

Estudios sobre jurisdicción
constitucional, derechos
fundamentales e igualdad.
Liber amicorum María Luisa
Balaguer Callejón

Coordinadores:
Francisco Balaguer Callejón
y Yolanda Gómez Sánchez



Derecho Constitucional
Europeo

|C|E|P|C|



ESTUDIOS SOBRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL,
DERECHOS FUNDAMENTALES E IGUALDAD.
LIBER AMICORUM MARÍA LUISA BALAGUER
CALLEJÓN

COLECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea

Consejo Asesor

Eugeni Gay Montalvo, abogado y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED y exmagistrada del Tribunal Constitucional

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena

Nuno Piçarra, professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa y juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos y magistrado del Tribunal Constitucional

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, ad personam, de la UE

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE y Presidente de la Fundación «Jean Monnet pour l'Europe»

Miguel Recuerda Girela, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Martín Díz, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

María José Cíaurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares

Emilio Jiménez Aparicio, abogado

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y exmagistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de CUNEF Universidad

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

**ESTUDIOS SOBRE JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL, DERECHOS
FUNDAMENTALES E IGUALDAD.
LIBER AMICORUM
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN**

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Y YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ (COORD.)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2025

Primera edición: octubre de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, sus autores.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y CEPC para esta edición.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO CEPC: 145-25-049-2 (edición en papel)
145-25-050-5 (edición en línea, PDF)
145-25-051-0 (edición en línea, ePUB)
NIPO BOE: 144-25-121-6 (edición en papel)
144-25-122-1 (edición en línea, PDF)
144-25-123-7 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3091-6

Depósito legal: M-19636-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



ÍNDICE

	Páginas
PRESENTACIÓN, <i>Francisco Balaguer Callejón y Yolanda Gómez Sánchez</i>	15
LA LUCHA POR LA IGUALDAD DE UNA CONSTITUCIONALISTA. SEMBLANZA DE MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, <i>Francisco Balaguer Callejón</i>	19
MARÍA LUISA BALAGUER, UN LEGADO DE IGUALDAD, <i>Carmen Calvo Poyato</i>	25
TEORÍA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	
1. Constitucionalismo crítico en la obra de M. Luisa Balaguer: su aportación a la categoría de sujeto. Carlos de Cabo Martín	35
2. Interpretación constitucional, <i>iusfundamentalidad</i> y cuestiones de fin de vida. Gregorio Cámara Villar	49
3. Poder constituyente, función de constituir, constitución. Una contranarrativa. Enrique Guillén López	81
4. La interpretación constitucional en la era de Ultrón. Juan Francisco Sánchez Barrilao	103
5. De la unidad y el método del Derecho Constitucional. Miguel Azpitarte Sánchez	125
6. Sobre las escuelas y las aproximaciones al Derecho Constitucional español. Itziar Gómez Fernández	147

DIGNIDAD DE LA PERSONA

7. Dignidad y Constitución. Antonio Torres del Moral	177
8. La Dignidad Humana en perspectiva constitucional. Antonio Arroyo Gil	195

DERECHOS FUNDAMENTALES

9. Estado de Derecho y arbitraje privado. Manuel Aragón Reyes	223
10. La aplicación de la reserva constitucional de legalidad penal en la jurisprudencia del TC (y en el fundamento doctrinal de los amparos de los EREs). Juan Fernando López Aguilar	245
11. La influencia de la magistrada Balaguer en la doctrina del tribunal constitucional sobre libertad de expresión. José Antonio Montilla Martos	257
12. El derecho a la protección de la salud: una propuesta de reforma. José María Porras Ramírez	279
13. Casos de derechos fundamentales. Pedro Tenorio Sánchez	303
14. La definición de la apariencia personal como derecho fundamental. Algunas consecuencias de la incorporación a nuestro ordenamiento de un nuevo derecho. Rafael Naranjo de la Cruz	333
15. Sobre la naturaleza jurídica y el control de las declaraciones, autorizaciones de prórroga y declaraciones de prórroga de Estado de Alarma (Cambio de criterio): Un antes y un después de la pandemia provocada por el COVID-19. Antonia Navas Castillo	361
16. La creación del derecho a la identidad de género en el sistema interamericano: la Sentencia Vicky Hernández y otras contra Honduras de 2021. Mercedes Iglesias Báñez	389
17. La educación para la sostenibilidad en España en el contexto Europeo e Internacional. Amalia Balaguer Pérez	421
18. La dimensión constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo. Marta León Alonso	439
19. El caso Cursach y el secreto profesional de los periodistas. Javier Sierra Rodríguez	483
20. Libertad de expresión y responsabilidad de las plataformas por comentarios de terceros. Un estudio a propósito de la STC 83/2023, de 4 de julio. Eloísa Pérez Conchillo	499
21. El cumplimiento de las obligaciones internacionales como requisito para la constitucionalidad del rechazo en frontera. María Dolores Requena de Torre	523
22. Maternidad subrogada y TEDH: indicios de un futuro poco esperanzador. Luis Fernando Martínez Quevedo	547

IGUALDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

23. La transformación de los derechos en la sociedad digital y su impacto sobre la igualdad de género. Francisco Balaguer Callejón	571
24. Las perspectivas de género en la obra doctrinal de María Luisa Balaguer y su sello en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pedro J. González Trevijano y Enrique Arnaldo Alcubilla	587
25. María Luisa Balaguer Callejón como magistrada del Tribunal Constitucional: sus votos particulares y los derechos de las mujeres. Yolanda Gómez Sánchez	625
26. Regulación e implementación del derecho a la igualdad de mujeres y hombres en la autonomía castellano-leonesa. Ángela Figueruelo Burrieza	655
27. Constitución y prohibición de publicidad discriminatoria. María Salvador Martínez	675
28. La perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional: un recorrido a través de los votos particulares y la hermenéutica iusfeminista de María Luisa Balaguer. Laura Nuño Gómez	711
29. Presencia equilibrada de mujeres y hombres: de la ley de igualdad a la ley de paridad. Asunción Ventura Franch	739
30. El género en los medios de comunicación y en la publicidad. Ana Aba Catoira	761
31. Igualdad e inteligencia artificial desde una perspectiva de género. Adoración Galera Victoria	781
32. La conciliación corresponsable para el logro de la igualdad efectiva: una jurisprudencia imprescindible. Ana Marrades Puig	805
33. Perspectiva de género en la labor jurídica: necesidades, retos y cautelas. Silvia Soriano Moreno	823
34. Democracia y feminismo: mujeres ante y en el ejercicio del poder político. Leyre Burguera Ameave	859
35. La perspectiva de género en el Derecho. Reflexiones en torno al voto particular de la magistrada Balaguer en la STC 48/2024, de 8 de abril. Miguel José Arjona Sánchez	877
36. La atribución del apellido como factor de igualdad: análisis comparado de justicia constitucional entre España e Italia. Giacomo Palombino	905
37. La igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Daniela Dobre	925
38. Desarrollo legislativo autonómico sobre igualdad de género. Marta Lucena Pérez	947
39. El derecho a la igualdad y la dotación de recursos para el mantenimiento de un sistema de asistencia social. Amalia Lozano España	967

DEMOCRACIA

40. Del déficit democrático de la Unión al déficit democrático de los Estados miembros: las paradojas del derecho al voto. Paloma Biglino Campos	995
41. Los tribunales constitucionales y su incidencia sobre la ley electoral. Apuntes sobre el caso alemán. Carlos Vidal Prado	1015
42. «Cumpliendo»: Análisis constitucional de la rendición de cuentas de iniciativa gubernamental. Cristina Elías Méndez	1035
43. El contexto informativo, en democracia, sí importa. Argelia Queralt Jiménez	1059

DERECHO EUROPEO

44. Las políticas de la Unión Europea en materia de violencia de género: Directiva 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. María Concepción Pérez Villalobos	1081
45. El Derecho de la Unión Europea en la obra de la profesora María Luisa Balaguer Callejón: una aproximación con especial atención al derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos móviles. Antonio Javier Trujillo Pérez.....	1099
46. El principio de igualdad de género en el marco del pilar europeo de derechos sociales: alcance, implementación y proyección para 2030. María Nieves Saldaña	1121
47. La Unión Europea y la participación popular: instrumentos y perspectivas. Rosa Iannaccone	1205
48. El principio de igualdad como valor fundamental de la UE: ¿Hacia una Unión de la Igualdad? Andrea Garrido Raya	1223

JURISDICCION CONSTITUCIONAL

49. Importaba que fuera Balaguer. Ruth Rubio Marín	1247
50. El Tribunal Constitucional Español a través de sus reformas. Augusto Aguilar Calahorra	1259
51. El voto particular y las posibilidades interpretativas del Derecho: análisis de algunas discrepancias interpretativas. M. ^a Dolores Cabello Fernández	1289

PRESENTACIÓN

El título de este libro colectivo: *Estudios sobre jurisdicción constitucional, derechos fundamentales e igualdad*, no representa -pese a su amplitud- ni la variedad de trabajos que se han incluido en él ni el conjunto de la obra de la persona a la que está dedicado, la académica y magistrada del Tribunal Constitucional María Luisa Balaguer Callejón. Como se podrá ver, hay otras temáticas que han inspirado las contribuciones que se han preparado por más de cincuenta autores y autoras, que reflejan su actividad como magistrada y como jurista.

Le hemos dado este título sintético porque en él se concentran de algún modo los demás ámbitos constitucionales que han sido objeto de atención en la obra. Las temáticas que se incluyen en el título se proyectan sobre otras, como la interpretación constitucional, la dignidad de la persona, la democracia o el derecho europeo. En algunos casos, es la jurisdicción constitucional la que sirve de conexión, teniendo en cuenta la extraordinaria labor que la magistrada Balaguer ha desarrollado y sigue desarrollando en el Tribunal Constitucional. En otros casos son los derechos fundamentales, que se extienden también hacia la vertiente institucional que los hace posibles, como el Estado de derecho y la democracia. Además, y sobre todo, la igualdad, que se ve reflejada también en las políticas y el derecho de la Unión Europea.

Todos esos apartados aglutinan las aportaciones de este *Liber Amicorum*, que comienza con una reflexión sobre *Teoría e interpretación constitucional* que integra un buen número de textos dedicados a estas temáticas (a veces con una finalidad específica de clarificación en relación con un derecho fundamental), si-

guiendo así una tradición académica muy loable de dedicar a estos libros una reflexión teórica, metodológica o hermenéutica. Le siguen dos trabajos de no menor relevancia que integran el apartado dedicado a *Dignidad de la persona*.

El tercer apartado está dedicado a los *Derechos fundamentales*, con un número muy elevado de trabajos que se extienden por temáticas que han sido objeto de la actividad de María Luisa Balaguer como investigadora o como magistrada del Tribunal Constitucional. En algunos de ellos se hace referencia específica a esa actividad a través del análisis de sentencias en las que ha sido ponente o en las que ha manifestado su discrepancia con la fundamentación o con la decisión a través de votos particulares.

El cuarto apartado sobre *Igualdad y perspectiva de género* es el que concentra un mayor número de contribuciones, lo que no puede extrañar teniendo en cuenta que María Luisa Balaguer ha sido una pionera en incorporar los estudios sobre igualdad de género a la comunidad de constitucionalistas de nuestro país y está teniendo un papel decisivo en la aportación a la doctrina del Tribunal Constitucional de una perspectiva de género. Muchas de las personas que han contribuido con sus textos en este apartado la han acompañado en esta lucha por la igualdad a través de la Red Feminista de Derecho Constitucional.

