos de terrorismo. La realidad, recuerda la Autora, hace que el caso norteamericano no haya resultado totalmente excepcional⁶.

En los años siguientes a 2001 la casi totalidad de países democráticos se aproximaron a una cierta «normalización» de las medidas de emergencia⁷. Se trata de convertir en derecho cuasi ordinario aquel que solo, y con un fin temporal, está previsto para situaciones excepcionales. El ejemplo que la autora destaca es el francés. También en este caso se comenzó por denunciar el art. 15 del Convenio Europeo y se activó *l'état d'urgence*, en cuya virtud las autoridades administrativas pueden, por ejemplo, detener u ordenar registros en domicilio sin previo aviso, o prohibir reuniones públicas, etc. Dicho estado de cosas fue renovado repetidamente, habiéndose intentado incluso una reforma constitucional que fracasó porque pretendía incluir también la retirada de la ciudadanía a los supuestos terroristas (pág. 40).

Es obvio que en tales situaciones han sufrido, y no poco, los derechos y las libertades públicas. Pero no solo, también los elementos básicos del Estado de Derecho y, en particular los conformadores de la forma de gobierno. Al primer aspecto dedica el capítulo II y al segundo el capítulo III.

⁶ En lo que se refiere al Reino Unido se atendió a la previsión de suspensión-derogación prevista en el art. 15 del Convenio Europeo, a cuyo efecto se aplicó la exigencia de comunicación al Secretario General de la no aplicación de las garantías del art. 5 del Convenio (p. 36-7).

⁷ «La normalización de la emergencia es la propensión a recurrir en modo tendencialmente permanente a medidas limitadoras de derechos y libertades para afrontar la amenaza que el terrorismo representa para la seguridad nacional» (p 33). También sobre esta cuestión se detiene SERRA, *op. cit.*

3.- La cuestión decisiva de la afectación de derechos nos la presenta desde la perspectiva de cuanto suponen hoy las nuevas tecnologías en el ejercicio de los mismos. Y en tal sentido distingue los más afectados por ellas, cuales son la *privacy*, la protección de datos y la libertad de expresión sin que en forma colateral quepa que tampoco dejen de ser afectados otros derechos como por ejemplo a un proceso justo (pág. 49).

También en este capítulo, pese a la complejidad de los elementos que en él concurren, la autora hace uso de una claridad expositiva en la que no deja hilos sueltos de ninguno de los aspectos que analiza con una equilibrada consideración de países en su enfoque comparativo, que lleva a cabo con rigor y método. Ello se observa en toda la obra y, en especial, en este capítulo II, en el que realiza una selección de enfoques muy relevantes y en cada uno de ellos lleva a cabo la comparación de la experiencia en un país de *civil law* y la de otro de *common law*.

Comienza por comparar el tratamiento de la *privacy* en EEUU y en el sistema europeo poniendo de relieve que, pese a ser los EEUU el origen y conformación de la doctrina de la misma, su interés ya se halló algo disminuido desde mediados del siglo XX; y, obviamente, se ha visto ahora más reducida con las medidas antiterroristas para las que se ha desarrollado la *third-party doctrine* (ya desde los años 70, en cuya virtud el consentimiento en dar a conocer datos personales anula la invocación de la Cuarta Enmienda) y, derivada de la misma, la *incidental overhear doctrine* por la que incluso los ciudadanos americanos pueden ser observados y escuchados en las comunicaciones que mantienen con personas de otros países (p. 55)⁸.

Frente a estas claras limitaciones en el ámbito americano, pone de relieve la mayor defensa que la *privacy*, los datos y la libre expresión han tenido en Europa; aunque más bien deja claro que ello se ha logrado, más que por medidas de carácter nacional (y sin perjuicio de la importancia de ser considerado un derecho fundamental), por lo que ha pesado en su eficacia extraordinaria la aplicación del CEDU con su lógico origen en la DUDH y, desde el Tratado de Lisboa, también

⁸ Aclara la autora que, aun cuando en alguna ocasión algún juez del Supremo ha intentado una clara defensa, en términos generales no se ha operado la defensa y protección esperada.

por la aplicación de la Carta Europea, que vincula a los legisladores nacionales.

Concluye, sin embargo, que, pese a existir en Europa una protección mayor que en EEUU, no estamos ante un derecho absoluto⁹ por lo que cabría alguna limitación siempre bajo el principio de la proporcionalidad. Todo ello sin perjuicio del derecho europeo secundario que se va dictando al efecto.

No puedo ignorar las reflexiones con que la autora trata de evitar la confusión entre *privacy* y *data protection* (cosa que también por mi parte he sostenido en varias ocasiones). Ello es obvio en EEUU; y en lo que se refiere a Europa, cree que debería delimitarse bien ambos conceptos porque a veces se presentan como un *unicum*. En este sentido, refiere cómo el Tribunal Federal alemán inició con la idea de derecho propietario de la persona para acabar con el desarrollo de las tecnologías, identificándolo más como medio de garantía de la *privacy*, enfoque que, obviamente, comparto y sobre la que ya me he remitido en la última nota al pie (pág. 65).

Naturalmente, cuando la seguridad está en riesgo, y en especial por acciones terroristas, todo ello cede a la facultad de vigilancia de las comunicaciones y al intercambio de datos entre estados. Sigue siendo el ejemplo más destacado el de los EEUU, pero no el único. El desarrollo tecnológico no solo conlleva la vigilancia de toda comunicación, sino también el tratamiento de los metadatos (pág. 69).

En el caso europeo, a partir de los atentados de Madrid también se utilizarán las tecnologías de las que ya disponían antes para el control de la competencia y libertad de mercado. A partir de la directiva *data retention* del 2006¹⁰ cambia el enfoque y se autoriza a los estados a adoptar medidas que conllevan la conservación y tratamiento de

⁹ Sobre esta cuestión me he pronunciado a menudo, tanto sobre la generalidad y facilidad con que se pronuncia en todos los tribunales como sobre el error que puede comportar si entendemos la intimidad en su sentido estricto y real y no como privacidad general o familiar. La última ocasión en *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento...* Cit.

¹⁰ Sin embargo, en 2014 el Tribunal de Justicia europeo la anula con la sentencia *Digital Rights*, por entender que las medidas no respetan el principio de proporcionalidad, lo que, obviamente, ha tenido su reflejo también en los tribunales nacionales respectivos (p. 71). La misma idea protectora se repite dos años después en la sentencia 2016 *Tele2 Sverige AB*.

metadatos con el fin de prever y combatir el terrorismo y otros delitos graves. No todos los estados, sin embargo, han reaccionado igual, por lo que la autora nos ofrece un análisis de los casos más significativos:

1. *Case study*: Francia y las *Lois sur le renseignement*. Sin que quepa subrayar claros abusos de la competencia del Primer Ministro en el uso de los servicios de inteligencia, es cierto que estos, a través de ciertos algoritmos conocidos como *boîtes noires*, sí los utilizan para casos de gran urgencia. En algunos aspectos, como la conservación de metadatos hasta cuatro años, podría decirse que contraría los *Digital Rights* europeos. Hay otros muchos aspectos en materia de control de las comunicaciones que recuerdan la experiencia estadounidense, sin que la intervención en varias ocasiones del *Conseil constitutionnel* haya podido evitarlo (pág. 79).
2. *Case study*: Italia y la normativa sobre la *data retention*. La normativa italiana difiere de la rigidez que en Francia acabamos de observar. En términos generales, Italia se adelanta a la directiva europea y regula la protección de datos estableciendo siempre plazos más cortos en lo que se refiere a la retención de los datos. A partir de 2017, sin embargo, ha ampliado mucho los plazos ante la reacción europea frente a la amenaza directa sufrida en el bienio 2015-16.
3. Con carácter general, y siempre teniendo presentes las actuaciones internacionales EEUU y la UE, así como los convenios con otros países, se estudia el intercambio de datos entre ellos y, en particular, el *Passenger Name Record (PNR) code* respecto de todos los datos relacionados con los vuelos transnacionales¹¹.
4. El *Terrorist Finance Tracking Program (TFTP)* fue otra medida adoptada por los EEUU tras el ataque a las Torres Gemelas (aunque desconocida hasta 2006) a través del cual *la intelligence* controlaba también los movimientos financieros. Conocida su existencia, la Unión Europea firmó un acuerdo con los EEUU en 2007, pero

¹¹ Respecto de esta cuestión pone de relieve tanto el pronunciamiento de la Corte de Justicia sobre los riesgos de ciertas ambigüedades y falta de precisión y claridad de algunos de sus aspectos como el riesgo que comporta el tratamiento automatizado de los datos que en alguna ocasión ha generado problemas personales (pág. 94). Con todo, la UE se esfuerza en establecer medidas que garanticen algo más los derechos de los pasajeros.

la posterior necesidad de intervención del Parlamento dio lugar a nuevo acuerdo de 2010 del que aún no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia.

5. En síntesis, la Unión Europea manifiesta con frecuencia su preocupación por la protección de *la privacy* y de los datos, aunque, siendo ella la titular de los acuerdos con otros países, apenas cabe posibilidad de actuación para los estados miembros. En todo caso, pese a sus esfuerzos protectores no cabe negar la influencia de las políticas antiterroristas norteamericanas también en Europa, en especial, en la última de las cuestiones mencionadas en relación a los datos de pasajeros.

4.- La comparación llevada a cabo en lo relativo a los derechos personales también se realiza en una distinta sección con referencia a la libertad más afectada por las limitaciones y medidas antiterroristas, cual es la libertad de expresión. Y, como en el caso anterior, distingue la perspectiva americana de la europea ilustrando sus diferencias y relaciones en casos concretos.

1. Seguridad y libertad de expresión en perspectiva norteamericana. La protección de la Primera Enmienda no tiene comparación, basando su fuerza en fundamentos propios, como el libre mercado de ideas, la democracia participativa y la propia identidad histórica..., todo lo cual hace que resulten muy mal vistas las limitaciones a la libertad de palabra. De ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea clara al determinar los test de limitación: no caben límites en nada que tenga que ver con ideas políticas o contrarias al gobierno y, en cambio, sí hay límite, si y solo, cuando suponga un peligro evidente y real o una ofensa a los símbolos; en cuanto a la incitación a la violencia o al *hate speech*, habrá de tratarse de un peligro real e inminente, una *true threat*, o decisión probada de cometer un delito violento¹².
2. El mismo problema en perspectiva europea difiere seriamente en su enfoque desde la primera formulación en la declaración

¹² Es de compartir la claridad con que se sitúan estos límites a diferencia de las ambigüedades que solemos encontrar entre nosotros. *Cfr.* VIGLIONE, F. (2020). «Riflessioni sui rimedi civilistici all' *hate speech*. Profile image of», en *Rivista di diritto civile*.

francesa de 1789 y hasta el CEDH (como tantas veces he recordado en el sentido de que forzosamente ha de contar con límites). Esta libertad de expresión no es una libertad sin límites, sino perfectamente delimitada¹³ en un ámbito constitucional y legal que no debe sobrepasar¹⁴. En este sentido la autora repasa todos los países europeos distinguiéndolos entre los que contienen límites débiles y los que los prevén como límites fuertes (pág. 107)¹⁵. Y, en especial, se detiene en las previsiones del CEDH, del que destaca el art. 17, cuyas previsiones califica de eventual abuso de derecho¹⁶.

3. Los desafíos del terrorismo a la libertad de expresión: el mensaje quedó radicalizado a partir de la autodenominación del «estado islámico», en relación con lo que significaron los principios de Al Qaeda, y pudiendo contar además con un extraordinario avance tecnológico producido en la primera década del siglo presente, que permite introducirse en la red a través de la *dark web*. Con ellas se oculta la información, no pudiendo acceder a través de las vías abiertas (o claras) de acceso a las redes¹⁷.
4. La respuesta de los estados ha debido partir del carácter no absoluto de la libertad de expresión incluso en EEUU, donde su amplitud era clásica. El uso de técnicas muy sofisticadas por los grupos terroristas ha obligado a los estados a recurrir a medidas de orden penal, administrativo y de carácter social. Pese a la variedad de medidas penales adoptadas, hay un denominador común en torno a las dificultades para definir concretas situaciones o «zonas grises» muy difíciles de calificar (pp 115 y ss).

¹³ Cfr. mi libro, *Delimitación de las libertades informativas...*, ya cit.

¹⁴ Con mayor profundidad y claras referencias al CEDH y al tratamiento penal, SÁNCHEZ FERRIZ, R. *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento español...*, ya cit.

¹⁵ Llama la atención sobre la falta de pronunciamientos del TEDH en materia terrorista pese a sus muchos pronunciamientos (aunque ambiguos y sin claridad) sobre el discurso del odio. Sobre la cuestión entre nosotros cabe destacar ROLLNERT LIERN, G. (2019). «El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, pp. 81-109, DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.03.a>

¹⁶ Curiosamente, a esta misma figura me he referido recientemente, lamentando que su olvido entre nosotros haya dado lugar a tantas formas y figuras nuevas nunca bien definidas. Coincide también la autora con mi planteamiento del efecto que todo ello podría tener en la fase de admisibilidad de tantos recursos que no entran en el ámbito protegido y, sin embargo, son admitidos para entrar en el fondo de la cuestión (p. 111).

¹⁷ Sobre los riesgos que todo ello comporta para los propios estados, BALAGUER, F. (2022). *La constitución del algoritmo*. CEPIC.

5. También desde esta perspectiva de defensa nos propone la autora un caso de estudio sobre el *law enforcement approach* tomando como términos de la comparación la *Terrorism Act* británica y el código penal italiano. La elección deriva de la existencia en ambos países del delito de *glorification* o *apología* que, al insertarse en sistemas jurídicos distintos, pueden ofrecer ideas sobre sus diferencias y tratamiento por los respectivos Altos Tribunales. En ambos casos sus correspondientes decisiones tratan de aplicar las indicaciones de la Unión Europea en la materia, aunque en el caso italiano la jurisprudencia no abandona la concepción de la libertad de expresión, más de carácter individualista que funcional, tal como prima en aquella doctrina. En el caso británico los jueces han atendido a la interpretación del Convenio Europeo por el TEDH.
 6. Otro caso de comparación se lleva a cabo en pp. 131 y ss entre las *measures approach* administrativas del Reino Unido y las de Francia. La cuestión se plantea por todas las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y por el hecho de que los estados (en realidad, sus ejecutivos) no podrían por sí solos controlar sus efectos sin la colaboración de los llamados «gigantes tecnológicos». Ello plantea la supuesta legitimidad de intervenciones privadas en medidas que afectan a la libertad. Las principales diferencias entre ambos casos objeto de comparación, y siempre siguiendo ambos las directrices europeas, son tres, que responden a las tradicionales diferencias entre los dos grandes sistemas jurídicos: a) en el Reino Unido se han dotado de un cuerpo de policía muy especializado en tecnologías; b) los británicos actúan, como se sabe, en vía de praxis mientras que los franceses dictan la correspondiente ley; y c) el sistema británico funciona con directa colaboración de los grandes empresarios de la red.
- Siendo que el reglamento europeo de aplicación es muy ambiguo, al permitir la actuación de los privados en el cierre de webs o cancelación de contenidos, es obvio que resulta mucho mas fácil y efectivo el sistema ingles de contactos directos públicos con los privados que deciden la solución, que no el francés en el que se plantean problemas teóricos sobre la supuesta invasión por los privados de competencias que solo deben ser ejecutivas, legislativas e incluso judiciales.

De querer sintetizar al máximo los casos planteados cabe concluir sobre las iniciales diferencias que, no obstante, por efecto de las medidas antiterroristas y la intervención en ellas de los organismos inter y supranacionales, hay cierta aproximación de Europa a la menor protección americana de la *privacy* y, al revés, cierta aproximación de EEUU (desde su siempre valerosísima Primera Enmienda) a la actuación limitadora de la libertad de expresión presente en Europa. Así, la conclusión no es otra que la minoración en general de la protección de los derechos.

5.- No siendo muy alentadora la conclusión del capítulo II, según se acaba de ver, la autora avanza en sus consideraciones a través del capítulo III, para observar desde otros enfoques. Uno de estos enfoques es francamente incisivo por tratar de reflejar el efecto que los nuevos cambios pueden haber introducido en la misma forma de gobierno en base al análisis, de una parte, de la relación ejecutivo-legislativo y, de otra, por los efectos que pudieran haberse producido en la relación del ejecutivo con el judicial. Este segundo enfoque resulta de gran utilidad para dar un paso más y poder observar los efectos de las nuevas situaciones incluso en la forma de estado (y no solo de gobierno) en la medida en que afectan directamente a los derechos y libertades.

De sus análisis «a pares» (según acabamos de ver, para cada cuestión estudia un caso de *civil law* y otro de *common law*), destaca el uso de las *sunset causes* en el mundo anglosajón, en cuya virtud las normas antiterroristas contienen una cláusula de «autoderogación» o de validez temporal que no impide, sin embargo, que tales disposiciones sean renovadas o revalidadas (en general por norma del mismo rango), aunque también en Inglaterra se ha permitido el uso de normas inferiores (pág. 153). Con ello se pretende evitar la normalización de la emergencia, aunque en la realidad no siempre se consigue, todo lo cual pone de relieve cierta minusvaloración del órgano legislativo¹⁸.

¹⁸ La cuestión de esta minoración o, en cierto modo, arrinconamiento del órgano más democrático está siendo puesta de relieve repetidamente entre nosotros por plumas bien autorizadas en esa materia. Por todos, no puedo dejar de mencionar a BIGLINO, P. (2021). «Malos tiempos para los parlamentos», en *Cuadernos Constitucionales* (en adelante, RCC), núm. 2; GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2023). «¿Déficit de representación o pérdida de centralidad del Parlamento?», en RCC, núm. 4. GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (2020). «Par-

Pero lo curioso es que, siendo tal cláusula *sunset causes*¹⁹ propia del *common law*, también acaba aplicándose en formas diversas en el *civil law* a modo de disposiciones con plazo prefijado e, incluso, adoptándose en su forma pura, como en el caso de Alemania, donde se utilizó en el nivel federal y más aún en el ámbito estatal (p. 155). En Italia apenas se ha utilizado, solo como medida antiterrorista, pero a través del uso del D. Ley, que el parlamento no solo ha convalidado sino prolongado su vigencia. Pero, en realidad, no se trata de aplicación de la cláusula americana, sino de disposiciones «a término».

Analiza los casos de *common law* revisando Australia, Canadá, Nueva Zelanda, EEUU y Reino Unido, llamando la atención sobre el hecho de que, si pudiera tener más sentido en los casos de parlamentarismo de modelo Westminster, resulta más difícil de entender en el país de origen de la cláusula, claramente presidencialista, en la medida en que allí no existe relación ejecutivo-legislativo como en los demás casos.

En términos muy generales cabe decir que los países de *civil law* son más garantistas pese a que también en ellos se hayan introducido peculiaridades ya aludidas. En efecto, en nuestros países se logra el mismo resultado de minoración del papel parlamentario con la reducción de plazos en el *iter* legislativo, de lo que representa un ejemplo el caso francés de legislación de urgencia. En Francia, tanto las vagas disposiciones de la Constitución como de los reglamentos parlamentarios han permitido recurrir a soluciones de dudosa corrección por cuanto afectan a la relación entre los dos poderes; tal es el caso de la ley 2015/912, que llevó a cabo una profunda reforma de la organización de los servicios de inteligencia (por tanto, con carácter permanente y no temporal) sin que nadie se opusiera a la petición del Gobierno del uso del procedimiento *accélére* o abreviado.

lamento y Gobierno en tiempos de multipartidismo», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 33; TUDELA, J. (2021). «Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento», en RCC, núm. 2; TUDELA, J. (2017). «La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111., etc. Entre tantas obras publicadas por la Fundación Manuel Giménez Abad, la última, coord. por DE LA IGLESIA CHAMARRO, A. (2023). *El Parlamento a debate en un tiempo nuevo*. Zaragoza.

¹⁹ Explica la autora que nace en EEUU en el periodo del *New Deal* con el fin de poner plazo a los poderes federales que permitían llevar a cabo medidas especiales, aunque con el tiempo evolucionaron hacia un modo más de imponerse el ejecutivo al legislativo (págh. 147) a través de la inercia legislativa que suele prorrogar por sistema.

Aún más incisiva es la posibilidad de que puede hacer uso el gobierno británico del *fast-track procedure*²⁰, en el que no se elimina ninguna de las tres lecturas a que se somete el *bill* en ambas cámaras; pero el dominio de los tiempos por parte del gobierno y la aplicación de la técnica conocida como «guillotina»²¹ podrían lograr que se aprobara una ley incluso en un solo día (p. 163) y no es, por lo demás, el único medio de control del Gobierno sobre los tiempos parlamentarios. Por tanto, sea en el mundo británico o en el francés, se trata en ambos casos de dominio por el ejecutivo de un *iter* legislativo en que el Parlamento viene obligado a conocer las medidas con gran superficialidad²². Es obvio, por tanto, que tanto en el Reino Unido como en Francia el desequilibrio entre ejecutivo y legislativo ha sido una permanente realidad. Pero no han sido los únicos países.

Otro modo de actuar en la normativa antiterrorista es el recurso por el Gobierno de los actos con fuerza de ley, del que Italia se pone como ejemplo (pág. 163). A partir del 11S se han utilizado DD. LL., todos ellos convertidos en leyes, y no siempre con contenido estrictamente terrorista (en buena parte afectando a materia de inmigración). Pero sin que quepa duda de que el reglamento o potestad reglamentaria del gobierno no es fuente legítima, aunque sí se ha utilizado el decreto del Presidente del Gobierno en relación con los servicios de inteligencia (p. 166-7). Sin embargo, los múltiples decretos leyes han sido aceptados por el Parlamento sin grandes debates.

6.- Llegamos así a la más delicada relación entre poderes, la del ejecutivo y el judicial en el tratamiento de medidas antiterroristas (pp. 167 y ss).

Encontramos aquí una espléndida reflexión sobre el secreto de Estado y su diferente tratamiento en los casos de *civil law* y los del *common law*. Continúa la autora con el método de contraponer casos de sendos sistemas.

²⁰ Procedimiento de urgencia o simplificado.

²¹ Sobre los modos de finalizar un debate parlamentario, entre tantos, SÁNCHEZ FERRIZ Y ROLLNERT LIERN (2022). *El Estado Constitucional*. Tirant.

²² Debe llamarse la atención sobre el caso del Reino Unido en el que, si bien los Comunes han aceptado todas las formas de superficialidad y seguimiento de lo solicitado por el Gobierno, la Cámara de los Lores no solo no se ha avenido a ello, sino que ha formulado muy serias críticas sobre estos procedimientos.

Es cierto que, en general, hay cierto *selfrestraint* de los Altos Tribunales respectivos en favor del ejecutivo; pero en particular, ello se advierte en los sistemas de *common law*, porque carecen de Tribunales Constitucionales o de jurisdicción constitucional específica; estos, sin embargo, sí pueden entrar de algún modo en consideraciones que al Tribunal Supremo están vedados, por lo que Vidaschi sostiene que la solución de EEUU requiere que se represente por un funcionario de vértice de un departamento del ejecutivo o de una agencia, lo que se explica en el sistema estadounidense, por la «correttezza procedurale dell'opposizione» en sede procesal del *state secrets privilege*.

En definitiva, se trata de centrar la responsabilidad en un sujeto que, si en Italia es el Presidente del Consejo, en EEUU es un funcionario de primer nivel con el fin de poder centrar la exigencia de responsabilidad que, no obstante, en los casos estudiados, se resuelve finalmente por vía alternativa de carácter diplomático con tal de resolver equitativamente sin que el secreto haya de pasar por un proceso judicial. A tal efecto, los tribunales han evitado entrar en el fondo de cuestiones protegidas por el secreto de Estado. La comparación entre conocidos casos americanos e italianos lleva a la misma conclusión de inacción o autocontrol, aun tratándose de supuestos de tortura y clara violación de derechos.

Otra tendencia a subrayar es la administrativización de los procedimientos en materia de terrorismo. Ello es más evidente en los sistemas de *common law* y suelen superponerse las medidas contrterroristas y las de tratamiento de la inmigración con la sola garantía del abogado especial sin apenas derechos del cliente imputado (pág. 175)²³, aunque ello tampoco ha sido ajeno a nuestros sistemas continentales. La inmigración se ha visto muy perjudicada por la normativa antiterrorista habiéndose ignorado no pocas de las garantías asentadas en nuestras constituciones.

En síntesis, el poder judicial no ha actuado como cabía esperar en su significación de contrapoder, sino buscando el modo de recortar o ignorar sus propias funciones y apoyando en lo posible al ejecutivo. De ahí que se plantee la posibilidad de que los efectos de la lucha antiterrorista llegan a afectar también a las formas de estado.

²³ Cabe encontrar una enumeración de casos tanto del Reino Unido como de Canadá o Australia en pp. 175-8.

La cuestión es nuclear porque está en juego si, efectivamente, la amenaza terrorista internacional esta «cambiando il volto» de las democracias y si una aproximación que vea la seguridad y los derechos concurrir en sentido proporcional, en vez de ser contrastados, puedan efectivamente realizarse y llegar a impedir tan arriesgada metamorfosis.

7.- Creo que es bastante gráfico el título escogido por la autora para sus consideraciones conclusivas: *¿De la rule of law alla rule of security?*

No cabe extraer reglas de general aplicación más allá de las tendencias puestas de relieve, pero sí se aclara como conclusión que los cambios operados en la lucha antiterrorista, tanto en la dogmática como en lo institucional se resumen, más que como antítesis, como endiádis entre seguridad y derechos. Aquella ha cambiado en su idea clásica de seguridad pública y garantía del interés general. En el siglo XXI su concepto no es totalmente nuevo, pero sí se vincula, además de a la colectividad, al individuo, a su libertad y desarrollo personal. Es la de hoy una seguridad que se vincula a la dignidad humana.

Ello justifica que la autora haya optado por el estudio de los casos concretos advirtiendo que la evolución no difiere mucho entre los sistemas de *common law* y los de *civil law*. Si acaso, desde el punto de vista jurisdiccional, sí es destacable la mayor flexibilidad de los tribunales europeos transnacionales en la medida en que no juzgan a un gobierno concreto, sino que se esfuerzan en mantener los grandes principios que presiden los derechos personales. Los altos tribunales nacionales tienden, en cambio, a apoyar aquellas medidas excepcionales con las que se trata de combatir el terrorismo. Entre unos y otros se ha llegado a aceptar la idea de un «estado democrático de seguridad». O, dicho de otro modo, de un estado que ha de garantizar la seguridad para hacer posible el libre ejercicio de los derechos.

La Dra. Graziani nos ofrece en esta obra una buena síntesis de los complejos problemas generados en los países democráticos por actividades terroristas de todos conocidos. Sin embargo, ha de subrayarse la forma rigurosa y ejemplar con que utiliza el método comparado entre los dos grandes sistemas jurídicos, visto que ambos han sido afectados por tan inesperadas acciones. Junto al diverso

origen y justificación doctrinal de sendos sistemas, nos muestra la evolución que los acerca en este complejo problema que estudia.

Creo que, para quien desee profundizar en la cuestión, la obra ofrece un marco claro y muy bien trazado (con coherencia desde la primera a la última página) para comprender la realidad constitucional de estas dos primeras décadas del siglo XXI.

AZAÑA, MANUEL (2022). PASEOS POR MI JAULA. PÁGINAS ESCOGIDAS DEL DIARIO, 1931-1939. J. L. GALLERO Y C. GUTIÉRREZ (EDS). MADRID: ÁRDORA EDICIONES

Jesús CAÑETE OCHOA
Universidad de Alcalá
<https://orcid.org/0009-0008-3443-0072>

El 24 de noviembre de 1911, recién llegado a París como becario de la Junta de Ampliación de Estudios y a punto de cumplir los 32 años, Manuel Azaña escribe la primera anotación de su diario. Durante esta estancia también comenzará a tomar apuntes de sus reflexiones y lecturas en un cuadernillo de notas. En una carta que, desde la capital francesa, envía a su amigo alcalaíno, José María Vicario, le dice: «En mi divisa está escrito aquello de “todo lo miró y notó, y puso en su punto”, del personaje de Cervantes; yo todo lo miro y todo lo noto, no respondo de acertar también en la última parte». (Carta a José María Vicario, 11 de enero de 1912; en: Manuel Azaña, *Obras Completas*, vol. I, edición de Santos Juliá, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 840-842).

A pesar de lo que prometían sus palabras, un perezoso Azaña va a ir escribiendo de manera discontinua en su diario. Tras regresar a Madrid, en octubre de 1912, añade una única entrada, el 2 de diciembre, y lo abandona hasta 1915, en que anota lo sucedido en los seis primeros meses del año. Durante la Gran Guerra, en la que Azaña será un ferviente defensor de la causa aliada, toma apuntes durante la visita oficial que hace, como parte de una comisión de intelectuales españoles, a los frentes de guerra francés, en 1916, e italiano y francés, en 1917. En 1918, año que había comenzado con su fallida candidatura como diputado, vuelve al diario para contar los viajes que hace en verano a Galicia, León, Asturias, Santander y País Vasco. En 1920, tras su regreso de su segunda larga estancia en

París, hace unas rápidas anotaciones sobre su estado de ánimo y la vida madrileña. Tras seis años de silencio, en 1926, retoma el diario para apuntar, brevemente, sus impresiones de un viaje por Castilla. En 1927, quizá animado por la publicación de su novela *El jardín de los frailes*, refleja en su diario el ambiente intelectual del momento. En 1928 vuelve para dejar unas pocas notas sobre su visita a Valladolid y Simancas.

No será hasta la proclamación de la República, en 1931, que Azaña se vuelque en una literatura testimonial con la que quiere dejar constancia de una actualidad convulsa y que, según sus palabras, piensa emplear en la futura redacción de sus memorias.

Los diarios de Azaña se dieron a conocer en la primera edición de las *Obras Completas*, dirigidas por Juan Marichal, publicadas en cuatro volúmenes entre 1966 y 1968, por la editorial mexicana Oasis. En el volumen III figuraban los «Diarios íntimos y cuadernillos de apuntes», con las anotaciones de 1911 a 1928, y en el volumen IV, con el título de «Memorias Políticas y de Guerra», las entradas correspondientes al periodo 1931 a 1939. En estas *Obras Completas* faltaban los tres cuadernos que fueron robados, a fines de diciembre de 1936, por el diplomático español Antonio Espinosa a Cipriano de Rivas Cherif, en esos momentos, cónsul de España en Ginebra y cuñado de Azaña, de quien había recibido el encargo de custodiarlos. Estos cuadernos contenían las anotaciones de Azaña de los siguientes periodos: del 22 de julio al 10 de septiembre de 1932; del 28 de noviembre de 1932 al 28 de febrero de 1933 y del 1 de junio al 26 de agosto de 1933.

Esos tres cuadernos estuvieron secuestrados por el dictador Francisco Franco hasta que su hija los entregó al Gobierno español en 1996. En el año 2000, la editorial Crítica los incluyó en la edición titulada *Diarios completos. Monarquía, República y Guerra Civil*. A pesar de su título, no se trataba de unos diarios completos, pues faltaban numerosos textos, algunos que ya habían formado parte de las primeras *Obras Completas* y, sobre todo, los llamados «Apuntes de memoria» que, a cargo de Enrique de Rivas, se habían publicado en 1990 en la editorial Pre-Textos y que cubren los periodos: julio de 1936 al 19 de abril de 1937 y de diciembre de 1937 a marzo de 1938.

Aun a riesgo de ser un poco prolijos, vale la pena determinar qué escritos se pueden considerar que forman parte de sus diarios, a los que el propio Azaña se refería, indistintamente, como «notas», «memorias», «borrador» o «apuntes». Si tomamos como referencia la segunda edición de sus *Obras Completas*, dirigidas por Santos Juliá y publicadas en 2007 por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nos encontramos con que, debido al criterio cronológico con el que fueron concebidas, los textos de los diarios están distribuidos a lo largo de sus siete volúmenes. A saber:

En el volumen I (páginas 667 a 809): «París, 1911»; «París, 1912»; «Bélgica, 1912»; «Madrid, 1912»; «Madrid, 1915»; «Madrid, 1916»; «París, 21-24 de octubre de 1916»; «Milán, 16 de septiembre de 1917»; «Reims, Verdún, Toul, Nancy. Diciembre de 1917»; «Galicia, León, Asturias, Santander y Provincias Vascongadas. Junio-julio de 1918».