El quinto apartado incluye diversas temáticas relacionadas con la *Democracia*, que le da título y que se extienden a cuestiones electorales, rendición de cuentas y al contexto informativo en la actualidad. El sexto está dedicado al *Derecho europeo*, con diferentes temáticas en las que nuevamente destaca la dedicada a la igualdad en esta perspectiva específica de carácter europeo. Por último, el sexto apartado está dedicado a la *Jurisdicción constitucional*, aunque, como hemos indicado esta temática vertebró el conjunto del *Liber Amicorum*, a través del análisis de la contribución de la magistrada Balaguer al Tribunal Constitucional, especialmente a través de las sentencias en las que ha sido ponente y en las que ha presentado votos particulares.

Una visión de conjunto de la obra que presentamos nos permite decir que se ha inspirado en gran medida en la persona a la que está dedicada. Esa inspiración supone que estamos ante un libro que combina la atención a la teoría constitucional y a las cuestiones a las que esa teoría apela, como la interpretación constitucional, con la consideración de los problemas constitucionales actuales, proyectando también una mirada al futuro. En la gran tarea que tenemos por delante de promover una transformación que parta de la Constitución para asentar de manera irreversible la cultura de la igualdad en nuestra sociedad, este libro supone una aportación importante.

Para quienes hemos tenido la satisfacción y el privilegio de coordinar el libro, como para todas las personas que han querido estar presentes en este

homenaje, el resultado no ha podido ser más acertado desde una perspectiva científica y jurídica. Pero este es, además, un libro que se ha elaborado desde la amistad y desde el reconocimiento a una trayectoria vital plena de realizaciones desde el que se han generado los textos que aquí se contienen y que operan como diálogos (a veces explícitos, otras tácitos) con la jurista María Luisa Balaguer Callejón. Su jubilación académica, con su nueva condición de Catedrática emérita, que ha sido la excusa para organizarnos y ofrecerle esta obra es compatible con su intensa labor cotidiana en el Tribunal Constitucional en la que estamos seguros de que seguirá ofreciendo respuestas jurídicas avanzadas a las demandas constitucionales de la sociedad de nuestro tiempo.

Francisco Balaguer Callejón
Yolanda Gómez Sánchez

LA LUCHA POR LA IGUALDAD DE UNA CONSTITUCIONALISTA

SEMBLANZA DE MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Si hubiera que sintetizar en pocas palabras la trayectoria académica, jurídica y hasta vital de María Luisa Balaguer Callejón, esas serían las que dan título a esta semblanza. La lucha por la igualdad es la lucha por el derecho y específicamente por el derecho constitucional, por la vocación de justicia que se manifiesta en la prohibición de discriminación del artículo 14 y en el mandato de igualdad sustancial que el artículo 9.2 contiene. Concebir el derecho como una palanca al servicio de la justicia ha sido una constante en las distintas vidas jurídicas de María Luisa Balaguer: como abogada, como profesora de derecho constitucional y como magistrada del Tribunal Constitucional.

¿Debe la constitución ser interpretada al servicio de la transformación social y en favor de la justicia? Quizás habría que plantearlo de otro modo ¿puede la constitución ser ajena a la justicia que proclama e indiferente a los obstáculos que impiden su realización? Estas preguntas vertebran una gran parte de la obra científica y práctica de la catedrática y magistrada María Luisa Balaguer en sus diversas temáticas, desde la interpretación constitucional hasta el derecho europeo, pasando por la representación política, los derechos sociales, las medidas de promoción de la igualdad, el derecho antidiscriminatorio y hasta la transición política, en la *contranarrativa* que elaboró en fechas recientes.

Una obra que comenzó hace ya muchos años analizando la discriminación de la mujer en la publicidad en su Tesis Doctoral, defendida en 1983 en la Universidad de Granada. Ha sido un camino largo e intenso, lleno de dificultades de todo tipo. Pero, como expresara Ihering, «Todo derecho en el mundo debió

ser adquirido mediante la lucha; todos los principios de derecho que están hoy en vigor han tenido que ser impuestos mediante la lucha frente a quienes no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, depende de que estemos dispuestos a defenderlo»¹.

Sus trabajos académicos se extienden por todas las temáticas jurídicas, no sólo de derecho constitucional, ya que su formación jurídica es muy amplia debido, entre otras cosas, a los muchos años de ejercicio como abogada. Siendo una obra que se extiende por varios cientos de publicaciones no es posible hacer aquí más que una referencia muy sintética. Por poner algunos ejemplos, solamente de sus muchos libros publicados, a la temática de la interpretación le ha dedicado varios, comenzando por la obra inicial sobre la interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria² pasando por la interpretación de la constitución y el ordenamiento jurídico, con Prólogo de Peter Häberle y recientemente reeditada³, hasta la última de ellas, sobre la interpretación en la sociedad digital⁴.

Igualmente, se pueden mencionar los libros sobre otras temáticas relevantes de derecho constitucional, tales como el derecho al honor⁵ o el recurso de inconstitucionalidad⁶ así como el derecho de la información y de la comunicación⁷. Cuestiones que ha tratado también en los manuales que compartimos⁸ así como en multitud de artículos doctrinales publicados en revistas jurídicas. En lo que se refiere a la igualdad, que no está ausente de los trabajos anteriormente mencionados, podrían mencionarse los libros sobre mujer y constitución⁹, sobre igualdad y constitución¹⁰, sobre la gestación subrogada¹¹ o sobre feminismo¹².

¹ IHERING, R.V. *La lucha por el derecho*, 1872, edición de Dykinson, 2018, p. 49.

² *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Civitas, Madrid 1990.

³ *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, segunda edición BOE/CEPC, Madrid 2022.

⁴ En BALAGUER CALLEJÓN, F., y BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Verdad e Interpretación en la sociedad digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

⁵ *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid 1992.

⁶ *El recurso de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 2001.

⁷ *Derecho de la información y de la comunicación*, Tecnos, Madrid, 2013.

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A., *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2024 y también *Introducción al Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2024.

⁹ *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2005.

¹⁰ *Igualdad y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010.

¹¹ *Hij@s del mercado: La maternidad subrogada en un Estado Social*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2017.

¹² *El feminismo del siglo XXI*, Huso, Madrid, 2021.

Estas y otras muchas obras (como las relacionadas con la transición a la democracia¹³ o el proceso constituyente en nuestro país¹⁴ así como algunas que tienen que ver con la filosofía o la literatura¹⁵) se realizaron al mismo tiempo que María Luisa Balaguer ejercía como abogada o formaba parte del Consejo Consultivo de Andalucía y, finalmente del Tribunal Constitucional de España. Su capacidad de trabajo sorprende y se basa en una dedicación constante y continuada a la lectura y a la escritura, que son una parte muy importante de su vida.

Su lucha por la igualdad le llevó a fundar en 1999 la revista *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, desde la que realizó una labor extraordinaria de impulso de la legislación en materia de igualdad de género, así como de análisis jurisprudencial con perspectiva de género. En esa revista congregó a una gran cantidad de juristas de diversas disciplinas que comenzaron a realizar su andadura en trabajos basados en una metodología con perspectiva de género que después aplicaron a otros ámbitos de su actividad académica.

Toda esta impresionante actividad académica y jurídica, que avaló su elección como magistrada del Tribunal Constitucional a propuesta de varias Comunidades Autónomas, se ha visto completada y desarrollada de manera extraordinaria por su labor como ponente en ese órgano, con la formulación de un gran número de sentencias muy relevantes en las que ha dado impulso a una doctrina avanzada, basada en la comprensión constitucional de la realidad actual de nuestra sociedad. Lo mismo se puede decir de sus votos particulares, esa «jurisprudencia alternativa» en palabras de Peter Häberle, que prefigura futuros desarrollos doctrinales en las decisiones del Tribunal o en su fundamentación.

En esos votos particulares, como en muchos de sus escritos, se puede percibir la dimensión cultural de la lucha por la igualdad. Incluso planteamientos que pueden parecer progresivos en el ámbito doctrinal o jurisprudencial se ven atrapados a veces en las contradicciones de una cultura de la igualdad que todavía no ha desplegado su potencial y que impregna soluciones equivocadas a problemas jurídicos, que contribuyen a consolidar la desigualdad. De manera magistral esas contradicciones se han visto resaltadas por María Luisa Balaguer, abriendo nuevos caminos, basados en una perspectiva de género que contribuye a superar patrones culturales discriminatorios.

¹³ *Contranarrativa de la transición política en España*, CEPC, Madrid, 2021.

¹⁴ Prólogo a *Crónica secreta de la Constitución: (40 años después)* de GALLEGU DÍAZ, S., y CUADRA FERNÁNDEZ, B. de la, Tecnos, Madrid, 2018.

¹⁵ *Que nadie muera sin amar el mar. Ensayo biográfico sobre Iris Zavala*, Huso, Madrid, 2020.

De ahí que sus votos particulares sean objeto de estudio y de análisis doctrinal como si fueran sentencias, porque ofrecen una nueva percepción cultural de la igualdad, que es el fruto de muchos años de trabajo en los que se ha integrado la investigación jurídica y una práctica profesional orientada a la solución de problemas específicos, a la promoción o la impartición de la justicia. Hay en ellos una teoría subyacente que se reconoce al afrontar los casos concretos y al aportar soluciones que inspirarán las líneas jurisprudenciales futuras.

Necesitaremos de esa teoría para preservar las conquistas y avanzar en la gran revolución constitucional de nuestro tiempo, la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres. Recordemos de nuevo las palabras de Ihering: «todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, depende de que estemos dispuestos a defenderlo». En gran medida la lucha por la igualdad sigue teniendo una dimensión cultural que no está sólo presente en las narrativas que se enfrentan en los procesos comunicativos sino también en las decisiones políticas y jurisprudenciales y muy señaladamente en las del Tribunal Constitucional.

Desgraciadamente, en las narrativas que actualmente colisionan en el espacio público se están incorporando, cada vez más, propuestas involucionistas que quieren cercenar los derechos conquistados en los últimos años. Propuestas que generan un entorno hostil para la lucha por la igualdad y que pretenden dificultar futuros avances. Es mucho el camino que queda todavía por recorrer para que la igualdad entre hombres y mujeres sea una realidad efectiva. En ese camino, no cabe duda de que la luz que proyecta el pensamiento constitucional de María Luisa Balaguer será de gran ayuda para seguir progresando y promover nuevos desarrollos.

Para comprender todo lo que María Luisa Balaguer ha logrado en el ámbito académico y jurídico en todos estos años hay que conocer un rasgo esencial de su carácter: su tenacidad. Nunca se ha plegado frente al ejercicio del poder por serias que hayan sido las dificultades que su independencia le haya podido suponer. Nunca ha transigido en aquello que ha considerado importante, especialmente si eso suponía una pérdida o una lesión a los derechos de los demás. Nunca ha comprometido sus principios para obtener ventajas personales o por temor a las consecuencias de mantenerlos.

Hace ahora quince años, con motivo del Prólogo que dediqué a su libro sobre igualdad y constitución, recordaba la figura de nuestro maestro, Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez y la influencia que tuvo en la orientación de María Luisa Balaguer hacia la lucha por la igualdad. Decía también que después de él, de quien más hemos aprendido todas las personas que en el grupo de discípulos de Juan José comenzamos a abordar científicamente esta materia

ha sido de María Luisa Balaguer Callejón, porque su forma de entender la lucha por la igualdad y su preocupación específica por la igualdad de género nos ha abierto muchos caminos en el ámbito académico y también en nuestra proyección vital. Reitero ahora en esta semblanza nuestro agradecimiento a María Luisa, en nombre de las compañeras y los compañeros que hemos seguido sus pasos y hemos aprendido a definir mejor los ámbitos de investigación que son realmente relevantes para una conciencia crítica en el siglo XXI.

Para mí, como para otras muchas personas que han tenido la fortuna de conocerla, además de todo lo anterior, de lo que ha podido aportar como jurista, como académica o como magistrada, María Luisa ha sido siempre un referente fundamental. Su capacidad para afrontar, con serenidad y firmeza, las situaciones complicadas en las que a veces nos sitúa la fortuna y su entereza, esa fortaleza interior que de manera tan natural se manifiesta frente a los desafíos que se le plantean, han sido siempre un ejemplo inspirador, un modelo a seguir y una lección de vida.

Francisco Balaguer Callejón
Universidad de Granada

MARÍA LUISA BALAGUER, UN LEGADO DE IGUALDAD

Es para mí un verdadero honor poder unirme a este homenaje a María Luisa Balaguer, gran jurista y referente feminista, para poner en valor su valiosa contribución al mundo del pensamiento en general, y del jurídico en particular.

Considero que homenajear a los demás, es una costumbre en cierto modo poco española, puesto que como diría Clara Campoamor, «En España, el éxito ajeno es siempre sospechoso». Sin embargo, considero que resulta especialmente relevante que apoyemos a las y los demás, y nos alegremos por sus éxitos, puesto que haciéndolo no solo seremos justos, sino también nos engrandeceremos a nivel personal, puesto que tal y como señalara otro gran político, Nelson Mandela, «la grandeza de la vida no se basa tanto en cuán bien prosperamos nosotros mismos, sino en cuánto podemos ayudar a otros a prosperar».

Lo primero que me viene a la cabeza a la hora de describir a María Luisa Balaguer, es el hecho de que pocas figuras, pocas personas, han dejado una huella tan indeleble como la suya en el vasto mundo jurídico en España.

Así, al hablar de María Luisa, tengo que hacer referencia a su destacada carrera en su dimensión poliédrica: de académica, letrada y magistrada, todas ellas atravesadas por su holística perspectiva feminista; que no solo representa la excelencia profesional, sino que también simboliza un compromiso inquebrantable con la justicia y los derechos humanos.

María Luisa nació en Almería en 1953, y destacó desde bien joven por su brillantez académica, mostrando una gran pasión a una edad temprana por el conocimiento jurídico y la justicia.

Rápidamente se adentró en el mundo académico, donde su pasión por la enseñanza y la investigación se hizo evidente puesto que se licenció en Derecho

en el año 1976 por la Universidad de Granada, cuando nuestro país se encontraba en plena Transición política hacia la recuperación de la democracia.

Más tarde, se doctoró en Derecho en 1983 por la misma universidad con una tesis sobre «Ideología y medios de comunicación: el caso de TVE». Su brillantez académica y su pasión por el estudio la llevaron a convertirse en Catedrática de Derecho Constitucional, adscrita al Departamento de Derecho del Estado y Sociología de la Universidad de Málaga, donde no sólo ha impartido clases, sino que también ha liderado investigaciones innovadoras en el ámbito constitucional y ha dirigido Tesis doctorales, en las que se han abordado temas tan diversos como la autonomía local, el poder judicial y la potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial o los medios de comunicación de masas.

Siendo profesora de las Facultades de Derecho y Periodismo de la Universidad de Málaga, dirigió la revista «Artículo 14, una perspectiva de género», que editó el Instituto Andaluz de la Mujer desde 1999. Artículo 14 de nuestra Carta Magna, y que entronca con los artículos 36 y 53 de la Constitución de 1931, que con gran tesón peleó Clara Campoamor, en calidad de miembro de la Comisión Redactora de la Constitución Republicana, que tal y como relata en su libro «El voto femenino y yo mi pecado mortal»¹ defendió así: «Yo, Sres. Diputados, me siento ciudadana antes que mujer, y considero que sería un profundo error político dejar a la mujer al margen de ese derecho, a la mujer que espera y confía en vosotros; a la mujer que, como ocurrió con otras fuerzas nuevas en la Revolución Francesa, será indiscutiblemente una nueva fuerza que se incorpora al Derecho y no hay sino empujarla a que siga su camino».

Como hiciera Campoamor, Balaguer ha dejado un legado impresionante a través de sus escritos y publicaciones. Sus obras, que abarcan desde la teoría constitucional hasta la protección de los derechos fundamentales, son referencia obligada para estudiantes y profesionales del derecho. Su capacidad para combinar rigor académico con una visión humanista del Derecho ha sido ampliamente reconocida y valorada.

En este sentido, cuenta en su haber con cerca de 30 libros de los que es autora o co-autora; en los que destaca el estudio que ha efectuado sobre el artículo 14 de la Constitución; la construcción jurídica del género; o el papel de la mujer en los medios de comunicación –entre otros dedicados al estudio del Derecho Constitucional–.

Entre sus obras de carácter más didáctico o docente destacan sus «Leciones de Derecho Constitucional», «Interpretación de la Constitución y orde-

¹ «El voto femenino y yo mi pecado mortal», editorial Renacimiento, 3.ª edición abril de 2021.

namiento jurídico», «Derecho de la Información y de la Comunicación»; y entre sus libros de carácter ensayístico: «Contranarrativa de la Transición Política en España», «Hij@s del mercado» o más recientemente «El feminismo del siglo XXI. Del *Me Too* al movimiento queer».

En «Contranarrativa de la Transición Política en España», ensalza con gran acierto la importancia que tuvieron los partidos políticos y su papel clave y protagonista en la recuperación de nuestra ansiada democracia puesto que como dice ella misma: «Los partidos políticos fueron la institución más importante y decisiva de la transición porque la lideraron. Más allá de la importancia del sujeto constituyente que sería el pueblo español a través de sus representantes, los partidos tuvieron el protagonismo de hacer la política por la que se fue avanzando desde la acción del gobierno y el parlamento en la toma de decisiones y en la legislación para cambiar un Estado dictatorial a otro democrático»².

Asimismo, en este mismo libro, dedica un pasaje entero al feminismo, dentro del segundo capítulo en el que describe el comportamiento de los diferentes agentes sociales (la cultura, la política exterior, la iglesia, el terrorismo...), puesto que como ella misma defiende, «la ignorancia en el tratamiento no solamente del feminismo sino de las mujeres en la clandestinidad política y de la transición se corresponde con la habitual ignorancia de que son objeto en el resto de las disciplinas sociales y científicas y queda reducido aquí también a una mera nominación, generalmente de esposas».

Así, menciona algo muy interesante y cierto, como es el hecho de que «la incorporación de las mujeres al proceso de la transición política presenta perfiles propios...que exigen una consideración separada en su estudio» puesto que «si la posición de las mujeres en la sociedad es en general subalterna, en las dictaduras su sumisión además es determinante respecto del autoritarismo y ausencia de libertad». De ahí que para las mujeres la transición llevara al «inicio de una liberación de todos aquellos condicionantes que representa la dictadura y se inicie un proceso de recuperación de las libertades...».

Por otro lado, en «Hij@s del mercado», desarrolla una reflexión –que no puedo sino suscribir al 100%– acerca del contrato de la incorrectamente llamada «maternidad subrogada» o vientres de alquiler, que afecta de plano a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de aquellas mujeres con quienes se «suscribe» el contrato para la materialización de un deseo de maternidad o paternidad de imposible satisfacción por parte de las personas que pre-

² BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Contranarrativa de la Transición política en España* CEPC, Madrid, 2022, p. 167.

tenden llevar a cabo ese contrato, y apunta a la raíz misma de la cuestión de por qué surge en nuestra civilización este liberalismo contractual.

Sobre esta cuestión yo misma me he pronunciado en numerosas ocasiones, puesto que considero que, si nos remontamos, por ejemplo, a la época romana, veremos que ya entonces existían lo que se denominaban como *res extra commercium*, y hoy día así debería seguir siendo, puesto que hay cosas que no pueden ser objeto de comercio, y por tanto no podemos permitir que en pleno siglo XXI se esté traficando con impunidad con la integridad del cuerpo de las mujeres.

Balaguer cuenta también con más de 87 publicaciones en revistas, en los que ha abordado diferentes cuestiones que afectan a las mujeres desde el plano social, jurídico y político, así como sobre los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico y su desarrollo.

Como ejemplo de los primeros, con respecto a su compromiso y perspectiva feminista, su obra ha sido verdaderamente prolífica, y entre la multitud de publicaciones, pueden destacarse las siguientes por su trascendencia: «Evolución legislativa del derecho de igualdad en el ordenamiento jurídico español»; «Concepto de género y su incorporación al Ordenamiento Jurídico»; «Comentario al Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género»; «Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico. La imagen de la mujer»; «Género y Lenguaje: presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario».

Así, en «Feminismo y utopía», concluye destacando la necesidad de seguir vigilantes y contestar desde el feminismo institucional al «neomachismo, que considera la superación de la desigualdad entre mujeres y hombres, al punto de hacer innecesarias medidas tendentes a la igualdad, y el repliegue general de la igualdad».

Por otro lado, en «Las garantías en el derecho electoral y la regulación de la participación política de los españoles residentes en el extranjero» apuntaba –en 2016– con gran acierto, la necesidad de operar una modificación legislativa –ya efectuada mediante *Ley Orgánica 12/2022, de 30 de septiembre, de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para la regulación del ejercicio del voto por los españoles que viven en el extranjero*–, para corregir la problemática con respecto al voto rogado, puesto que «la regulación que tiene lugar mediante la reforma, del artículo 75 LOREG, ha sido considerada por parte de la doctrina como obstructiva del derecho a la participación política recogido en el artículo 23 CE, y por algunos autores contraria al derecho de igualdad por establecer exigencias que pueden considerarse como discriminatorias en relación con el resto del electorado.» Posi-

ciones que se sostienen en «la exigencia de la solicitud del voto, que se ha llamado el *voto rogado*, en la medida en que exige expresamente una solicitud de voto, que no es necesaria en el resto de los votantes».

Asimismo, también cuenta con numerosas publicaciones en las que efectúa una crónica sobre legislación europea adoptada en el seno de la UE.

En otro orden de cosas, me gustaría señalar que ha escrito más de 66 capítulos de libros; en los que ha profundizado en el estudio de la perspectiva de género en la resolución de la crisis económico-financiera; en el del Derecho de excepción; los derechos sindicales; la libertad de circulación y residencia; y otros derechos fundamentales como el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –entre muchos otros–.

Por otro lado, también quiero destacar que se colegió como abogada adscrita al Ilustre Colegio de Abogados de Málaga en 1977 –y hasta 2003–, por cierto, un año sumamente complicado para las y los defensores de la justicia y los derechos humanos, puesto que fue el mismo año que se produjo el terrible asesinato de un grupo de abogados laboristas en Madrid³.

De manera ciertamente más reciente, el nombramiento de Balaguer como magistrada del Tribunal Constitucional mediante Real Decreto 263/2017, de 10 de marzo, representó un reconocimiento a su integridad, conocimiento profundo y compromiso con la justicia. En este ámbito, como magistrada, su mayor nota definitoria la constituye su firme postura en favor de la igualdad de género.

Sus más de cien votos particulares en los que ha manifestado una opinión contraria a la decisión de la mayoría, pero siempre constructivos, en casos emblemáticos, refleja una sensibilidad única hacia los temas de género, igualdad y justicia social. En todos ellos ha mostrado una firme posición en pro de introducir el análisis sobre la perspectiva de género en todos los pronunciamientos jurisprudenciales.