En el volumen II (páginas 1.025 a 1.051): «Madrid, 1920»; «Castilla La Vieja, 1926»; «Madrid, 1927»; «La Coruña, 1927»; «Castilla La Vieja, 1928».

En el volumen III (páginas 593 a 1.090): «Madrid, 1931. 2 de julio de 1931-4 de enero de 1932»; «Madrid, 1932. 4 de enero-10 de septiembre».

En el volumen IV (páginas 515 a 827): «Madrid, 1932. 28 de noviembre-31 de diciembre»; «Madrid, 1933. 4 de enero-20 de agosto».

En el volumen V (páginas 627 a 660): «Madrid, 19 y 20 de febrero de 1936»; «Cartas a Cipriano de Rivas Cherif, marzo-junio de 1936».

En el volumen VI (páginas 257 a 632): «Apuntes de memoria. [Julio de 1936-abril de 1937]»; «La Pobleta, 1937. 20 de mayo-5 de diciembre de 1937»; «Apuntes de memoria. Diciembre de 1937-Marzo de 1938»; «Pedralbes. Abril de 1938-Enero de 1939»; «Crónica abreviada de quince días. Carta a Ángel Ossorio. 18 de junio de 1939».

A todo lo anterior, del volumen VII (en donde figuran los escritos póstumos de Azaña y sus apuntes) se deben añadir: «Notas

de París» (páginas 245 a 264), «Notas misceláneas» (páginas 281a 285), las anotaciones «París-Madrid, 1920» (páginas 401a 406) y los apuntes del «Block» (páginas 450 a 456).

De modo que, de un total de 1.419 páginas, la parte que corresponde a los años 1911 a 1928 supone únicamente 168 páginas. Se ve con claridad que el trabajo memorialista más significativo de Azaña comprende la República y la Guerra Civil, hasta concluir casi al inicio de su exilio; concretamente, la primera anotación es del 2 de julio de 1931 y la última del 19 de enero de 1939. A este periodo, 1931-1939, pertenecen las páginas escogidas del *Diario* de Manuel Azaña que Árdora Ediciones presenta con el título *Paseos por mi jaula*.

El libro que se reseña lleva en su portada a un Azaña sonriente, imagen suya infrecuente que procede de una fotografía tomada durante el mitin que se celebró en la plaza de toros de Bilbao el 9 de abril de 1933, en el que también intervinieron Indalecio Prieto y Marcelino Domingo.

Pero este libro es, sobre todo, una múltiple incitación para que se lea la obra de Azaña. La introducción, «Leer a Manuel Azaña», es una perentoria petición de los editores, José Luis Gallero y Carmen Gutiérrez, para que estas *páginas escogidas* sirvan «como preludeo a la lectura de los dietarios completos, así como del resto de su quehacer literario, incluido el epistolar». Quien acompañe a Azaña en sus *paseos por la jaula* de este periodo crucial en la historia contemporánea española, nunca agradecerá bastante tan acertada recomendación.

El lector voraz, que desde su infancia fue Azaña, confiesa en su texto sobre el *Idearium* de Ángel Ganivet, que está acostumbrado a leer «en coloquio con el autor, pidiéndole sus razones» (Manuel Azaña, *Plumas y palabras*, Crítica, Madrid, 1996, pp. 9-84). Leído así este libro, resultan convincentes los motivos que han llevado a los editores a realizar esta selección y se comprende lo difícil y arriesgado que ha sido separar algunas entradas de esa «corriente magnética» de su memoria, sin que se pierda «el carácter orgánico del *Diario*, la tensión interna».

Con un ánimo deambulatorio, los editores han atravesado los años más fértiles de la memoria de Azaña, que son también los años de la esperanza y la tragedia de España. Su lectura nos permite

entrar en la sala de máquinas del poder y conocer, en la voz del autor, que quizá fue el principal protagonista de su tiempo, reflexiones y opiniones sobre los personajes y los acontecimientos más destacados; todo aderezado con algunos retazos de intimidad.

Tras la introducción, figuran dos bloques con las cuarenta y tres entradas seleccionadas, una por cada mes de los años en que Azaña redactó sus diarios. El primero, 1931-1933, pertenece al llamado «bienio republicano» en que Azaña va a desempeñar la jefatura del Gobierno y el Ministerio de la Guerra. Durante esos dos largos años, Azaña va a pronunciar alguno de sus más conocidos discursos: sobre la reforma militar, las relaciones Iglesia y Estado, el orden público, el Estatuto de Autonomía de Cataluña o la República como forma de la nación. Santos Juliá, el mejor estudioso de la obra de Azaña, sugería que esos discursos se leyeran «con los diarios abiertos encima de la mesa, pues son como su emanación pública».

A las anotaciones de este primer periodo se refiere el escritor Max Aub, que las leyó cuando se publicaron en 1968 en el mencionado volumen IV de sus primeras *Obras Completas*. En su libro *La gallina ciega* (1971), diario de su decepcionante viaje a la España de 1969, escribe: «Leído aquí, ahora, estas notas de 1932 y 1933 —los años más esforzados de su gestión— suenan siempre a verdad y no dejan de sobrecoger por cuanto anuncian, agoreras.» (Max Aub, *La gallina ciega. Diario español*, Alba Editorial, Madrid, 1995, p. 160).

Durante 1934 y 1935, en que permaneció en la oposición política, Azaña no escribió en su diario. Como testimonio de lo sucedido esos dos años quedan algunos apuntes realizados más tarde (por ejemplo, en las anotaciones de los días 1 y 4 de julio y 7 de agosto de 1937 va a mencionar sucesos de 1934) y dos libros: *Mi rebelión en Barcelona*, en donde narra lo sucedido tras su detención ilegal en octubre de 1934, y *Discursos en campo abierto*, que contiene tanto su discurso en *campo cerrado*, que es la defensa de la acusación de haber proporcionado armas a los revolucionarios de Asturias y alentado la declaración independentista catalana, como los tres discursos pronunciados en Mestalla (Valencia), Lasasarre (Vizcaya) y Comillas (Madrid).

El segundo bloque comprende los años 1936 a 1939. En 1936, Azaña apenas escribe en su diario los días 19 y 20 de febrero, así que, la mayor dedicación de Azaña a la escritura de sus diarios, la va a

realizar durante la Guerra Civil, con la redacción del «Cuaderno de la Pobleta» –de 1937–, y del «Cuaderno de Pedralbes» –de 1938 y los primeros días de 1939–. El «Cuaderno de la Pobleta» es el único que, en propiedad, se podría titular como *Memorias políticas y de guerra*, pues Azaña lo reescribió en el exilio con miras a su publicación en Estados Unidos, que resultó fallida.

Cada una de las cuarenta y tres entradas (que en once casos son fragmentos de las originales) viene precedida de unas palabras del propio texto de Azaña, a modo de posible condensación de su lectura. Por ejemplo, la entrada del diario del 8 de noviembre de 1931 tiene como cimera la frase: «La elegía de la Moncloa». Efectivamente, en lo esencial, en este texto Azaña se duele de la destrucción de la zona de la Moncloa para la construcción de la futura Ciudad Universitaria. Otros ejemplos: el 29 de julio de 1932, «Una República de trasnochadores»; el 4 de enero de 1933, «Tuve que resignarme a dar paseos por mi jaula»; el 22 de junio de 1937, «Descomponer en varios colores el rayo blanco del patriotismo»; o, el 12 de mayo de 1938, «No puedo quedar prisionero de Negrín».

Para salvar los periodos en que Azaña deja la escritura de su diario, en la edición de *Paseos por mi jaula*, se han puesto una serie de textos que funcionan a modo de interludios o traspuntes, a cargo de algunos de los mejores conocedores de la obra de Azaña: Antonio Machado, Juan Marichal, Enrique de Rivas, Santos Juliá, José Carlos Mainer, Alicia Altet y Enrique Moradiellos.

Esta selección de los diarios finaliza con un fragmento de la conocida como «Crónica abreviada de quince días», que es la carta que Azaña envía a Ángel Ossorio en que deja testimonio de sus últimos días en la presidencia de la República.

A modo de epílogo figura el texto «Atrapar el aire», de José Andrés Rojo, novelista y periodista, a quien debemos una magnífica biografía de su abuelo, el general Vicente Rojo. En su texto, Rojo hace una contextualización del *Diario* de Azaña, una obra en donde, nos dice, «cualquier episodio, público o privado, se llena de múltiples sentidos, abre otras vías de comprensión, aporta distintos materiales para poder construir quién fue aquel personaje que tuvo en sus manos gobernar España y de qué están hechas las resistencias con que tuvo que batirse».

El libro se completa con un sustancioso cuerpo de notas, una cronología del periodo 1931 a 1940 y un siempre útil índice onomástico. En la redacción de las notas parece que los editores, inspirados por las palabras del modo de leer de Azaña, han querido mantener un coloquio con las entradas del *Diario* y sus resonancias. Además del *dramatis personae*, en estas notas encontramos unos estados de la cuestión que ponen las palabras de Azaña, sus reflexiones, en el centro de un inacabado debate. Por ejemplo, si la entrada trata de Casas Viejas, en una nota se hace un balance del tema y se entra a dilucidar, entre otras, la manipulación de aquella malintencionada frase atribuida a Azaña: «los tiros a la barriga». En otras notas se compendia el debate sobre la relación entre literatura y compromiso político o se resume la polémica sobre la discontinuidad de la cultura española. De modo que estas notas ayudan al lector a resolver dudas y situar muchas cuestiones.

En su colofón, este libro despide al lector con un dibujo de Azaña realizado por el editor y poeta Tono Areán, inspirado en la imagen de la portada, al que acompaña una evocadora frase de Américo Castro: «Es bueno seguir pensando en torno a las palabras de Manuel Azaña, insólitas de claridad y de honesta belleza».

Como sucede con sus diarios completos, tras la lectura de esta selección regresan muchas cavilaciones. No le abandona al lector la sensación de ser un entrometido en su vida, mientras sobrevuela la pregunta por el fin que quería dar a estos escritos. El citado Max Aub, autor de una gran obra memorialista que cubre el periodo 1939 a 1972, dejó apuntado en sus diarios el siguiente comentario: «Me saca del salón el doctor Manuel Martínez Báez para hablar de las *Memorias* de Azaña. Él no hubiera dejado que se publicaran. —¿Con qué derecho, me pregunta, se da luz a las notas de un estadista, evidentemente escritas para redactar, más adelante, sus memorias?» (21 de julio de 1968, en: Max Aub, *Nuevos diarios inéditos*, Renacimiento, Sevilla, 2003, p. 140).

Al inicio del «Cuaderno de La Pobleta», en mayo de 1937, Azaña nos dice que escribe las cosas que pasan «para intentar recordarlas y ordenarlas». Más adelante, en julio de 1937, apunta que está recogiendo testimonios parecidos, igual de directos que los suyos —«escritos en caliente»—, porque después todo lo que se escriba «será

para la historia». Lo que espera de ellos, lo confiesa, ya desde el exilio, en la carta que envía a quien fue durante un tiempo su secretario, el poeta Juan José Domenchina: «Mi propósito no es polemizar, ni criticar a nadie, sino proveer de información a los que quieran conocer la verdad, tal como yo la he entendido, y valga lo que valiere. En fin, como si me hubiese muerto, que a eso equivale publicar, en vida, unas memorias políticas» (Carta de 18 de marzo de 1939; en: Manuel Azaña, *Obras Completas*, vol. VI, edición de Santos Juliá, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 657).

Dado que hoy es posible ver en la página web del Archivo Histórico Nacional de España los manuscritos de los tres llamados *cuadernos robados* [<http://pares.mcu.es/ParesBusquedas20/catalogo/contiene/4617042>], otra pregunta que surge es cómo pudo escribirlos de forma tan fluida, sin correcciones ni tachaduras. Quizá la respuesta sea la memoria de Azaña, que él mismo calificaba de «implacable e insoportable». Pero puede que también resida en lo que la filósofa María Zambrano, que trató a Azaña en su juventud, contaba en uno de sus últimos textos, «Impávido ante las ruinas», dedicado precisamente a Azaña. María recuerda el momento en que le contó a su padre, Blas Zambrano, por cierto, amigo cercano de Antonio Machado, que había conocido a alguien que sabía escuchar. Su padre le dijo que eso era muy raro en nuestro país, que en España «había buenos oradores, pero hablar, lo que se dice hablar, después de haber escuchado, era privilegio de unos pocos» («27 de octubre de 1990. Impávido ante las ruinas», en: María Zambrano, *Obras Completas*, Vol. VI, edición de Goretti Ramírez y Jesús Moreno Sanz, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014, pp. 795-797).

Como ya se ha dicho, los dos editores, José Luis Gallero y Carmen Gutiérrez, avisan en su texto de introducción de los riesgos asumidos en la selección de estas páginas. Sin embargo, se habría agradecido que hubieran proporcionado más información sobre el criterio editorial empleado para elegir cada una de las entradas. Conocer el sentido de sus preferencias permitiría leer este *Diario* desde una nueva perspectiva, que siempre enriquece el diálogo con la obra de Azaña.

Todo diario es una *jaula*, un espacio cerrado a los recuerdos. Lo que está entre los delgados barrotes de la escritura es lo atrapado y, en este caso, se añade una nueva cerca, la del editor, que selecciona lo

que considera necesario para ofrecer su visión del mundo del diarista. A diferencia de lo que le sucede en el famoso poema «La pantera» de Rilke, detrás de los barrotes de esta jaula «todo un mundo existe» y hace que valga la pena aceptar la invitación hecha por los editores, la que nos lleva a emprender «la aventura de leer a Manuel Azaña».

REVISTA DE LAS
CORTES GENERALES
IV

Informes y jurisprudencia
parlamentaria comentada

Reports and parliamentary
Case law with commentaries

NOTA SOBRE LA POSIBILIDAD DE REALIZAR SESIONES DEL PLENO, LAS COMISIONES U OTROS ÓRGANOS DE LA CÁMARA, MEDIANTE EL SISTEMA DE VIDEOCONFERENCIA

NOTE ON THE POSSIBILITY OF HOLDING PLENARY, COMMITTEES
OR OTHER CHAMBER SESSIONS BY VIDEOCONFERENCE
SYSTEM

SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

SUMARIO: I. EL PLENO. II. LAS COMISIONES. III. LA MESA Y LA
JUNTA DE PORTAVOCES. IV. CONCLUSIONES.

Ante la declaración del estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y en atención a las especiales circunstancias concurrentes, que dificultan el normal desempeño de la función parlamentaria, se han producido diversas solicitudes de algunos grupos parlamentarios pidiendo que se facilite la intervención a través de videoconferencia a los miembros de su grupo parlamentario, tanto en el próximo Pleno convocado para el 25 de marzo como para futuras convocatorias de este órgano, así como en las posibles reuniones de comisión que se celebren o las de la Junta de Portavoces que tengan lugar mientras dure el estado de alarma.

Esta nota pretende responder a dichas solicitudes para lo cual es preciso examinar por separado las cuestiones que se plantean en relación con el Pleno, las comisiones y otros órganos como la Mesa o la Junta de Portavoces.

I. EL PLENO

En cuanto a las intervenciones en el Pleno existen, en primer lugar, una serie de argumentos de orden jurídico que llevan a entender que, con la regulación reglamentaria de los debates actualmente vigente, no es posible la intervención de los diputados por videoconferencia.

Así, la presencia del orador en el Salón de Sesiones es considerada como un elemento inherente a la actividad parlamentaria, lo cual se recoge expresamente en el artículo 70.2 del Reglamento de la Cámara, que establece que: «Los discursos se pronunciarán personalmente y de viva voz. El orador podrá hacer uso de la palabra desde la tribuna o desde el escaño».

La previsión del uso de la tribuna o el escaño no se acompaña de ninguna posibilidad de intervenir en ausencia o fuera del Salón de Plenos, lo cual es lógico, porque responde a la inmediatez como esencia misma del debate, sirve al adecuado desarrollo del mismo y a su debida ordenación por la Presidencia, al tiempo que permite el correcto seguimiento por terceros de la sesión pública.

En este sentido, cabe recordar que la exigencia de la presencia en el Salón de Sesiones a efectos de quorum en las votaciones, fue matizada por la reforma del Reglamento aprobada el 21 de julio de 2011, que modificó su artículo 82 para introducir la posibilidad del

voto telemático en determinados supuestos y añadió un apartado 3 al artículo 79 con el siguiente tenor: «Se computarán como presentes en la votación los miembros de la Cámara que, pese a estar ausentes, hayan sido expresamente autorizados por la Mesa para participar en la misma». Sin embargo, el artículo 70 no ha sido objeto de análoga modificación; puesto que, a diferencia del carácter personal e indelegable del voto, en el caso de los debates sí cabe la sustitución de los diputados por otro de su mismo grupo parlamentario (art. 70.4).

Por otra parte, debe recordarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída sobre esta materia. En particular, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2019, de 12 de febrero, por la que se resolvía la impugnación de disposiciones autonómicas (492-2018), formulada por el Gobierno contra las resoluciones del presidente del Parlamento de Cataluña por las que se proponía como candidato para la investidura como presidente del Gobierno de la Generalitat a D. Carles Puigdemont i Casamajó, en ausencia de dicho candidato, declarándolas nulas; y en la STC 45/2019, de 27 de marzo de 2019, por la que se resolvió el Recurso de inconstitucionalidad (2533-2018) interpuesto por el presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2018, de 8 de mayo, de modificación de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno y se declaró la nulidad de los preceptos legales autonómicos que posibilitan la investidura no presencial del candidato a la presidencia de la Generalitat de Cataluña, así como la celebración de reuniones a distancia del Consejo de Gobierno.

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2019, se señala que: «El ejercicio de las funciones representativas ha de desarrollarse, como regla general, de forma personal y presencial». Y continúa señalando más adelante: «De igual modo, y también como regla general, las actuaciones parlamentarias han de ejercerse de modo presencial. La presencia de los parlamentarios en las cámaras y en sus órganos internos es un requisito necesario para que puedan deliberar y adoptar acuerdos. En relación con las Cortes Generales, el artículo 79 CE, en su apartado primero, establece que “[p]ara adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros” y su apartado segundo, que “[d]ichos acuerdos, para ser válidos, deberán ser aprobados por

la mayoría de los miembros presentes...”. Asimismo, el artículo 60.3 EAC, cuando regula el funcionamiento del Parlamento de Cataluña, requiere que se encuentre reunido “con la presencia” de la mayoría absoluta de los diputados y prescribe, además, que la mayoría exigida para adoptar los acuerdos se conforme por los votos de los diputados “presentes”. Por otra parte, los reglamentos de las cámaras disponen que los parlamentarios tienen el deber de “asistir” a las reuniones del pleno de la cámara y a la de las comisiones a las que pertenezcan. Así lo establece, en lo que hace al caso que ahora se enjuicia, el propio Reglamento del Parlamento de Cataluña en su artículo 4.1. Este deber de asistencia determina, por tanto, que los parlamentarios tienen el deber de comparecer en persona ante la Cámara para poder participar en las sesiones parlamentarias. Por esta razón, el Reglamento del Parlamento de Cataluña, cuando regula los debates, solo contempla la posibilidad de que el orador pueda hablar desde la tribuna o desde el escaño (art. 85.3); no prevé la posibilidad de participar en ausencia».

Y de forma aún más concluyente afirma que: «Las normas citadas son expresión, en definitiva, de un principio del que se deriva el carácter presencial de la actividad parlamentaria. En los procedimientos parlamentarios la interacción entre los presentes es un elemento esencial para que la cámara pueda formar su voluntad. La formación de la voluntad de las cámaras solo puede realizarse a través de un procedimiento en el que se garantice el debate y la discusión –solo de este modo se hace efectivo el pluralismo político y el principio democrático– y para ello es esencial que los parlamentarios asistan a las sesiones de la cámara. El proceso de comunicación que precede y determina la decisión parlamentaria es un proceso complejo en el que el voto que conforma la decisión final se decide atendiendo a múltiples circunstancias de entre las que no deben descartarse aquellas que pueden surgir de la interrelación directa e inmediata entre los representantes. Por ello, para que la voluntad de la cámara se pueda formar debidamente, es preciso que los parlamentarios se encuentren reunidos de forma presencial, pues solo de este modo se garantiza que puedan ser tomados en consideración aspectos que únicamente pueden percibirse a través del contacto personal. Esta exigencia no admite otra excepción que la que pueda venir establecida en los reglamentos parlamentarios respecto a la posibilidad de votar en ausencia

cuando concurren circunstancias excepcionales o de fuerza mayor, y para ello será necesario que el voto realizado sin estar presente en la cámara se emita de tal modo que se garantice que expresa la voluntad del parlamentario ausente y no la de un tercero que pueda actuar en su nombre». (FJ. 4º)

Y finalmente, en el FJ. 5º, termina recordando que: «La exigencia de que la función parlamentaria se ejerza en un determinado espacio físico —la sede del Parlamento— no tiene solo como finalidad garantizar que los parlamentarios puedan ejercer su función representativa en un lugar en el que no puedan ser perturbados, sino que cumple también una función simbólica, al ser ese el único lugar en el que el sujeto inmaterial que es el pueblo se hace presente ante la ciudadanía como unidad de imputación y se evidencia la centralidad de esta institución».

Por tanto, parece claro que para admitir esta posibilidad sería preciso proceder previamente a una modificación del Reglamento que, en todo caso, debería contemplarla tan sólo por motivos excepcionales. Así por ejemplo se ha hecho en el caso del Consejo de Ministros mediante la disposición final primera del Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, según la cual se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, con el siguiente contenido:

«1. En situaciones excepcionales y cuando la naturaleza de la crisis lo exija. El Presidente del Gobierno podrá decidir motivadamente que el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios puedan celebrar sesiones, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios electrónicos, siempre que los miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad. Asimismo, se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter secreto o reservado de sus deliberaciones.

2. A estos efectos, se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias y videoconferencias».

Todo lo anterior no quiere decir, sin embargo, que no se haya podido establecer ninguna medida para adaptar la celebración de sesiones plenarias a las circunstancias excepcionales que están vigentes

durante el estado de alarma. Han sido precisamente éstas últimas las que han llevado a la Mesa de la Cámara a adoptar el Acuerdo de 19 de marzo de 2020, por el que, teniendo en cuenta la declaración del estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y en atención a las especiales circunstancias concurrentes, que dificultan el normal desempeño de la función parlamentaria, se permite que, mientras dure dicho estado de alarma y previa petición del grupo parlamentario correspondiente, todos los diputados que lo deseen puedan emitir su voto por el procedimiento telemático en las sesiones plenarias que se celebren durante este período. Ello permitirá que la sesión convocada para el día 25 de marzo pueda celebrarse con un número mínimo de diputados presentes, en condiciones parecidas a las que tuvo lugar el Pleno del pasado día 18 de marzo, en cumplimiento de las recomendaciones de las autoridades sanitarias.

Por otro lado, y desde el punto de vista técnico, el Congreso de los Diputados no cuenta, por el momento, con los medios necesarios para poder celebrar una sesión plenaria mediante el procedimiento de videoconferencia. Desde luego, no una sesión en la que los 350 diputados pudiesen participar a distancia mediante algún sistema electrónico, pero tampoco una en la que tan sólo algunos portavoces hicieran uso de estos sistemas y hubiese que atender a todos ellos a la vez.

En la actualidad las pantallas del Hemiciclo que reflejan el resultado de las votaciones están dedicadas fundamentalmente a este fin, aunque también permiten la proyección de la imagen que produce la señal del Centro de Televisión del Congreso. Permiten la repetición de una única señal que es la que se distribuye a todas las cadenas de televisión y por eso no podría sustituirse por la emisión de varias imágenes procedentes cada una de ellas de una señal diferente.

II. LAS COMISIONES

En el caso de las sesiones que puedan celebrar las comisiones la cuestión es muy similar a la de las sesiones plenarias. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 70 del Reglamento se encuentra en el capítulo tercero del título IV («De las disposiciones generales de funcionamiento»), dedicado a los debates. Resulta, por

tanto, de aplicación tanto a los debates que tengan lugar en Pleno como a los que se desarrollen en las comisiones.

Y lo mismo cabe decir respecto de la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la que antes se ha hecho referencia. Todas las consideraciones efectuadas por el alto Tribunal respecto al modo personal y presencial del ejercicio de las funciones representativas hechas en las Sentencias del Tribunal Constitucional 19/2019 y 45/2019, son igualmente predicables del trabajo en comisión.

En cuanto a las dificultades técnicas, posiblemente en el caso de las comisiones fueran menores, tanto por el número más reducido de sus miembros, como por la posibilidad de celebrar sus sesiones en distintas salas, algunas de ellas con medios técnicos más avanzados. En este sentido, desde el año 2006 se han celebrado algunas sesiones de comisión y de subcomisiones con la comparecencia por el sistema de videoconferencia de algunas autoridades como los comisarios de la Unión Europea y de algunos expertos que se encontraban fuera de España.

Sin embargo, debe insistirse, en todos estos casos era sólo el compareciente quien no se encontraba presente, los diputados que participaban en dichas reuniones debían encontrarse en la sala donde estaba teniendo lugar la sesión.

III. LA MESA Y LA JUNTA DE PORTAVOCES

Por último, es distinto el caso de la Mesa y de la Junta de Portavoces. La característica diferencial es que estos órganos rectores de la organización y funcionamiento de la Cámara se reúnen siempre a puerta cerrada y sus debates no son públicos. Tampoco las intervenciones que tienen lugar en su seno se recogen en el Diario de Sesiones y de las mismas tan sólo queda un registro en las actas que, fundamentalmente, son actas de acuerdos aunque hagan sucinta referencia a la explicación de las posturas defendidas en cada caso.

Por eso se ha entendido que en estos casos sí cabe la participación en ausencia de la sala en la que se celebre la reunión, mediante un sistema de videoconferencia. Así ocurrió, por ejemplo, en la reunión de la Junta de Portavoces que tuvo lugar el pasado día 18 de marzo, en la que atendiendo a las especiales circunstancias derivadas de

la declaración del estado de alarma, se permitió la participación a distancia de diversos diputados.

En cualquier caso, parece que también en estos supuestos deben invocarse razones excepcionales cuando se quiera hacer uso de esta posibilidad, y siempre habrá de existir una sede física de la reunión dentro del Congreso de los Diputados que permita ejercer la presidencia y dirección de la reunión, así como su seguimiento por quienes han de redactar el acta.

IV. CONCLUSIONES

1.^a No cabe la participación de los diputados en ausencia por videoconferencia ni en las sesiones del Pleno ni en las de las comisiones. A ello se opone tanto el vigente Reglamento del Congreso de los Diputados como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída sobre esta materia. Para poder admitir esta posibilidad sería preciso proceder a una modificación del Reglamento que, en todo caso debería contemplarla tan sólo por motivos excepcionales.

2.^a En el caso de las reuniones de la Mesa y la Junta de Portavoces, es posible la participación por el sistema de videoconferencia cuando así se autorice por la Presidencia y atendiendo, asimismo, a circunstancias excepcionales como las que se producen durante la vigencia del actual estado de alarma.

PROPORCIONALIDAD EN LA DESIGNACIÓN DE
SENADORES POR UN PARLAMENTO AUTONÓMICO.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL 116/2023, DE 25 DE SEPTIEMBRE.
RECURSO DE AMPARO NÚM. 3837-2021. (BOE NÚM.
261, DE 1 DE NOVIEMBRE DE 2023)

PROPORTIONALITY IN THE DESIGNATION OF SENATORS BY A
REGIONAL PARLIAMENT. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL
COURT JUDGMENT 116/2023, OF SEPTEMBER 25, CONCERNING
THE APPEAL FOR LEGAL PROTECTION NUM. 3837-2021. (BOE
NUM. 261, OF NOVEMBER 1, 2023)

Ignacio NAVARRO MEJÍA
Letrado de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-1988-4999>

RESUMEN

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox en el Parlamento de Cataluña contra el acuerdo de la Mesa de este, sobre la distribución del número de senadores que le corresponde designar proporcionalmente tras las elecciones al Parlamento de Cataluña de 2021. La Mesa aplica la fórmula Imperiali en el reparto de los ocho senadores a designar, entre los grupos parlamentarios, quedando excluido el recurrente, pero el Tribunal Constitucional no aprecia en tal decisión una vulneración de la adecuada representación proporcional que exige la Constitución, pues el eventual acuerdo de la Mesa no está limitado por la aplicación de una u otra regla concreta de proporcionalidad.

Palabras clave: Senadores de designación autonómica, adecuada representación proporcional, acuerdo de Mesa, fórmula Imperiali, ius in officium, autonomía parlamentaria, usos parlamentarios.

Artículos clave: arts. 23.2 y 69.5 de la Constitución, art. 61.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 174 del Reglamento del Parlamento de Cataluña.

Resoluciones relacionadas: Sentencias del Tribunal Constitucional 4/1992, de 13 de enero, y 56/2022, de 5 de abril.

ABSTRACT

The Constitutional Court dismisses the appeal for legal protection brought by Parliamentary Group Vox in the Regional Parliament of Catalonia against the decision of the Bureau of said parliament, regarding the distribution of the number of senators to be proportionally appointed after the elections to the Parliament of Catalonia in 2021. The Bureau applies the Imperiali formula in the distribution of the eight senators to appoint, among the parliamentary groups, thus excluding the appellant, but the Constitutional Court doesn't appreciate in this choice an infringement of the adequate proportional representation demanded by the Constitution, because the arrangement of the Bureau is not limited by the enforcement of any given rule of proportionality.

Keywords: Senators of autonomous appointment, adequate proportional representation, agreement of the Bureau, Imperiali formula, ius in officium, parliamentary autonomy, parliamentary uses.

Key articles: arts. 23.2 y 69.5 of the Spanish Constitution, art. 61.a) of the Statute of Autonomy of Catalonia, art. 174 of the Standing Orders of the Parliament of Catalonia.

Related decisons: Constitutional Court's Judgements 4/1992, of January 13th, and 56/2022, of April 5th.

I. ANTECEDENTES

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) 116/2023, de 25 de septiembre, que es objeto de este comentario, se pronuncia sobre el recurso de amparo núm. 3837-2021, interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox en el Parlamento de Cataluña contra los acuerdos de la Mesa de esta Cámara, sobre la distribución del número de senadores que corresponde designar proporcionalmente a cada grupo parlamentario. En este primer apartado corresponde por tanto recordar la normativa aplicable sobre la designación de senadores por las comunidades autónomas, aplicada en efecto por la Mesa de este Parlamento y valorada por el grupo recurrente para interponer el citado recurso, por lo que también procederá recordar aquí el sentido de ambos escritos y otros aportados al proceso. Una vez expuestos estos antecedentes, siguiendo la estructura de la STC reseñada, su comentario se centrará sustancialmente en los argumentos de fondo, recogidos en los fundamentos jurídicos de aquella.

Antes de entrar en el propio objeto del recurso, por consiguiente y en primer lugar, conviene transcribir los preceptos en que se basan las decisiones adoptadas, referidas a la designación de senadores por el Parlamento de Cataluña.

La primera norma a tener en cuenta es el artículo 69.5 de la Constitución, según el cual «Las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional». Por tanto, nuestra Constitución reconoce, entre los miembros que componen el Senado, la existencia, además de los elegidos en las provincias, islas y ciudades de Ceuta y Melilla, de otros que son designados por las comunidades autónomas atendiendo a su población respectiva. En este caso, hay que atender a la población de Cataluña, fijada en 7.600.065 habitantes según el censo de población de derecho vigente al momento de celebrarse las elecciones generales de 2019¹,

¹ Esto se deriva del artículo 165.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, al prever que «Las Comunidades Autónomas designan además

por lo que, en aplicación del artículo 69.5 de la Constitución, le corresponderían ocho senadores (uno y otro más por cada millón de habitantes, hasta siete, de su territorio).