De hecho, María Luisa Balaguer ha sido una figura crucial en la lucha por la igualdad de género en el ámbito legal y judicial. Así, en primer lugar, ha sido una de las pocas mujeres en alcanzar las más altas posiciones dentro del Tribunal Constitucional. Su presencia, voz y voto han sido fundamentales para avanzar en la igualdad de género; y su perspectiva ha enriquecido los debates sobre políticas de igualdad, destacando la necesidad de una sociedad más justa e igualitaria.

Es por ello que, me gustaría resaltar de manera especial el voto particular concurrente que emitió a la Sentencia 48/2024, de 8 de abril, en la que da una

³ La matanza de Atocha, 24 de enero de 1977.

lección magistral acerca de la aplicación de la perspectiva de género en el proceso penal, que para ella «implica saber, que sufrir violencia sexual no solo afecta física y psicológicamente a las mujeres, sino que además, puede impactar gravemente en el bienestar psicosocial de la víctima, su entorno y relaciones familiares, a su vida íntima y su carrera profesional». Y, denota «la necesidad constitucional de adoptar la perspectiva de género en los asuntos judiciales relativos a violencias contra las mujeres».

Para Balaguer, «la perspectiva de género es un método de interpretación de un conflicto jurídico a través de un análisis que tenga como referencia a las mujeres en un juicio en el que el hecho de ser mujer es determinante, y, por tanto, no cabe acudir a la supuesta neutralidad del Derecho». Y, estructura dicho análisis de la siguiente manera:

En primer lugar, aplicando e interpretando los arts. 14 y 9.2 de la CE que reconocen el derecho a la igualdad y la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que se de esta igualdad de manera real y efectiva, y de remover los obstáculos que impidan que ésta se materialice; derecho que fue ampliamente desarrollado por la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* cuyo artículo 4 impone la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.

En segundo lugar, mencionando la STS de 13 de noviembre de 2019, en la que se establece que la aplicación del principio de igualdad de trato entre la mujeres y hombres –en tanto que valor supremo del ordenamiento jurídico– «debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas».

Y, en tercer lugar, en los textos internacionales de los que España es parte y que obligan a todos los poderes públicos *ex* artículo 10.2 CE, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica –conocido como Convenio de Estambul–, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –en el marco de Naciones Unidas–, que cuenta con un Comité especializado que ha emitido numerosas recomendaciones, entre las que se encuentra la núm. 33, que declara que «los ordenamientos jurídicos y los poderes públicos que concurren en el proceso penal deberán evitar penalizar o actuar con la debida diligencia para prevenir y proporcionar recursos por delitos que afectan desproporcionada o únicamente a mujeres».

Como decía al principio, es importante que reconozcamos el talento ajeno, los éxitos ajenos, y esto habría de ser aún más aplicable en los casos en que

dichas personas ya han recibido el reconocimiento de la sociedad, como sucede en el caso de Balaguer, puesto que, a lo largo de su carrera ha recibido numerosos premios y reconocimientos, que atestiguan su influencia y contribución al Derecho y la justicia.

Estos honores no solo reflejan su excelencia profesional, sino también su compromiso con los valores que siempre ha defendido: la justicia, la igualdad y el respeto por la dignidad humana; valores que, por cierto, comparto con ella, puesto que en todas las responsabilidades que me han sido encomendadas –en el ejecutivo, en el legislativo y más recientemente en la función consultiva– mi acción siempre ha estado guiada por esos mismos valores.

De hecho, ambas hemos compartido responsabilidades en el mundo de la función consultiva, puesto que Balaguer fue consejera del Consejo Consultivo de Andalucía; por lo que es conectora de la fortaleza que para nuestra calidad democrática supone contar con órganos consultivos, tanto en el nivel de la nación, el Consejo de Estado, como de las Comunidades Autónomas, dado que la llamada «Administración activa» necesita de la «Administración consultiva» para alcanzar una adecuada formación de la voluntad administrativa, aportando datos o realizando juicios de valor que ayudan al órgano decisor, esto es, al Ejecutivo en nuestro ordenamiento jurídico, a resolver correcta y acertadamente la cuestión de que se trate.

Entre estos premios y reconocimientos que Balaguer ha recibido, destacan el Premio anual del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, en 2023, por «su labor en defensa de la integración de la perspectiva de género en los pronunciamientos del órgano de garantías»; o el Premio nacional de investigación Francisco Martínez Marina, edición 2021, de la Fundación UNED por su libro «Contranarrativa de la Transición política en España».

Estos honores lo que demuestran es un claro ejemplo de a qué me refiero cuando hablo de liderazgo de las mujeres, o lo que es lo mismo, que no vale únicamente con que las mujeres estemos en la vida pública, sino que tenemos que tener capacidad de influir, hay que estar en determinados sitios y determinadas posiciones para ser capaces de aplicar políticas feministas en pro del bienestar de todas nosotras.

En un mundo como el que habitamos hoy en día, que se encuentra en constante cambio, la figura de María Luisa Balaguer se alza como un faro de justicia, igualdad y rigor.

En cada una de sus decisiones y enseñanzas, Balaguer ha demostrado que el Derecho no es solo «un sistema de normas que regulan la conducta humana y que son creadas y sancionadas por una autoridad competente», como decía Bobbio, por mucho que sirvan para ordenar la convivencia social, estableciendo

qué conductas son permitidas, cuáles son obligatorias y cuáles están prohibidas; sino que el Derecho es también una cuestión de principios éticos que deben guiar nuestra convivencia y que uno de esos principios que no se puede obviar es el de la igualdad entre mujeres y hombres, criterio a su vez hermenéutico, en la interpretación del sistema de normas del que nos hemos dotado.

Termino haciendo referencia a la filósofa Hanna Arendt, de quien Balaguer se confiesa verdadera adepta, quien decía que «La humanidad se plantea siempre dos preguntas fundamentales: ¿quién soy? y ¿qué debo hacer?»; pues bien, resulta evidente que Balaguer a lo largo de su trayectoria vital y profesional ha sabido darle respuesta a ambas, puesto que sabe que es una gran jurista, y sabe qué hacer con su posición, que no es nada más ni nada menos que aplicar la perspectiva de género –como ella misma dice– «como un instrumento jurídico capaz de enervar posiciones de poder, de compensar desigualdades de poder que, desde el punto de vista de la metodología jurídica clásica no era posible» en todos los pronunciamientos jurídicos del interprete supremo de la Constitución, esto es, del Tribunal Constitucional.

Estoy segura de que la vida y obra de María Luisa Balaguer seguirán siendo una fuente de inspiración, y un modelo a seguir para todas aquéllas y aquéllos que buscan hacer del mundo –a través del Derecho– un lugar más justo e igualitario.

Carmen Calvo Poyato
Presidenta del Consejo de Estado

TEORÍA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO EN LA OBRA DE M.^a LUISA BALAGUER: SU APORTACIÓN A LA CATEGORÍA DE SUJETO

CARLOS DE CABO MARTÍN

Catedrático de derecho constitucional.
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Centralidad de la categoría de sujeto: su construcción cultural (la «Modernidad») y jurídica (Codificación-Constitucionalismo) en el primer Capitalismo. 2. El tratamiento que recibe en la obra de M. Luisa Balaguer: la conjunción Doctrina-Jurisprudencia. 3. La Metodología de «la perspectiva de género»: del lenguaje a la categoría y su proyección social. 4. Biología y subjetividad: autodeterminación e indisponibilidad constitucional. 5. La configuración compleja del sujeto: lo real y lo colectivo. 6. Del sujeto de derecho –así configurado– al sujeto político (el Feminismo como movimiento social) y al sujeto histórico-Constituyente. 7. Hipótesis sobre la jurisprudencia constitucional a partir de la obra de M. Luisa Balaguer, desde el Constitucionalismo crítico.

Aunque los espacios académicos no son los adecuados para introducir contenidos de otra naturaleza, el hecho de que este tenga –también– carácter de dedicatoria, permite cierta licencia en este sentido.

Debo, no obstante, hacer –según una frase tan utilizada como poco practicada en algunos medios– «un ejercicio de contención», al expresar la proximidad y cercanía que, de manera continuada, me ha posibilitado estar presente, desde sus comienzos, en toda la trayectoria universitaria y, después jurisprudencial, de María Luisa Balaguer; por eso, ahora, este momento, aunque especial, se integra, igualmente, en esa cercanía. Se trata, además, de una

proximidad que, teniendo siempre un componente personal, implica también otro intelectual, metodológico y temático, incluido en presupuestos compartidos sobre un constitucionalismo crítico.

1. CENTRALIDAD DE LA CATEGORÍA DE SUJETO:
SU CONSTRUCCIÓN CULTURAL (LA «MODERNIDAD»)
Y JURÍDICA (CODIFICACIÓN-CONSTITUCIONALISMO)
EN EL PRIMER CAPITALISMO

La obra doctrinal y jurisprudencial de María Luisa Balaguer tiene tal amplitud que facilita la elección para tratar algún aspecto de la misma, si bien con la dificultad que implica siempre el nivel con el que los desarrolla.

En este caso, la elección de la categoría de sujeto y de sujeto de derecho, tiene un doble motivo que se inscribe en la mencionada «proximidad»: por una parte, porque es una cuestión central, no sólo para el Derecho en general, sino para el Constitucionalismo crítico, en el que este trabajo se sitúa y, en consecuencia, en relación con lo que se decía, ha sido también central en la obra de Balaguer, M.L.; y, por otra parte, porque esa proximidad antes referida se visualiza ahora más claramente en cuanto es una temática sobre la que hemos mantenido un cierto «diálogo» a través de algunas publicaciones cuyo objeto eran las posiciones respectivas (básicamente sobre «los sujetos débiles»).

No se va a insistir en cuestiones previas bien conocidas pero sí enunciarlas para partir de ellas: y de lo primero que hay que partir es de esa centralidad de la categoría de sujeto desde el punto de vista cultural y filosófico en todo el ámbito europeo, especialmente desde la denominada «Modernidad», aunque por sus características (Universalismo, Unidad, Certidumbre, Exclusividad de sus planteamientos) recibió las primeras críticas (del Deconstructivismo, Filosofía analítica, Filosofía de la diferencia) que afectaron a la categoría de sujeto en cuanto configurada en torno a esos caracteres de la mencionada Modernidad; sobre esos supuestos de la Modernidad, se traduce y se construye su centralidad en el Derecho, tanto en el Derecho privado (se consolida con el movimiento codificador) como en el Público (con el Constitucionalismo).

Pero no puede obviarse, aunque sea con la brevedad requerida, que, junto a ese elemento cultural, la categoría de sujeto y de sujeto de derecho tiene una base material: la desaparición de las relaciones de dependencia en sus diversas modalidades propias de la época feudal y que permitió la aparición del «Individuo libre», aunque obligado por una sociedad de mercado a situarse en ella bien como propietario, bien como trabajador. Y dada esa base material, el su-

jeto de derecho, que satisfizo y funcionalizó jurídicamente sus exigencias, reunió estos dos caracteres: en cuanto tiene que comprender a todos los participantes en esa sociedad, a todos los «individuos» (propietarios y trabajadores) se formula de manera «universal» y abstracta (coincidente con la cultura de la Modernidad); y –el otro carácter– en la medida en la que la economía se monetariza y se «salariza» el Trabajo, sólo puede ser sujeto quien, además del propietario, «interviene» en ese Mercado con el intercambio de trabajo; por tanto, sólo es trabajo el que se intercambia, el que se salariza, el que se «paga y vale» en ese Mercado. Los «roles» hombre-mujer quedan así claramente definidos y el sujeto es únicamente el hombre, como se reconoce ya en la Declaración de 1789; pero, además, con la abstracción «sujeto» se desconocen las diferencias propietario-trabajador, por lo que la contradicción y el posible conflicto Capital-trabajo, no pasa al Derecho que, en su estructura como Ordenamiento, aparece como un todo «coherente», sin contradicciones.

De ahí que dada la centralidad de la categoría, el Feminismo jurídico tenga la potencialidad de representar una alternativa global al sistema jurídico androcentrista y abstracto. Por eso también el Feminismo jurídico, en el nivel constitucional, se sitúa en la posición de un constitucionalismo crítico que pretende el «ajuste» de la relación Derecho-realidad.

2. EL TRATAMIENTO QUE RECIBE EN LA OBRA DE M. LUISA BALAGUER: LA CONJUNCIÓN DOCTRINA-JURISPRUDENCIA

En este horizonte conceptual puede entenderse que se desarrolla la obra de Balaguer, M.L., en la cuestión considerada. Con una singularidad en su conjunto, que también se encuentra en esta cuestión concreta y que es la base metodológica y formal de este apunte sobre ella. Se refiere a la relación, en el sistema constitucional español, entre Doctrina y Jurisprudencia, en la que, de manera predominante, el Tribunal Constitucional ha prescindido de las construcciones doctrinales, lo que, a su vez, se entiende que ha contribuido –o, en todo caso, así sucede– a que para amplios sectores, la «Doctrina», consista en comentarios a la Jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, en la obra de Balaguer, M.L., la singularidad, consiste en la correspondencia, relación y coherencia, entre la Doctrina y la Jurisprudencia, de manera que su amplia aportación teórica y doctrinal se encuentra reflejada, en la forma debida, en su, igualmente amplia aportación a la jurisprudencia constitucional tanto en ponencias como en votos particulares. Así ocurre también en el tema concreto del sujeto y es el sentido que tiene esta reflexión: mos-

trar esa característica aunque se haga de forma limitada a ciertos componentes de la misma –doctrinales y jurisprudenciales– que se consideran suficientemente significativos, incluyendo sus contenidos.

3. LA METODOLOGÍA DE LA «PERSPECTIVA DE GÉNERO»: DEL LENGUAJE A LA CATEGORÍA Y SU PROYECCIÓN SOCIAL

Respecto de todo lo anterior puede destacarse como inicialmente representativo el concepto –se entiende que es un concepto– de «Perspectiva de Género» y que se encuentra en distintos lugares de su obra doctrinal (junto a otros escritos, *El feminismo del siglo XXI*) y jurisprudencial (y, también junto a otros, en el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional 16-2020, en cuanto el fundamento de su discrepancia de la mayoría es, precisamente, «no haberla tenido en cuenta»). No es este concepto y término de general aceptación porque, se indica, «no está en la Constitución» y porque su «ambigüedad puede poner en peligro elementos que no sólo sí están en la Constitución, sino que son fundamentales en todo el Ordenamiento jurídico como son la seguridad jurídica, la presunción de inocencia y hasta la igualdad y la no discriminación que se pretenden defender con esa categoría y ese término; ante esas objeciones cabe hacer dos observaciones relacionadas con el lenguaje, aunque suponga una cierta digresión; por una parte, y aunque se puede considerar una obviedad, en su utilización y consecuencias no lo es tanto, está el hecho de que cuando se trata de formular y construir categorías nuevas, porque las existentes no «dan cuenta de las nuevas realidades» –y ocurre en todos los campos del conocimiento– debe acudir a una terminología hasta ese momento no científica pero que pasa a serlo cuando cumple las exigencias requeridas e incorpora ese nuevo y ya necesario contenido; es uno de los elementos que configuran como histórico a todo conocimiento y esto es lo que hace precisamente que se trate de un conocimiento y un lenguaje «inclusivos»; en el Derecho se cumple igualmente esta exigencia y la Historia del Derecho es una prueba con momentos especialmente significativos como fue la Modernidad y, específicamente, con los comienzos del Constitucionalismo ya aludidos, cuando aparece «el sujeto y sus derechos» que da lugar a un nuevo lenguaje, el denominado (García de Enterría, E.) «Lenguaje de los derechos»; otra cosa son las tendencias que, con el fin de defender «esencialmente» ciertos contenidos (y por tanto prescinden o rechazan planteamientos históricos) se oponen a la «traducción» de los reales cambios en el lenguaje, como ocurre con las más o menos explícitas posturas iusnaturalistas; y algunas

de las teorizaciones sobre el sujeto se explican desde supuestos próximos a estos. Todo lo cual, además, se vincula a una cuestión que siempre ha tenido importancia (y con repercusión práctica en el lenguaje procesal y jurisprudencial) como es la oscuridad, la falta de transparencia en el Derecho que termina afectando a su carácter democrático.

La otra consideración que se indicaba en relación con el lenguaje, se refiere más directamente a la posición de Balaguer, M.L., sobre el contenido del lenguaje jurídico, en cuanto –afirma doctrinal y jurisprudencialmente– la «no neutralidad» del mismo, tanto en el Derecho en su generalidad como en el Derecho constitucional, donde adquiere una especificidad más intensa. Porque, debe recordarse, que, en el Derecho, más concretamente, en la Norma, junto al componente técnico se encuentra el social «valorativo» que le relaciona y vincula con la realidad y que según su naturaleza (pública o privada) y jerarquía, adquieren mayor relevancia, respectivamente.

Volviendo a la cuestión de la terminología (y al concepto) utilizada –la Perspectiva de género y aunque se admite por la autora un cierto inconveniente dada la «amplitud semántica» de la expresión (que, por otra parte, desaparece en cuanto se categoriza y determina) se la utiliza –sostiene– por su virtualidad y proyección metodológica; es –afirma– «un hallazgo jurídico, un instrumento jurídico capaz de limitar el poder y compensar las desigualdades que produce y que, con la metodología clásica no era posible»; y le atribuye la relevancia que implica la necesidad de su aplicación –afirma– en todas las áreas de la sociedad (lo que la relaciona con lo que en otros espacios constitucionales como el latinoamericano hace que se la incluya en el constitucionalismo multinivel); y se la entiende también metodológicamente utilizable respecto de la configuración de los Derechos fundamentales, lo que puede considerarse que, «teóricamente», supone el grado máximo de su relevancia en el plano más formal –constitucional– en cuanto se le da la capacidad de condicionar el más alto nivel normativo constitucional determinante del sujeto en su versión histórica y formal.

Y este es el aspecto a considerar, porque la «perspectiva de género», conceptualmente entendida, aporta un elemento que es decisivo, fundamental, en la obra de referencia (de nuevo doctrinal y jurisprudencial) y con proyección en toda esta temática: la especificidad del sujeto, la perspectiva de género, determina y especifica al sujeto. A este resultado conduce la metodología empleada: se parte, no del Derecho –como en la formulación convencional– sino de la realidad, del sujeto real. Así, la expresión –el concepto– adquiere todo su significado: la Perspectiva de género, con su función de «mediación catego-

rial» en la configuración del sujeto, termina calificando, condicionando y finalmente también especificando, al Derecho.

4. BIOLOGÍA Y SUBJETIVIDAD: AUTODETERMINACIÓN E INDISPONIBILIDAD CONSTITUCIONAL

En toda esta «especificidad» que posibilita la perspectiva de género, hay, en la posición de Balaguer, M.L., un aspecto de especial importancia y condicionante: el cuerpo de la mujer, en cuanto base inicial de la subjetividad. De él –señala– derivan una serie de consecuencias de las que las inmediatas son el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos así como la especificidad en la tipificación penal de la violencia y agresión sexuales, con el valor probatorio del consentimiento explícito.

Las otras cuestiones derivadas también de la decisión de la mujer sobre su propio cuerpo y sobre las que la autora se posiciona, son de dos clases.

La primera es si la capacidad de decidir sobre su cuerpo incluye la de «convertirlo en objeto de tráfico mercantil» en cualquiera de sus formas como pueden ser la prostitución o la gestación o maternidad subrogada. En principio, la tesis liberal avalaría una respuesta positiva en base a que su concepción de sujeto individual incluye como elemento distintivo su auto determinación sin límites (salvo los delictivos) y que se proyecta –en el orden jurídico– en la libertad de contratación, elemento socioeconómico articulador de la sociedad, con todo el desarrollo y complejidad con la que se formula la categoría de negocio jurídico y dentro de ella la de contrato.

Esta actitud se vería reforzada con una argumentación de otra procedencia y con una cierta legitimación histórico jurídica como es la categoría del «Ius (Iura) in se ipsum» que comprende los derechos del sujeto (históricamente, se entiende hombre) sobre sí mismo y que, además de los derechos sobre la propia imagen, el primer liberalismo lo aplicó al Trabajo como primera propiedad del hombre sobre el suyo y que a partir de él legitimaba la adquisición de toda propiedad en cuanto procedente del mismo.

La otra cuestión sobre la decisión de la mujer, es si ese componente ya aludido que se considera definitorio del sujeto como es el de su autodeterminación, comprende y en qué términos y cómo una expresión de la misma en este sujeto concreto, la autodeterminación de género, según han sostenido sectores feministas y del movimiento «queer» con la problemática «trans».

Sobre estas cuestiones se encuentran, tanto en la obra doctrinal como jurisprudencial que se analiza, referencias y tratamientos que configuran una

respuesta. Aunque esa respuesta es compleja y con diversidad de matices se puede indicar, de una parte y de manera general, que trasciende en ambos supuestos el individualismo y, de manera más concreta, que utiliza para ello las categorías constitucionales de «Dignidad» y «Seguridad jurídica», con prevalencia respectiva de la Dignidad en el primer supuesto y en el de la Seguridad jurídica en el segundo.

En cuanto a la Dignidad, se refiere a las distintas posiciones doctrinales (Gutierrez, I.) que frente a las críticas que se pueden hacer a la Constitución española por no considerarla Derecho fundamental, entiende que, precisamente por ello, trasciende ese individualismo y al entenderla como principio (valor) permite su aplicación general; en este sentido sostiene que (la Dignidad) es constitutiva de la persona y por consiguiente no es disponible ni por el Estado ni por la misma persona. Por parte del estado entraría en lo que se ha denominado (Ferrajoli, L.) «lo no disponible por la democracia política» (incluido por tanto el poder legislativo) y no sólo en este sentido negativo de atentar contra ella sino en el positivo de no poder atribuir este principio –valor– de la dignidad fuera del ámbito personal, como pueden ser las instituciones, contra lo que la autora se posiciona claramente.

Y en este ámbito personal sostiene que al ser un principio (valor) impide que tampoco la mujer pueda «disponer» de esa Dignidad y violentarla, como ocurre si convierte su cuerpo en objeto de tráfico mercantil; y, asimismo, se proyecta este criterio sobre la imagen de la mujer y su disponibilidad en este aspecto ya que, en la actualidad señala, la potencia de los medios de comunicación, de la publicidad, son unos mecanismos de transmisión y reproducción de códigos y roles sociales.