Dicho precepto se remite, para concretar esta designación, a los estatutos de autonomía, por lo que procede acudir aquí al de Cataluña, reformado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio. En efecto, su artículo 61.a) incluye entre las funciones que corresponden al Parlamento de esta comunidad: «Designar a los Senadores que representan a la Generalitat en el Senado. La designación debe realizarse en una convocatoria específica y de forma proporcional al número de Diputados de cada grupo parlamentario». En relación con ello, la disposición adicional primera del mismo estatuto establece lo siguiente: «1. Corresponde al Parlamento designar a los Senadores que representan a la Generalitat en el Senado, en los términos que establece una ley aprobada por la mayoría absoluta del Pleno del Parlamento en una votación final sobre el conjunto del texto. La designación debe realizarse con una convocatoria específica y en proporción al número de Diputados de cada grupo parlamentario. 2. El Parlamento, mediante una ley aprobada en una votación final sobre el conjunto del texto por mayoría absoluta, debe adecuar las normas relativas a la elección de los Senadores a la reforma constitucional del Senado, en lo que corresponda».

un Senador y otro más para cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponde a la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma de acuerdo con lo que establezcan sus Estatutos, que aseguran, en todo caso, la adecuada representación proporcional. A efectos de dicha designación el número concreto de Senadores que corresponda a cada Comunidad Autónoma se determinará tomando como referencia el censo de población de derecho vigente en el momento de celebrarse las últimas elecciones generales al Senado». En este caso, procedería pues aplicar la cifra contemplada en el anexo del Real Decreto 1458/2018, de 14 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2018, ya que las últimas elecciones generales al Senado, en este caso, fueron el 10 de noviembre de 2019, y en ese momento el decreto vigente era el recién citado. Extraemos este detalle del cuerpo del texto porque aquel precepto no es traído a colación por las partes del proceso ni por el Tribunal Constitucional que lo resuelve, en cuanto a la normativa específicamente aplicable al caso. Para la interpretación del artículo 165.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General cabe remitirse por lo demás a GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (1995), *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas*. Madrid, Cortes Generales, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 175 ss.

Por tanto, en lo referido a esta designación de senadores, el Estatuto de Autonomía de Cataluña traduce la «adecuada representación proporcional» establecida en el antes citado artículo 69.5 de la Constitución en que tal designación debe ser «en proporción al número de Diputados de cada grupo parlamentario», para cuyo procedimiento se remite a una ley específica. Dicha ley es la Ley 6/2010, de 26 de marzo, del procedimiento de designación de los senadores que representan a la Generalidad en el Senado. Y, en concreto, procede destacar lo establecido en su artículo 3.2, según el cual «La Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, determina el número de senadores que corresponde proporcionalmente a cada grupo parlamentario». Esta escueta regulación hace pues depender de la Mesa del Parlamento de Cataluña, oída su Junta de Portavoces, la determinación del número de senadores a designar, en todo caso, proporcionalmente a cada grupo parlamentario, siguiendo la ya transcrita exigencia de representación proporcional. Este precepto no realiza mayor precisión en cuanto a esta función específica del órgano rector de esta Asamblea.

En fin, ante la falta en esta ley de una regulación detallada del procedimiento a seguir para dicha designación, hay que tener en cuenta lo establecido en el Reglamento del Parlamento de Cataluña, cuyo artículo 174 dispone que:

1. El Pleno del Parlamento, en convocatoria específica, designa a los senadores que han de representar a la Generalidad en el Senado, de conformidad con el Estatuto de autonomía de Cataluña.
2. La Mesa del Parlamento, de acuerdo con la Junta de Portavoces, fija el número de senadores que corresponde proporcionalmente a cada grupo parlamentario.
3. El presidente del Parlamento fija el plazo en que los representantes de los grupos deben proponer sus candidatos. Finalizado dicho plazo, el presidente hace públicas las correspondientes resoluciones y convoca el Pleno del Parlamento para su ratificación.
4. Si es preciso sustituir a alguno de los senadores a los que se refieren los apartados 1 y 3, la persona sustituta debe ser propuesta por el mismo grupo parlamentario que había propuesto a su antecesor.

De este precepto interesa en este caso su apartado 2, que de nuevo reconoce la facultad de la Mesa de esta Asamblea de fijar el número de senadores que, proporcionalmente y a efectos de su

designación, corresponde proponer a cada grupo. Pero dicho artículo tampoco especifica criterio alguno que tenga que seguir este órgano para fijar ese número. De entrada, la regulación aplicable al caso adelanta pues que la designación de senadores que corresponde al Parlamento de Cataluña se realiza a propuesta de sus grupos atendiendo a la distribución numérica entre ellos realizada por la Mesa, sin más exigencia que la proporcionalidad de tal distribución.

En este marco, tras las elecciones al Parlamento de Cataluña del 14 de febrero de 2021 y su sesión constitutiva celebrada el 12 de marzo siguiente, la Mesa de dicho Parlamento y su Junta de Portavoces se reunieron el 20 de abril para fijar el número de senadores a designar, a propuesta de los distintos grupos, conforme al antes citado artículo 174.2 del Reglamento. Como recoge la STC 116/2023 en su antecedente 2, la Mesa, siguiendo a la mayoría de la Junta de Portavoces, «resolvió distribuir el número de senadores que corresponde proporcionalmente a cada grupo parlamentario por la fórmula Imperiali, con el resultado de que, de los ocho senadores a designar, le corresponden a los grupos parlamentarios Socialistes i Units per Avançar y Esquerra Republicana tres senadores a cada uno y al de Junts per Catalunya, dos senadores».

Contra este acuerdo, al día siguiente, el Grupo Parlamentario Vox presentó solicitud de reconsideración, porque a su entender, si se hubiera concretado la proporcionalidad exigida en la fórmula de restos mayores o D'Hondt, seguida en anteriores legislaturas, le habría correspondido un senador, sin que resulte, en su opinión, justificado ahora el cambio de criterio, «aplicando la hasta el momento desconocida “fórmula Imperiali”», para excluirlo en el reparto. Sin embargo, la Mesa desestimó la solicitud de reconsideración el 26 de abril, defendiendo su función autónoma en esta materia y la elección del concreto sistema proporcional. Contra dicha resolución desestimatoria el Grupo Parlamentario Vox interpuso entonces el recurso de amparo núm. 3837-2021 que resuelve esta STC.

Este recurso de amparo se fundamenta en la infracción del artículo 23.2 de la Constitución, del que también procede recordar ahora el tenor: «Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» Tal precepto se integra en la sección 1ª del capítulo

segundo del título I de la Constitución y, por ello, conforme a su artículo 53.2, es susceptible de tutela a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De hecho, como es sabido y atestigua innumerable jurisprudencia, dicho artículo 23.2 es el comúnmente invocado en los recursos de amparo de naturaleza parlamentaria, ya que su contenido se ha interpretado extensivamente por el Tribunal Constitucional, para incluir en él una serie de facultades integrantes del *ius in officium* de los parlamentarios.

Este aspecto no es controvertido entre las partes y la parte recurrente se limita a recordar, siguiendo tal jurisprudencia, que «el derecho a la presentación de candidaturas de senadores autonómicos forma parte» de aquel derecho. Pues bien, ese derecho de presentación, entiende el grupo recurrente, le ha sido privado al acordar la Mesa del Parlamento de Cataluña un criterio de distribución que altera «el método de cómputo en atención a los intereses de la mayoría política», e incluso que «altera la esencia de la proporcionalidad al excluir por completo a los grupos minoritarios produciendo una situación notablemente desventajosa, que constituye una discriminación vedada por el art 23.2 de la Constitución Española (CE)».

Más precisamente, y siguiendo el argumento ya expuesto en su solicitud de reconsideración desestimada, alega el grupo recurrente que «no cabe duda de que la aplicación de dicha fórmula Imperiali desvirtúa la propia esencia de la proporcionalidad», aplicación que además «infringe los usos parlamentarios, ya que no hay precedente ni en el Parlamento catalán ni en ningún otro Parlamento en España de utilización de la fórmula Imperiali». Concluye el grupo recurrente que, ante la falta de precisión en la normativa aplicable sobre la fórmula a emplear, debería aprobarse una resolución parlamentaria que la fijara o, en su defecto, debería limitarse la Mesa «a aplicar la regla seguida en la anterior legislatura o una regla de cálculo de la que resulte, al menos, una proporcionalidad igual o superior a la de la regla de general aplicación entre nosotros, esto es, la fórmula d'Hondt».

Así resumida la fundamentación del recurso de amparo, cabe añadir que, según los demandantes, el mismo tiene especial trascendencia constitucional, como exige el artículo 49.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por la novedad y las posibles consecuencias políticas generales de la cuestión. Esta

especial transcendencia constitucional fue apreciada por la sección segunda del órgano jurisdiccional, por lo que el recurso de amparo fue admitido a trámite (descartando su reconsideración posterior). Se emplazó entonces al Parlamento de Cataluña y se acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para presentar alegaciones. En este sentido, el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso, alegando que «la aplicación de la fórmula Imperiali se cohonestaba con el criterio de proporcionalidad establecido legalmente», sin que pueda apreciarse discriminación del grupo recurrente.

En ello coincidió sustancialmente el escrito del Parlamento de Cataluña, al recordar que su Mesa puede elegir libremente el criterio de proporcionalidad, siempre y cuando «no llegue a alterarse su propia esencia ni [que] conlleve una situación notablemente desventajosa». Y al respecto detalla esta parte que «la fórmula de restos mayores en la variante Imperiali no solo no altera la esencia proporcional, sino que se ajusta a ella, ya que si se hubieran elegido las fórmulas a las que se refiere el recurrente se habría producido una distorsión en el resultado ya que dos grupos parlamentarios tendrían la mitad de senadores que grupos con el triple de diputados (método de restas mayores). En el caso de que se hubiera escogido el método d'Hondt, el resultado conduciría igualmente a una distorsión notable puesto que a dos grupos con el mismo número de diputados (treinta y tres), se le asignaría a uno la cuota de tres senadores y a otro dos, e igualmente resultaría favorecido el grupo parlamentario Vox respecto al segundo y tercer grupo de la Cámara al obtener la mitad de la representación de senadores que estos grupos».

Por otro lado, prosigue el escrito de la representación del Parlamento de Cataluña, la función de su Mesa no está limitada por la aplicación de una u otra fórmula, teniendo en cuenta además que «la fórmula Imperiali no es una fórmula extravagante dentro de los sistemas habituales de distribución electoral», «no existe un derecho de los grupos parlamentarios a que deba buscarse la aplicación de una fórmula que favorezca la posibilidad de que designen senadores derivado de que así se ha hecho en el pasado» y que a «los grupos parlamentarios de similares dimensiones o representatividad a la del grupo demandante de amparo no se les ha asignado siempre, en pasadas legislaturas, un número de senadores».

Así pues, estos argumentos se contraponen según se pretenda la estimación o desestimación del recurso, planteados respectivamente por la parte demandante y la demandada. Y de ellos se extrae que la cuestión principal es si la aplicación de la fórmula Imperiali por la Mesa del Parlamento de Cataluña, para repartir entre los grupos parlamentarios el número de senadores a designar, infringe la adecuada representación proporcional que en esta designación debe respetarse. Es esta cuestión, con carácter principal, la que analizaremos en el comentario que sigue.

II. COMENTARIO

La STC 116/2023, una vez ceñido el objeto del recurso y resueltas sus cuestiones previas, desarrolla su fundamentación, a partir del fundamento jurídico 3, en torno a la cuestión principal antes indicada, esto es, si la decisión de la Mesa del Parlamento de Cataluña respeta la proporcionalidad en la designación de senadores. En primer lugar, la STC relaciona esta designación, como previsión general, con el derecho de representación política del ya citado artículo 23.2 de la Constitución, para concretar el «margen de apreciación que tienen las Mesas de las Asambleas representativas en la interpretación de la normativa autonómica respecto de la selección del criterio de proporcionalidad para la distribución en la designación de los senadores autonómicos». Recuerda, asimismo, su jurisprudencia sobre los usos parlamentarios, y aplica lo anterior al caso para resolver el recurso.

Siguiendo esta estructura, procede entonces dividir este comentario en tres subapartados: el primero más genérico sobre el derecho a proponer senador(es) para su designación por un Parlamento autonómico; el segundo sobre la función de la Mesa en esta materia; y el tercero sobre los usos parlamentarios aplicables al caso.

1. Derecho de representación política y designación de senadores autonómicos

Como ya hemos adelantado, el artículo 23.2 de nuestra Constitución contempla el llamado derecho de representación política, cuyo ejercicio conecta con la previsión del apartado 1 del mismo precepto sobre la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. En

efecto, el Tribunal Constitucional ha interpretado este artículo de tal manera que no basta con garantizar el acceso al cargo público para los candidatos eventualmente proclamados electos en el proceso electoral correspondiente, como son unas elecciones autonómicas, sino que, una vez tomada posesión del cargo, deben garantizarse ciertos derechos o facultades de quien lo ocupa para desarrollar esa representación adquirida. Sin embargo, no es el Tribunal Constitucional el que ha precisado *ex novo* cuáles son esos derechos o facultades, sino que tal precisión corresponde a la normativa correspondiente.

Por ello, sigue recordando este tribunal, estamos ante un derecho de configuración legal, añadiendo que «compete a los reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los representantes políticos corresponden, que una vez creados quedan integrados en el estatus propio del cargo», de tal manera que el derecho fundamental del artículo 23.2 sería vulnerado si no se respeta el núcleo de tales derechos o facultades o su estatuto constitucionalmente relevante. Esta apreciación, insistimos, no es novedosa de esta STC, sino que se puede remontar a algunas de las primeras resoluciones de este tribunal, como la STC 10/1983, de 21 de febrero, o la STC 32/1985, de 6 de marzo, y se consolida a partir de las esenciales Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 161/1988, de 20 de septiembre, y 205/1990, de 13 de diciembre. A ellas han seguido otras muchas que, en relación con una u otra facultad reconocida en uno u otro Reglamento parlamentario, se han pronunciado sobre su protección.

Sin embargo, el que el artículo 23.2 de la Constitución, en su dimensión de *ius in officium* del cargo público, reconozca un derecho de configuración legal, no debería restringir *per se* su desarrollo al Reglamento parlamentario, aunque este sea la norma que, por su naturaleza, mejor lo ampare. Ya realizamos una advertencia en este sentido en nuestro comentario a la STC 16/2022, de 8 de febrero², y

² Apuntábamos que «no parece que quepa interpretar en sentido estricto esta competencia, en la medida en que "solo" corresponda a los Reglamentos parlamentarios configurar legalmente este derecho. Así lo da a entender, entre otras, la STC 159/2019, de 12 de diciembre, al señalar que estamos ante "un derecho de configuración legal y, en consecuencia, compete a la Ley, comprensiva de los Reglamentos parlamentarios, el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos públicos"», por lo que defendíamos en ese caso que «la previsión en una disposición legal, como es el artículo 75.2.c) de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, podría entonces incluir derechos o facultades

aquí también se podría valorar si, más allá del Reglamento del Parlamento de Cataluña, otra norma precisara alguna facultad integrante del derecho de representación política, que en este caso se concreta en el derecho a proponer senador(es) para su designación por este Parlamento. Lo cierto es que, vista la normativa antes transcrita, no hay especificación en ella que no se halle luego en el artículo 174 de dicho Reglamento, por lo que, en desarrollo de ese *ius in officium* general, es en este precepto donde se concreta fundamentalmente este derecho más específico.

En efecto, volviendo a la STC 116/2023, con cita de la anterior STC 56/2022, confirma que «el eventual menoscabo de las facultades parlamentarias que corresponden a los grupos en el procedimiento de designación de senadores autonómicos redundaría en infracción del derecho constitucional de sus miembros al ejercicio del cargo representativo (art. 23.2 CE)». Dicho de otra manera, el *ius in officium* consagrado en este precepto constitucional integraría como una de sus facultades, en este caso de los grupos parlamentarios, la de participar en el procedimiento de designación de senadores autonómicos. Y, por tanto, una decisión parlamentaria que afecte a esta participación «incide en un aspecto que forma parte del núcleo esencial de la función representativa de los demandantes de amparo susceptible de comprometer sus derechos de representación política», razón por la que la STC reseñada prosigue, en su fundamento jurídico 4, en el análisis del caso.

Con todo, antes de proseguir nosotros en esta línea, en tanto que ello afecta ya más precisamente a la conformidad o no con la Constitución de la decisión adoptada por la Mesa del Parlamento de Cataluña, comentada en el siguiente subapartado, no puede concluirse este sin antes profundizar un poco más en esa concreción del *ius in officium* en un derecho, por así decir, a participar en el procedimiento de designación de senadores autonómicos. Esta STC pasa por encima de esta concreción (pese al título de su fundamento jurídico 3: «Juris-

reconocidos a los miembros de las Cortes de Castilla-La Mancha»: NAVARRO MEJÍA, I. (2022). *La supresión de un control parlamentario por una ley de presupuestos autonómica: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2022, de 8 de febrero de 2022. Recurso de inconstitucionalidad núm. 2313-2020. (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2022)*. Revista de las Cortes Generales, (114), 603-618.

prudencia constitucional sobre el derecho de representación política (art. 23.2 CE) y su proyección a la designación proporcional de los senadores autonómicos prevista en el art. 69.5 CE») pues se remite simplemente a lo ya resuelto en dos SSTC anteriores: la 4/1992, de 13 de enero, y la 56/2022, de 5 de abril.

Más precisamente, la STC 4/1992 parte también de una alegada lesión del derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución como consecuencia de una decisión de la Mesa de la Cámara, en este caso de la Asamblea de Madrid, para el reparto de senadores a designar a propuesta de los grupos parlamentarios. El caso fue análogo al resuelto ahora en la STC 116/2023 y retomaremos su resolución en el siguiente subapartado. Aquí solo procede recoger lo relativo al mentado derecho, y lo cierto es que sobre este la STC 4/1992, en su fundamento jurídico 2, se limita a afirmar que «las desviaciones de la proporcionalidad susceptibles de configurar una lesión del art. 23.2 de la Constitución y, por ello, revisables en vía de amparo constitucional tienen que poseer una innegable entidad». Dicho de otra manera, una decisión que afecte al procedimiento de designación proporcional de senadores afecta también al derecho consagrado en este precepto constitucional, lo que presupone que aquel procedimiento integra un derecho determinado.

Pero se echa en falta una argumentación sobre la existencia de este derecho amparable, como tal, en desarrollo del *ius in officium*. Esta argumentación podría buscarse en dos sentencias anteriores citadas tanto por la 4/1992 como por la presente 116/2023: las SSTC 75/1985, de 21 de junio, y 36/1990, de 1 de marzo. Sin embargo, estas se citan únicamente en relación con la interpretación de la proporcionalidad que puede exigirse, refiriéndose, además, respectivamente, al sistema electoral y a la distribución de miembros en comisiones, no a la designación de senadores. En realidad, la STC que satisface dicha argumentación es la 56/2022, afirmando lo siguiente en su fundamento jurídico 4: «El derecho al ejercicio de los cargos representativos es un derecho constitucional de configuración legal. De la normativa expuesta se desprende que a los grupos constituidos en el Parlamento de Cataluña les corresponde, cuando la proporcionalidad que debe respetarse así lo exija, un derecho de presentación o propuesta de candidato o candidatos en orden a su designación por la Cámara para el

cargo de senador. Por esta vía los diputados integrados en grupos con derecho a la correspondiente propuesta participan en la integración parcial de un órgano constitucional del Estado, ejerciendo facultades que se integran en el derecho fundamental que aquí se invoca».

Lo curioso de estas frases taxativas (que no ahondan en su justificación, sino que pretenden reflejar su evidencia) es que se encuentran en una STC más reciente, sin referencias a SSTC previas, cuando la primera que debió pronunciarse sobre la vulneración o no de tal derecho fue la 4/1992. Como hemos adelantado, esta presupuso la concreción del *ius in officium* en este derecho, y se centró en la existencia o no de su vulneración según se vulnerara o no la esencia de la proporcionalidad. En esto también entra la STC 56/2022, no sin antes realizar aquella concreción, que también falta, al margen de la remisión mencionada, en la STC 116/2023. En cualquier caso, es importante aclarar este punto, como paso previo al enjuiciamiento de si la «adecuada representación proporcional» exigida en la designación de senadores autonómicos se ha respetado por una decisión de una Mesa de una Cámara, decisión que solo entonces sería susceptible de amparo constitucional. Una vez aclarado que, efectivamente, se reconoce y es susceptible de amparo³ un «derecho de presentación o propuesta de candidato o candidatos en orden a su designación por la Cámara para el cargo de senador», como recoge la STC 56/2022, cabe el paso siguiente.

2. Distribución proporcional por la Mesa en la designación de senadores autonómicos

El derecho de proponer candidatos a senadores autonómicos está condicionado, en su ejercicio, por una decisión de la Mesa de la Cámara correspondiente, ya que es este órgano el que fija la distribución proporcional a estos efectos. El recurso de amparo resuelto por

³ En efecto, no debe confundirse el reconocimiento del derecho o facultad como tal, que corresponde al Reglamento parlamentario (o, en su caso, a otra norma con rango de ley), con su interpretación como integrante o no del *ius in officium* a efectos de protección, que corresponde al Tribunal Constitucional. Por lo demás, sobre esta participación en la designación de senadores también hay pronunciamientos doctrinales, partiendo especialmente de GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ. (1995), *op. cit.*, pp. 204 ss, si bien tampoco se ha concretado esta participación como derecho o facultad *sui generis*.

la STC 116/2023, como hemos adelantado, se basa en que la decisión de la Mesa, en este caso la del Parlamento de Cataluña, en su reunión de abril de 2021, no ha respetado la proporcionalidad exigida en tal distribución, y por tanto ha vulnerado aquel derecho. Es sobre esta cuestión sobre la que giran las alegaciones de las partes y la mayor fundamentación de la STC, con cita, en particular, de la STC 4/1992. Ahora bien, si a la Mesa le corresponde fijar esa distribución proporcional, conforme al artículo 174.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, se está reconociendo una función específica de este órgano, por lo que, antes de comprobar si tal función se ha ejercido correctamente, debe aclararse su naturaleza.

Como otros Reglamentos parlamentarios, el del Parlamento de Cataluña dedica un artículo a las funciones de la Mesa, en este caso el 37. Este recuerda que la mesa es el «órgano colegiado rector» de esta Asamblea y enumera las funciones que le corresponden, fijando como cláusula de cierre su apartado 3.j), relativo a «Cumplir cualquier otra función encomendada por el presente reglamento y las de carácter ejecutivo que no están atribuidas a ningún órgano específico». Y una de las funciones encomendadas por el presente Reglamento es la de su artículo 174.2 ya citado. Por tanto, la Mesa ejerce esta función como órgano colegiado de la Asamblea, lo que a su vez condiciona una función que corresponde a esta en su conjunto, como es la propia designación de estos senadores, y en este sentido concuerda con otras funciones ejercidas por la Mesa que preceden al eventual acuerdo del pleno del Parlamento correspondiente⁴. Por lo demás, es una función debida, pues necesariamente debe ejercerse en el marco del procedimiento que culmina en una función constitucionalmente prevista⁵.

⁴ Tras citar la STC 40/1981, de 18 de diciembre, que en su fundamento jurídico 2 observa que «no ofrece dudas que el punto de referencia para la proporcionalidad de la representación sea la composición de la propia Cámara electoral», GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ. (1995), *op. cit.*, p. 193 categoriza como sistema para asegurar esta proporcionalidad, existente en varios ordenamientos autonómicos, la atribución a la Mesa de la Cámara correspondiente de «la distribución de los puestos a cubrir».

⁵ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ. (1995), *op. cit.*, p. 205 recoge la distinción entre designación-atribución y designación-elección, y en Cataluña, como en otras comunidades autónomas, se sigue la primera, como acto parlamentario debido, no como acto político, ya que la Mesa «determina el número de Senadores que corresponde proporcionalmente a cada Grupo parlamentario, sin que quepa la libre presentación de candidatos».

Aclarada la obligación por la Mesa de fijar esta distribución proporcional, adelantábamos también que no hay mayor precisión en el artículo 174.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña (ni en otra norma). Por tanto, al ejercer esta función, su Mesa únicamente estaría limitada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en su interpretación de la «adecuada representación proporcional». Aquí procede retomar la STC 4/1992, tal como la recuerda (entre otras) la STC 116/2023 en su fundamento jurídico 3, que aclara que tal proporcionalidad es imperfecta y flexible, «siempre y cuando no llegue a alterarse su propia esencia», por lo que sus desviaciones susceptibles de amparo «no pueden ser entendidas de una forma estrictamente matemática, sino que deben venir anudadas “a una situación notablemente desventajosa” y a “la ausencia de todo criterio objetivo o razonamiento que las justifique”». A falta de especificación sobre la regla concreta de proporcionalidad, concluye esta STC, existe entonces «un amplio margen de decisión a la Cámara para distribuir el número de senadores con arreglo a cualesquiera de los criterios de proporcionalidad existentes».

En suma, en ejercicio de su función, debida pero autónoma, la Mesa puede distribuir libremente los senadores a designar entre los grupos, siempre y cuando la regla elegida no se aparte de todo criterio objetivo ni altere la esencia de la proporcionalidad. Para no apartarse del criterio objetivo, debe aplicarse a todos los grupos por igual y, para no alterar la esencia de la proporcionalidad, no puede utilizarse una regla que, por su naturaleza, ya no sea proporcional, sino mayoritaria. A partir de ahí, respetando estos límites, que la Mesa no tenga que ajustarse a una u otra fórmula de proporcionalidad, prevista en otras normas o usada con anterioridad (como veremos en el tercer subapartado al referirnos a los usos), como la fórmula D'Hondt, es inherente a la autonomía parlamentaria.

Expuestos estos criterios, y sabiendo que la decisión de la Mesa impugnada se ha limitado a aplicar, para el reparto entre todos los grupos, la fórmula Imperiali, variante utilizada en sistemas de representación proporcional, se puede anticipar la desestimación del recurso de amparo. En efecto, así lo explica el fundamento jurídico 4 de la STC 116/2023, redundando en varios de los argumentos ya planteados, pero que se pueden resumir en que, realizada la distribu-

ción por la Mesa con una fórmula proporcional, independientemente de otras consideraciones, no puede entenderse vulnerado el *ius in officium*, en su dimensión de «derecho de presentación o propuesta de candidato o candidatos en orden a su designación por la Cámara para el cargo de senador». Aunque este derecho no ha podido ejercerse por el grupo recurrente, al quedar excluido del reparto, no se vulnera porque la decisión de la Mesa ha respetado los criterios expuestos.

Lo cierto es que, para no alterar la esencia de la proporcionalidad y como han alegado las partes, la STC añade que la decisión de la Mesa no debe producir «una situación notablemente desventajosa contraria a la esencia de la proporcionalidad». Este punto no queda zanjado con tanta claridad como los anteriores porque esta STC se limita a observar que «en este caso la mesa no ha explicitado las razones por las que ha adoptado una fórmula para la designación de los senadores que le correspondía, pero esas razones derivan evidentemente de la singularidad del resultado alcanzado», evidencia que es discutible que el tribunal pueda apreciar sin más (teniendo en cuenta la autonomía y eventual variedad de razones de la Mesa al respecto). Sin embargo, de la simple utilización de una fórmula matemática proporcional, como es la Imperiali, ya se deriva a priori el respeto de la proporcionalidad exigida y se excluye cualquier situación contraria a ella. Quizá entonces sea innecesario justificar, más allá de esto, que la decisión de la Mesa no ha producido esa situación notablemente desventajosa (que, a lo sumo, podría suscitarse en caso de empate entre dos o más grupos).

3. Usos parlamentarios en la distribución por la Mesa para la designación de estos senadores

Mención aparte, algo más breve, merece la alegación referida a los usos parlamentarios, en los que se apoya el demandante de amparo para considerar que debería haberse utilizado la fórmula de reparto tradicional. El fundamento jurídico 3 de la STC 116/2023 dedica un apartado específico a este punto, entendiendo estos usos como «la reiteración de actos sustancialmente iguales adoptados por el mismo órgano parlamentario y referidos a la misma cuestión», y recordando, de nuevo con cita de jurisprudencia anterior, que «siempre han sido consustanciales al régimen parlamentario y, por ende, al Estado de

Derecho». En efecto, es habitual, por no decir semanal, que la Mesa de una Cámara adopte una u otra decisión amparándose, más allá del tenor literal del Reglamento, en los precedentes que sobre la materia obren en dicha Cámara. Pero, como también recuerda la STC, recurrir a ellos para justificar la decisión tiene su límite en el respeto de la norma escrita. Así, estos usos «tienen la capacidad de contribuir a la configuración del contenido del *ius in officium* de los representantes parlamentarios, en supuestos de ambigüedad o de insuficiencia de la norma reglamentaria escrita, pero siempre que aquellas prácticas no contravengan lo dispuesto en el Reglamento de la Cámara correspondiente.»

En este marco, el recurso de amparo se basa, en parte, en que la previa utilización de la fórmula de restos mayores o de la D'Hondt, común además en nuestro ordenamiento jurídico, constituye un uso parlamentario que debería haberse respetado en este caso, en esta distribución por la Mesa para la designación de senadores. Sin embargo, continúa la STC 116/2023, ya en su fundamento jurídico 4, «no se ha acreditado que hubiera un criterio único y uniforme en la designación de senadores desde la entrada en vigor de la Ley 6/2010, de 26 de marzo» (antes citada), por lo que «no se cumple el presupuesto fáctico necesario para que pueda tomarse en consideración la invocación de la parte demandante de amparo de los usos parlamentarios de que exista una pauta reiterada de comportamiento, fijada mediante la repetición de actos realizados por un mismo órgano parlamentario respecto de una misma cuestión» (como ya se ha dicho). Y es que, desde 2010, la Mesa del Parlamento de Cataluña ha utilizado en otras ocasiones la fórmula de restos mayores, en una la D'Hondt y ahora la Imperiali.

En relación con lo anterior, y en lo que aquí más interesa, recuerda esta STC que la libertad de la que goza la Mesa para ejercer esta función, conforme al artículo 174.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña, «no implica una laguna normativa o una situación de ambigüedad». Por tanto, no se está «en un contexto normativo en el que los usos parlamentarios puedan desempeñar el papel interpretativo y complementario enunciado por la jurisprudencia constitucional, ya que se está ante una previsión escrita completa y suficientemente precisa». Dicho de otra manera, el precedente no puede contravenir el citado artículo 174.2, que, más allá de exigir que la distribución sea

proporcional, no impone ninguna regla de reparto a la Mesa, como ya hemos insistido, por lo que garantiza su libertad al respecto. Esta libertad no puede quedar mermada por la sujeción a un supuesto uso, ya que ello contravendría la naturaleza de esta función de la Mesa.

Los términos de la STC 116/2023 en este punto son estos: «la pretensión de que, aunque existiera una fórmula uniforme usada previamente, dicha fórmula resultara de aplicación obligada implicaría una contravención de la libertad de criterio establecida en la norma escrita, que no puede ser amparada por la invocación del art. 23.2 CE, ya que dotaría a ese uso parlamentario de una fuerza normativa superior a la norma escrita». Pues bien, es importante destacarlos porque, a menudo, el recurso a los precedentes o a los usos parlamentarios puede llegar a distorsionar el espíritu de la regla establecida en el Reglamento parlamentario de que se trate, sobre todo si, como en este caso, tal regla es escueta y deja margen de decisión al órgano de gobierno. Que la STC termine ahondando en este punto, antes de pasar al fallo, es relevante y debe servir de guía en la interpretación que, al aplicar el Reglamento de la Cámara, corresponde realizar a su órgano competente.

III. CONCLUSIONES

La STC 116/2023 que hemos comentado sigue la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, establecida en particular en sus sentencias 4/1992 y 56/2022, sobre la función de la Mesa de un Parlamento autonómico para fijar la distribución entre sus grupos a efectos de la designación de senadores. Esta distribución reconoce a estos grupos una facultad integrada en el *ius in officium* consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, en la medida en que el derecho a proponer uno o varios candidatos para ser designado senador sería una concreción del derecho del cargo público relacionado con el de representación política. Nos hemos detenido en esta concreción porque solo una vez identificada como tal se comprende que su vulneración pueda dar lugar a la interposición de un recurso de amparo por el grupo afectado, en este caso excluido del reparto. Si este no respeta tal derecho, su protección queda asegurada por esta vía.

Sin embargo, la STC 116/2023 desestima este recurso, con un juicio que compartimos, al advertir que la Mesa ha ejercido esta

función con plena sujeción al Reglamento parlamentario. Este se limita a exigir, conforme al artículo 69.5 de la Constitución, que la distribución entre los grupos sea proporcional, por lo que no puede haber mayor límite, en cuanto a la fórmula proporcional empleada o en cuanto a la existencia de algún uso o precedente, en esta función de la Mesa. Además, la Mesa, como cualquier órgano parlamentario, actúa en un marco de autonomía que cualquier STC debe reconocer. Así pues, una vez comprobado que la distribución efectuada por la Mesa respeta la proporcionalidad (al emplear la fórmula Imperiali) y se ajusta al tenor de la norma (aquí el artículo 174.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña), esta STC no puede acoger ninguna otra alegación relativa a otras consideraciones que pudieran vincular a la Mesa. De ahí el fallo favorable al acuerdo de la Mesa de esta Asamblea y contrario a la pretensión del grupo recurrente.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. (1995). *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas*. Madrid, Cortes Generales, Centro de Estudios Constitucionales.