En cuanto a la Seguridad jurídica, la posición sostenida matiza las diferentes tesis en la materia –el determinismo biológico o la aceptación de la base biológica, pero aceptando también que la voluntad y el sentimiento deben tenerse en cuenta en la determinación del género (Butler, J.)– en cuanto, de nuevo, entiende que trasciende el ámbito personal –individual para incluir la exigencia de Seguridad jurídica. Se hace de manera muy firmemente apoyada en la Constitución española con una consideración de la misma como «Constitución del Estado social», que la refuerza en un doble sentido: en el de la Normatividad y en el de su carácter expansivo, que implica la «constitucionalización de todo el Derecho» y, por tanto, del Derecho privado. Tiene interés, aunque ya en alguna medida fuera de contexto, señalar que esta última posición (por su mantenimiento además de en el plano doctrinal en el jurisprudencial) adquiere especial significación en una fase como la actual en la que el factor jurídico exterior (desde el Derecho de la Unión Europea al de la Globali-

zación y el «soft law» de la nueva *lex mercatoria*) inciden con fuerza tanto en la desnormativización constitucional como en la progresiva expansión del Derecho privado en consecuente conexión con el proceso general de privatización.

5. LA CONFIGURACIÓN COMPLEJA DEL SUJETO: LO REAL Y LO COLECTIVO

Lo anterior forma parte del contenido más explícito de la obra analizada sobre la temática de referencia pero que incluye otro menos explícito pero no menos significativo.

Inicialmente, se comprueba que la «perspectiva de género», además de la función mediadora y metodológica señalada respecto del sujeto se configura en sentido propio, es decir epistemológico, como categoría, en cuanto cumple la primera y necesaria función de las categorías que es «conocer» el objeto al que se refiere y al que «unifica» mediante la interrelación entre las distintas virtualidades que de él se pueden «desprender». Y de ello resulta que, en el orden jurídico, el sujeto contemplado se define jurídico-políticamente (la autora utiliza también el término «sujeto constitucional») dado que en esa unidad se produce precisamente la interrelación jurídico-política, como sujeto de derecho y como sujeto político.

Como sujeto de derecho se puede continuar desde lo indicado con anterioridad para señalar que, al partir del sujeto para configurar el Derecho (que es lo que resulta desde este punto de vista), lo que se afirma es una relación realidad-Derecho que impide el formalismo y la abstracción; con lo cual –se añade ahora– se supera la exclusiva subjetividad abstracta y, aunque pueda parecer impropio e incluso contradictorio, el exclusivo ámbito de «la persona» y se introduce un elemento que, si bien forma parte de esa subjetividad a la que contribuye a especificar, tiene un carácter objetivo, el de la «realidad concreta»; es el que permite superar precisamente la situación del «sujeto débil» y avanzar en la igualdad constitucional. Y sobre esta igualdad constitucional la autora se pronuncia entendiéndola en sentido material, que, junto a lo descrito, implica algo sustancialmente definitorio: que la igualdad no supone negar la diferencia sino que lo que se rechaza es que esa diferencia sea causa de subordinación y de las distintas formas de discriminación directa o indirecta (posición que se adopta ante los Feminismos de la igualdad y de la diferencia).

Junto a lo anterior, la construcción que se hace del sujeto de derecho se completa y determina en un aspecto básico y de importante significado y repercusión en los Ordenamientos jurídicos del Norte (como es el individualis-

mo) mediante la inclusión de la categoría del sujeto colectivo (en los Ordenamientos del Sur los «pueblos indígenas» tienen su propia categorización).

Esta configuración del sujeto de derecho, además de los efectos directos señalados, elude y hace imposible algunos de los efectos no deseados sobre el sistema en su conjunto y a lo que se llegaba mediante la utilización e interpretación que posibilitaba la configuración clásica y formal del sujeto en base a «sus derechos individuales y abstractos»; pueden citarse la extrema individualización que convertía a los Derechos en armas contra el Estado y lo Público; su conversión, igualmente, en defensa de las Corporaciones (como las poderosas tecnológicas y de la información) más que de los individuos, e incluso, en convertirse también en garantes del sistema, pues por el carácter —absoluto—, que se les daba, «prohibían» cualquier modificación transformadora que los afectara (singularmente a través del derecho de propiedad); además de que su abstracción posibilitaba una manipulación ideológica y justificadora como se ha puesto de manifiesto hasta en el orden internacional para justificar selectiva y arbitrariamente intervenciones teóricamente en su defensa.

6. DEL SUJETO DE DERECHO, ASÍ CONFIGURADO, AL SUJETO POLÍTICO (EL FEMINISMO COMO MOVIMIENTO SOCIAL) Y AL SUJETO HISTÓRICO-CONSTITUYENTE

Se indicaba antes que esta aportación que se hace a la construcción del sujeto de Derecho tiene una implicación jurídico-política; porque, en la medida en la que la realidad pasa al Derecho pasa también «la diferencia» y con ella el —posible— conflicto, es decir el componente político; a lo que se une que el carácter «colectivo» del sujeto jurídico fundamenta y a la vez facilita su dinámica como tal. Es decir, el sujeto de derecho, es, también, potencialmente sujeto político como sujeto que puede activar el conflicto; se establece así la relación entre Feminismo jurídico y feminismo político. Por eso, por esa vinculación jurídico-política entre un aspecto y otro es por lo que pueden ser pertinentes algunas consideraciones sobre este último que, por otra parte, ocupa un lugar destacado en la obra de María Luisa Balaguer y a la que, por consiguiente, esas consideraciones tienen como fundamental referencia. Y la primera de ellas y en gran medida base de todo lo demás, es la afirmación de la autora sobre este sujeto jurídico político en el sentido de que no puede definirse como un «grupo social» ya que es la mayoría social, por lo que sus exigencias y planteamientos son de una transversalidad y universalidad tal que abarcan a todos y cada uno de los aspectos de la vida. De lo cual deriva un hecho de singular relevancia.

Porque uno de los caracteres más acentuados de las sociedades actuales, en prácticamente todos los ámbitos de la realidad, es lo que genéricamente puede entenderse como «fragmentación». Aunque esta fragmentación puede encontrarse en el espacio internacional (pérdida de la hegemonía «unificadora» de los Estados Unidos, conflictividad bélica y alineamientos diversos, divisiones en el capital productivo, fósil y renovable, del conocimiento tecnológico y financiero) y se menciona sólo a efectos de mostrar la amplitud de su vigencia y que se relaciona con otros análisis, aquí interesa el espacio estatal (constitucional) si bien no puede prescindirse de sus interrelaciones.

La complejidad de las sociedades actuales, la especialización en la producción (tanto en el trabajo como en el consumo) así como la fragmentación del espacio público por los efectos de la tecnología, de la comunicación y las redes sociales (Balaguer Callejón, F.) y, fundamentalmente, por las desigualdades específicas y múltiples que produce la expansión del capitalismo y su lógica a prácticamente todos los sectores sociales, creando problemáticas también específicas, dan como resultado, entre otros, la fragmentación del conflicto, de manera que al conflicto unificado y unificador de clase, ha sucedido el multiconflicto sectorializado, lo que ha tenido también repercusión política en la conocida fragmentación de la representación de los parlamentos.

De ahí que, dadas aquellas características de transversalidad y mayoría social, el Feminismo tenga la potencialidad suficiente para desarrollar procesos de convergencia entre los distintos sectores y sus problemáticas (los distintos movimientos sociales).

Y también para superar otro tipo de divisiones como las nacionales y culturales.

Respecto de las nacionales, el Feminismo tiene escasa vinculación objetiva con aquellos nacionalismos que ponen el acento en «un pasado histórico», en unos hechos, de los que, habitualmente la mujer –como colectivo– estuvo excluida; y, asimismo, en el orden cultural tiene, en la forma en que se entiende en la obra considerada, suficiente capacidad para superar esa visión elitista de Feminismo del Norte de «mujer blanca, culta, heterosexual, socialmente integrada», que defiende unos derechos limitados por la clase, la renta y por su adaptación sistémica; para un «Feminismo de frontera» –se afirma– la mujer se integra en la lucha general de liberación de los pueblos colonizados y, por tanto, se inscribe en los procesos que han dado lugar a la «epistemología del Sur», que, en cuanto surgida en esa práctica de lucha, abarca todos los ámbitos desde político social al filosófico e, incluso, al teológico.

Y debe añadirse un elemento material objetivo del actual proceso de desarrollo socioeconómico y cultural, lo que también supone acentuar la historici-

dad del análisis. Se trata de lo que podría considerarse incluido en el proceso general de «desmasculinización», en este caso referido al trabajo. Porque uno de los fundamentos de la «dominación patriarcal» era la supuesta mayor capacidad (de base biológica) del hombre para la mayoría de los trabajos, lo que implicaba, se aceptaba, una mayor productividad (con lo que se ocultaban sin duda otros factores culturales como la preparación selectiva del hombre para el trabajo fuera del ámbito doméstico y ser el «financiador» del mismo). Pero, en todo caso, en la actualidad (y también con el deterioro de esos factores culturales) la tecnologización de la producción y, en general, de todo lo que comprende el «capitalismo del conocimiento», hacen innecesarias aquellas capacidades y contribuyen a igualar el acceso a las distintas demandas laborales.

Y, por el contrario, otras capacidades que se han considerado específicas de la mujer (entre otras, pero de manera importante, la de los cuidados) han adquirido mayor relevancia, también en el mercado, es decir ahora ya como «trabajo» y ello tanto por los caracteres de la evolución demográfica como porque no son sustituibles por ningún tipo de tecnología.

De todo lo cual se desprende que el Feminismo del que se parte, el construido jurídicamente, se convierte, potencialmente, en sujeto político y, además y finalmente, con las mayores posibilidades de encarnar o ser un componente fundamental del «nuevo sujeto histórico». Lo que, constitucionalmente, puede entenderse, como «potencialidad constituyente».

7. HIPÓTESIS SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA OBRA DE MARÍA LUISA BALAGUER, DESDE EL CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO

Y, finalmente, una observación a partir, de nuevo, de la obra, en este caso puede decirse de la magistrada, Balaguer, M.L.

Es habitual que al examinarse la actuación del Tribunal constitucional se tenga en cuenta no sólo de manera preferente sino en la mayoría de los casos exclusiva, la posición de la mayoría del tribunal; por tanto, suele quedar al margen de toda consideración (cuando se hacen valoraciones o juicios globales sobre trayectorias y temáticas) la aportación que se encuentra en las posiciones minoritarias como ocurre con los votos particulares.

Se trataría de ver si es posible advertir algún significado también global en esa, aunque diversa y variable, mantenida discrepancia.

Y lo que se quiere indicar y se formula como hipótesis significativa constitucionalmente y de especial interés desde el Constitucionalismo crítico, es si

en esa discrepancia, además de otros aspectos más formales o coyunturales, podría reconocerse, en diferentes ámbitos y en el plano jurídico formal, a ese nivel constitucional, «el conflicto», los diferentes tipos de conflictos existentes en el plano real, incluidos, con su especial importancia, los procedentes de las distintas desigualdades de un modelo de sociedad que no sólo las contiene sino que son la base de su producción y reproducción.

BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER, M.L., *Mujer y Constitución española. La construcción jurídica del género*, ed. Cátedra, Madrid 2005.
- Género y lenguaje, *Rev. de derecho político*, número 73, 2008.
 - En los diez años «artículo 14 una perspectiva de género», número 31, 2009.
 - *Igualdad y Constitución española*, editorial Tecnos, Madrid 2010.
 - *Hijas del mercado, la maternidad subrogada en un estado social*, ed. Cátedra, Madrid 2017.
 - El movimiento feminista español. Influencia de los modelos americano y europeo, *Revista Igualdades*, número 1, 2019.
 - *El feminismo de Iris Zavala*, editorial Huso, Madrid 2020.
 - *El feminismo del siglo XXI*, ed. Huso, Madrid 2021
 - *Derecho, sexo y filosofía, transversalidad y normatividad*, editorial Comares, Granada 2023.
- ESQUEMBRE, M., *El reconocimiento de la mujer como sujeto político en la ley de igualdad* (en A. Ventura y S. García, directores *El derecho a la igualdad efectiva de hombre y mujer*, editorial Aranzadi, 2018).
- JASONE ASTOLA, *El sujeto de derecho y las sujetas a derecho. El lenguaje del Derecho y sus consecuencias en Igualdad y democracia: el género como categoría del análisis jurídico*, en *Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Cortes valencianas 2014.