EXPULSIÓN DE UN GRUPO PARLAMENTARIO
POR LA EXCLUSIVA DECISIÓN DE SU PORTAVOZ
AL HABER DEJADO DE PERTENECER LOS
RECURRENTES A LA FORMACIÓN POLÍTICA POR
LA QUE SE PRESENTARON A LAS ELECCIONES.
COMENTARIO A LA STC 93/2023, DE 12 DE
SEPTIEMBRE. (BOE NÚM. 244, DE 12 DE OCTUBRE
DE 2023)

EXPULSION FROM A PARLIAMENTARY GROUP SOLELY AT
THE DISCRETIONARY DECISION OF ITS SPOKESPERSON, AS
THE APPELLANTS CEASED TO BELONG TO THE POLITICAL
PARTY UNDER WHICH THEY PRESENTED THEMSELVES IN THE
ELECTIONS. COMMENTARY ON THE CONSTITUTIONAL COURT
RULING 93/2023, DATED SEPTEMBER 12. (BOE NUM. 244, OF
OCTOBER 12, 2023)

Sylvia MARTÍ SÁNCHEZ
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-0943-154X>

RESUMEN

En esta sentencia el Tribunal Constitucional aplica su consolidada jurisprudencia sobre el derecho a la representación política (art. 23 CE) y declara contrarios al mismo sendos acuerdos de la Mesa del Parlamento de Andalucía por los que se aceptaba la baja involuntaria de diputados por la exclusiva decisión del portavoz del grupo al haber dejado de pertenecer a la formación política por la que se presentaron a las elecciones.

Palabras clave: derecho de representación política; transfuguismo; grupos parlamentarios; diputados no adscritos.

Artículos clave: art. 23 de la Constitución española.

ABSTRACT

In this judgment, the Constitutional Court applies its well-established jurisprudence on the right to political representation (Article 23 of the Spanish Constitution) and declares as contrary to it resolutions of the Andalusian Parliament's Board. These resolutions accepted the involuntary withdrawal of deputies based solely on the decision of the group spokesperson, as they had ceased to belong to the political party under which they presented themselves in the elections.

Keywords: The right to political representation; floor crossing; parliamentary groups; non-affiliated deputies.

Key articles: art. 23 of the Spanish Constitution.

I. ANTECEDENTES

El recurso de amparo que da lugar a esta sentencia se dirige contra la decisión de la Mesa del Parlamento de Andalucía de acordar que los recurrentes adquirieran la condición de diputados no adscritos en aplicación del art. 24.1 de su Reglamento (en adelante RPA). No obstante, su origen mediato se remonta a una crisis de partido, concretamente la de Podemos Andalucía. El 27 de octubre de 2020 el secretario de organización de este partido político remitió un escrito a la portavoz del grupo parlamentario Adelante Andalucía comunicándole que ocho diputados –todos los recurrentes a excepción de una, que presentó otro recurso de amparo que luego se ha acumulado por identidad de objeto– habían causado baja voluntaria en el partido y que, al no haber renunciado al escaño y haberse colocado por lo tanto en un situación de transfuguismo, correspondía dirigir un escrito a la Mesa para que causaran baja en el grupo parlamentario y adquirieran la condición de diputados no adscritos. Así lo hizo la portavoz del grupo en una comunicación dirigida a la Mesa, que, por cinco votos a favor y dos abstenciones, acordó que los diputados en cuestión adquirieran la condición de diputados no adscritos. Es importante destacar que antes de la reunión de la Mesa la representante de dicho órgano en Adelante Andalucía había registrado un escrito en el que manifestaba que la comunicación de la portavoz de su grupo parlamentario no reflejaba la voluntad del mismo, por lo que solicitaba la inadmisión del escrito de la portavoz o subsidiariamente que se requiriera la acreditación de la legitimidad y legalidad del acuerdo de baja de los diputados. Ya hemos visto que no se hizo así, por lo que los diputados afectados por el acuerdo solicitaron su reconsideración invocando que, al no establecer el art. 21 RPA ninguna regulación en relación con la expulsión de diputados de un grupo parlamentario, lo procedente era que se aplicara la misma regla que la existente para la constitución, es decir, acuerdo por mayoría de los diputados que conforman el grupo.

La solicitud de reconsideración fue parcialmente estimada y se requirió a la portavoz de Adelante Andalucía para que acreditara que los diputados afectados habían causado baja del grupo parlamentario como consecuencia de la baja en su formación política, tras lo cual se solicitaría informe a los servicios jurídicos de la cámara. En respuesta

a este requerimiento, la portavoz del grupo, mediante escrito de 8 de noviembre, alegó que, tras recibir el escrito de su partido comunicando la baja voluntaria de los diputados afectados en el partido, había procedido a comunicar la baja en el grupo parlamentario, ya que «al no existir previsión en el reglamento al respecto de cómo realizar las bajas de un grupo parlamentario, entendí que se debe seguir una fórmula similar a la establecida en el reglamento tanto para la entrada de diputados al grupo parlamentario, como al regreso al grupo parlamentario desde la condición de diputado o diputada no adscrito» y que «para estos supuestos, tanto el art. 23 del Reglamento como el 24.2, exigen, simplemente, la aceptación de la portavoz sin necesidad de otros requisitos ni de acuerdo del grupo, ni de acreditar documentalmente aspecto alguno, salvo el consentimiento de la portavoz».

Un segundo argumento aportado por la portavoz era que la expulsión del grupo parlamentario no era consecuencia del incumplimiento de acuerdos internos, sino por una situación de transfuguismo sobre la que aportaba documentación, entre otras, referencia a la comisión de seguimiento del pacto antitransfuguismo, que ese mismo día había de aprobar la III adenda. En la misma se recogía la expresa voluntad de las fuerzas políticas de extender las medidas ya implementadas a nivel local al ámbito autonómico y estatal. A tal efecto habría que reformar los reglamentos de las cámaras legislativas y, entretanto, las fuerzas políticas se comprometían a que las medidas previstas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local fueran aplicadas como criterio interpretativo por parte de las Mesas para que los tránsfugas adquirieran la condición de no adscritos, aunque fueran mayoría en el grupo parlamentario en cuestión.

Para reforzar su argumento sobre el transfuguismo, el partido político Podemos Andalucía, en escrito dirigido a la Mesa del parlamento, alegó que los diputados en cuestión se habían dado de baja del partido para formar parte de una nueva formación política, Anticapitalistas Andalucía.

Merece la pena destacar aquí que en el informe que se emitió por los servicios jurídicos se llegó a una serie de conclusiones importantes: el silencio del Reglamento sobre los motivos y procedimiento para causar baja en un grupo hay que suplirlo con lo que dispongan

las normas internas de dicho grupo, no con la mera voluntad del portavoz; la mera baja en un partido no determina sin más la baja en el grupo, sin que pueda aplicarse por analogía el art. 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. No obstante el tenor del informe jurídico, la Mesa del parlamento adoptó en su sesión de 18 de noviembre sendos acuerdos en virtud de los cuales los diputados recurrentes adquirieron la condición de diputados no adscritos de conformidad con lo previsto en el art. 24.1 RPA, entendiendo acreditado mediante las consideraciones y documentación aportada por la voz del grupo parlamentario Adelante Andalucía que los diputados habían causado baja en dicho grupo como consecuencia de su baja como afiliados en la formación política. La Mesa se ratificó en esta conclusión tras la presentación de los escritos de reconsideración al entender que bastaba con que la baja en la formación política hubiera quedado acreditada, sin que las referencias a un acuerdo político sobre transfuguismo hubieran pesado en el acuerdo de la Mesa.

Los diputados afectados interpusieron recurso de amparo alegando la vulneración del derecho a la representación política (art. 23 CE), recurso de amparo que fue estimado en la sentencia que comentamos y en cuyo fallo se declaran vulnerados ambos apartados del artículo 23.

II. COMENTARIO

La sentencia que ahora comentamos es predecible tanto en sus fundamentos jurídicos como en su fallo –de hecho, acoge esencialmente los argumentos del Ministerio Fiscal–, pero no por eso carece de importancia en la medida en que insiste en una tesis incómoda para los partidos políticos: sin haber una radical incomunicación entre partidos y grupos parlamentarios, estos son una realidad autónoma e independiente. Veamos la línea argumental del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional entra, en primer lugar, en la delimitación del objeto del recurso, cuestión no baladí. Objeto del recurso son los acuerdos de la Mesa de acordar la adquisición de parlamentarios no adscritos de los recurrentes, sin que puedan ser objeto de pronunciamiento las razones de fondo que habrían llevado

al partido político o a la portavoz del grupo a solicitar las bajas de los solicitantes de amparo, ni la regularidad de los procedimientos seguidos para la adopción de dichas decisiones. El análisis del Tribunal Constitucional se va a limitar a verificar si los acuerdos impugnados han vulnerado el art. 23.2 CE, al haber considerado que se había cumplimentado adecuadamente el requerimiento que la propia Mesa había hecho y la afirmación de esta última de que la disconformidad con la competencia y el procedimiento para acordar la baja en el grupo parlamentario eran ajenas a la competencia de la Mesa.

Así delimitado el objeto del recurso, el Tribunal entra seguidamente a recapitular su jurisprudencia sobre el art. 23.2 CE y su proyección a los supuestos en que las Mesas parlamentarias deben valorar la acreditación de la voluntad de los grupos parlamentarios para declarar que se ha causado baja en los mismos. No nos extenderemos demasiado, por ser bien conocida en la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de acceso a cargos públicos y sus derivadas, pero sí que tenemos que dar algunas pinceladas para que se siga bien la argumentación del Tribunal aplicada al caso.

Recuerda el Tribunal Constitucional la conexión directa existente entre el derecho de los representantes políticos (art. 23.2 CE) y el que la Constitución atribuye a los ciudadanos para participar en los asuntos públicos (art. 23.1), de manera que el segundo sería ineficaz si el cargo público se viera perturbado en su ejercicio. Dicho esto, señalemos también que el art. 23.2 es un derecho de configuración legal al ser a los reglamentos parlamentarios a los que les corresponde regular los derechos y atribuciones, sin que la vulneración de cada uno de ellos constituya una violación del *ius in officium* del art. 23.2, sino exclusivamente aquellas contravenciones de las normas de los reglamentos de las cámaras que afectan a la igualdad entre representantes o contrarían la naturaleza de la representación por afectar al núcleo de sus derechos y facultades. Otro aspecto importante en relación con esta cuestión es la delimitación de la autonomía interpretativa de los órganos parlamentarios y aquí el Tribunal Constitucional marca algunos límites: la sujeción del órgano interpretador a las normas aprobadas por el Pleno, tanto leyes como órganos parlamentarios; el deber de interpretar restrictivamente las normas limitativas de derechos y atribuciones que integran el *ius in officium*; y la exigencia de

que las decisiones limitativas del *ius in officium* no resulten arbitrarias o manifiestamente irrazonables, lo que entre otras cosas requiere que la motivación que se incorpore sea expresa, suficiente y adecuada.

Tras esta doctrina de carácter general, el Tribunal recuerda su jurisprudencia en relación con los grupos parlamentarios, empezando por subrayar que la facultad de constituir grupo parlamentario, que corresponde a los diputados, forma parte del núcleo de la función representativa, que puede quedar afectada también por las decisiones de los órganos de las cámaras que afectan a su disolución o intervenciones. Aunque se insiste en que los titulares del derecho fundamental del art. 23.2 CE son los ciudadanos, como candidatos o luego como representantes, también es posible que la titularidad se predique de los grupos parlamentarios.

De quien no puede decirse que sean titulares de los derechos del art. 23.2 es de los partidos políticos, ya que los grupos parlamentarios no son una mera extensión de aquellos, sino que entre ambos existe, no ya una diferente naturaleza jurídica, sino disociación conceptual y de personalidad jurídica, no pudiendo presuponer por lo tanto la identidad de voluntades, por mucho que en la práctica frecuentemente coincidan. Es evidente que los grupos tienen una actuación estelar en el tráfico parlamentario, y ello plantea necesariamente el papel que en su devenir corresponde a las Mesas. También aquí el Tribunal Constitucional es claro: las facultades que corresponden a las Mesas en relación con la constitución de los grupos, con su composición –altas y bajas–, denominación o cargos a ejercer en los mismos son de carácter reglado, debiéndose limitar a constatar que concurren los requisitos reglamentariamente establecidos. Esto es plenamente aplicable al caso que nos ocupa, toda vez que la baja de los demandantes de amparo los convierte en parlamentarios no adscritos, figura que *per se* no es inconstitucional, pero que indudablemente entraña una desventaja. No cabe duda por lo tanto de que la baja en el grupo, presupuesto de la adquisición de parlamentario no adscrito según el entonces art. 24 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, incide de manera relevante en el núcleo de la función representativa. Efectivamente, aunque el pase a la situación de no adscrito no sea una sanción –falta el ilícito, presupuesto de toda medida sancionadora–, lo cierto es que es una situación perjudicial para el diputado, que ve limitadas sus facultades

de actuación dado el protagonismo de los grupos parlamentarios en la vida de las cámaras.

Expuesta sumariamente la doctrina general, procede ahora aplicarla al caso concreto. La primera cuestión que se plantea es si los acuerdos parlamentarios impugnados que dan por acreditada la baja de los recurrentes en su grupo parlamentario inciden de manera relevante en el núcleo de su función representativa. La respuesta, a la vista de la jurisprudencia constitucional no puede ser sino afirmativa, y ello por dos razones que cabe intuir de los antecedentes expuestos. La primera de ellas es que, del núcleo de la función representativa de los diputados y, por lo tanto, con la cobertura del art. 23.2 CE, forma parte tanto la creación e integración en grupos parlamentarios como el mantenimiento en el seno de los mismos. La segunda, estrechamente vinculada a la primera, es que las posibilidades de plantear iniciativas y participar en los debates, se ven seriamente mermadas como diputado no adscrito, toda vez que el diseño de los reglamentos parlamentarios en España, tanto a nivel estatal como autonómico, se apoya en los grupos parlamentarios como elementos vertebradores de la dinámica parlamentaria.

Partiendo por lo tanto de la premisa de que los acuerdos inciden negativamente en el núcleo de la función representativa que el art. 23.2 CE protege, lo que hay que analizar seguidamente es si esta limitación se ajustó a la normativa parlamentaria de aplicación, ya que, no lo olvidemos, estamos ante un derecho de configuración legal. Lo que decía la redacción del art. 24.1 del Reglamento del Parlamento de Andalucía en el momento de los hechos, era lo siguiente: «una vez producida la adscripción a un grupo parlamentario en el tiempo y forma que se regulan en los artículos anteriores, el diputado que causara baja adquirirá necesariamente la condición de diputado no adscrito». Nada decía el Reglamento en esos momentos de lo que tras la reforma aprobada por el Pleno del Parlamento de Andalucía de 28 de abril de 2021 se recogería: la obligación de los grupos parlamentarios de dotarse de una normativa interna reguladora que, entre otras cuestiones, aborde el procedimiento de baja en aquellos y los motivos para cursar baja en un grupo parlamentario, la forma de acreditación a los efectos de la adquisición de la condición de no adscrito y el procedimiento aplicable en los casos de transfuguismo.

El Reglamento, por lo tanto, se limitaba a vincular la baja en el grupo a la condición de diputado no adscrito. Entiende el Tribunal Constitucional que la Mesa del parlamento de Andalucía fue más allá afectando indebidamente a los derechos de los recurrentes. La Mesa, consecuentemente, se excedió, porque, en contra de jurisprudencia constitucional consolidada, aceptó sin más la traslación de la baja en un partido político a la baja en el grupo parlamentario, generando una confusión de dos sujetos políticos –partido y grupo parlamentario– que a los ojos de la jurisprudencia constitucional están perfectamente diferenciados. En este caso, además, la extrapolación resultaba especialmente llamativa, toda vez que, aunque todos los diputados habían concurrido en las listas electorales de una coalición de partidos, lo cierto es que el grupo parlamentario en cuestión era de conformación multipartidista.

Descartado, por lo tanto, que desde la óptica del art. 23.2 CE la Mesa del Parlamento de Andalucía pudiera anudar la baja en el partido a la baja en el grupo, cabe preguntarse qué tenía que haber hecho ante el silencio reglamentario. La respuesta del Tribunal Constitucional parece bastante clara: «en tales casos, es siempre preciso, lo que tampoco se habría verificado en este caso, que en dicha decisión se respete el principio democrático de la decisión mayoritaria, tal como se deriva del art. 1.1 CE». A la vista de estos razonamientos no sorprende que el Tribunal Constitucional discrepe de la alegación de la Mesa de que la disconformidad con la competencia y el procedimiento para acordar la baja son ajenos a su competencia. Ciertamente, cuestiones ajenas a la competencia de la Mesa serían discrepancias políticas de fondo, pero no cuestiones formales o procedimentales requeridas de una mera verificación.

El Tribunal estima, por lo tanto, el recurso de amparo y, teniendo en cuenta que la legislatura en la que se adoptaron los acuerdos impugnados ya ha concluido, limita sus efectos a la mera declaración de la vulneración de los derechos de los demandantes de amparo.

III. CONCLUSIONES

Como señalábamos con anterioridad, la sentencia comentada no sorprende dada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 23 de la Constitución, la diferenciación entre partidos políticos

y grupos parlamentarios y las respuestas tuitivas que ha venido dando con carácter general a la figura del parlamentario no adscrito.

Lo sorprendente son los acuerdos de la Mesa del Parlamento de Andalucía, máxime teniendo en cuenta el informe jurídico presentado por su secretaría general, en el que claramente se decía que la mera baja en un partido político no podía determinar sin más la baja en el grupo parlamentario, al no ser aplicable el art. 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Lo que sí que es importante destacar aquí es que, por lo que consta en los antecedentes, el informe jurídico dejaba la puerta abierta a que los diputados pudieran causar baja en su grupo parlamentario por razones de transfuguismo político, siempre que así lo establecieran las normas internas del grupo o aquellas a las que los parlamentarios se hubieran sometido libremente. Y es aquí donde tenemos que hacer una mención más detallada a la nueva redacción del art. 24.2 RPA, que, tras la reforma de 28 de abril de 2021 establece lo siguiente:

2. El Diputado o Diputada podrá causar baja en el Grupo parlamentario, y la Mesa del Parlamento reconocerá su condición de Diputado o Diputada no Adscrito, por los siguientes motivos y modos de acreditación:

a) Por abandono voluntario del Diputado o Diputada, que surtirá efecto cuando el Diputado o Diputada afectado comunique tal circunstancia a la Mesa del Parlamento de Andalucía.

b) Por expulsión motivada del Grupo parlamentario en aplicación de las causas expresamente previstas en la Normativa Interna a la que se refiere el artículo 21.3 de este Reglamento. La comunicación se hará mediante escrito de su Portavoz a la Mesa del Parlamento. Sin perjuicio de las previsiones adicionales que la Normativa Interna del Grupo parlamentario pueda contener sobre la baja, para tener esta por acreditada, con los efectos consiguientes, la Mesa del Parlamento de Andalucía se limitará a comprobar, conforme al procedimiento de acreditación establecido, que el acuerdo de baja ha sido adoptado por el órgano o las personas competentes, con las mayorías en su caso previstas, y que la causa invocada se halla expresamente prevista en la Normativa Interna del Grupo parlamentario. c) En el supuesto de transfuguismo, la comunicación a la Mesa del abandono, expulsión o separación del criterio político fijado por sus órganos competentes del Diputado o Diputada que concurrió por la candidatura de la que trae causa el Grupo parlamentario corresponderá al representante legal

del sujeto político que presentó la candidatura o al del partido político que propuso su inclusión en esta en caso de coalición electoral.

Como no era el objeto del recurso de amparo ni esta normativa estaba vigente en el momento en el que se adoptaron los acuerdos impugnados, no nos vamos a detener mucho en la misma, pero sí que queríamos destacarla, toda vez que es fruto de los hechos que dieron lugar al amparo. Es cierto que el Tribunal Constitucional ha defendido «que la inclusión del pluralismo político como un valor jurídico fundamental (art. 1.1 CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6 CE), dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes». Consecuencia de ello es que el fin de evitar el transfuguismo con una regulación jurídica es en principio constitucionalmente legítimo (STC 151/2017, de 21 de diciembre). Sin embargo, también ha destacado que el transfuguismo no puede abordarse por el legislador con restricciones al *ius in officium*. Y ya hemos visto cómo la pertenencia al grupo parlamentario es considerada por el Tribunal como perteneciente al núcleo de la función representativa. Adicionalmente, la sentencia que hemos comentado parece contundente a la hora de declarar que la traslación de la baja de un partido político a la baja del grupo parlamentario «implica una confusión de dos sujetos políticos como son el partido político y el grupo parlamentario», razonamiento que «no puede ser aceptado desde la perspectiva del derecho de representación política». Es tajante y a diferencia de la hipótesis que apunta el informe jurídico de la secretaría general sobre una posible declaración de baja del grupo en caso de transfuguismo, el TC nada dice al respecto, entendiendo que para las bajas involuntarias lo que se ha de respetar es el principio mayoritario, principio democrático por excelencia que se deriva del art. 1.1 CE. Dejamos por lo tanto planteada esta cuestión a la espera de que el Tribunal Constitucional la siga perfilando con su jurisprudencia.

EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
EN SU VERTIENTE EXTRAPROCESAL EN LAS
COMISIONES DE INVESTIGACIÓN. COMENTARIO A
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
77/2023, DE 20 DE JUNIO. RECURSO DE AMPARO
NÚM. 2646-2019. (BOE NÚM. 176, DE 25 DE JULIO DE
2023)

THE RIGHT TO THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN ITS EXTRA-
PROCEDURAL ASPECT IN INVESTIGATIVE COMMISSIONS.
COMMENT TO THE RULING OF THE CONSTITUTIONAL COURT
77/2023, OF JUNE 20. CONCERNING THE APPEAL FOR LEGAL
PROTECTION NUM. 2646-2019. (BOE NUM. 176, OF JULY 25, 2023)

Raquel MARAÑÓN GÓMEZ
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-8729-0404>

RESUMEN

La sentencia analiza a la vista de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal cometida en relación con las comparecencias de la demandante ante la comisión de investigación tanto en forma en que fue requerida a comparecer así como el desarrollo de la comparecencia en lugar de reconducirla al derecho al honor como se había hecho en la STC. 133/ 2018.

Palabras clave: comisión de investigación, derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal.

Artículos clave: 76 CE, 502.1 CP.

Resoluciones relacionadas: STC 133/2018 de 13 de diciembre, SSTEDH 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, 13 de julio de 2010 Tendam c. España y 16 de febrero de 2016 Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni C. España.

ABSTRACT

The ruling analyzes, in view of the most recent jurisprudence of the European Court of Human Rights, the violation of the right to the presumption of innocence in its extra-procedural aspect committed in relation to the plaintiff's appearances before the commission of inquiry both in the manner in which that she was required to appear as well as in the development of the appearance instead of redirecting it to the right to the mushroom as had been done in STC 133/2018.

Keywords: investigation commission, the right of the presumption of innocence in its extra-procedural aspect.

Key articles: 76 of Spanish Constitution, 502.1 penal Code.

Related decisions: STC 133/2018 of december 13, ECHR Judgment, Puig Panella v. España (25 april 2006), Tendam v. España (13 july 2010) and Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni v. España (16 february 2016).

I. ANTECEDENTES

Los hechos de los que trae causa la sentencia del recurso de amparo núm. 2646-2019 promovido por doña Argentina Cuendias Álvarez contra la resolución adoptada por el Pleno de la Junta General del Principado de Asturias 401/X, de 28 de septiembre que aprobaba las conclusiones del dictamen de la comisión de investigación sobre la gestión y actividad desarrollada por la empresa pública Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias (GITPA) de 28 de enero de 2019 por el que se deniega la rectificación de las conclusiones del dictamen anteriormente señalado.

La recurrente es contratada laboral de la empresa que había sido objeto de investigación y en el momento de su contratación ostentaba el cargo de «gerente de administración y contratación» siendo luego sustituido el cargo por el de «jefa de administración y contratación».

La Secretaria General Técnica de la Junta General del Principado había acordado remitir a la Fiscalía del Principado de Asturias un oficio comunicando la posible existencia de delito cometido en la obras de la troncal de occidente de la red Asturcón (red astur de comunicaciones ópticas neutras) llevada a cabo por la empresa pública GITPA. La Fiscalía abre diligencias de investigación que culminaron con un escrito de denuncia ante el juzgado de instrucción que podrían implicar delitos de prevaricación, malversación y falsedad documental.

Estando abierta la investigación judicial, a solicitud del grupo parlamentario popular se iniciaron los trámites para la creación de una comisión de investigación en la Junta General del Principado de Asturias que versaba sobre la gestión y actividad desarrollada por esta empresa.

La recurrente en amparo fue citada a comparecer en el marco de la comisión de investigación en dos ocasiones, el día 16 de noviembre de 2016 y el 31 de mayo de 2017.

Unos días antes de la primera comparecencia se recibió en la sede del Parlamento un paquete sin remitente a través de una empresa de mensajería consistente en fotocopias de correos electrónicos relativos a contrataciones de la citada empresa. La Mesa de la comisión da traslado de estos correos a cada uno de los portavoces de los

grupos parlamentarios y por unanimidad acuerdan dar traslado de los mismos al fiscal superior del Principado de Asturias habida cuenta de que ponían de relieve la existencia de hechos graves que podían ser constitutivos de delito. La fiscalía los remitió al juzgado que acordó su unión a las diligencias previas. Nada extraño resultará al lector que el contenido de los mismos se filtrase a los medios de comunicación con el consiguiente revuelo mediático.

La recurrente, como hemos indicado, comparece en dos ocasiones. En ambos requerimientos de comparecencia así como al inicio de la sesión, la compareciente es informada de sus derechos y obligaciones.

La Sra. Cuendias inicia su intervención en la primera comparecencia dejando constancia de su malestar por el hecho de haber sido citada en calidad de gerente de administración y contratación de la empresa investigada y no como jefa de administración y contratación al haber sido modificadas sus funciones en 2015.

En el marco de la citada comparecencia fue interrogada sobre el contenido de los correos si bien se negó a declarar sobre los mismos en sede parlamentaria.

En la segunda citación reitera su disconformidad sobre la condición en la que se produce el requerimiento, incidiendo en que sus funciones como jefa de administración y contratación no podían equipararse a las atribuidas a los órganos de gobierno de la sociedad, únicos dotados de verdadera responsabilidad política y subraya la importancia de delimitar bien esta cuestión, habida cuenta de que estaba en marcha una investigación judicial.

En la segunda comparecencia se negó a declarar alegando que ya lo había hecho en la primera comparecencia pese a lo cual se le plantearon por los grupos parlamentarios las preguntas, acompañando de consideraciones que a juicio de la compareciente llevaban en algunos casos imputación de hechos delictivos, por lo que hasta en tres ocasiones solicitó el amparo de la Presidencia y la intervención del letrado de la comisión siendo en todos los casos denegado.

En el marco de la elaboración de las conclusiones de la comisión se incluía una extensa y detallada referencia a los correos electrónicos que habían sido recibidos anónimamente lo que suscitó ante las dudas jurídicas sobre su utilización, que se solicitase informe

a los letrados de la Cámara que fue emitido el 16 de mayo de 2018 y en el cual se desaconsejaba su utilización.

Los apartados II. 7, II. 8 y II. 9 del dictamen dedicados al análisis de la gestión de la empresa GITPA y las irregularidades detectadas y en relación a la recurrente se concluye afirmando que se derivan importantes irregularidades en materia de contratación.

El 28 de septiembre de 2018 se aprobaron las conclusiones del dictamen en el Pleno de la Junta General del Principado de Asturias.

No fue hasta el 24 de enero de 2019 cuando la Sra. Cuendías mediante un escrito dirigido al Presidente de la Junta General del Principado de Asturias solicita la rectificación de las conclusiones para adaptarlas a la jurisprudencia constitucional. En concreto invoca la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 133/2018 de 13 de diciembre que tendremos ocasión de desarrollar en líneas posteriores.

La petición de rectificación fue denegada en base a las siguientes consideraciones:

- La Junta General del Principado de Asturias no fue parte en el proceso de amparo que dio lugar a la STC 133/2018.
- La sentencia es posterior a la aprobación del dictamen por el Pleno.
- La comisión está extinguida, su objeto concluye con la emisión del dictamen.
- Tampoco el Pleno puede alterarlas puesto que el Reglamento solo le habilita para aprobarlas o denegarlas y tampoco podrán modificarse los Diarios de Sesiones.

II. COMENTARIO

La recurrente alega que su derecho al honor ha sido vulnerado al atribuirle falta de diligencia profesional y acusarla de obstruccionismo en la labor de la comisión y reprobarle por su falta de colaboración en el asunto de los correos electrónicos recibidos de forma anónima.

Añade que la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de la manifestación externa de la personalidad y que unido a la gran difusión mediática le ha causado un daño irreparable en su derecho al honor.

Invoca también el derecho a la presunción de inocencia que considera lesionado habida cuenta de que nadie puede verse violen-

tado por la acusación en su interrogación por acogerse al derecho constitucional a guardar silencio.

Más forzado resulta la invocación de una vulneración del derecho a la libertad y seguridad (artículo 17 de la Constitución Española [C.E]) por la obligatoriedad de la comparecencia indicando que la ausencia de regulación expresa en la normativa asturiana y la aplicación por analogía de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1984 de 24 de mayo, de comparecencias ante las comisiones de investigación del Congreso y del Senado es contrario al principio de legalidad penal.

Asimismo alega que se ha infringido su derecho al secreto de las comunicaciones y que los correos fueron irresponsablemente repartidos entre los miembros de la comisión y utilizados en la redacción de las conclusiones.

La Junta General del Principado de Asturias por su parte en el trámite de alegaciones invoca dos óbices procesales que son ambos desestimados. Por un lado la extemporaneidad y por otro la ausencia de trascendencia constitucional.

En relación a la extemporaneidad indican que la recurrente era conocedora de la resolución del Pleno aprobando el dictamen al menos desde el 24 de enero de 2019, fecha en la que solicita del Presidente de la Junta su rectificación y que por tanto la fecha de interposición del recurso, el 25 de abril, denota su carácter extemporáneo.

Como recuerda el Tribunal, el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que el recurso de amparo contra actos y decisiones parlamentarias sin valor de ley debe interponerse en el plazo de 3 meses desde que con arreglo a la normativa de la Cámara sean firmes y el cómputo del plazo se inicia según reiterada jurisprudencia bien desde la fecha de notificación mediante la comunicación al interesado o bien desde su publicación en el Boletín Oficial de la Cámara.

En la STC 179/1989, de 2 de noviembre (Fundamento Jurídico [F.J.] 4) y en la STC 133/2018 (F. J. 3) se establece que en los supuestos en los que una persona ajena a la Cámara se ve afectada directamente por actos emanados de este, la publicación en el Boletín Oficial de la Cámara no puede considerarse suficiente a los efectos del cómputo del plazo para promover un recurso de amparo puesto que las publicaciones oficiales de las Cámaras no son equiparables a

efectos de publicidad, a los diarios oficiales previstos en los distintos estatutos de autonomía puesto que cumplen una función ordenadora de la vida de la propia Cámara y por tanto eminentemente de carácter interno por lo que no cabe imponer a ajenos a la Cámara por resultar excesivos la carga de su seguimiento y lectura y descartan que la inserción de estas conclusiones en el boletín oficial de la Cámara constituyan publicación bastante a efectos del cómputo del plazo de interposición de un recurso de amparo que se entenderá que se inicia desde la notificación.

El Tribunal considera que el hecho de que se apreciase un conocimiento por la recurrente del contenido de las conclusiones en una fecha temprana no permite concluir que este fuese íntegro, exacto y fehaciente y dada la finalidad de la imposición de un recurso, no basta con un conocimiento parcial o sesgado.

En resumen, no resulta aplicable al presente caso la doctrina invocada por el letrado mayor de la Junta General acerca de la publicación en Diarios Oficiales de las Cámaras que permite a los operadores jurídicos estar al tanto del contenido de los proyectos puesto que se refiere a un supuesto fáctico distinto (STC 136/2011 de 13 de septiembre, 176/2011 de 8 de noviembre y 102/2012 de 8 de mayo).

En cuanto al segundo óbice, la falta de especial trascendencia constitucional. El Tribunal sí aprecia la trascendencia constitucional del recurso al entender que su objeto no se limita al examen de la eventual vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente contenida en las conclusiones alcanzadas por la comisión de investigación sino que extiende a las eventuales vulneraciones cometidas en relación con las comparecencias de la demandante ante la comisión de investigación tanto en forma en que fue requerida a comparecer así como el desarrollo de la comparecencia y ofrece al Tribunal la posibilidad, de a la vista de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ubicar la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su dimensión extra procesal en lugar de reconducirla al derecho al honor como se había hecho en la STC. 133/ 2018.

Cumple recordar aquí la STC 133/2018 de 13 de diciembre que trae causa de un recurso de amparo promovido por Don Dionisio García Gómez, director de recursos humanos de la entidad de derecho

público Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana (FGU) frente a las conclusiones del dictamen de la comisión especial creada en las Cortes Valencianas para la investigación del accidente de la línea 1 de Metro-Valencia ocurrido el 3 de julio de 2006 y en el que se considera vulnerado el derecho al honor del recurrente pues no se preserva el derecho del investigado al ser considerado y tratado como autor o partícipe en conductas ilícitas. El recurso contó con varios votos particulares. Especialmente clarificador es el formulado por la magistrada Encarnación Roca Trías que argumenta que en relación a la extralimitación de las comisiones parlamentarias de investigación se precisaba un replanteamiento de la doctrina sobre el contenido del derecho a la presunción de inocencia en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que consideraba trasladable al caso debiéndose haber considerado vulnerado el derecho del recurrente al atribuirle una conducta ilícita y que obligado a comparecer por ley a una comisión de investigación fue finalmente declarado responsable del incumplimiento de la ley de riesgos laborales. Dicha atribución fue realizada por un órgano público en el ejercicio de una labor de investigación política, no judicial y ausente por tanto de garantías judiciales.

En la misma línea se manifiesta el magistrado Xiol Ríos que aprecia una errónea identificación del derecho constitucional concernido que no considera una discrepancia meramente nominal sino más profunda. Añade que el haber considerado que el derecho directamente concernido era el derecho a la presunción de inocencia en la dimensión extraprocesal obliga a establecer un parámetro de control. No obstante este voto particular en opinión del magistrado, un juicio de proporcionalidad hubiera debido concluir como también había propuesto el Ministerio Fiscal que no existía lesión del derecho a la presunción de inocencia ni tampoco al derecho al honor al menos con carácter absoluto al considerar, que la afirmación controvertida es realizada por los miembros de una comisión parlamentaria en el marco de una labor de investigación con reconocimiento constitucional y configuradora del ejercicio del *ius in officium*. Además la afirmación se realiza respecto a un responsable de una empresa pública y ha consistido en una mera atribución de responsabilidad política.

Apunta que es posible, que en la quizás excesiva proliferación de comisiones de investigación desarrolladas en los órganos de representación política, estatales, autonómicos y locales se pueden estar cometiendo determinados excesos en la individualización personal de las responsabilidades políticas y a su juicio, se podría reducir delimitando los cargos a los que se considera necesario atribuir el reproche político sin identificaciones nominales o incluso en el caso de estructuras empresariales sin profundizar a niveles de organigrama cuando esto no resulte necesario para realizar el juicio de responsabilidad política, haciendo en otro caso la advertencia expresa de que la responsabilidad jurídica concreta de cada una de las personas jurídicas o físicas que hayan tomado parte en el proceso de toma de decisión ha de ser resuelto, si es el caso, en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa o judicial pertinente.

Considera que la ausencia total de esa reserva hacía procedente una estimación parcial del fallo, pero *a sensu contrario* el carácter absoluto del pronunciamiento estimatorio amenaza con hacer inoperante el papel de las comisiones de investigación cuya únicas limitaciones en cuanto a la posibilidad de establecer conclusiones fácticas y eventuales calificaciones jurídicas solamente pueden ser dos:

1. Que las conclusiones fácticas no resulten vinculantes para ningún otro poder ni para fundamentar la afirmación de ningún tipo de responsabilidad que no sea estrictamente política.
2. Que esas calificaciones jurídicas no permitan derivar la imposición de ningún tipo de consecuencia jurídica.

Las alegaciones de la Junta General del Principado por lo que se refiere a los requerimientos formulados invoca su realización con arreglo a la ley y recuerda la obligación de comparecencia contenida en el artículo 502.1 del Código Penal.

En relación al uso de los correos electrónicos recibidos anónimamente considera ajustado y conveniente el haberlo puesto en conocimiento de la comisión, sin olvidar el traslado al juez y exonera de responsabilidad por el uso que de modo probado hubieran podido hacer los diputados individualmente, indicando además que ya habían

sido divulgados a la prensa cuando compareció la recurrente sin que se pueda acreditar que estos contribuyesen a su publicación.

Interesante resulta el argumento central sobre la posible vulneración al derecho al honor de la recurrente que justifica que aun siendo un juicio severo éste debía de ser tolerado puesto que se dirige a una persona trabajadora del sector público que ostentaba un nivel de responsabilidad muy elevado y que «las comisiones de investigación constituyen un instrumento especialmente robusto de control parlamentario por lo que no pueden quedar desprovistas del poder de censurar conductas en el sector público así como identificar a los servidores públicos que desde una perspectiva política y en un lenguaje también político incurren en prácticas incorrectas o mejorables».

Considera que el límite vendría dado por aquellas actuaciones parlamentarias que se sirven de insultos o expresiones humillantes o degradantes que no atenten contra la dignidad de la persona y que no comporten un riesgo de estigmatización objetivamente apreciable y que no tengan una influencia acreditada sobre un procedimiento judicial que los involucre personalmente.

El Ministerio Fiscal se opone a los dos óbices procesales y descarta la vulneración del derecho a la seguridad, habida cuenta de la aplicabilidad del Código Penal (artículo 502.1) en todo el territorio nacional y de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y sí aprecia la lesión del derecho fundamental al honor y la extralimitación en las funciones a la vista de lo que constituyó el objeto de la investigación parlamentaria.

La actividad investigadora debía haberse circunscrito al control de la acción del Consejo de Gobierno regional y extendió su objeto a la acción administrativa en una responsable política de segundo nivel.

Asimismo respecto al desarrollo de la comparecencia indica que las preguntas que se formulen al compareciente debe respetar los derechos fundamentales, límites entre los que se encuentran el derecho a no declarar sobre aquellas cuestiones que sean ajenas al asunto de interés público que ha motivado la constitución de la comisión y aquellas cuestiones que puedan perjudicar la situación jurídica del compareciente o afecten al secreto profesional.

Entrando en los fundamentos jurídicos, el Tribunal hace unas consideraciones previas sobre el artículo 76 CE que permite la coe-

xistencia de las investigaciones parlamentaria y judicial sobre unos mismos hechos y que no obstante con el fin de garantizar la no interferencia de la investigación parlamentaria en la penal se prevé, que las conclusiones de la investigación parlamentaria no serán vinculantes para los Tribunales ni afectarán a la resolución judicial sin perjuicio de la lógica colaboración entre poderes y la comunicación al Ministerio Fiscal de aquellas cuestiones que resulten oportunas.

La investigación parlamentaria es estrictamente política y por tanto ha de regirse con arreglo a parámetros de oportunidad o políticos y no de legalidad.

Y añade nuestro Tribunal, acotando la «vocación judicial» de algunos portavoces que «en el ejercicio de su actividad investigadora, ni le corresponde efectuar una calificación jurídica de los hechos ni llevar a cabo imputaciones o determinaciones personales que están exclusivamente reservada a los órganos que tienen encomendado el *ius puniendi* del Estado».

Y estos límites no se circunscriben a las conclusiones sino a todo el proceso indagatorio porque de conformidad con su naturaleza política, las Cámaras en el ejercicio de sus facultades de investigación emiten juicios de oportunidad política que, por muy sólidos y fundados que resulten, carecen jurídicamente de idoneidad para suplir la convicción de certeza que solo el proceso judicial garantiza.

Desestima el Tribunal la pretensión de vulneración del derecho a la libertad del artículo 17.1 CE, pues el deber de comparecencia está tipificado *a sensu contrario* en el artículo 502.1 del Código Penal que recoge el delito de desobediencia para quien habiendo sido requerido en forma legal y bajo apercibimiento dejare de comparecer en una comisión de investigación.

Desestima igualmente la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en coherencia con toda argumentación de la recurrente que no reconoce la autoría de los correos electrónicos por lo que difícilmente puede tutelarse en un caso así el derecho fundamental.

Muy detallado es el examen del derecho constitucional a la presunción de inocencia en su vertiente procesal que es sin duda el elemento central de la sentencia y el avance jurisprudencial que ésta representa.

El Tribunal ha venido reconociendo en varios pronunciamientos (STC 8/2017 de 19 de enero, 10/2017 de 30 de enero) el carácter autónomo del derecho a la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal, examinando su posible lesión y acogiendo la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que amplía su contenido (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella C. España, 13 de julio de 2010 Tendam C. España y 16 de febrero de 2016 Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni C. España) en las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido reconociendo la dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia no solo en los casos en los que las autoridades públicas arrojan dudas acerca de la inocencia pese a haberse dictado una sentencia absolutoria sino también en aquellos en los que se declara culpable a una persona pese a no haber recaído una sentencia condenatoria.

El recurso de amparo permite al Tribunal avanzar en la doctrina constitucional sobre la dimensión extraprocesal del derecho de presunción de inocencia y afirma que la quiebra queda consumada en el momento en que desde el poder público se emitan declaraciones que no se limiten a describir un estado de sospecha sino que van más allá, reflejando la sensación de que la persona en cuestión es culpable.

Concluye que la Cámara se extralimitó en el proceso indagatorio como en las conclusiones porque en el proceso indagatorio se formularon preguntas y observaciones que no se centraron en el objeto del proceso sino en determinar hechos concretos que la comisión calificó reiteradamente como delictivos.

Constituye una extralimitación de la Cámara imputar actuaciones ilícitas desde el punto de vista penal de forma individualizada ya que la delimitación de esas responsabilidades penales está reservada constitucionalmente a los órganos jurisdiccionales.

Igualmente las conclusiones referidas a las Sra. Cuendias Álvarez van más allá de un juicio ciertamente severo y constituyen una verdadera imputación de hechos de carácter delictivo aun cuando se utilice el término irregularidades y no exista una calificación jurídica expresa.

En resumen:

- La resolución y actuación impugnada procede de una autoridad pública que ocupa un lugar central en la organización política de la comunidad.
- Se trata de una imputación de actuaciones ilícitas con trascendencia penal, no meras irregularidades.
- Las conclusiones de la comisión no se limitan a describir un estado de sospecha sino que son una declaración de culpabilidad.
- Esa imputación se ha realizado sin existir una declaración judicial de culpabilidad.
- Las declaraciones de la autoridad pública han tenido una gran trascendencia pública.

Esas imputaciones, concluye el Tribunal, exceden del ámbito propio de la actividad parlamentaria de investigación a la que no corresponde declarar la existencia de conductas punibles y la determinación de su autoría (STC 133/2018) ni, en consecuencia investigarlas por lo que en el fallo declara la nulidad de la conclusión referida a la recurrente.

III. CONCLUSIONES

La sentencia que analizamos supone un avance jurisprudencial que pone coto a los excesos que se pueden producir en las comisiones de investigación que de manera desproporcionada olvidan la propia finalidad de las mismas que no es otra que la búsqueda de responsabilidades políticas sin que durante su desarrollo ni en sus conclusiones se puedan realizar calificaciones jurídicas ni imputación de hechos delictivos cuya fijación está reservada al *ius puniendi* del Estado.

Poner el foco en el derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal y no solamente en el derecho al honor incorpora el acervo de las últimas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y facilitan a mi juicio la protección del derecho constitucional de los comparecientes.

Era necesario poner límites sin que ello atente contra el importante papel de las comisiones de investigación que, aun emitiendo en algunos casos sólidos juicios de oportunidad política, carecen de la idoneidad para suplir la certeza de un proceso judicial y por tanto la presunción de inocencia de cualquier compareciente debe de

permanecer incólume tras su paso por una comisión de investigación. Son demasiadas las ocasiones donde las comisiones de investigación han ido mucho más allá de describir un estado de sospecha aunque la verdad judicial posteriormente declarada en nada se asemeje a las conclusiones políticas anticipadas.

LAS FÓRMULAS DE ACATAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 65/2023 DE 6 DE JUNIO. RECURSO DE AMPARO 4577/2019. (BOE NÚM. 167, DE 14 DE JULIO DE 2023)

THE FORMULAS OF COMPLIANCE WITH THE CONSTITUTION. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT JUDGEMENT 65/2023 OF JUNE 6. APPEAL FOR LEGAL PROTECTION 4577/2019 (BOE NUM. 167, OF JULY 14, 2023)

Isabel María ABELLÁN MATESANZ
Letrada de las Cortes Generales
<https://orcid.org/0000-0002-6616-1101>

RESUMEN

El Tribunal Constitucional, por la vía del amparo y desestimando el recurso interpuesto por el grupo parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, en su sentencia 65/2023, de 6 de junio, descarta que el acuerdo de la Presidenta de dicha Cámara, de 21 de mayo de 2019, concediendo la plena condición de diputados a quienes utilizaron en la sesión constitutiva de la XIII legislatura fórmulas de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución que no se ajustaban estrictamente a la previsión reglamentaria –bien por utilizar una lengua distinta del castellano, bien por contener añadidos diversos a las escuetas palabras «Sí, juro» o «Sí, prometo»–, afecte al derecho de los recurrentes a ejercer, igualmente en plenitud, sus funciones parlamentarias. Con ello, el Alto Tribunal, a la vez que niega la alegada existencia de lesión del derecho de representación política (art. 23.2 CE), confirma la corrección de la actuación de la Presidenta del Congreso y, sin prejuzgar el fondo, valida las controvertidas fórmulas.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, recurso de amparo, acatamiento de la Constitución, derecho de representación política, *ius in officium*, Presidenta, Mesa, diputado.

Artículos clave: art. 23.2 CE, arts. 4.1 y 20.1.3.º RC y art. 108.8 LOREG.

Sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas: SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, 122/1983, de 16 de diciembre, 119/1990, de 21 de junio y 74/1991, de 8 de abril.

ABSTRACT

The Constitutional Court, by means of amparo and dismissing the appeal filed by the Popular parliamentary group of the Congress of Deputies, in its ruling 65/2023, of June 6, rules out that the action of the Speaker of the Chamber, of 21 May 2019, granting full status as deputies to those who used oath or promises formulas to comply with the Constitution in the constitutive session of the XIII legislature that did not strictly comply with the regulatory provisions, either by using a language other than Spanish, either because it contains various additions to the brief words “Yes, I swear” or “Yes, I promise”, affects the right of the appellants to also fully exercise their parliamentary functions. With this, the High Court, while denying the alleged existence of injury to the right of political representation (art. 23.2 CE), confirms the correctness of the actions of the President of Congress and, without prejudging the merits, validates the controversial formulas.

Keywords: Constitutional Court, appeal for constitutional protection of fundamental rights, compliance with the Constitution, public parliamentary office, *ius in officium*, Speaker, Bureau, Deputy.

Key Articles: art. 23.2 of the Spanish Constitution and arts. 4.1 and 20.1.3º of the Standing Orders of the Congress and art. 108.8 Spanish Organic Electoral Law.

Related Constitutional Court Judgements: SSTC 101/1983, of November 18, 122/1983, of December 16, 119/1990, of June 21 and 74/1991, of April 8.

I. ANTECEDENTES

La sentencia que pretende analizarse en estas páginas trae causa del recurso de amparo presentado por el grupo parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra el acuerdo de la Presidenta de la Cámara, de 21 de mayo de 2019, que tuvo por debidamente cumplimentado por todos los diputados presentes en la sesión parlamentaria celebrada en dicha fecha el requisito de juramento o promesa de acatamiento de la Constitución; así como contra los posteriores acuerdos de su Mesa, de 23 de mayo y de 20 junio del mismo año, por los que, denegándose la revisión de las fórmulas de acatamiento pronunciadas, se ratificó el referido acuerdo presidencial y se denegó.

Este recurso de amparo es el primero de una tanda de varios que, con el mismo objeto e idéntica pretensión –la anulación de determinadas fórmulas de acatamiento de la Constitución, por considerarlas incompatibles con la Carta Magna– han sido presentados ante el Tribunal Constitucional por diversos grupos parlamentarios, tanto del Congreso de los Diputados como del Senado, y referidos tanto a la legislatura XIII, como a la XIV, ambas en estos momentos concluidas.

Para centrar bien la cuestión, conviene, antes que nada, conocer con exactitud cuáles fueron los hechos que se discuten y por los que, considerándolos los recurrentes lesivos de sus derechos fundamentales, se requirió la intervención del Tribunal Constitucional. A tal fin, procede remontarse a la sesión constitutiva de la XIII legislatura, que tuvo lugar en la citada fecha de 21 de mayo de 2019. En ella, los diputados que resultaron electos en los comicios celebrados el mes anterior prestaron, tal y como prescriben el Reglamento del Congreso de los Diputados para estos (artículos 4.1 y 20.1.3.º) y la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para todos los cargos electos (artículo 108.8), juramento o promesa de acatar la Constitución, requisito este previo e imprescindible para la perfección de su condición y la asunción plena, en consecuencia, de los derechos, funciones y responsabilidades que derivan del cargo representativo.

Ocurrió que en esa sesión parlamentaria, la inicial de la legislatura que comenzaba, algunos diputados, a la pregunta de la Presidenta recién electa, «Señorías, ¿juráis o prometéis acatar la Constitución?», apartándose de las escuetas fórmulas reglamentarias prescritas, «Sí,

juro» o «Sí, prometo», añadieron otras diversas expresiones, algunas de ellas admitidas explícitamente —como la conocida «por imperativo legal»—, otras diferentes; y, entre estas, abundaron las referencias, con ligeras variantes, al «mandato del 1 de octubre», a los «presos y exiliados políticos» o a la «república catalana». Además, no faltó quien para pronunciarlas eligió una lengua distinta del castellano, oficial en su propia Comunidad Autónoma.

La Presidenta del Congreso, dando por válidos todos los acatamientos pronunciados, declaró que «todas las señoras y señores diputados que han contestado al llamamiento han adquirido la plena condición de diputados y diputadas», añadiendo, además, ante la protesta de un diputado a través de una cuestión de orden, la aclaración de que «todas las fórmulas de acatamiento han sido respetuosas con el artículo 4 del Reglamento y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puesto que no es la primera vez que se utilizan fórmulas distintas (...) y, por tanto, no se ha mermado la esencia del acatamiento, que es el compromiso de respeto a la Constitución».

Considerando, no obstante, el grupo parlamentario Popular que, de estos supuestos atípicos que se apartaron de la fórmula ritual establecida, un buen número de ellos —que concreta en veintinueve— utilizaron expresiones que limitan, vacían o condicionan su sentido propio, viciando de nulidad el juramento o la promesa prestados, acudió a la Mesa del Congreso, solicitando la revisión de todos y cada uno de los acatamientos pronunciados, a efectos de esclarecer si la voluntad expresada por todos los diputados de acatar la Constitución había sido clara e inequívoca.

Ante la negativa, por dos veces, de la Mesa de la Cámara de acceder a lo solicitado, el grupo parlamentario Popular del Congreso de los Diputados acudió en amparo al Tribunal Constitucional, alegando vulneración del derecho de representación política recogido en el artículo 23.2 CE, así como del principio de igualdad reconocido por el artículo 14 CE.

II. COMENTARIO

A partir de estos antecedentes, la cuestión que se dilucida en el recurso de amparo presentado por el grupo parlamentario Popular es, pues, en qué medida el acuerdo de la Presidenta del Congreso, al dar

por válidos todos los acatamientos emitidos por todos los diputados presentes en la sesión constitutiva de la XIII legislatura, inclusive los de quienes prometieron o juraron sin ajustarse estrictamente a las fórmulas reglamentarias, ya fuera por utilizar una lengua cooficial o ya fuera por añadir determinadas expresiones a las mismas, pudo lesionar el derecho fundamental de representación de los recurrentes, como también el principio de igualdad; recurso de amparo que el Alto Tribunal zanja, después de analizar las posiciones de las partes, denegando el amparo solicitado, por entender, sobre la base de un escueto razonamiento jurídico –del que más adelante se dará cuenta–, que tales pretendidas lesiones no se produjeron.

No obstante, interesa destacar ya, desde este momento inicial, que, aun cuando el máximo intérprete de la Constitución limita su examen a analizar si los polémicos juramentos vulneraron o no los derechos alegados por los recurrentes, tanto la demanda de amparo del grupo parlamentario Popular como las alegaciones efectuadas por la defensa del Congreso de los Diputados e, incluso, por otros personados en el procedimiento sacan a la luz diversas cuestiones relativas al acto de acatamiento de la Constitución por parte de los cargos electos no resueltas o cuyo entendimiento no es aún, a día de la fecha, del todo pacífico.

Entre las mismas pueden citarse, por ejemplo, el carácter formal o el control material del acto de acatamiento, el enfrentamiento entre los derechos de participación y representación y la exigencia legal de cumplir con el requisito del acatamiento, su incidencia en las libertades ideológica y de expresión y la aplicación restrictiva de las normas que las limiten, la posibilidad del uso de las lenguas cooficiales como expresión del pluralismo o la importancia del principio de igualdad en la composición de la Cámara.

Antes de entrar a analizar el razonamiento del Tribunal Constitucional –que, como decimos, sin entrar en el fondo, ciñe el fallo a apreciar si, por el hecho de que unos diputados juren o prometan acatamiento a la Constitución de una determinada manera, que no es la reglamentaria, hay o no lesión en los derechos de representación política de los restantes– y comoquiera que se considera de sumo interés para entender el problema que se plantea con los juramentos atípicos, vamos a examinar con detenimiento qué es y qué significa

el acto de acatamiento de la Constitución, así como cuáles fueron las posiciones de las partes en el litigio causado en torno a dicho acto y las razones que cada una de ellas alegó en defensa de su pretensión.

1. El acto de acatamiento de la Constitución

El juramento o promesa de acatamiento de la Constitución es la expresión formal del deber que pesa sobre todos aquellos que asumen un cargo representativo o desempeñan una función pública de someterse a la Constitución como norma fundamental del Estado.

El de acatamiento de la norma fundamental no es un acto extraño a nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco lo es a otros de nuestro entorno. Al contrario, sus orígenes se diluyen en la historia; hunde sus raíces en el Derecho romano con la figura de la *sponsio* como vínculo generador de obligaciones jurídicas; se perpetúa en el juramento estamental del Medievo, con un sentido adicional religioso; y, ya con el significado expreso de respeto y obediencia a la Carta Magna, llega hasta el constitucionalismo moderno, teniendo reflejo en todas nuestras Constituciones de la época liberal y, en la primera de ellas, en la de Cádiz.

Al margen de estos precedentes históricos, como también de los varios ejemplos de Derecho comparado en idéntico sentido, que no vamos a detenernos en comentar, lo que sí interesa señalar es el especial significado que el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución tuvo en el contexto de redacción de nuestra Carta Magna; un significado que, a tenor de los hechos, parece haberse ido debilitando con el paso de los años, pese a que la obligación de acatamiento se recoge en importantes normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, como son la LOREG (art. 108.8), para todos los cargos electos, y, específicamente, para los parlamentarios, los Reglamentos del Congreso de los Diputados (artículos 4.1 y 20.1.3.º) y del Senado (artículo 11).

A pesar de ello, la práctica del juramento o promesa de acatamiento a la Constitución ha estado, desde hace años, rodeada de polémica; tanto es así que en diversas ocasiones el propio Tribunal Constitucional se ha visto llamado a intervenir al respecto, manifestando su criterio en importantes sentencias (SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, 122/1983, de 16 de diciembre, 119/1990, de 21 de junio

y STC 74/1991, de 8 de abril), cuya doctrina se trae a colación en el presente recurso por todos los intervinientes en el procedimiento, si bien para apoyar posiciones encontradas, lo que no es sino una muestra más de lo controvertido del tema.

Resumimos a continuación los aspectos fundamentales de la doctrina del acto de acatamiento de la Constitución sentados por el Alto Tribunal en las referidas sentencias:

- El acto de acatamiento de la Constitución es un deber implícito en el artículo 9.1. CE, que determina que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», con una proyección diferente según se trate de unos u otros: mientras que los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, los titulares de los poderes públicos tienen, además, un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución; lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido, dado que la propia Constitución permite el supuesto extremo de que se pretenda su modificación, siempre que dicho objetivo se persiga por los cauces legales establecidos.
- La exigencia de juramento o promesa de acatamiento a la Constitución como requisito imprescindible para alcanzar la plenitud de la condición de diputado –o de senador o de otro cargo público electo– no viene impuesta por la Constitución, sino por la ley o los reglamentos parlamentarios; por eso, el eventual incumplimiento de la obligación de acatamiento, introducido como un requisito formal, no priva al parlamentario de su condición –para la que no hay otro título que la elección popular– sino solo del ejercicio de las funciones propias de tal condición y, con ellas, de los derechos y prerrogativas anexos.
- Apostando por una interpretación flexible, no excluyente sino integradora, el Tribunal Constitucional ha hecho prevalecer los derechos de participación y representación frente a una exigencia excesivamente rigorista del requisito. Y así, ha admitido que el juramento o la promesa puedan acompañarse de algunas cláusulas o expresiones siempre que estas, de alguna u otra forma, no vacíen,

limiten o condicionen su sentido propio, sea cual fuese la justificación invocada para ello. Porque lo decisivo es que el acatamiento a la Constitución sea incondicional y pleno.

- En esta línea, el Tribunal Constitucional ha entendido que la expresión «por imperativo legal» es admisible, puesto que no tiene valor condicionante ni limitativo de la promesa, sino que su significado político es el de precisar que el acatamiento no es el resultado de una decisión espontánea, sino simple voluntad de cumplir un requisito que la ley impone. El añadido a la fórmula de acatamiento no tiene, para el Tribunal Constitucional, relevancia suficiente para vaciar de contenido el compromiso, expresado de modo claro e inequívoco, de respeto a la Constitución y de sujeción al modelo democrático que la misma representa.

Lo cierto es que, desde que se dictara esta jurisprudencia, admitiendo fórmulas de acatamiento que no se ajusten a la estrictamente reglamentaria –y, en concreto, validando la fórmula «por imperativo legal»–, siempre que, en último término, el juramento o la promesa pronunciados sean claros e inequívocos y no se encuentren condicionados, las expresiones que han venido añadiéndose a las escuetas palabras reglamentariamente previstas, «Sí, juro» o «Sí, prometo», se han multiplicado; y no solo en el ámbito de las Cortes Generales, sino en todos los niveles parlamentarios –europeo y autonómico– e, incluso, en el ámbito local, de modo que lo era inicialmente un acto uniforme, con una fórmula idéntica para todos, escueta y simple en su formulación, se ha ido transformando de manera paulatina pero imparable en un acto caracterizado por el personalismo y la variedad, que muchos de los llamados a jurar o prometer aprovechan para hacer manifestaciones ideológicas o de compromiso político, con un innegable valor simbólico. A título de ejemplo, pueden señalarse menciones a la protección del medio ambiente, a los derechos humanos, a los derechos sociales, a las desigualdades, a las mujeres, a la discapacidad, a España, a una concreta región o localidad...

Más allá de estas expresiones y de la transformación que, por mor de las mismas, con el tiempo ha sufrido este acto solemne, lo que importa subrayar es que, pese a que actualmente se usen otras expresiones diferentes a la única concretamente enjuiciada y explí-

citamente admitida por el Tribunal Constitucional (la consabida «por imperativo legal»), el razonamiento de fondo de las citadas sentencias debería seguir siendo válido; porque han variado las expresiones en el transcurso de los años, pero no el concepto de representación política ni la naturaleza del problema, que no es otro que el conflicto entre, por un lado, el cumplimiento de un requisito formal y, por otro, el valor superior del pluralismo político y las libertades ideológica y de expresión, a los que la jurisprudencia constitucional, según hemos indicado, ha dado primacía.

No obstante, que la cuestión sigue siendo problemática lo prueba el hecho de que durante las legislaturas XIII y XIV han sido varios los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional para que se pronuncie, una vez más, acerca de este asunto.

Veamos, seguidamente, a través de las posiciones respectivas de las partes, cómo se plantea el concreto litigio que dio lugar a la sentencia que ahora se analiza.

2. Motivos del amparo. Posición de los recurrentes

Como se ha indicado líneas atrás, el grupo parlamentario Popular, demandante del amparo ante el Tribunal Constitucional, alega en su demanda la lesión de dos derechos fundamentales: el de representación política, contemplado en el artículo 23.2 CE, y el de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE.

Dichos derechos los entienden vulnerados los recurrentes por el acuerdo de la Presidenta del Senado, de 21 de mayo de 2019, y, en cuanto que ratificaron la actuación de esta y negaron la revisión de las fórmulas de acatamiento, también por los posteriores acuerdos de la Mesa de la Cámara, de 23 de mayo y de 20 junio del mismo año; acuerdos todos ellos cuya anulación pretende el grupo parlamentario Popular, en la medida en que dan por cumplimentado el requisito de prestar juramento o promesa de acatar la Constitución –necesario para adquirir la plena condición de diputado–, para todos los electos que lo hicieron en la referida sesión constitutiva de la XIII legislatura, de 21 de mayo de 2019, siendo que –siempre a su juicio– algunas de las fórmulas utilizadas para ello no permiten acreditar que el acatamiento de nuestra norma fundamental fuera claro e inequívoco.

Es el caso de los veintinueve acatamientos que fueron expresados en lengua cooficial al castellano o que incluyeron referencias a «los presos y exiliados políticos», al «mandato del 1 de octubre» o a «la república catalana».

Los argumentos de los recurrentes giran en torno a dos ideas principales: una primera, la discriminación que supone otorgar el mismo trato a los diputados que han cumplido debidamente con el requisito del acatamiento y a los que no lo han hecho y, por tanto, no han perfeccionado su condición; y, una segunda, más relevante si cabe, la distorsión que se produce en la recta conformación de la Cámara –y la afectación, en consecuencia, del principio de igualdad en la representación– desde el momento en que se dan por válidos, *contra legem* y *contra constitutionem*, acatamientos que no lo son y se permite el ejercicio de las facultades que integran el *ius in officium* a quienes no han perfeccionado su condición de diputado; esta distorsión –dicen– proyecta sus efectos sobre múltiples facetas de la vida parlamentaria (composición de los órganos, mayorías requeridas, etc.) y vicia *ab origine*, esto es, desde su constitución, cualesquiera actos que suceden en el seno del cuerpo legislativo.

Nótese la peculiaridad del planteamiento de los recurrentes, que vinculan la vulneración de sus derechos de igualdad y representación a la actuación de determinados órganos parlamentarios –primeramente, la Presidenta del Congreso y, confirmando lo realizado por esta, la Mesa– respecto del ejercicio de facultades de terceros –aquellos diputados cuyos juramentos o promesas de acatamiento de la Constitución se discuten–. No se trata, por tanto, de que los actos parlamentarios que los recurrentes impugnan por lesivos lo sean por afectar directamente a sus derechos, sino que la vulneración de sus derechos la derivan del reconocimiento, por parte de los acuerdos de los órganos parlamentarios, de los derechos de otros. De este modo, la apelación al Tribunal Constitucional para que enjuicie el acuerdo de la Presidenta del Congreso, de 21 de mayo de 2019 –y los posteriores de la Mesa de la Cámara–, mediante el que esta dio por válidos todos los acatamientos expresados, así como por adquirida la plena condición de todos los diputados, entraña la pretensión del grupo parlamentario Popular de, bajo la invocación del artículo 23.2 CE y a través de un control de la legalidad parlamentaria, limitar el ejercicio

de derechos de terceras personas. Es lo que ha venido a denominarse «contra-amparo» (STC 60/2011, de 5 de mayo).