JURISPRUDENCIA

De las innumerables actuaciones de la profesora Balaguer se citan solamente algunas que se consideran más significativas como ponencias y votos particulares a sentencias del Tribunal Constitucional o a autos del mismo, de los últimos años

Voto particular (vp en adelante) al ATC 114 2018; ATC 119 2018; vp a STC 24 2021 de 15 de febrero. Vp a la STC 76 2021 de 15 de abril STC 102

2021 de 10 de mayo; STC 152 2021 de 13 de septiembre; STC 156/2021 de 16 de septiembre; STC 41/2022 de 21 de marzo; STC 67/2022 de 2 de junio; STC 108/2022 de 26 de septiembre; STC 8/2023 de 22 de febrero; STC 26/2023 de 17 de abril; STC 44/2024 de 12 de marzo.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, *IUSFUNDAMENTALIDAD* Y CUESTIONES DE FIN DE VIDA

GREGORIO CÁMARA VILLAR

Catedrático Emérito de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Apertura constitucional, principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad e interpretación de los derechos y libertades fundamentales. 2. La evolución de la interpretación constitucional del artículo 15 CE en relación con las cuestiones de fin de vida. 2.1 Introducción. 2.2 «Muerte digna» en el proceso final de la vida. 2.3 Muerte eutanasica médicamente asistida. 3. Sobre el carácter del derecho a la prestación de ayuda médicamente asistida para morir. 4. Una mirada a dos cuestiones especialmente controvertidas. 4.1 ¿Ejercicio del derecho a solicitar y recibir ayuda para morir por menores de edad?. 4.2 ¿Elegibilidad de las personas que solicitan el ejercicio de este derecho por enfermedad mental? A modo de recapitulación conclusiva.

Es un honor participar en este *Liber Amicorum* y rendir homenaje a María Luisa Balaguer Callejón, ilustre Catedrática de Derecho Constitucional y Magistrada del Tribunal Constitucional, querida compañera y amiga, con motivo de su jubilación. Su rigor académico, combinado con una profunda calidad humana y una inusual capacidad crítica y reivindicativa al servicio del avance en igualdad, derechos y libertades, son y seguirán siendo fuente de inspiración para muchos juristas, y no solo constitucionalistas. Así lo reflejan sus relevantes estudios académicos y sus importantes aportaciones a la justicia constitucional en resoluciones del TC o en los numerosos y siempre enjundiosos votos particulares que ha formulado. Tengo la enorme suerte de contar con su amistad y hermandad desde que hace ya muchos años nos reuniera en una

comunidad abierta de juristas nuestro querido e inolvidable maestro, Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez.

1. APERTURA CONSTITUCIONAL, PRINCIPIOS DE DIGNIDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Ciertamente la constitución es un «árbol vivo»¹ imagen simbólica que no supone mera retórica o vana fraseología. Muy al contrario, evoca un enfoque realista del sistema constitucional y de la peculiaridad de las normas constitucionales para su adecuada interpretación dentro de la corriente de la historia². Las normas constitucionales, impregnadas de realidad social y política, no forman parte de una estructura normativa abstracta, cerrada y definitiva. Por el contrario, conforman una estructura concreta que nace, vive y va cambiando en el marco de existencia de la sociedad y del estado, a los que ordena de manera dialéctica y compleja en cada tiempo y lugar.

Toda constitución, con independencia de su imprescindible grado de rigidez normativa y necesaria estabilidad, habita en un contexto histórico y funcional lleno de polisémicos elementos axiológicos³ y está cada vez más sobre-determinada por interrelaciones ordinamentales multinivel. En cuanto desde su unidad y supremacía⁴ expresa el orden jurídico fundamental de un concreto estado, no puede por ello manifestarse en su normatividad sin ser entendida e interpretada de manera abierta y evolutivamente. Se trata de una condición necesaria para mantenerse «viva» e impregnar con esa misma vitalidad al conjunto del ordenamiento.

¹ Expresión y concepción doctrinal adoptada por el Tribunal Constitucional en la STC 198/2012, de 6 de noviembre (FJ 9) a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004, que a su vez retomó de la sentencia del Privy Council, *Edwards v. Attorney General for Canada* de 1930, un hito en la lucha por los derechos de las mujeres; en ella se decía literalmente: «The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits.». Posteriormente la desarrolla en las SSTC 19/2023, FJ 6 y 44/2023, FJ 2.

² Cfr. STERN, K., *Derecho el Estado de la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1987, pp. 287 ss.

³ Cfr. WROBLESKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985, pp. 109-114

⁴ El Tribunal Constitucional español ha señalado abundantemente la obligación de seguir el criterio hermenéutico de interpretar los derechos, principios y valores concernidos en cada caso tomando en consideración el principio de unidad de la Constitución, en tanto que manifiesta «la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional, que exige interpretarlo como un todo armónico» (por todas, SSTC 113/1994, FJ 9; 179/1994, FJ 5; 292/2000, FJ 11; STC 9/2010, FJ 3 y 19/2023, FJ 1.6 B).

Por tal razón subraya G. Zagrebelsky la imposibilidad de evocar un «modelo constitucional» objetivo e inalterable toda vez que, en respeto de su misma identidad y unidad, debe ser recreado interpretativamente ante los casos concretos en el contexto de los cambios sociales más profundos. Justamente «esta es la fuerza que hace ‘vivir’ la constitución a través del tiempo y la transforma a través de una interpretación evolutiva»⁵. «Si la sociedad no es la misma –incide en esta misma línea M.L. Balaguer– la Constitución tampoco es insensible a esos cambios...[por lo que] el objeto de la interpretación es de manera evidente otro, tanto porque el contenido semántico varía, como porque la sociedad sobre la que se vierte la interpretación no es tampoco la misma»⁶. La cultura jurídica de nuestros días, sostiene el Tribunal Constitucional, «no se construye solo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos...»; la interpretación evolutiva «se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad.» (STC 198/2012, FJ 9).

Desde esta perspectiva, en tanto que la sustancia de sus disposiciones viene definida por el significado que se atribuye a un texto en relación con situaciones concretas de cada tiempo, la Constitución nunca podría ser una obra acabada sino que se mantiene abierta a diversas posibilidades conformadoras, ya sea mediante reformas o por interpretación, al servicio de la convivencia de las generaciones vivas sobre los fundamentos de un sistema compartido de valores, principios, derechos, instituciones y reglas. Correspondientemente, los métodos de interpretación no siempre conducen de manera indeclinable a encontrar para cada supuesto en discusión una única y preexistente solución correcta, sino que conjuntamente propenden a la adopción de una decisión jurídicamente deducida de entre las que permita la hipótesis normativa dinámica que porta el texto de las normas.

Claro es que la interpretación que en cada caso se efectúe, para gozar de aceptabilidad y legitimidad, ha de desembocar en una decisión «responsable», calificativo que será merecido en tanto se presente coherentemente argumentada y sea defendible desde la sumisión al texto normativo, esto es, sometida a la racionalidad de la argumentación realizada *on the legal foundations*⁷. Solo

⁵ ZAGREBELSKY, G., «La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución». En López Pina, Antonio, *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 167.

⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 83.

⁷ Cfr. CÁMARA VILLAR, G., *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 11 ss.; BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución...*, cit., pp. 98 ss.

mediante el respeto al texto de las disposiciones y a las reglas generales de interpretación aceptadas como válidas y, en consecuencia, sobre la base de la ajustada localización y discusión crítica de los *topoi* en cada caso concurrentes, resulta posible la expectativa de poder «controlar» y en buena medida «objetivar» los procesos y contenidos de interpretación, evitando al tiempo enriquecimientos *contra constitutionem*⁸.

Esta connatural apertura de las normas constitucionales se hace más intensa y manifiesta, evidentemente, en relación con las disposiciones que incorporan derechos fundamentales, siempre en el marco sistémico que las dota de unidad de sentido en cuanto expresan un sistema de valores, principios y derechos que conviven e interactúan entre sí. La experiencia constitucional comparada muestra el prolongado y sostenido enriquecimiento de los derechos no ya solo por reformas constitucionales concretas⁹ sino, sobre todo, por el descubrimiento mediante procesos interpretativos, conforme a la Constitución, de nuevos aspectos, matices, sentidos, vínculos, facultades y necesidades de compleción coherentes que van gestando la progresiva complejidad y cambio de las sociedades y el cada vez más acelerado desarrollo tecnológico y científico.

En el caso de España, pese a la innegable vocación de plenitud que late en el sistema de los derechos y libertades del Título I de la Constitución de 1978, resulta evidente que existen importantes vías de apertura que concurren en la interpretación constitucional. La cláusula del apartado 2 del artículo 10 consagra la necesidad de la interpretación de los derechos y libertades fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Hu-

⁸ ZAGREBELSKY, G., «La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución», cit., p.167. En esta línea argumental concluyó K. Hesse (valiéndose de las aportaciones de Müller sobre la estructura de las normas constitucionales) que allí «donde la posibilidad de la comprensión lógica de un texto termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional» (HESSE, K., «Límites de la mutación constitucional», *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 109).

Coincido parcialmente con lo manifestado por el entonces magistrado constitucional Manuel Aragón Reyes en su voto particular a la STC 198/2012 cuando discrepa matizadamente con las referencias de la mayoría a la «interpretación evolutiva», subrayando que nunca se puede trascender, contradiciendo o cambiando su sentido, el texto de la norma (lo que, a mi juicio, no fue manifestamente el caso de la citada sentencia, dado que la hipótesis normativa dinámica del texto del artículo 32 CE contenía la posibilidad de ser interpretado en el sentido en el que lo hizo el Tribunal). Antes de esta sentencia, en mi artículo «Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo», *Direitos Fundamentais & Justiça*, Año 5, n.º 17, Out.-Dez, 2011, p. 13-40, sostuve la necesidad de esa interpretación evolutiva que el mismo texto de la norma no solo no impedía sino que necesitaba por coherencia con otros preceptos constitucionales.

⁹ Es, por ejemplo, el reciente caso de Francia, que ha llevado a cabo la constitucionalización expresa del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo mediante reforma de 4 de marzo de 2024 añadiendo al artículo 34 de la Constitución de 1958 el siguiente párrafo: «La ley determina las condiciones en las que se ejerce la libertad garantizada a la mujer de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo».

manos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, también inmersos a su vez en procesos de cambio por vía interpretativa. Tiene dos proyecciones especialmente destacables en este sentido. De un lado, la incorporación de la doctrina, siempre en evolución, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para la relevante interpretación delimitativa de libertades y derechos coincidentes o, en uno u otro modo, convergentes con los del Convenio de Roma¹⁰; de otro lado, la recepción a los mismos efectos de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), igualmente evolutiva desde los específicos fundamentos y ámbitos del Derecho europeo y, en especial, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); si bien en ambos casos estos elementos, de un lado, no pueden configurar por sí mismos «canon autónomo de constitucionalidad», condición reservada a los preceptos de la Constitución de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional ni, de otro, ser marco impeditivo de desarrollos que puedan ir más allá de los mínimos de protección que de tales ámbitos internacionales y supranacionales se deduzcan.