3. Alegaciones del Congreso de los Diputados

Las alegaciones del Congreso de los Diputados, al margen de determinados óbices procesales –falta de legitimación, defectuosa formulación del suplico, deficiente concreción del objeto–, en cuanto a los argumentos sustantivos, entroncan directamente con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los acatamientos antes expuesta. Su extenso razonamiento puede resumirse en los siguientes cinco puntos esenciales:

- No existe un derecho fundamental de unos diputados a que otros presten su acatamiento en una forma o con unas palabras determinadas; además de que el hecho de que un diputado acate o no la Constitución, o lo haga de una manera que no sea la estrictamente reglamentaria, en nada repercute en la esfera de derechos e intereses de los demás diputados. En este sentido y teniendo en cuenta que el recurso de amparo es un instrumento para reparar la lesión de derechos en la propia esfera personal –circunstancia que ha sido puesta de relieve por el Alto Tribunal en numerosísimas ocasiones–, los demandantes carecen de legitimación para la interposición de la demanda.
- El art 23.2 CE garantiza el ejercicio de la función representativa por los parlamentarios electos, pero ello no incluye el que la Cámara deba tener una determinada composición o que, en función de la misma, los resultados de las votaciones sean unos u otros; el ejercicio de la función representativa es personal de cada diputado, solo depende de que cada cual perfeccione su condición por prestar acatamiento a la Carta Magna, pero no de que otros la adquieran o no plenamente; el derecho de estos no perturba en nada al de aquellos, ni lo que hagan unos afecta a lo que puedan hacer otros, puesto que cada diputado puede ejercer sus derechos reconocidos en el artículo 23.2 CE de forma individual y propia; y ello con independencia de cuál sea la composición de la Cámara, en función de quiénes sean sus miembros en un momento concreto.

- El uso por los diputados, en el acto del acatamiento a la Constitución, de palabras o manifestaciones expresivas de su ideario político, con independencia de que pueda ser considerado improcedente, inoportuno, inadecuado o irrespetuoso, debe entenderse amparado por el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE), por las libertades ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE] y por la prohibición de la censura (art. 20.2 CE), en el marco del derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.2 CE) y a acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.1 CE). De hecho, no solo quienes expresaron los cuestionados acatamientos, sino muchos otros diputados pronunciaron, en la sesión constitutiva de 21 de mayo de 2019, juramentos o promesas de acatamiento con fórmulas que añadían otras varias expresiones, distintas a las que se impugnan (como, por ejemplo, «por España», «por Cantabria y por España» o «por España, por Galicia y por el rey»); fórmulas estas que tampoco se ajustan estrictamente al «Sí, juro» o «Sí, prometo» previstos reglamentariamente, que, al igual que las controvertidas, fueron admitidas como válidas por la Presidenta del Congreso y que, sin embargo, no se han cuestionado.
- Las expresiones añadidas al juramento o la promesa no forman parte de la fórmula estricta del acatamiento, sin que, por tanto, quepa pensar que corresponde a la Presidenta de la Cámara realizar un control material sobre la constitucionalidad de las mismas. La Presidencia, conforme a las competencias que tiene atribuidas por el Reglamento y su norma de desarrollo, lo único que puede y debe hacer es comprobar que todos los diputados efectivamente han pronunciado las palabras «Sí, juro» o «Sí, prometo», siendo irrelevante, a los efectos de tener por cumplido el requisito, cualquier manifestación sobre los motivos que llevan al diputado a acatar la Constitución.
- En fin, ninguna de las fórmulas de acatamiento utilizadas por los diputados que prometieron o juraron la Constitución establecieron condiciones, excepciones o reservas que dejaran vacío de contenido el acatamiento; la voluntad de acatar de todos los diputados, exteriorizada de diversas formas, fue clara e inequívoca, puesto que todos y cada uno de los presentes contestaron «Sí, juro» o «Sí,

prometo» a la pregunta «¿Juráis o prometéis acatar la Constitución?» formulada por la Presidenta. Las expresiones adicionales proferidas no tienen este carácter condicionante o limitativo; no son sino la exteriorización de un sentimiento, de un pensamiento o de unas ideas en el marco del pluralismo político que garantiza nuestra Constitución, pero sin consecuencias desde el punto de vista jurídico, en cuanto que no suponen en sí la afirmación de una pretensión de transformación del orden político por medios ilegales o fuera del marco constitucional.

En definitiva, primacía de las libertades ideológica y de expresión, dentro del marco del pluralismo político que nuestra Constitución ampara, por un lado, y, por otro, ejercicio individual del derecho de representación e inexistencia de lesión en la esfera de derechos e intereses de los recurrentes son los dos ejes principales sobre los que pivota el argumentario de defensa de la actuación de la Presidenta del Congreso de los Diputados, de la que se sostiene su conformidad a la Constitución y al Reglamento de la Cámara.

4. La interpretación constitucional

El Tribunal Constitucional, tras examinar las razones esgrimidas por cada una de las partes –que en los apartados anteriores hemos sintetizado–, así como las alegaciones planteadas por otros personados en el litigio –de las que, en cambio, no hemos hecho comentario por estar sus argumentos, en lo esencial, incluidos en los transcritos–, acogiendo parcialmente la tesis sostenida por la representación del Congreso, considera –ya lo anticipamos– que los órganos de gobierno parlamentarios no vulneraron el derecho de representación política, reconocido en el artículo 23.2 CE, de los demandantes, los diputados del grupo parlamentario Popular.

Previas las correspondientes puntualizaciones en respuesta a distintas interrogantes planteadas como óbices procesales o causas de inadmisión, el Alto Tribunal, aludiendo a su respeto de la autonomía parlamentaria y evitando, por ello, comenzar su análisis con el examen de la posible contravención por parte de la Presidenta del Congreso de las normas parlamentarias internas –control de la legalidad que solo sería procedente de concurrir una efectiva lesión del derecho

fundamental de representación de los recurrentes— a los efectos de realizar dicha comprobación, comienza por recordar su doctrina sobre las facultades que se integran en el *ius in officium* o derecho —eventualmente conculcado— de los parlamentarios a ejercer su cargo.

Es esta, según consolidada jurisprudencia constitucional que se inició con la ya lejana sentencia 5/1983, de 4 de febrero, en síntesis, la siguiente:

- El derecho reconocido en el artículo 23.2 CE garantiza tanto el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, como también que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga. Esta garantía tiene especial relevancia cuando —como es el caso— los solicitantes de amparo son diputados que reclaman el «derecho al ejercicio en plenitud de la representación».
- Existe una conexión directa entre el derecho de los parlamentarios a desempeñar su cargo representativo (art. 23.2 CE) y el que la Constitución atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), puesto que son primordialmente los representantes políticos quienes dan efectividad al derecho de aquellos y lo actualizan, de modo que ambos preceptos quedarían vacíos de contenido o serían ineficaces si los representantes políticos se viesen privados de su cargo o perturbados en su ejercicio; aun cuando ambos derechos deben ser tomados en consideración en el análisis constitucional, en este caso, el Tribunal se centra en el artículo 23.2 CE, puesto que, como se ha indicado, es el pleno desempeño de las funciones parlamentarias lo que los demandantes de amparo consideran vulnerado.
- No cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* —se trata de un derecho de configuración legal y son los reglamentos los que fijan y ordenan los derechos y atribuciones de los diputados y senadores que integran el estatus propio de su cargo— resulta lesivo del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE; a tal efecto, solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria.

A partir de la última de las tres características expuestas, el Tribunal Constitucional se detiene a examinar en qué medida, en el caso que se somete a su consideración, el acuerdo de la Presidenta del Congreso de los Diputados –y los posteriores de la Mesa, en cuanto que lo ratifican–, al tener por debidamente prestados todos los juramentos y promesas de acatamiento de la Constitución emitidos en la sesión inicial de la XIII legislatura, celebrada el 21 de mayo de 2019, pudieron afectar al núcleo de la función representativa de los demandantes de amparo –los diputados del grupo parlamentario Popular– y, por tanto, incurrieron en una lesión del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE, concluyendo de su examen que nada «permite considerar acreditado que la decisión parlamentaria impugnada ha incidido, cercenándolos, en los derechos y facultades que conforman el estatus propio del cargo de diputado».

Ello sobre la base de una única razón capital, ya apuntada, según señalamos líneas atrás, por la defensa del Congreso de los Diputados –y a la que se añade una segunda, relativa al principio de igualdad–, cual es la constatación de que la circunstancia de que los veintinueve diputados electos que utilizaron fórmulas de acatamiento que los demandantes consideran contrarias a la Constitución y a la legalidad parlamentaria perfeccionaran su condición, merced a la decisión de la Presidenta del Congreso de tener por válido su acatamiento –gozando, a partir de aquel momento, de todo el haz de derechos y facultades reconocidos a los representantes políticos, en idénticas condiciones que los demandantes de amparo–, no afecta al derecho de estos últimos a ejercer también en plenitud sus funciones parlamentarias; funciones entre las que cita el propio Tribunal, a título de ejemplo, las de constituir grupo parlamentario propio, presentar iniciativas, debatirlas en sede parlamentaria, votarlas o controlar la acción del gobierno, y de las que afirma que no se vieron restringidas en ningún momento, como lo prueba el hecho de que –y esto resulta determinante para el Tribunal– «los demandantes de amparo no han identificado ningún concreto derecho o facultad conformador de su estatuto legal como diputados que haya quedado limitado o afectado por la decisión parlamentaria impugnada».

En cuanto a la conculcación del principio de igualdad, tampoco aprecia el Tribunal Constitucional que la decisión de la Presidenta del

Congreso de los Diputados de aceptar la validez de la fórmula de acatamiento de la Constitución utilizada por la totalidad de los diputados electos asistentes a la sesión constitutiva de la XIII legislatura suponga un trato desigual entre los diputados, ya que fueron validadas todas las respuestas emitidas a la pregunta general efectuada a cada diputado sobre si juraban o prometían acatar la Constitución; pretender, al amparo del artículo 14 CE, un trato diferente para los veintinueve diputados que utilizaron las controvertidas fórmulas de acatamiento, por considerar que no han cumplido válidamente con el requisito de respeto y obediencia a la Carta Magna, supondría contravenir lo que reiteradamente ha afirmado el Tribunal Constitucional, a saber: que «el principio de igualdad no ampara un supuesto derecho a imponer o exigir diferencias de trato».

En resumidas cuentas, entiende el Alto Tribunal que estas dos razones, desarrolladas en poco más de una página, son suficientes para desestimar el recurso de amparo presentado por el grupo parlamentario Popular del Congreso de los Diputados y que le eximen de abordar el estudio de una eventual contravención de las normas parlamentarias por parte de la Presidenta de la Cámara, al dar validez, mediante su acuerdo de 21 de mayo de 2019, a determinados juramentos o promesas de acatamiento de la Constitución no ajustados estrictamente a las fórmulas reglamentarias y cuyo análisis, por tanto, queda fuera de la decisión constitucional.

Aun cuando la sentencia es, como se acaba de indicar, desestimatoria, la decisión del Tribunal no fue unánime entre todos los miembros del órgano jurisdiccional, ni en cuanto al fallo ni tampoco en cuanto a los fundamentos jurídicos del mismo. De ahí que la sentencia se acompañe de tres votos particulares en los que los magistrados discrepantes con la opinión de la mayoría –cinco– dejan reflejada su posición: el primero, de los magistrados Enríquez Sancho y Arnaldo Alcubilla y de la magistrada Espejel Jorquera –discrepante tanto en el fallo como en la fundamentación–, otro segundo, de la magistrada Balaguer Callejón –conforme con el fallo desestimatorio, pero no con su fundamentación– y, el último, del magistrado Tolosa Tribiño –discrepante, al igual que el primero, con la fundamentación y el fallo de la sentencia–.

De ellos hacemos también un sucinto comentario, por considerar de extraordinario interés algunas de las cuestiones que en los mismos se plantean y en las que no se profundiza –algunas ni siquiera de pasada se mencionan– en la sentencia.

5. *Los votos particulares*

5.1. *Voto particular de los magistrados Enríquez Sancho y Arnaldo Alcubilla y de la magistrada Espejel Jorquera*

Este primer voto particular, el más extenso de los tres formulados, discrepa, como se ha indicado, tanto del fallo de la sentencia, como de las razones que lo sustentan.

Los magistrados firmantes del mismo no dudan en calificar la sentencia de «elusiva y asimismo carente de congruencia», porque, al limitarse a afirmar que no queda afectado el derecho fundamental que los recurrentes invocan, no resuelve el problema constitucional que en el recurso se plantea, cual es dilucidar si las fórmulas cuestionadas eran o no válidas, si la Cámara se había constituido por ello ilegalmente y, por tanto, si los diputados recurrentes habían accedido al cargo e iban a ejercerlo en condiciones de desigualdad, teniendo en cuenta que se da a su voto el mismo valor que al emitido por personas que tomaron posesión de su escaño al margen de la legalidad; un problema, a su juicio, de la máxima gravedad porque fueron los propios órganos de gobierno del Congreso de los Diputados los que sustentaron la validez de las fórmulas cuestionadas con el argumento de que todas ellas gozan de la cobertura del Tribunal Constitucional, de conformidad con la doctrina sentada en las sentencias 119/1990, de 21 de junio y 74/1991, de 8 de noviembre.

Tras aclarar que el enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional del trámite de acatamiento a la Constitución, como requisito para alcanzar la plena condición de parlamentario, no supone menoscabar o poner en entredicho en modo alguno el principio de autonomía parlamentaria de los órganos de gobierno de las Cámaras, y después de ofrecer una breve explicación de la razón de ser del juramento o promesa de acatamiento de nuestra norma fundamental –no una mera reminiscencia ritual, sino la exteriorización de la integración constitucional de los servidores públicos–, los magistrados pasan a examinar el modo de proceder del Alto Tribunal en este proceso.

Al respecto, advierten, de inicio, en contra de la afirmación de la sentencia de que los demandantes no identifican ninguna limitación o incidencia de la decisión impugnada en el contenido esencial del *ius in officium*, que los demandantes de amparo reclaman la restitución de un derecho fundamental propio que estiman vulnerado –el derecho a la debida constitución de la Cámara– y no una mera infracción de la legalidad parlamentaria, ni tampoco la pretensión de que se nieguen los derechos de otros miembros del Parlamento.

Acto seguido, recuerdan los magistrados discrepantes que el modo habitual de resolver los recursos de amparo parlamentarios –inclusive los ya resueltos sobre acatamientos, que culminaron en las citadas sentencias 119/1990 y 74/1991– ha seguido siempre el mismo razonamiento lógico-jurídico: constatar que los recurrentes alegan realmente la vulneración de un derecho fundamental protegible en amparo; en caso afirmativo, examinar si el acto impugnado conculca la legalidad parlamentaria; y, de ser positivo, a su vez, este examen, dilucidar si se lesionó el derecho invocado.

De estas tres fases –continúan los magistrados– ha faltado en el proceso en cuestión la segunda, que se constituye en presupuesto lógico de la tercera, pasando la sentencia de la identificación del derecho fundamental alegado al examen de si este se vio lesionado, «sin despejar antes la incógnita de si los actos impugnados productores de dicha lesión conculcaron o no la legalidad parlamentaria»; conculcación de la legalidad parlamentaria que, en su criterio, efectivamente se produjo –aun cuando lo negara la Mesa de la Cámara, vía escrito de reconsideración–, al admitir la Presidenta del Congreso como válidos, en una «decisión de total condescendencia», acatamientos que no lo eran; y no lo eran porque:

- O bien incluían expresiones que auspiciaban sistemas políticos distintos al vigente, propugnaban la separación de una parte del territorio nacional sin seguir las reglas previstas para ello en la propia Constitución o cuestionaban la vigencia de nuestro Estado de Derecho, cuando el límite fijado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, precisamente, el uso de fórmulas que no desvirtúen la finalidad del acto, que no es otra que la exteriorización por los cargos públicos del respeto y la sujeción a la Carta Magna.

- O bien utilizaban fórmulas que no fueron expresadas en castellano y que, por tanto, no pudieron ser entendidas por todos los asistentes al acto ni recogidas por los servicios de taquigrafía de la Cámara, cuando, por un lado, la publicidad es un requisito del acto, y, por otro, el uso de idiomas distintos al castellano no está –no estaba entonces– regulado por normas parlamentarias.

Constatada así la ilegalidad de las decisiones parlamentarias –un análisis que obvia la sentencia con la que discrepan– pasan los magistrados a demostrar que se produjo, efectivamente, un menoscabo en el derecho de acceso y ejercicio del cargo público representativo en condiciones de igualdad, como también que la desnaturalización de la Cámara por su viciada composición mermó el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes; menoscabo que se produjo –siempre en razonamiento de los magistrados– al verse obligados los diputados recurrentes a participar en una Cámara constituida con diputados que no cumplieron con uno de los requisitos necesarios para perfeccionar su condición –el deber de acatamiento de una manera «incondicional y plena» de la Constitución, esto es, sin utilizar expresiones que no se comprendieran o lo vaciaran de contenido–, así como a votar en igualdad de condiciones que aquellos, quedando con esto desvalorizados su voto y sus derechos como diputados, «en una legislatura constituida de espaldas a la legalidad parlamentaria, con el visto bueno de la Presidenta de la Cámara».

5.2. *Voto particular de la magistrada Balaguer Callejón*

El segundo voto particular de los formulados, concurrente en cuanto que comparte el sentido desestimatorio del fallo, aun discutiendo su fundamentación, comienza por poner de relieve, de forma sucinta, la contradicción que se detecta entre el reconocimiento en la sentencia de la legitimación activa de los recurrentes en amparo para impugnar la fórmula de juramento o promesa realizada por terceras personas –los diputados que no se ciñeron a las expresiones reglamentarias o expresamente admitidas por el Tribunal Constitucional– y el fallo desestimatorio, precisamente sobre la base del argumento de que las decisiones parlamentarias impugnadas no limitaron ninguno de los

derechos y facultades que conforman el estatus propio del cargo de diputado, entre los que no se encuentra –a criterio de la magistrada, que coincide en este punto con lo resuelto en la sentencia– el derecho a una determinada composición de la Cámara por considerarse que es esa la legítima.

Para la magistrada Balaguer, la contradicción referida debía haber llevado al Tribunal Constitucional a declarar *ab initio* inadmisibile el recurso, por carecer los recurrentes el amparo –y este es uno de los óbices procesales que también esgrimió la defensa del Congreso de los Diputados– de legitimación activa para atacar un acto parlamentario que no afectaba ninguno de sus derechos fundamentales ni incidía de forma directa ni refleja en su capacidad para ejercer el cargo para el que resultaron electos.

A esta razón de discrepancia, de carácter procedimental, añade la magistrada otra, para ella la principal y atinente al fondo de la cuestión de los acatamientos, cual es el carácter de los mismos. Al respecto, advierte la magistrada que la exigencia para los cargos públicos de manifestar de forma expresa su respeto y sometimiento a la Constitución no es constitucional, sino legal y que se compadece mal con el modelo de democracia «no militante» diseñado por nuestra Carta Magna, que, incluso, permite defender la reforma de sus bases, siempre que se haga mediante el procedimiento previsto al efecto. Tal y como se configura actualmente, desde las sentencias 101/1983, de 18 de noviembre y 119/1990, de 21 de junio, la prestación del acatamiento a la Constitución es un requisito constitutivo de la condición de diputado –y del que la magistrada no duda en decir que entorpece el ejercicio legítimo de la representación política– cuando debería serlo –siempre a su juicio– meramente ritual.

Para la firmante de este segundo voto particular, en definitiva, hubiera sido más razonable precisar, en línea con los precedentes, que el acto de acatamiento es un acto de carácter formal –por tanto, un acto de trámite sin ninguna repercusión material– y que, por tal razón, cualquier fórmula debe ser aceptada; o, incluso, hubiera sido más razonable, aprovechando una ocasión que se presentaba como idónea, rectificar la doctrina del propio Tribunal sentada hasta la fecha y «avanzar un poco más en cuanto a la posible irrelevancia jurídica

del juramento de los representantes al Congreso de los Diputados en una recomendable modificación de su regulación actual».

5.3. *Voto particular del magistrado Tolosa Tribiño*

El último voto particular, del magistrado Tolosa Tribiño, tiene un sentido radicalmente opuesto a este que acabamos de referir y discrepa tanto del fallo de la sentencia como de sus fundamentos.

Para el magistrado Tribiño, la sentencia –que debió haber sido estimatoria, de acuerdo con la tradicional doctrina del Alto Tribunal, sentada en las sentencias 101/1981, 122/1983, 119/1990 y 74/1991– no ha profundizado en el significado del deber de acatar la Constitución, como condición ineludible, derivada de la centralidad de la Carta Magna, para adquirir la condición de diputado; así como tampoco en que su incumplimiento por un determinado número de diputados afecta a la esencia misma de la condición de los diputados recurrentes, «esto es, a su función angular y primigenia cual es la de concurrir a la conformación constitucional de las Cortes Generales como representantes del pueblo español».

De ahí que el acuerdo de la Presidenta del Congreso de los Diputados –confirmado por los posteriores de la Mesa– de tener por cumplido el deber de prestar promesa o juramento de acatar la Constitución de todos los diputados, inclusive de aquellos que utilizaron «fórmulas variopintas, ininteligibles o extravagantes», con «expresiones que contenían un abierto desafío a la norma fundamental del Estado que debían acatar», haya tenido como consecuencia la constitución indebida de la Cámara y, por ende, la desnaturalización de la función representativa de las Cortes Generales.

Con un fallo estimatorio de la demanda de amparo, dichos acuerdos –sostiene el magistrado– debieron ser anulados, teniendo por no acreditado el requisito de acatamiento de la Constitución y por no adquirida la condición de aquellos diputados que utilizaron las fórmulas de juramento o promesa no ortodoxas, hasta la prestación por los mismos de nueva promesa o juramento de acatar la Constitución compatible con la tradicional doctrina jurisprudencial mencionada.

III. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Constitucional 65/2023, de 6 de junio, dictada, como tantas otras previas, a través del cauce procesal del recurso de amparo parlamentario del artículo 42 LOTC, reabre la *vexata quaestio* de los acatamientos de los cargos públicos –de los diputados, en el caso– a la Constitución.

La primera reflexión que nos suscita, tras su análisis, esta nueva sentencia sobre tan polémico asunto es la del momento en que se dicta. El recurso que dio pie a la misma fue interpuesto por los demandantes de amparo –el grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados–, con fecha 19 de julio de 2019, contra determinadas fórmulas de acatamiento utilizadas por diversos diputados –veintinueve– en la sesión de 21 de mayo de dicho año; un recurso que, como fácilmente se deduce de las fechas transcritas, se refiere a una legislatura, la XIII, nacida de las elecciones generales de 28 de abril de 2019 y concluida cinco meses después; y a una Cámara Baja, la correspondiente a dicha legislatura, que se extinguió con la publicación del Real Decreto 551/2019, de 24 de septiembre, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de nuevas elecciones.

Es decir, que el Tribunal Constitucional viene a pronunciarse, cuatro años y dos legislaturas después, acerca de la validez o nulidad de unas discutidas fórmulas de acatamiento de la Constitución que fueron pronunciadas por quienes perdieron ya hace tiempo la condición que perfeccionaron en virtud de las mismas y que disfrutaron tan solo unos meses. Una sentencia que llega, pues, como en tantas otras ocasiones, tarde para los avatares de la vida parlamentaria; muy tarde, nos atrevemos a afirmar, puesto que el problema se volvió a plantear, en idénticos términos, antes del necesario pronunciamiento del máximo órgano jurisdiccional, en la XIV legislatura, tanto en las sesiones constitutivas del Congreso de los Diputados y del Senado como en otras de carácter ordinario, al incorporarse los senadores designados por determinadas Comunidades Autónomas a la Cámara Alta o los parlamentarios sustitutos de otros que dejaron su escaño vacante.

Sin embargo, no por tardía era la sentencia menos esperada, pues de su fallo y, sobre todo, de su fundamentación, dependía la

continuidad o no de la importante doctrina constitucional iniciada con las precedentes sentencias sobre el mismo tema, las ya varias veces mencionadas 101/1983, 122/1983, 119/1990 y 74/1991. Lo que nos lleva a nuestra segunda reflexión en relación con la sentencia que se comenta: el alcance de este nuevo pronunciamiento constitucional.

Y nuestra valoración al respecto no puede ser sino negativa: treinta años después de que el máximo órgano juzgador se pronunciase acerca de este acto solemne, condición *sine que non* para el ejercicio pleno de los derechos y obligaciones que conforman el estatuto del cargo representativo, era llegada la hora de que, en un esfuerzo por clarificar el confuso panorama creado por la multiplicación de las fórmulas de acatamiento, cada vez más diversas y variopintas, el Tribunal diera un paso más. Y ello pudiera haber sido en un sentido, el de confirmar el carácter formal del requisito, que permite la utilización de casi cualquier fórmula, pudiendo haber llegado incluso el Tribunal, si así lo hubiera considerado procedente, a eliminar el mismo –que, recuérdese, aunque deriva de la Constitución, es un requisito legal– ; o en el otro, el de, por el contrario, exigir a los órganos de gobierno de la Cámara la realización de un control material que permita reducir o, al menos, reconducir el variado abanico de fórmulas de pronunciadas.

Pero el Tribunal Constitucional no se ha inclinado ni por una opción ni por la otra, sino que, frente a lo que hiciera en las sentencias precedentes de 1983, 1990 y 1991 –sin duda, mucho más valientes– ha preferido, soslayando un pronunciamiento sobre el fondo, limitarse a afirmar la inexistencia de lesión del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE, dejando en el mismo estado en que se encontraban antes de la interposición del recurso las importantes cuestiones conflictivas que rodean el acto del acatamiento.

En este sentido, la sentencia ha sido decepcionante y poco ambiciosa; no cabe extrañarse de que algunos magistrados, en su voto particular, la tilden de elusiva o señalen su falta de congruencia. Era la ocasión propicia –insistimos– para que el Tribunal Constitucional determinara si sus razonamientos anteriores continúan siendo válidos para amparar la nueva casuística de manifestaciones de acatamiento.

Las posteriores sentencias dictadas en los recursos presentados a los diversos actos de acatamiento sucesivos no han supuesto tampoco cambio alguno en esta línea. Es más, se limitan, tras una

breve descripción de los hechos y un resumen de las alegaciones de las partes en los antecedentes, a remitirse, en un fundamento de apenas quince líneas, a los de la sentencia que ahora comentamos; nuevas oportunidades perdidas para que el Tribunal abordara de forma definitiva, en el sentido que fuese, el fondo de una cuestión que ha sido, sigue y seguirá siendo controvertida.

EL DERECHO DE LOS PARLAMENTARIOS A VISITAR
LAS DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL 58/2023, DE 23 DE MAYO.
RECURSO DE AMPARO NÚM. 3908-2020. (BOE NÚM.
150, DE 24 DE JUNIO DE 2023)

THE RIGHT OF PARLIAMENTARIANS TO VISIT ADMINISTRATION
BUILDINGS. COMMENTARY ON CONSTITUTIONAL COURT
JUDGMENT 58/2023, OF MAY 23. CONCERNING THE APPEAL FOR
LEGAL PROTECTION NUM. 3908-2020. (BOE NUM 150, OF JUNE
24, 2023)

Francisco JAVIER RUIZ BURSÓN
Letrado del Parlamento de Andalucía
Doctor en Derecho
<https://orcid.org/0000-0002-1597-3820>

RESUMEN

Dentro de las facultades de control del ejecutivo, algunos reglamentos parlamentarios han reconocido el derecho de los diputados a visitar las dependencias de la Administración para verificar el funcionamiento del servicio público. La presente sentencia resuelve el conflicto planteado entre esta facultad de los parlamentarios y el límite a la misma, consistente en que con ello no se perturbe el normal desenvolvimiento de las tareas administrativas, con especial atención al papel que desempeña la Mesa de la Cámara en dicho procedimiento.

Palabras clave: Derechos de los diputados, ius in officium, limitaciones de derechos fundamentales, test de proporcionalidad, función de control del ejecutivo, Mesa del Parlamento.

Artículos clave: Arts. 23 de la CE y 15 del RPIB.

Resoluciones relacionadas: Sentencias del Tribunal Constitucional; SSTC 161/1988, 181/1989, 203/2001, 32/2017, 124/2018, 38/2022, de

11 de marzo y SSTs de 25 de febrero de 2013, 1 y 15 de junio de 2015, 8 y 10 de febrero de 2022.

ABSTRACT

Within the powers of control of the executive, some parliamentary regulations have recognized the right of the deputies to visit the Administration offices to verify the operation of the public service. This judgment resolves the conflict raised between this power of parliamentarians and the limit to it, consisting in the fact of not disturb the normal development of administrative tasks, with special attention to the role played by the Bureau (Table) of the Chamber in said procedure.

Keywords: Rights of deputies, ius in officium, limits of fundamental rights, proportionality test, executive control function, Parliamentary Bureau (Table).

Key articles: Arts. 23 of the Spanish Constitution and 15 del RPIB.

Related decisions: Constitutional Court Judgements SSTC 161/1988, 181/1989, 203/2001, 32/2017, 124/2018, 38/2022, of March 11, and SSTs of February 25, 2013, June 1 and 15, 2015, February 8 and 10, 2022.

I. ANTECEDENTES

El grupo parlamentario Vox-Actúa Baleares solicitó a la Mesa de la Cámara autonómica, con fecha de 4 de septiembre de 2019, la visita a centros públicos de enseñanza sitos en la isla de Mallorca al amparo del artículo 15.5 del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares –RPIB, en adelante–. Tras comunicar este órgano parlamentario dicha pretensión a la Consejería de Educación, Universidad e Investigación, la Administración autonómica interesó que se pusiera en su conocimiento el motivo de la visita, número de personas que integraban el grupo, así como las dependencias que se verían afectadas, todo ello con el propósito de garantizar el normal funcionamiento del servicio. El grupo solicitante se limitó a contestar que el motivo de la visita radicaba en el mencionado precepto reglamentario, que el número de visitantes no excedería de tres, las zonas que se pretendía examinar y su intención de no entorpecer el desarrollo de las clases.

Tras repetidas comunicaciones entre el grupo y la Administración educativa a través de la Mesa del Parlamento, en idéntico sentido, la Consejería contestó de forma definitiva que sólo cabía la posibilidad de realizar dicha visita fuera del horario lectivo de los centros, con el propósito de no interferir en su normal funcionamiento. A ello se opuso el grupo Vox alegando que, en ese caso, no podría comprobarse el desarrollo ordinario de la actividad educativa y, por tanto, se coartaría la función parlamentaria de control del ejecutivo.

La Mesa del parlamento, el 29 de enero de 2020, comunicó al grupo parlamentario que la Consejería titular del servicio era la competente para fijar el tiempo y la forma de las visitas, conforme al art. 15.5 del Reglamento. Vox-Actúa Baleares presentó una solicitud de reconsideración el 6 de febrero de 2020, interesando que, en virtud del citado precepto, las visitas se realizaran dentro del horario lectivo puesto que con ellas no se interferiría el funcionamiento del servicio público. Finalmente, la Mesa, por Acuerdo de 19 de febrero de 2020, determinó que, propiamente, no se trataba de una solicitud de reconsideración sino de una queja dirigida a este órgano, y que, de acuerdo con la interpretación que se reiteradamente se había realizado del invocado artículo, correspondía a la Administración educativa fijar el tiempo y la forma de las visitas para asegurar la adecuada prestación del servicio, con apoyo en el tenor literal del propio Reglamento.

El grupo parlamentario afectado interpuso recurso de amparo contra la desestimación de su solicitud el 7 de agosto de 2020, admitido a trámite por providencia de 15 de marzo de 2021, el Pleno del Tribunal Constitucional recabó para sí el conocimiento del recurso el 28 de octubre de 2021, designando ponente en primer lugar al magistrado Sr. Arnaldo Alcubilla y, tras la declinación del mismo, a la magistrada Sra. Segoviano Astaburuaga.

II. COMENTARIO

a) Legitimación, objeto del recurso y vía de amparo

Una primera cuestión que se plantea –no abordada en la presente resolución– es la concerniente a la legitimación para el ejercicio del derecho de visita. De acuerdo con la literalidad del artículo 15.5 del RPIB, se trata de un derecho individual del diputado sin que conste mención alguna respecto a los grupos de la Cámara. De hecho, su regulación se incardina en el Capítulo III del Título II, bajo el epígrafe «De los derechos de los diputados y las diputadas», y no en el Título III, dedicado a los grupos parlamentarios. Sin embargo, en el presente caso, la petición de visita, la solicitud de reconsideración y el recurso de amparo se interpone por el grupo Vox. En este sentido, nos encontraríamos ante una «apropiación» de este derecho por parte los grupos, lo cual estaría en consonancia con la conocida doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la representación institucional que ostentan en relación con sus miembros y, en consecuencia, su legitimación para interponer el recurso de amparo como valedores de los intereses de los diputados¹. Al hilo de lo expuesto, dos detalles cobran especial relevancia: en primer término, que la representación se asume no sólo para interponer recurso de amparo sino también en cuanto al propio ejercicio del derecho y, en segundo lugar, el hecho de que estos extremos se admitan como cuestión pacífica e incontrovertida por las partes

¹ Dicha doctrina comenzó a configurarse con la Sentencia 81/1991, FJ 1, y ha tenido sus últimas manifestaciones en varias resoluciones, entre las que podemos citar las sentencias 24/2020, FJ 3; 69/2021, FJ 2, letra b); y 35/2022, FJ 2, letra a).

en conflicto sin que siquiera el Tribunal, de oficio, haya planteado ninguna cuestión al respecto².

En cuanto al objeto del recurso, el mismo se encuentra íntimamente ligado a la vía impugnatoria elegida (Fundamento Jurídico 1). En efecto, la vulneración constitucional se alega, no por razón de la negativa de la Administración balear para que se realice la visita en horario lectivo, sino respecto a la resolución de la Mesa del Parlamento que deniega el correspondiente amparo al grupo solicitante. Ello determina que nos encontremos ante la vía del artículo 42 de la Ley Orgánica 3/1979, de 1 de octubre, del Tribunal Constitucional –LOTCT, en adelante–, que tiene por objeto aquellos actos del legislativo, carentes de fuerza de ley, que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo. Y es que, si la impugnación hubiera recaído directamente sobre la decisión adoptada por la Consejería, tras haber hecho uso de la vía administrativa, se debería acudir a los tribunales de justicia del orden contencioso-administrativo³, y, por último, sustanciar el pertinente recurso de amparo a través del artículo 43 de la LOTCT, lo cual determina evidentes diferencias tanto en los plazos para la presentación del recurso como en el *iter* procedimental⁴.

² Sin embargo, Sieira Mucientes, S. (2012, p. 70), mantiene que los grupos parlamentarios, en relación con el derecho a la solicitud de información previsto en el art. 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados, carecen de legitimación.

³ Por la vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, con lo que no sería necesario el previo agotamiento de la vía administrativa, sino que bastaría con la inmediata interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de diez días tras la notificación de la denegación de la visita o desde el transcurso del plazo fijado para dictar la resolución (art. 115.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

⁴ En un principio, el Tribunal Constitucional (sentencias 45/1990, 196/1990 y 220/1991) sostuvo que las relaciones entre el legislativo y el gobierno, en el contexto de la solicitud de información y documentos de un parlamentario no atendida por el ejecutivo, eran de naturaleza política, totalmente ajenas al Derecho administrativo y, en consecuencia, no cabía la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional para su fiscalización. Posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rectificado dicha posición, manteniendo que es posible el control del cumplimiento de dicho deber ante la jurisdicción contencioso-administrativa en tanto que no estamos ante una cuestión política, sino de mera legalidad ordinaria, puesto que la actividad del Gobierno en este punto se encuentra regulada mediante «conceptos jurídicamente asequibles» y no al albur de criterios estrictamente políticos (sentencias de 25 de febrero de 2013, 1 y 15 de junio de 2015, 8 y 10 de febrero de 2022). Una visión crítica de este giro jurisprudencial, ya consolidado, puede consultarse en Santaolalla

b) Autonomía parlamentaria: manifestaciones y límites

Las referencias a la autonomía parlamentaria en la sentencia, recogidas en su Fundamento Jurídico Tercero, se sintetizan en las siguientes ideas básicas.

- La autonomía del parlamento balear no se fundamenta en un precepto autonómico sino de forma directa sobre el artículo 72.1 de la Constitución española, de forma análoga a lo que viene sucediendo en la más reciente doctrina constitucional⁵.
- Dentro del principio de autonomía parlamentaria deben distinguirse, como una de las manifestaciones del mismo, la autonomía normativa de la Cámara, entendida como la posibilidad de dotarse de sus propias reglas internas, dentro de la cual se comprende la facultad de interpretarlas con un amplio margen de apreciación para los órganos parlamentarios⁶.
- Sin embargo, esta potestad hermenéutica tiene dos límites: el primero de ellos lo constituye el respeto a las propias normas reglamentarias, cuyo contenido no puede ser burlado so capa de la labor interpretativa, y, en segundo lugar, el respeto al derecho fundamental de representación política, consagrado en el artículo 23 de la Constitución española, lo que exige una «*exégesis restrictiva*» de las limitaciones a los derechos y facultades que integran el estatuto de los diputados. Volveremos sobre este último punto más adelante.

López, F. (2013), pp. 89-133, y, en contra de esta última opinión doctrinal, *vid.* Lucas Murillo de la Cueva, P. (2016), pp. 180-195.

⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional 65/2022, de 31 de mayo, FJ 5, respecto a la indelegabilidad del derecho a voto de los parlamentarios; 97/2022, de 12 de julio, en su Fundamento Jurídico 5, letra B), letra a, en relación con la autonomía del Parlamento de Cataluña y de su órgano rector. En otros casos, hay una mezcla de preceptos constitucionales y estatutarios, aunque con cierta prevalencia de los primeros (Sentencia 38/2022, de 11 de marzo, Fundamento Jurídico 3). Sobre dicha cuestión, *vid.* Ruiz Bursón, F. J. (2023), pp. 7-8.

⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional 115/2019, de 16 de octubre, FJ 4; 96/2022; de 12 de julio, FJ 5; y 65/2023, de 6 de junio, FJ 3, letra a).

c) Ius in officium y derecho de visita

Una de las principales innovaciones de la presente resolución, que asimismo justifica la trascendencia constitucional del recurso (Fundamento Jurídico 2), es la determinación de la naturaleza jurídica del derecho de acceso a las dependencias de la Administración por los parlamentarios.

Al respecto, se pone de manifiesto que todas las partes aceptan que tal facultad se encuentra inmersa dentro del núcleo esencial de la función representativa de los diputados (Fundamento Jurídico 3 y voto particular del magistrado Sr. Arnaldo Alcubilla, al que se adhirieron los magistrados Sres. Enríquez Sancho, Espejel Jorquera y Tolosa Tribiño).

Asimismo, el Tribunal entiende que este derecho, siempre que esté reconocido por el reglamento de la asamblea legislativa, se integra dentro de las potestades de control del gobierno atribuidas al legislativo⁷, de forma análoga al derecho a solicitar y obtener información del ejecutivo⁸. Y es que, a diferencia de este último derecho, el de visitar las dependencias administrativas como facultad autónoma e independiente está expresamente regulado en muy pocos reglamentos. Al respecto, Sanz Pérez, A. L. (2023, p. 260) enumera los artículos 7.5 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, 31.3 del Reglamento de las Cortes de Aragón y 12.10 del Reglamento del Parlamento de las Islas Canarias.

En consecuencia, la vulneración de este derecho implica una lesión del artículo 23.2 de nuestra Carta Magna, en relación con el

⁷ Los instrumentos de control al Gobierno que no implican confianza parlamentaria pueden utilizarse para una pluralidad de fines: obtención de información como propósito último que se agota en sí mismo, o bien desarrollar, con dicha información, una valoración de la actividad política del ejecutivo para exigir responsabilidades políticas mediante otros mecanismos de control (Sentencias del Tribunal Constitucional 203/2001, de 15 de octubre, FJ 3; y 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 7, letra c). En el voto particular se habla de función «poliédrica» de estos mecanismos, incluyendo en dicha categoría las solicitudes de documentación e información, las visitas, las preguntas o las comparecencias.

⁸ El voto particular considera que esta facultad constituye «un derecho directamente conectado con el derecho a la información». Desde otra perspectiva, Santaolalla López, F. (2013), pp. 112-115, critica las solicitudes de información de los diputados como un «procedimiento extravagante» que no tiene parangón en el derecho comparado, innecesario por su extraordinaria semejanza a las preguntas escritas, carente de base constitucional y de carácter no democrático.

apartado primero del mismo, al integrarse dentro del *ius in officium* de los diputados. Ello, unido a la inexistencia de una jurisprudencia precedente relativa al ejercicio de esta concreta facultad, justifica la relevancia constitucional, así como la intervención fiscalizadora del Tribunal Constitucional respecto de la decisión parlamentaria recurrida.

d) Aplicación al caso concreto de la jurisprudencia constitucional

La sentencia parte de la idea de que las resoluciones parlamentarias impugnadas han interpretado correctamente las normas parlamentarias y han cumplido formal –motivación expresa– y materialmente –motivación adecuada y suficiente– los parámetros constitucionales relativos a limitaciones al derecho de representación política.

Para ello, el Tribunal expone los siguientes argumentos:

- La resolución de la Mesa no contradice el artículo 15.5 del RPIB.
- La misma no resulta limitativa del derecho de los recurrentes, en tanto que sólo afecta a aspectos formales de su ejecución, tales como las condiciones de tiempo, horario y lugar de las visitas.
- Se cumple el requisito de proporcionalidad, en tanto que mantiene un equilibrio entre el derecho de los diputados y el normal funcionamiento del servicio público.
- Tampoco quedan desprotegidos los parlamentarios, en tanto que cualquier decisión que se adopte por la Administración educativa debe estar basada en razones fundamentadas y, por tanto, ser susceptible de control externo⁹.

Asimismo, la sentencia añade la referencia a una práctica parlamentaria que, a juicio del Tribunal, no ha sido controvertida en el litigio por gozar de una aquiescencia general, consistente en que

⁹ Con independencia del carácter puramente formal de la motivación que se exige respecto a las decisiones del ejecutivo balear, y al hecho de que el argumento en cuestión no aborda directamente la cuestión controvertida sino futuras decisiones, olvida la ponente que, según el art. 15.5 del RPIB, la exigencia de dejar constancia de las «razones fundamentadas» se refiere, no a las restricciones relativas al normal funcionamiento del servicio, sino exclusivamente a la denegación de la visita a determinadas dependencias administrativas.

la Mesa se limita a desarrollar una labor de intermediación entre los diputados y la Administración, correspondiendo a esta última, de forma unilateral, la fijación del día, hora, tiempo y forma en que debe desarrollarse la visita.

Finalmente, se justifica la decisión de la Mesa del Parlamento balear, la cual apoya la negativa de que se llevara a cabo la visita a los centros educativos durante el horario lectivo, en que los diputados del grupo recurrente no expresaron el motivo concreto de su visita—control del mínimo horario fijado por el Tribunal Supremo para la impartición de clases en lengua castellana— hasta la presentación de la demanda de amparo¹⁰. Ello, a juicio de la mayoría de los magistrados, determina que la Consejería no pudiera valorar la incidencia de la visita en el funcionamiento del servicio y, por tanto, justificara excluir la posibilidad de su realización en horario lectivo, aunque, como se afirma en la propia sentencia, «Ciertamente, el art. 15.5 del RPIB no exige expresamente que el ejercicio de este derecho de visita quede vinculado a una manifestación de la finalidad pretendida desarrollar» (Fundamento Jurídico 4, letra B).

e) Crítica a la sentencia

La reflexión sobre la resolución que estamos comentando gira en torno a dos ideas clave: los límites del derecho de visita de los diputados y el papel de la Mesa del Parlamento en su ejercicio.

Respecto al primer punto, no podemos olvidar que el derecho de visita forma parte del núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, incardinado dentro del artículo 23 de nuestra Carta Magna. Siendo así, no cabe duda de que nos encontramos ante un derecho fundamental.

Estos derechos, como reiteradamente se ha señalado por la doctrina constitucional, no son absolutos, pero las limitaciones para su ejercicio deben superar lo que se ha denominado el «test de proporcionalidad». El mismo exige tres condiciones para que resulten admisibles tales restricciones: adecuación o idoneidad, necesidad y

¹⁰ Este argumento está copiado, casi literalmente, del escrito de alegaciones presentado por el Ministerio Fiscal (Antecedente 6 *in fine*).

proporcionalidad propiamente dicha¹¹. Se echa de menos la aplicación de dicho parámetro en la resolución comentada, y ello no resulta extraño porque, de haberlo hecho, el Tribunal se hubiera visto obligado a admitir que la limitación impuesta al Grupo recurrente –y avalada por la Mesa del Parlamento– resultaba contraria a su propia doctrina.

En efecto, la medida adoptada por la Consejería, decidiendo restringir el derecho de visita, incumple como mínimo dos requisitos del mencionado test. Primeramente, no se acredita la necesidad, en tanto que serían posibles otras medidas menos incisivas en el derecho fundamental y de eficacia pareja, tales como restringir el número de visitantes, exigir su acompañamiento por otras autoridades y la observancia de un comportamiento que no perjudicara el desarrollo de las clases, elementos todos ellos que se incluyeron en los escritos de la Administración educativa de 17 de enero de 2019 y 13 de enero de 2020 (Antecedente 2, letras d y e), y a los que no formuló oposición expresa el grupo parlamentario, aunque sí a la condición añadida de que no tuviera lugar durante el horario lectivo. Y es precisamente este último punto el que constituye un claro incumplimiento de la exigencia de proporcionalidad, en tanto supone un sacrificio total del derecho de los diputados que no está contrapesado por un superior beneficio del interés general. No podemos obviar que la finalidad primordial de este derecho de visita es comprobar el funcionamiento de un servicio público en el ejercicio de la labor de control que corresponde a los parlamentarios. Impedirles estar presentes durante las clases significa, simplemente, privarles de llevar a cabo la función que les es propia, sin ofrecer a cambio ninguna alternativa.

A lo expuesto hay que añadir otras tres razones que determinan la inconstitucionalidad de las restricciones impuestas a los recurrentes en amparo. La primera de ellas es que el Tribunal exige una motivación concreta y expresa para llevar a efecto un derecho fundamental, cuando lo que realmente debe fundamentarse no es el ejercicio de tales derechos sino sus limitaciones. La postura acogida en la sentencia implica –sin ninguna causa que lo motive– una muy

¹¹ Por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, FJ 4; 49/2018, de 10 de mayo, FJ 7 d); 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, 99/2019, de 18 de julio, FFJJ 6, 8 y 9; 148/2021, de 14 de julio, FJ 3; 84/2023, de 5 de julio, FJ 4, letra B); y 88/2023, de 18 de julio; FJ 5, letra B).

peligrosa inversión en la carga argumental respecto a la jurisprudencia precedente sobre limitaciones de los derechos fundamentales. En segundo lugar, como en el propio texto de la resolución se señala, no se exige por el Reglamento parlamentario que se concrete la finalidad de la visita, con lo que la Administración y la Mesa dan por bueno, como requisito *sine qua non* para que los diputados puedan desarrollar de forma integral su *ius in officium*, el cumplimiento de un presupuesto no previsto en la norma aplicable. Finalmente, se acepta la simple alegación formal por parte de la Consejería de que la visita impediría el normal funcionamiento del servicio sin ninguna razón concreta que respalde dicha afirmación¹², salvo una hipotética falta de concreción del motivo de la visita que, como hemos dicho, no se reclama por ninguna disposición. Y decimos hipotética porque el grupo parlamentario, tanto en su escrito de 14 de enero de 2020, dirigido a la Mesa, como en la solicitud de reconsideración explicitó que la visita debía tener lugar en horario lectivo para poder apreciar el desarrollo del servicio público y su funcionamiento (Antecedente 2, letras e y f).

Asimismo, respecto a la invocación del presunto uso que autoriza a la Administración para fijar, de forma unilateral, el tiempo y lugar de la visita, ha de tenerse en cuenta que en ningún caso puede admitirse que los usos restrinjan el contenido de los derechos reconocidos reglamentariamente a los diputados, sino que deben ceñirse a regular el modo de ejercitarlos¹³. La interpretación que la Mesa hace de tal uso conlleva dejar los aspectos concretos de la visita en manos de la exclusiva decisión del ejecutivo, lo que implica una inadmisión

¹² Contra la alegación de riesgos inciertos, genéricos o no acreditados para imposibilitar a los diputados el ejercicio de sus derechos, ya se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 203/2001, de 15 de octubre, FJ 5: «Al respecto, ha de tenerse presente que en la STC 161/1988, FJ 9, frente a una justificación similar, hemos declarado que alegar la posibilidad de que con tal información quedase afectada la intimidad de las personas es en todo punto inadecuado para impedir el ejercicio del derecho constitucional del actor, ya que el mero riesgo, anunciado sin concreción alguna por la Mesa, no puede fundamentar la inadmisión...».

¹³ Sentencias del Tribunal Constitucional 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3; 190/2009, de 28 de septiembre, FJ 4; 57/2011, de 25 de mayo, FJ 7; 76/2017, de 19 de junio, FJ 5; 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 8; 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 2 B); y 38/2022, de 11 de marzo, FJ 5.

restricción al *ius in officium* de los recurrentes¹⁴. Además, tampoco la dicción literal del art. 15.5 del RPIB determina indefectiblemente la atribución de dicha facultad a la Administración, como pretende hacernos creer la ponente basándose en un presunto argumento lógico, ya que, ateniéndonos a la construcción sintáctica del precepto, parece desprenderse —si bien es cierto que no con absoluta claridad— que la fijación de los términos en que debe desarrollarse la visita se realizará a iniciativa de la propia Mesa a través de su presidente —«... la Presidencia del Parlamento lo comunicará a la Consejería o a la entidad afectada, señalando el día y la hora de la visita»—. Finalmente, en ningún caso resulta admisible una práctica parlamentaria que entre en contradicción con la norma escrita¹⁵.

Estos déficits de argumentación en la sentencia analizada ponen de manifiesto dos hechos: que la Administración educativa tenía, desde el primer momento, la intención de obstaculizar —hasta llegar a impedirlo— que la visita se desarrollara en horario lectivo y, por otro lado, que la Mesa del Parlamento daba por buena dicha solución¹⁶.

Y es aquí donde entra en juego la segunda cuestión básica: la posición institucional que corresponde a la Mesa en el ejercicio de este derecho. Desde luego, como expone el voto particular, no se trata de una simple mediación entre la Administración y los parlamentarios, a modo de un mero servicio de correo que se limita a dar traslados de noticias entre los diputados y el ejecutivo. Antes al contrario, la Mesa, como órgano rector del Parlamento, tiene entre sus funciones las de velar y garantizar los derechos de los legítimos representantes

¹⁴ Así lo entiende también el Ministerio Fiscal en sus alegaciones: «...el Ministerio Fiscal alega que el considerar que solo el órgano ejecutivo titular del servicio tiene competencias para fijar las condiciones de la visita...es vaciar de todo contenido el cauce de intervención del órgano de representación de la Cámara al que acuden los diputados» (Antecedente 6, *ab initio*).

¹⁵ Por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 32/2017, de 27 de febrero, FJ 6; y 38/2022, de 11 de marzo, FJ 5.

¹⁶ La sentencia comentada, no hace referencia alguna al incumplimiento por el ejecutivo de la obligación legal —determinante respecto a la postura que el órgano rector de la Cámara debiera haber adoptado en el presente supuesto— contenida en el artículo 23.2 *in fine* de la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Islas Baleares: «El Gobierno facilitará a los diputados del Parlamento de las Illes Balears el control de la acción política». Como hemos expuesto, la actuación de la Consejería de Educación, Universidad e Investigación siempre fue obstruccionista y nunca de cooperación respecto a la función fiscalizadora de los diputados recurrentes.

de la ciudadanía y, por tanto, no puede permanecer impasible como un actor neutral o, lo que es aún peor, convalidar indebidas restricciones a las facultades de los parlamentarios¹⁷. En este sentido, el papel de la Mesa debe ser proactivo en cuanto a la tutela de los diputados y no meramente sancionador de las decisiones predeterminadas por el Gobierno. Conviene, a los presentes efectos, reseñar la conocida jurisprudencia constitucional que confiere a la Mesa el carácter de órgano que desempeña en este ámbito funciones regladas, de carácter técnico-jurídico, sin que deba regirse por criterios de oportunidad política¹⁸.

En definitiva, la sentencia incurre en la palmaria y evidente contradicción de reconocer de forma genérica el derecho de visita de los diputados como parte integrante del núcleo esencial de su función representativa, quedando por tanto obligado el Tribunal a una «exégesis restrictiva de las normas limitativas de los derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante y motivar las razones de su aplicación» (Fundamento Jurídico 3), mientras que, en la aplicación práctica de dicha doctrina al supuesto que nos ocupa, admite que una mera invocación formal de los límites por la Administración, sin motivación alguna que lo justifique, deje vacía de contenido dicha facultad. Y es que el derecho de visita sólo tiene sentido como labor fiscalizadora del funcionamiento de unos servicios públicos, dándose la paradoja de que su desenvolvimiento ordinario durante el horario lectivo no va a poder ser examinado por decisión unilateral de la Consejería (Fundamento Jurídico 4)¹⁹. De este

¹⁷ La función de garantizar los derechos de los diputados se encuentra ínsita en el artículo 35.1, apdos. 4º y 5º, del RPIB, en tanto que sus labores de calificación y tramitación de los escritos y documentación parlamentaria deben realizarse de acuerdo con las normas reglamentarias, y dentro de ellas se encuentran regulados los derechos individuales de los parlamentarios.

¹⁸ Por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 40/2003, 27 de febrero, FJ 2; 32/2017, de 27 de febrero, FJ 4; 47/2018, de 26 de abril, FJ 4; 68/2020, de 29 de junio, FJ 2; y 53/2021, de 15 de enero, FJ 5.

¹⁹ Voto particular del Magistrado Sr. Arnaldo Alcubilla, al que se adhirieron los magistrados Sres. Enríquez Sancho, Espejel Jorquera y Tolosa Tribiño: «...la fundamentación de los acuerdos de la mesa del Parlamento de las Illes Balears impugnados en amparo desconoce el fin institucional propio del derecho de visita reconocido por el art. 15.5 RPIB y conduce, en definitiva, a vaciar de contenido ese derecho que integra, como la propia sentencia reconoce, el núcleo del *ius in officium* de la función parlamentaria de los diputados balears».

modo, se da lugar al absurdo de dejar el mecanismo parlamentario de control en manos del ejecutivo controlado²⁰.

Como punto final, conviene tener en cuenta que el artículo que originó la presente controversia fue modificado por el Parlamento balear el 28 de marzo de 2023, estableciendo en su nueva redacción que la visita deberá efectuarse en el tiempo y la forma que garantice tanto el derecho de los diputados como el normal funcionamiento del servicio. Asimismo, regula de forma explícita la posibilidad de queja del parlamentario ante la Mesa para que ésta adopte las medidas necesarias para garantizar su derecho. Como expone con singular acierto el voto particular, es una auténtica lástima que la sentencia no haya recogido el espíritu de la nueva legislación teniendo en cuenta «... la realidad social del tiempo en que [las normas] deben ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» (art. 3.1 del Código civil).

III. CONCLUSIONES

1.^a La autonomía normativa de los parlamentos no sólo incluye la facultad de dictar las normas que regulan su actividad, sino también la de conceder a sus órganos un amplio margen de interpretación de las mismas con dos límites: el *ius in officium* de los diputados y la literalidad de los preceptos reglamentarios.

2.^a El derecho de visita de los parlamentarios, como facultad independiente de la solicitud de documentos e información, constituye uno de los elementos de control del ejecutivo que tienen los parlamentarios, formando parte de núcleo esencial del *ius in officium* siempre que haya sido recogido como tal en el reglamento parlamentario.

3.^a El mencionado derecho, según el Reglamento balear, está condicionado en su ejercicio al normal funcionamiento del servicio público. A juicio del Tribunal Constitucional, basta con la mera alegación formal de dicha limitación por la Administración autonómica

²⁰ En relación con el derecho de los parlamentarios a solicitar información, afirma la Sentencia 166/2022, de 10 de febrero, (rec. 49/2021), de Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, FJ 4: «...debe subrayarse que, contrariamente a lo que se desprende del razonamiento del Abogado del Estado, no corresponde al controlado decidir cómo debe el controlador ejercer su función...».

para restringir el tiempo y forma de la visita si el grupo interesado no ha concretado previamente los motivos de la misma.

4.^a- La doctrina resultante de la sentencia crea una fuerte incertidumbre en relación con los derechos fundamentales de los parlamentarios, en tanto que condiciona su ejercicio a la previa motivación aunque ello no se establezca de forma expresa en la normativa vigente.

5.^a- En el caso particular objeto de la presente sentencia, a nuestro juicio, *el ius in officium* de los recurrentes ha quedado institucionalmente desprotegido. Por un lado, la Mesa del Parlamento balear no veló por los derechos de sus diputados ni por el principio del respeto a las minorías de la Cámara. Del otro, el Tribunal Constitucional, fundándose en una interpretación formalista de la norma reglamentaria y obviando la aplicación del test de proporcionalidad, no otorgó el amparo ante una vulneración del art. 23 de la Constitución²¹.

BIBLIOGRAFÍA

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (2016). La garantía jurisdiccional del derecho de los parlamentarios a la documentación administrativa. En AA. VV. *La última jurisprudencia relativa al Parlamento*. Parlamento vasco.
- RUIZ BURSÓN, F. J. (2023). La autonomía parlamentaria y sus límites: consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2022, de 11 de marzo. *Revista General de Derecho Constitucional* (38), pp. 59-86.
- SANZ PÉREZ, A. L. (2023). *Fundamentos de Derecho parlamentario español*. Colex.
- SIEIRA MUCIENTES, S. (2012). Artículo 7. En R. RIPOLLÉS (coord.) *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados* (pp. 68-74). Congreso de los Diputados.

²¹ En un claro ejemplo de uso alternativo del Derecho, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 93/2023, de 12 de septiembre –redactada por la misma ponente–, menciona de forma expresa, como elementos esenciales de su jurisprudencia constitucional sobre el *ius in officium*, la interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de los derechos que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los parlamentarios y la obligación de la Mesa de velar por los derechos de los diputados (FJ 3, letra b), los cuales resultan decisivos para estimar el recurso interpuesto por los diputados andaluces. Sin embargo, tales principios no se tomaron en cuenta en la resolución de las decisiones parlamentarias objeto de la Sentencia 58/2023, y es que, de haberse observado la misma doctrina, probablemente el pronunciamiento hubiera sido favorable al amparo del grupo demandante.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2013). Información parlamentaria, derechos de diputados y control jurisdiccional. *Revista de las Cortes Generales* (89), pp. 89-133.

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

Políticas de sección

Clásicos de la democracia

La sección «Clásicos de la democracia» reunirá textos de reconocidos autores sobre la democracia, que sean tanto nacionales como internacionales.

Artículos

En esta sección se publicarán trabajos originales de investigación.

Tendrán una longitud máxima de 60.000 caracteres (aprox. 30 páginas) incluyendo notas a pie, tablas e ilustraciones y se adaptarán a los criterios de forma que se recogen en el apartado «Envío de originales».

Están sometidos a evaluación por revisores externos de acuerdo con el procedimiento siguiente.

Proceso de evaluación por pares

La *Revista de las Cortes Generales* somete a evaluación todos los originales que le son remitidos para la publicación, utilizando un sistema de doble ciego donde los artículos son evaluados por, al menos, dos revisores.

Fases del proceso de evaluación de un artículo:

Fase 1: Envío del original ciego, sin los datos personales.

Fase 2: Evaluación ciega del original por parte de los evaluadores externo e interno, en el ámbito temático que corresponda.

Fase 3: Envío del resultado de la evaluación al Consejo de Redacción de la Revista para que dé su conformidad.

Fase 4: Comunicación del resultado a los autores:

Aceptación: se acepta el artículo si el resultado de la evaluación es positivo.

No aceptación: se rechaza el artículo si el resultado de la evaluación es negativo.

Aceptación (con modificaciones): según el resultado de la evaluación el autor debe introducir en el artículo modificaciones del contenido antes de que el artículo quede aprobado definitivamente.

Recensiones y semblanzas

Los trabajos presentados a la sección de «Recensiones y semblanzas» deberán tener una extensión recomendada de 12.000 caracteres –aproximadamente 5 páginas (7, como máximo)– y se adaptarán a los criterios de forma que se recogen en el apartado «Envío de originales».

Se apreciará, especialmente, la aportación de reflexión crítica sobre el objeto del estudio, más allá del mero resumen o síntesis de su contenido, con el fin de ofrecer una visión doctrinal de la cuestión y del punto de vista y consideración del autor al respecto.

Están igualmente sometidos a evaluación por revisores externos.

Informes y jurisprudencia parlamentaria comentada

Esta sección reúne informes parlamentarios y, por primera vez, los comentarios de las resoluciones más recientes del Tribunal Constitucional –y en algún caso de otros tribunales– de contenido constitucional y parlamentario, para facilitar su estudio y comprensión.

Con el fin de lograr la máxima actualidad, dichos comentarios, desde 2021, están disponibles para su lectura –de manera previa a su edición en el número que les corresponda– a través de la página «Avance». Asimismo se dará nota de ello mediante avisos expuestos en la página de inicio de la web y el apartado «Noticias».

Los textos deberán tener una extensión máxima de 30.000 caracteres (aprox. 12 páginas) y se adaptarán a los criterios de forma que se recogen en sus propias normas de publicación.

Asimismo, de forma complementaria a la *Revista*, se editan en papel y en abierto los «Cuadernos de Jurisprudencia Parlamentaria Comentada», que recopilan los mencionados trabajos por año de resolución del correspondiente órgano jurisdiccional.

Otras secciones

De manera excepcional, con motivo de la edición de números especiales, podrán crearse nuevas secciones que alberguen comunicaciones u otros escritos que complementen o introduzcan el conjunto de los artículos publicados en dicho número, con una extensión variable según el caso.

Envío de originales

Los trabajos remitidos para su publicación en la *Revista de las Cortes Generales* deberán ser originales e inéditos y no estar pendientes de publicación en otras revistas. Será responsabilidad del autor informar sobre la situación de los derechos de autor. Cualquier publicación que atentare por lo tanto contra dichos derechos sería responsabilidad de su autor.

Los originales se pueden remitir, a lo largo de todo el año, a la dirección de correo electrónico revistacortes@congreso.es. No obstante, se recomienda a los autores que se registren en la plataforma <https://revista.cortesgenerales.es/rcg> para proceder a dicho envío, pulsando en el botón «Registrarse» que aparece en la esquina superior derecha. Se enviarán en español, inglés o ambas lenguas, escritos en Microsoft Word o en un formato compatible.

El procesamiento y envío de artículos y otros trabajos a la *Revista* no supondrá ningún coste para los autores, tal y como se hace referencia en la web de dicha publicación.

El envío de manuscritos presupone, por parte de los autores, el conocimiento y la aceptación de estas instrucciones. La Dirección y el Consejo de Redacción de la *Revista* se

reservan el derecho de rechazar cualquier original que, por criterios formales, editoriales o de calidad, consideren que no es necesario que inicie el proceso de evaluación.

Formato y estructura del texto

Los trabajos originales tendrán, como se adelantaba, una extensión máxima de 60.000 caracteres (aprox. unas 30 páginas) incluyendo notas a pie, bibliografía, tablas e ilustraciones.

El tipo de letra deberá ser Times New Roman, cuerpo 12, con interlineado sencillo y sangría en primera línea.

Para su mejor identificación, todas las páginas del estudio presentado deberán estar numeradas en su margen inferior derecho.

• Datos del autor

Los originales irán encabezados por el nombre del autor, filiación académica o institucional, y, si se dispone de él, se incluirá el identificador ORCID.

• Título del trabajo

Los títulos de los trabajos deben indicarse en castellano y en inglés, con letra mayúscula, Times New Roman y cuerpo 14. En el caso de que una obra esté sufragada por una entidad privada o pública, deberá señalarse con una nota a pie referenciada desde el título con un asterisco. Ejemplo:

LA ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA EN ESPAÑA*
PARLAMENTARY ADMINISTRATION IN SPAIN

* Este artículo ha sido financiado por la Agencia Financiadora xxxx (n.º de referencia xxx).

• Resumen / *abstract* y palabras clave / *keywords*

Los trabajos deberán presentar un resumen / *abstract*, en español e inglés, cuya extensión ha de estar comprendida entre 150 y 250 palabras.

Los textos deben acompañarse, además, de palabras clave / *keywords* en español e inglés. Se aconseja escoger entre 5 y 10 palabras. Tanto en el idioma del trabajo como en inglés, las palabras clave se escribirán en minúscula, separadas por coma y con punto final.

El resumen y las palabras clave, en ambos idiomas, deben ir en letra cursiva.

RESUMEN

La salida del Reino Unido de la Unión Europea –el Brexit– es un grave problema que condiciona tanto la vida política como la dinámica económica de la Unión, pero también, en particular, la de sus Estados miembros. España, por su especial relación económica, y también humana, con el Reino Unido, es uno de los Estados de la UE que pueden verse más afectados por la salida del Reino Unido. Las Cortes Generales cuentan con un instrumento parlamentario para controlar la actuación del Gobierno en sus relaciones con la UE: la Comisión Mixta para la Unión Europea. Este trabajo pues, analiza con detalle cómo se

han producido las relaciones Gobierno-Cortes en lo que se refiere al Brexit, tanto en sus aspectos jurídico-formales, como en sus aspectos materiales y políticos. Relaciones en las que la Comisión Mixta y el pleno del Congreso de los Diputados han tenido un papel fundamental. El trabajo, que cubre las Legislaturas X, XI y XII, incluye también un análisis de tipo cuantitativo y cualitativo de estas relaciones Gobierno-Cortes referidas al Brexit.

Palabras clave: Unión Europea, Reino Unido, Brexit, Comisión Mixta para la Unión Europea, Ponencia para el estudio de las consecuencias derivadas de la salida del Reino Unido de la UE, Gibraltar.

ABSTRACT

The United Kingdom's withdrawal from the European Union –Brexit– is a serious problem that conditions both the political life and the economic dynamics of the Union, but also those of its Member States. Spain, due to its special economic –and also human– relationship with United Kingdom, is one of the EU Member States that might be more dramatically affected by the UK's withdrawal. The Spanish parliament –Cortes Generales– have a parliamentary instrument to supervise the Government's activity concerning the EU: the Joint Committee for the European Union. This article analyzes how the Government-Cortes relationships concerning the Brexit issue have taken place, as much in legal-formal terms as in political and substantial terms. In this Government-Cortes relationship concerning Brexit, the Joint Committee for the EU and also the Congress of Deputies have played a fundamental role. This article, which covers the X, XI and XII legislatures, includes also a quantitative and a qualitative analysis of these Government-Cortes relations concerning Brexit.

Keywords: European Union, United Kingdom, Brexit, Joint Committee for the European Union, Subcommittee for the study of the consequences of the United Kingdom's withdrawal from the EU, Gibraltar.

• Artículos clave / *Key articles y resoluciones relacionadas / related decisions*

Para el caso de la jurisprudencia parlamentaria comentada, aparte de lo inmediatamente anterior, los trabajos deben recoger artículos clave / *key articles* y resoluciones relacionadas / *related decisions*. Tanto en el idioma del texto como en inglés, dichos elementos se escribirán en minúscula, separados por coma, en letra cursiva y con punto final. Ejemplo:

Artículos clave: arts. 10, 14, 18.1, 23.1 y 23.2 CE.

Resoluciones relacionadas: STC 169/2009 y STC 151/2017.

Key articles: arts. 10, 14, 18.1, 23.1 and 23.2 of the Spanish Constitution.

Related decisions: STC 169/2009 and STC 151/2017.

• Sumario

Al principio del trabajo se incluirá un sumario, que permita identificar los apartados y subapartados del mismo. Los epígrafes de los apartados principales irán

en mayúscula, así numerados: I., II., III., etc., y los epígrafes de los subapartados, en minúscula cursiva los de segundo nivel, y en minúscula redonda los de los siguientes: I., 1.1., 1.2., 1.2.a., 1.2.b., 2., etc. Ejemplo:

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA UNIÓN EUROPEA: ORIGEN E INSTITUCIONES. 1. *Origen de la Unión Europea*. 2. *Instituciones de la Unión Europea*. 2.1. El Consejo Europeo. 2.1.a. Orígenes. 2.1.b. Composición. 2.1.c. Funciones. 2.2. El Parlamento Europeo. 2.3. La Comisión. III. TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. *Tratados constitutivos*. 2. *Las modificaciones de los Tratados*. 3. *Tratado de Lisboa*. 4. *Los Tratados vigentes*. BIBLIOGRAFÍA.

• Citas en el texto

Las citas textuales incluidas en el texto se señalan mediante comillas latinas (a). Si superan tres líneas de longitud, irán en tamaño de fuente 10, estilo normal (redonda), centradas con doble sangría, con otra adicional en la primera línea cuando estas comiencen por mayúscula por ser inicio de párrafo (b). Para las recensiones y comentarios de jurisprudencia dicho límite será de diez líneas. En las notas, las citas textuales irán siempre entre comillas latinas y en estilo normal (c). Ejemplos:

a) No obstante, es evidente que las Cortes Generales gozan de un amplio margen de libertad para tomar su decisión cuyo único límite sería velar, sea cual sea la decisión, para que se adopte «la forma que más convenga a los intereses de España».

b) Max Aub, rozando la hipérbole, analiza el verismo histórico de Galdós y dice concretamente de la novela Doña Perfecta (1876) que es una de las obras galdosianas mejor compuestas, con personajes reales; en ella

todo es natural: el curso de la historia, las reacciones de los personajes, su mundo... Ahí esta completa, viva, real, la vida de la nación durante los cien años (...) Y aún más: le dejaría en la gloria novelera de su tiempo mano a mano con Tolstoi (...) Galdós ha hecho más por extender el conocimiento de España por los españoles –por el pueblo español– que todos los historiadores juntos (Aub, 2000: 56).

En todos los Episodios se comprueba el gran interés del autor en plasmar el decisivo momento histórico en que cifra la trama novelesca y sus problemas, los cuales son percibidos sin esfuerzo por el lector a través de los comentarios y de las reflexiones de sus personajes. Véanse un par de muestras:

Cuando llegué a la isla... la multitud se agolpaba para ver una procesión... clamaban a voz en grito las campanas y gritaba el pueblo y se estrujaban hombres y mujeres contra las paredes y la chiquillería trepaba por las rejas y los soldados formaban en dos filas... por dejar paso franco a la comitiva... No era una procesión de santas imágenes ni de reyes ni de príncipes... era el sencillo desfile de un centenar de hombres vestidos de negro, jóvenes unos, otros viejos, algunos sacerdotes, seglares los más...

c) ¹ «Y mandamos que antes que las Cortes se acaben se responda a todos los capítulos generales y especiales que por parte del reyno se dieren».

• Normas de citación

Citas bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto. Cada una de las citas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Las autocitas se restringirán a los casos imprescindibles.

La forma correcta para su redacción es la siguiente: (autor, año, página/s). Ejemplo:

(García-Pelayo, 1981, p. 28)

En el caso de que los documentos estén firmados por dos autores, se citarán por sus primeros apellidos y la conjunción «y». Ejemplo:

(Fernández y García de Enterría, 2017, p. 58)

Si el trabajo pertenece a tres o más autores, es suficiente con citar al primer autor seguido de *et al.* Ejemplo:

(Kelsen *et al.*, 1966, pp. 35-37)

Cuando es necesaria la referencia a varios trabajos de un mismo autor, deberá añadirse a, b, c, etc., después del año. Ejemplo:

(Schmitt, 1975^a, p. 32)

Si el apellido del autor mencionado forma parte del texto, no es necesario repetir la cita, tan solo entre paréntesis el año de la obra citada. Ejemplo:

Como afirma Jellinek (2009, p. 47)...

Notas

Las notas a pie de página deberán ir en Times New Roman, cuerpo 10, numeradas correlativamente con números arábigos y superíndice.

Contendrán solo texto adicional y, si se incluyen referencias bibliográficas, se hará de forma abreviada según acabamos de indicar más arriba, ya que las referencias completas se escribirán al final del artículo.

• Bibliografía

Las referencias bibliográficas se pondrán al final del texto, siguiendo el orden alfabético de autores. Solo se incluirán referencias citadas en el texto, sin posibilidad de referencias adicionales.

Se seguirá el sistema APA (*American Psychological Association*), de uso común para las ciencias sociales y el derecho.

Monografías

1.º Apellidos e iniciales del nombre del autor de la monografía.

2.º Año de publicación entre paréntesis.

3.º Título del libro en cursiva.

4.º Editorial.

Ejemplo:

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas.

Artículos de revistas científicas

1.º Apellidos e iniciales del autor.

2.º Año de publicación entre paréntesis. Si hay más de una obra perteneciente al autor publicada ese mismo año, deberá añadirse a, b, c, etc., después del número.

3.º Título del artículo.

4.º Nombre de la revista en cursiva, volumen, número entre paréntesis y páginas separadas por coma.

Ejemplo:

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2017). La posición jurídica del Tribunal Constitucional. *Revista española de derecho constitucional*, 34 (100), pp. 39-131.

Capítulos de monografías

1.º Apellidos e iniciales del autor.

2.º Año de publicación entre paréntesis.

3.º Título del capítulo seguido de punto y la preposición «En».

4.º Iniciales y apellidos del editor de la obra colectiva, con la especificación entre paréntesis que corresponda: editor (ed.), coordinador (coord.), director (dir.), etc., seguido de coma.

5.º Título de dicha obra en cursiva, junto al número de volumen (si lo hubiere) y las páginas que abarca el capítulo entre paréntesis.

6.º Editorial.

Ejemplo:

LAVILLA ALSINA, L. (2018). La Justicia y el Estado social y democrático de Derecho. En B. PENDÁS (dir.), E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ y R. RUBIO (coords.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (vol. I, pp. 619-631). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Informes

1.º Nombre del autor físico o institucional que avala el informe.

2.º Año de publicación entre paréntesis.

3.º Título en cursiva.

4.º Si se trata de una publicación en soporte papel se identificará como si de un libro se tratase. En los casos en los que fuese una publicación electrónica, se aportará además la dirección URL donde se encuentra disponible.

Ejemplo:

DEFENSOR DEL PUEBLO (2019). *Informe anual 2018. Actividades y actuaciones llevadas a cabo a lo largo del año 2018*. Defensor del Pueblo. <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2018/>

Congresos

La forma de citar una ponencia o una comunicación perteneciente a un congreso es la siguiente:

- 1.º Apellidos e iniciales del autor.
- 2.º Año de publicación entre paréntesis.
- 3.º Título de la ponencia o comunicación seguido de punto y la preposición «En».
- 4.º Título de las actas del congreso en cursiva, junto a las páginas que abarca la lectura entre paréntesis.
- 5.º Editorial. Si se tratara de una publicación electrónica se da nota a continuación de la dirección URL donde se encuentra disponible.

Ejemplo:

RUBIO LLORENTE, F. (1984). El Parlamento y la representación política.
En *I Jornadas de Derecho parlamentario (Madrid 21-23 de marzo de 1984)* (pp. 145-170). Congreso de los Diputados.

Publicaciones electrónicas

Como cualquier libro o revista, teniendo en cuenta además que:

– Todos los documentos electrónicos que contengan DOI (*Digital Object Identifier*) se citarán utilizando este localizador en detrimento de su dirección URL, y sin indicar la fecha de consulta.

Ejemplo:

RENÉ GARCIA, J., ROLLAND, D. y VERMEREN, P. (2015). *Les Amériques, des constitutions aux démocraties: Philosophie du droit des Amériques*. Éditions de la Maison des sciences de l'homme. <https://doi.org/10.4000/books.editionsmsh.10649>

– Los documentos electrónicos que no contengan DOI se citarán indicando su dirección URL.

Ejemplo:

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2019). *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2018*. Consejo General del Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2019--correspondiente-al-ejercicio-2018->

AUTHOR GUIDELINES

Policies Section

Classics of Democracy

The section «Classics of Democracy» will bring together texts by well-known authors on democracy, both national and international.

Articles

Original research papers will be published in this section.

They will have a maximum length of 60,000 characters (approx. 30 pages) including footnotes, charts, and illustrations and will be adapted to the criteria of the section «Submission of original copies».

They are subject to evaluation by external reviewers in accordance with the following procedure.

Peer review process

The Journal of the Cortes Generales submits for evaluation all the originals that it is sent for publication, using a double-blind system whereby the articles are evaluated by at least two reviewers.

Stages in the evaluation process of an article:

Stage 1: Sending the «blind» original, without personal data.

Stage 2: Blind evaluation of the original copy by the external and internal evaluators, in the corresponding thematic area.

Stage 3: Submission of the result of the evaluation to the Journal's Editorial Board for its approval.

Stage 4: Communication of the result to the authors:

Acceptance: the article is accepted if the result of the evaluation is positive.

Non-acceptance: the article is rejected if the result of the evaluation is negative.

Acceptance (with modifications): according to the result of the evaluation, the author must introduce modifications to the content of the article before the article is definitively approved.

Reviews and brief biographies

Papers submitted to the «Reviews and brief biographies» section should be no longer than 12,000 characters –approximately 5 pages (7, at most)– and must meet the criteria laid down in the «Submission of Original copies» section.

The contribution of critical reflection on the subject of the study will be particularly appreciated, beyond the mere summary or synthesis of its content, with the aim of offering a doctrinal vision of the issue and the author's point of view and consideration in that regard.

They are also subject to evaluation by external reviewers.

Reports and Case-law commentaries

This section brings together parliamentary reports and, for the first time, commentaries to the most recent judgements of the Constitutional Court –and in some cases of other courts– with constitutional and parliamentary content, in order to facilitate their study and understanding.

In order to ensure maximum topicality, these commentaries, since 2021, are available for reading –prior to their publication in the corresponding issue– through the «Preview» page. Notices about it will also be posted on the home page of the website and in the «Announcements» section.

The works must have a maximum length of 30,000 characters (approx. 12 pages) and will be adapted to the formal criteria that are included in their Author Guidelines.

Likewise, as a complement to the Journal, the «Cuadernos de Jurisprudencia Parlamentaria Comentada», which compile the aforementioned works by year of decision of the corresponding jurisdictional body, are published in paper and in open format.

Other sections

Exceptionally, on the occasion of the publication of special issues, new sections may be created that have communications or other writings that complementing or introducing the set of articles published in this issue, with a variable length depending on the case.

Submission of original copies

Papers submitted for publication in the Journal of the Cortes Generales must be original and unpublished and not pending its publication in other journals. The author shall be responsible for reporting on the situation regarding copyrights. Any publication violating these rights shall be the sole responsibility of its author.

Original copies can be submitted, throughout the entire year, to the following email address: revistacortes@congreso.es. However, it is strongly recommended for authors to register on the web platform <https://revista.cortesgenerales.es/rcg> in order to submit a proposal by clicking on the button «Register» shown in the upper right corner. Original copies shall be sent in Spanish, English or both of them, written on Microsoft Word or any other compatible format.

There is no cost to authors for processing and submitting articles and other papers to the Journal, as referred to on the Journal's website.

The submission of manuscripts implies, from the authors' side, the acknowledgement, acceptance and compliance with the present instructions. The Directorate

and the Editorial Board of the Journal, because of formal, editorial or quality criteria, reserve the right to reject any original manuscript whose previous evaluation is deemed unnecessary.

Format and text structure

Original copies shall comprise a maximum of 60,000 characters (approximately 30 pages) including footnotes, bibliography, figures and illustrations.

The font must be Times New Roman, size 12, single line spacing and indentation in the first line.

For better and easier identification, every page of the paper must be numbered on the bottom right margin.

• Author's data

Original papers shall be headed by the name of the author(s), institutional or academic affiliation and, if available, the ORCID identifier.

• Title of the paper

Titles must be written both in Spanish and English, in capital letters, Times New Roman, and size 14. In the case that a publication is funded by a private or public entity, it must be indicated by a footnote referenced from the title with an asterisk. Example:

LA ADMINISTRACIÓN PARLAMENTARIA EN ESPAÑA*
PARLAMENTARY ADMINISTRATION IN SPAIN

* This article has been funded by the Funding Agency xxxx (reference no. xxx).

• Abstract and keywords

Papers submitted must include an abstract, in Spanish and English, which can be 150-250-words-long.

Abstracts must be followed by a selection of keywords in Spanish and English. It is advisable to choose between 5 and 10 words. In both languages, keywords shall be written in lower case, separated by commas and ending with a full stop.

Both the abstract and keywords, in Spanish and English, must be written in italics.

RESUMEN

La salida del Reino Unido de la Unión Europea –el Brexit– es un grave problema que condiciona tanto la vida política como la dinámica económica de la Unión, pero también, en particular, la de sus Estados miembros. España, por su especial relación económica, y también humana, con el Reino Unido, es uno de los Estados de la UE que pueden verse más afectados por la salida del Reino Unido. Las Cortes Generales cuentan con un instrumento parlamentario para controlar la actuación del Gobierno en sus relaciones con la UE: la Comisión Mixta para la Unión Europea. Este trabajo pues, analiza con detalle cómo se han producido las relaciones Gobierno-Cortes en lo que se refiere al Brexit,

tanto en sus aspectos jurídico-formales, como en sus aspectos materiales y políticos. Relaciones en las que la Comisión Mixta y el pleno del Congreso de los Diputados han tenido un papel fundamental. El trabajo, que cubre las Legislaturas X, XI y XII, incluye también un análisis de tipo cuantitativo y cualitativo de estas relaciones Gobierno-Cortes referidas al Brexit.

Palabras clave: Unión Europea, Reino Unido, Brexit, Comisión Mixta para la Unión Europea, Ponencia para el estudio de las consecuencias derivadas de la salida del Reino Unido de la UE, Gibraltar.

ABSTRACT

The United Kingdom's withdrawal from the European Union –Brexit– is a serious problem that conditions both the political life and the economic dynamics of the Union, but also those of its Member States. Spain, due to its special economic –and also human– relationship with United Kingdom, is one of the EU Member States that might be more dramatically affected by the UK's withdrawal. The Spanish parliament –Cortes Generales– have a parliamentary instrument to supervise the Government's activity concerning the EU: the Joint Committee for the European Union. This article analyzes how the Government-Cortes relationships concerning the Brexit issue have taken place, as much in legal-formal terms as in political and substantial terms. In this Government-Cortes relationship concerning Brexit, the Joint Committee for the EU and also the Congress of Deputies have played a fundamental role. This article, which covers the X, XI and XII legislatures, includes also a quantitative and a qualitative analysis of these Government-Cortes relations concerning Brexit.

Keywords: European Union, United Kingdom, Brexit, Joint Committee for the European Union, Subcommittee for the study of the consequences of the United Kingdom's withdrawal from the EU, Gibraltar.

• Key articles and related decisions

In the case of commented parliamentary case-law, apart from the rules above, the papers must include key articles and related decisions. Both in the language of the text and in English, these elements must be written in lower case, separated by commas, in italics and with a full stop. Example:

Artículos clave: arts. 10, 14, 18.1, 23.1 y 23.2 CE.

Resoluciones relacionadas: STC 169/2009 y STC 151/2017.

Key articles: arts. 10, 14, 18.1, 23.1 and 23.2 of the Spanish Constitution.

Related decisions: STC 169/2009 and STC 151/2017.

• Contents Summary

At the beginning of the paper, a summary shall be included, allowing for the identification of its sections and sub-sections. The headings of the main sections will be written in capital letters, and numbered as follows: I., II., III., etc.; the headings of the second-level subsections in lower case italics; and in lower case rounded for the following: 1., 1.1., 1.2., 1.2.a., 1.2.b., 2., etc. Example:

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. THE EUROPEAN UNION: ORIGIN AND INSTITUTIONS. 1. *Origin of the European Union*. 2. *Institutions of the European Union*. 2.1. The European Council. 2.1.a. Origins. 2.1.b. Composition. 2.1.c. Functions. 2.2. The European Parliament. 2.3. The Commission. III. TREATIES OF THE EUROPEAN UNION. 1. *Constitutive treaties*. 2. *Modifications to the Treaties*. 3. *Treaty of Lisbon*. 4. *The current Treaties*. BIBLIOGRAPHY.

• Literal Quotes

The literal quotations included in the text are indicated by quotation marks (a). If they are more than three lines long, they shall be written in font size 10, normal style (round), justified with double indentation, with an additional one in the first line when these begin with a capital letter because it is the beginning of the paragraph (b). For reviews and commentaries on case law these quotations must be limited to ten lines. In the notes, literal quotations shall be always written in latin quotation marks and in normal style (c). Examples:

a) No obstante, es evidente que las Cortes Generales gozan de un amplio margen de libertad para tomar su decisión cuyo único límite sería velar, sea cual sea la decisión, para que se adopte «la forma que más convenga a los intereses de España».

b) Max Aub, rozando la hipérbole, analiza el verismo histórico de Galdós y dice concretamente de la novela Doña Perfecta (1876) que es una de las obras galdosianas mejor compuestas, con personajes reales; en ella

todo es natural: el curso de la historia, las reacciones de los personajes, su mundo... Ahí esta completa, viva, real, la vida de la nación durante los cien años (...) Y aún más: le dejaría en la gloria novelera de su tiempo mano a mano con Tolstoi (...) Galdós ha hecho más por extender el conocimiento de España por los españoles –por el pueblo español– que todos los historiadores juntos (Aub: 2000).

En todos los Episodios se comprueba el gran interés del autor en plasmar el decisivo momento histórico en que cifra la trama novelesca y sus problemas, los cuales son percibidos sin esfuerzo por el lector a través de los comentarios y de las reflexiones de sus personajes. Véanse un par de muestras:

Cuando llegué a la isla... la multitud se agolpaba para ver una procesión... clamaban a voz en grito las campanas y gritaba el pueblo y se estrujaban hombres y mujeres contra las paredes y la chiquillería trepaba por las rejas y los soldados formaban en dos filas... por dejar paso franco a la comitiva... No era una procesión de santas imágenes ni de reyes ni de príncipes... era el sencillo desfile de un centenar de hombres vestidos de negro, jóvenes unos, otros viejos, algunos sacerdotes, seglares los más...

c)¹ «Y mandamos que antes que las Cortes se acaben se responda a todos los capítulos generales y especiales que por parte del reyno se dieren».

- **Citation rules**

Bibliographic citations

Preferentially, they shall appear within the body of the text. Each of them must correspond with one of the references of the final bibliography. Self-citations must be restricted to exceptional and indispensable cases.

The correct format is the following: (author, year, page). Example:

(García-Pelayo, 1981, p. 28)

In the case of co-authored papers, they shall be cited with their surnames and the conjunction «and». Example:

(Fernández and García de Enterría, 2017, p. 58)

If the paper is co-authored by three or more people, it is enough to cite the first author followed by *et al.* Example:

(Kelsen *et al.*, 1966, pp. 35-37)

When it is necessary to refer to several papers of the same author, the year must be followed by a, b, c, etc., after the year. Example:

(Schmitt, 1975^a, p. 32)

If the surname of the author is embedded in the text, it is not necessary to repeat it in the citation. In this case, only the year of the cited article and the corresponding page must be added into brackets. Example:

As Jellinek (2009, p. 47) asserts...

Notes

Footnotes must be written in Times New Roman, size 10, and numbered correlatively with Arabic numerals and superscript.

They must only comprise additional text, and if they include bibliographic references, it shall be done following the rules mentioned above, given that complete references must be written at the end of the article.

- **Bibliography**

Bibliographical references should be located at the end of the text following the alphabetical order of authors. Only references cited in the text will be included, without the possibility of including additional references.

The APA (American Psychological Association) system, commonly used for social sciences and law, will be followed.

Monographs

1st. Surname(s) and initials of the author.

2nd. Year of publication in brackets.

3rd. Title of the book in italics.

4th. Publisher.

Example:

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2017). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas.

Articles from scientific journals

1st. Surname(s) and initials of the author.

2nd. Year of publication in brackets. If there is more than one paper belonging to the author published that same year, it should be added a, b, c, etc., after the number.

3rd. Title of the article.

4th. Name of the journal in italics, volume, number in brackets and pages (separated by a comma).

Example:

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2017). La posición jurídica del Tribunal Constitucional. *Revista Española de derecho constitucional*, 34 (100), pp. 39-131.

Chapters of monographs

1st. Surname(s) and initials of the author.

2nd. Year of publication in brackets.

3rd. Title of the chapter followed by dot and the preposition «In».

4th. Initials and surname(s) of the editor of the collective work, with the corresponding specification in brackets: editor (ed.), coordinator (coord.), director (dir.), etc., followed by a comma.

5th. Title of the collective paper in italics, next to volume number and the pages covered by the chapter in brackets.

6th. Publisher.

Example:

LAVILLA ALSINA, L. (2018). La Justicia y el Estado social y democrático de Derecho. In B. PENDÁS (dir.), E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ and R. RUBIO (coords.), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (vol. I, pp. 619-631). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Reports

1st. Name of the physical or institutional author that endorses the report.

2nd. Year of publication in brackets.

3rd. Title in italics.

4th. If it is a paper publication, it will be identified as if it were a book. In the cases in which it is an electronic publication, the URL where it is available will also be provided.

Example:

DEFENSOR DEL PUEBLO (2019). *Informe anual 2018. Actividades y actuaciones llevadas a cabo a lo largo del año 2018*. Defensor del Pueblo. <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2018/>

Congresses

The way to cite a presentation or a communication made at a congress is the following:

- 1st. Surname(s) and initials of the author.
- 2nd. Year of publication in brackets.
- 3rd. Title of the presentation or communication, followed by a dot and the «In» preposition.
- 4th. Title of the congress records in italics, together with the pages that encompass the lecture between brackets.
- 5th. Publisher. In case it is an electronic publication, the URL of the page where it is available should be added.

Example:

RUBIO LLORENTE, F. (1984). El Parlamento y la representación política. In *I Jornadas de Derecho parlamentario (Madrid 21-23 de marzo de 1984)* (pp. 145-170). Congreso de los Diputados.

Electronic publications

As in any book or journal, taking into account, additionally, that:

- Every electronic document containing DOI (Digital Object Identifier) shall be cited by using this locator at the expense of its URL address, and without indicating the data of consultation.

Example:

RENÉ GARCIA, J., ROLLAND, D. and VERMEREN, P. (2015). *Les Amériques, des constitutions aux démocraties: Philosophie du droit des Amériques*. Éditions de la Maison des sciences de l'homme. <https://doi.org/10.4000/books.editionsmsmh.10649>

- The electronic documents not containing DOI shall be cited with the mention of its URL address.

Example:

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2019). *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2018*. Consejo General del Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2019--correspondiente-al-ejercicio-2018->

LISTADO DE COLABORADORES NÚM. 116

REVISTA DE LAS CORTES GENERALES

Han colaborado en el presente número de la *Revista de las Cortes Generales*:

Clásicos de la democracia

CÁNOVAS DEL CASTILLO, Antonio

DARDÉ MORALES, Carlos (Universidad de Cantabria)

VARELA ORTEGA, José (Universidad Rey Juan Carlos)

Artículos

PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Universidad de Oviedo)

VIDAL PRADO, Carlos (Universidad Nacional de Educación a Distancia)

GARROTE DE MARCOS, María (Universidad Complutense de Madrid)

PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás (Cortes Generales. Comisión General de Codificación)

BAAMONDE GÓMEZ, Laura (Universidad Carlos III de Madrid)

SIEIRA MUCIENTES, Sara (Cortes Generales)

CORRES-ILLERA, María (Universidad Pontificia de Comillas)

CUEVAS LANCHARES, Juan Carlos (Universidad Complutense de Madrid. ICCA)

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo (Universidad Rey Juan Carlos)

EIZAGUIRRE MASSÉ, María José (Cortes Generales)

GARCÍA NEUMANN, Jaime (Universidad de Valencia)

Recensiones y semblanzas

MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (Cortes Generales)

GUICHOT REINA, Emilio (Universidad de Sevilla)

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio (Universidad de Valencia)

CAÑETE OCHOA, Jesús (Universidad de Alcalá)

Informes y jurisprudencia parlamentaria

NAVARRO MEJÍA, Ignacio (Cortes Generales)

MARTÍ SÁNCHEZ, Sylvia (Cortes Generales)

MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel (Cortes Generales)

ABELLÁN MATESANZ, Isabel María (Cortes Generales)

RUIZ BURSÓN, Francisco Javier (Parlamento de Andalucía)

EN ESTE NÚMERO COLABORAN

I. CLÁSICOS DE LA DEMOCRACIA

ANTONIO CÁNOVAS DEL CASTILLO. *Discurso de la Corona del Presidente del Consejo de Ministros, Antonio Cánovas del Castillo, en el Congreso de los Diputados el 8 de marzo de 1876 (Diario de Sesiones, número 17, pp. 309-313) (Se acompaña comentario «Cánovas, una vida política coherente», de Carlos Dardé y José Varela Ortega)*

II. ARTÍCULOS

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA. *La propuesta de «Ley de Inteligencia Artificial» europea*

CARLOS VIDAL PRADO. *La educación cívica y constitucional en España*

MARÍA GARROTE DE MARCOS. *Las reglas del juego democrático a examen: el control de constitucionalidad de la ley electoral*

NICOLÁS PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI. *Pérez Serrano y su relación con la Monarquía española*

LAURA BAAMONDE GÓMEZ. *Análisis de la actuación reciente de las Cortes Generales. Dos apuntes críticos*

SARA SIEIRA MUCIENTES. *El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad (autodeterminación): la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023*

MARÍA CORRES-ILLERA Y JUAN CARLOS CUEVAS LANCHARES. *Un estudio comparativo sobre el Poder Ejecutivo entre Estados Unidos y España: el uso y abuso de las órdenes ejecutivas y los reales decretos-ley*

PABLO FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO. *El control electoral como elemento indisociable de toda democracia: los orígenes de la administración electoral española*

MARÍA JOSÉ EIZAGUIRRE MASSÉ. *Aspectos documentales del control de subsidiariedad en España. La Comisión Mixta para la Unión Europea*

JAIME GARCÍA NEUMANN. *Vitoria vs. Hobbes. Abandonar la geopolítica y asumir el derecho de gentes para un nuevo ordenamiento global*

III. RECENSIONES Y SEMBLANZAS

RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ. *ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I. y DE MONTALVO JÄÄS- KLÄINEN, F. (coords.), (2022). España: una democracia parlamentaria. Libro homenaje al profesor Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa. Madrid. Comillas Universidad Pontificia*

EMILIO GUICHOT REINA. *MONTERO CARO, M. D. (2023). Democracia en transición: una agenda para su regeneración. Madrid: Dykinson*

REMEDIÓ SÁNCHEZ FERRIZ. *GRAZIANI, C. (2023). Sicurezza e diritti in tempi di terrorismo internazionale. Tra endiadi e antitesi. Nápoles: Editoriale Scientifica*

JESÚS CAÑETE OCHOA. *AZAÑA, MANUEL. (2022). Paseos por mi jaula. Páginas escogidas del diario, 1931-1939. J. L. GALLERO Y C. GUTIÉRREZ (eds). Madrid: Árdora Ediciones*

IV. INFORMES Y JURISPRUDENCIA PARLAMENTARIA COMENTADA

SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. *Nota sobre la posibilidad de realizar sesiones del Pleno, las comisiones u otros órganos de la Cámara, mediante el sistema de videoconferencia*

IGNACIO NAVARRO MEJÍA. *Proporcionalidad en la designación de senadores por un parlamento autonómico. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/2023, de 25 de septiembre. Recurso de amparo núm. 3837-2021. (BOE núm. 261, de 1 de noviembre de 2023)*

SYLVIA MARTÍ SÁNCHEZ. *Expulsión de un grupo parlamentario por la exclusiva decisión de su portavoz al haber dejado de pertenecer los recurrentes a la formación política por la que se presentaron a las elecciones. Comentario a la STC 93/2023, de 12 de septiembre. (BOE núm. 244, de 12 de octubre de 2023)*

RAQUEL MARAÑÓN GÓMEZ. *El derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal en las comisiones de investigación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2023, de 20 de junio. Recurso de amparo núm. 2646-2019. (BOE núm. 176, de 25 de julio de 2023)*

ISABEL MARÍA ABELLÁN MATESANZ. *Las fórmulas de acatamiento de la Constitución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2023 de 6 de junio. Recurso de amparo 4577/2019. (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2023)*

FRANCISCO JAVIER RUIZ BURSÓN. *El derecho de los parlamentarios a visitar las dependencias de la Administración. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2023, de 23 de mayo. Recurso de amparo núm. 3908-2020. (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2023)*