Otra vía de apertura la constituyen algunos desarrollos del legislador en su labor de configuración de los derechos fundamentales preconfigurados en la norma constitucional, en tanto que en ocasiones la concretización y mayor densidad de estas regulaciones legales suponen incorporación necesaria de reglas y facultades integrantes de un concreto derecho o libertad fundamental. Lo son de tal modo que, si bien son creadas por normas infraconstitucionales y, por tanto, pueden ser alteradas o suprimidas en cuanto no afectan al contenido esencial del derecho o libertad, su vulneración sí ha de ser entendida como vulneración del propio derecho fundamental en tanto estén vigentes¹¹. Esto no significa negar que a veces determinadas concretizaciones, como se verá, puedan también acabar integrando contenido, incluso esencial, de un derecho por corresponder justamente con el resultado de la interpretación del propio texto constitucional.

¹⁰ Véase, por ejemplo, también en materia de aborto, la relativa inflexión que en la doctrina del TEDH supuso admitir que la prohibición de abortar constituye una injerencia en la vida privada y familiar que, para poder justificarse, requiere de la concurrencia de los requisitos de estar prevista en la ley, responder a un objetivo legítimo, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al objetivo perseguido, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 8 del Convenio (*Tysiac v. Polonia* (2007); *A, B y C v. Irlanda* (2010); *R.R. v. Polonia* (2011); *P. y S. v. Polonia* (2012); *vid.* también *Grimmark v. Sweden* (dec.) - 43726/17, 11/2/2020 y *Steen v. Sweden* (dec.), 62309/17, 11/2/2020, como especificaciones concretas de la dimensión «procedimental» sobre el aborto de la doctrina del Tribunal. Puede verse CÁMARA VILLAR, G., «Notas sobre derecho a la vida y aborto. Perspectivas internacional y comparada», *Libro Homenaje a la Profesora Yolanda Gómez Sánchez* -en prensa cuando se escribe este texto- y la bibliografía allí citada.

¹¹ Véanse en este sentido las SSTC 39/1986 FFJJ 4 y 5), 184/1987 (FJ 1), 9/1988 (FJ 2) y 51/1988 (FJ 5).

La vía más potente de apertura de la norma constitucional es la interpretación por el Tribunal Constitucional de las propias normas constitucionales relativas a derechos y libertades fundamentales en aquellos casos en que, a partir de contenidos del texto constitucional sistémicamente entendidos, deduce reconocimientos de derechos no incorporados nominativamente como tales en el texto constitucional. Tal deducción se efectúa a partir de enunciados textuales no del todo precisos o con forma abierta de mandatos al legislador, pero con base suficiente como hipótesis normativa dinámica¹², o bien de un conjunto normativo *iusfundamental* al que un derecho no nombrado está necesariamente vinculado, con sentido propio, a las mismas garantías¹³.

En este mismo apartado cabe integrar, además, aquellos casos en los que la interpretación de determinados derechos y libertades fundamentales, para que sea constitucionalmente adecuada, ha de tener presentes conceptos y enunciados constitucionales normativos «principiales» que, si ya irradian con especial intensidad al conjunto de los derechos como fundamentos objetivos del sistema, tienen respecto a algunos de ellos de carácter personalísimo un ineludible potencial interpretativo de optimización en cuanto su objeto es la protección de una esfera vital de la persona; esfera en la que tales principios han de ser necesariamente funcionalizados¹⁴, también en concordancia con el mayor valor de los derechos fundamentales y el postulado de su progresiva efectividad (P. Häberle)¹⁵. En el artículo 10.1 CE se establecen la dignidad de la persona y

¹² Así, por ejemplo, el caso del derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE). El TC, tras situar esta protección en una inicial vinculación al derecho a la intimidad y a la vida privada (SSTC 110/1984 y 142/1993), desarrolló una tentativa jurisprudencia refiriéndose a una nueva garantía sobre la «libertad informática» (SSTC 254/1993 y 143/1994) como derecho autónomo (SSTC 11/1998, 14/1998, 144/1999 y 202/1999) finalizando, mediante la consolidación de esta perspectiva, con la caracterización del «derecho fundamental a la protección de datos personales» a partir de las SSTC 290/2000 y 292/2000.

¹³ Como ejemplos, el derecho a establecer el «ideario» o «carácter propio» de los centros docentes de titularidad privada como exigencia del pluralismo externo en materia educativa y como elemento integrante de la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE) a partir del reconocimiento de la libertad de enseñanza de su apartado 1 (STC 5/1981). En esta misma dimensión pueden comprenderse el derecho de rectificación (SSTC 35/1983, 168/1986 y 40/1992) o la integración del principio *non bis in idem* en el derecho a la legalidad punitiva y el principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1; por todas, SSTC 2/1981, 66/1986, 154/1990, 204/1996 y 2/2003).

¹⁴ Véase en este sentido el elocuente planteamiento que hace PRESNO LINERA, M.Á., *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2022, especialmente pp. 27 ss.

¹⁵ Cfr. HÄBERLE, P.: «El concepto de los derechos fundamentales», en SAUCA, J.M. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1994; y «Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania», en *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n.º 1, febrero-octubre 1993. En su obra *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional* (Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 105) insiste, entre otros pasajes, en que la Constitución espera que «con la garantía de los derechos fundamentales se alcance un *optimum* del ‘resultado integral’ al cual anhela...», así como que el derecho fundamental debe ser mantenido en correspondencia con la realidad (p. 102-103).

el libre desarrollo de la personalidad como «fundamentos del orden político y de la paz social». No son *per se*, cierto es, derechos fundamentales (al menos en nuestro ordenamiento constitucional) ¹⁶ pero sí principios de especial entidad en tanto que sostienen el sistema de los derechos en su conjunto y a cuya luz es obligado interpretarlos coherentemente, al margen de retóricas. Si bien no pueden deducirse directamente de ellos normas jurídicas precisas en relación con concretos supuestos de hecho, también lo es que, situados como están por el constituyente en el mismo frontispicio del Título I CE, forman parte del entramado constitucional y como tales existen no de manera abstracta y aislada sino ligados normativamente a los derechos fundamentales y a otros valores, bienes o principios constitucionales de manera recíproca.

Estos dos principios basilares forman parte sustancial del patrimonio constitucional de nuestra cultura jurídica común. Son «conceptos» constitucionales incorporados como nociones jurídicas indeterminadas ¹⁷, singularmente abiertas en sí mismas a su entendimiento evolutivo. En consecuencia, difícilmente les podría ser negada la funcionalidad jurídica de incidir significativamente en la interpretación de un derecho fundamental en el marco de su concreto ámbito, siempre que su idoneidad *ad casum* resulte fundada para introducir criterios de interpretación relevantes y coherentes, para descartar o desplazar otros sentidos o elementos posibles en la interpretación, para evitar determinadas limitaciones del derecho que pudieran ser contrarias a la Constitución o para concurrir al surgimiento de nuevas facultades integradoras a cuyo campo normativo aparece asociado, sin contradecir el texto de la norma ¹⁸.

El Tribunal Constitucional ha venido reconociendo y resaltando esta funcionalidad jurídica de ambos principios desde hace tiempo. Ha sostenido, entre otros aspectos, que la dignidad constituye «un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar...» (STC 120/1990, FJ 4) y «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 al respeto por parte de los demás» (SSTC 53/1985, FJ 8 y 192/2003, FJ 7). En cuanto al libre desarrollo de la personalidad ha afirmado

¹⁶ Alguno de ellos o ambos son derechos fundamentales en determinados ordenamientos, como es el caso del alemán.

¹⁷ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 215.

¹⁸ Subraya HÄBERLE, P., la relación «recíproca» entre principios y derechos fundamentales: «Cuando se interpreta un derecho fundamental, se debe tener en consideración los valores jurídicos tutelados por los principios generales; al examinar los efectos delimitantes de estos últimos sobre los derechos fundamentales se debe tomar en consideración el contenido del valor del derecho fundamental en cuestión». De este recíproco condicionamiento cabe deducir, afirma, «el contenido y los límites de los derechos fundamentales». En *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*, cit., p. 90.

que este principio ampara «una dimensión externa del *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones frente a terceros (SSTC 19/1985, FJ 2; 120/1990, FJ 10; y 137/1990, FJ 8), así como que «protege la configuración autónoma del propio plan de vida» [STC 60/2010, FJ 8 b)], radicando su sentido primordial en excluir determinadas trabas o interferencias públicas que limiten o entorpezcan sin fundamento suficiente un desarrollo personal que la Constitución quiere ‘libre’» [STC 19/2023, FJ 6 C b) (iv)]. Esta vía de apertura interpretando las normas de acuerdo con la evolución de la realidad social y sustentándose en el valor objetivo que aportan estos principios se manifiesta igualmente en su reciente jurisprudencia en materia de aborto. El Tribunal llega a entender que son fundamento del derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo, al que cabe concebir como «parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)» tanto en su dimensión negativa como positiva, y tanto en la vertiente «corporal» o biológica como en la moral o espiritual de la integridad personal (SSTC 44/2023, FJ 3 B); 78/2023, FJ 5; 92/2024, FJ 2). En el mismo sentido y *mutatis mutandis*, como más adelante se concreta, se pronuncia el Tribunal Constitucional en el caso de la eutanasia ¹⁹.

En esta misma línea sostiene Presno Linera que el libre desarrollo de la personalidad claramente «apunta a la maximización de la fundamentalidad de los derechos, tanto en el sentido de que extiende el haz de facultades disponibles directamente por el titular del derecho como en el de que se estrecha el ámbito de actuación de los poderes públicos y, en particular, del legislador...» ²⁰. En un sentido más matizado pero convergente, ha señalado J. Jiménez Campo que el libre desarrollo de la personalidad «impone, de principio, un respeto a las opciones autorreferentes del sujeto (aquellas sin daño para terceros) a no ser que bienes constitucionales expresamente reconocidos consintieran, previa ponderación, tal limitación de la autonomía privada» ²¹. Significativamente el Tribu-

¹⁹ Se trata en ambos casos de interpretación efectuada a partir de los desarrollos realizados por el legislador (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reformada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero; y Ley Orgánica 3/2021, Reguladora de la Eutanasia). Desarrollos avalados por interpretación constitucional ante la presencia de elementos *iusfundamentales* concurrentes, como son la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar (en este caso para el aborto), vinculados a los principios de dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad.

²⁰ PRESNO LINERA, M.Á., *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, cit., pp. 25 y 26.

²¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 1.º1.», en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Casas Baamonde, M.E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, t.1, BOE, Wolters-Kluwer, Madrid, 2018, p. 225.

nal Constitucional llega a sostener que «la facultad de autodeterminación consciente responsable de la propia vida *crystaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral* (art. 15 CE)» (SSTC 181/2004, FJ 13 y 34/2008, FJ 5 —énfasis del autor—).

2. LA EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 15 CE EN RELACIÓN CON LAS CUESTIONES DE FIN DE VIDA

2.1 Introducción

Sirvan estas reflexiones preliminares para valorar la evolución seguida por la interpretación constitucional del artículo 15 CE en lo atinente a su proyección sobre las cuestiones de fin de vida, ámbito en el que cabe destacar que este derecho ha llegado progresivamente a ser portador de una *iusfundamentalidad* más amplia e intensa, reflejando un considerable cambio arraigado en el seno de nuestra sociedad, precisamente a partir de los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad.

Dos importantes y discutidas Sentencias del Tribunal Constitucional (19/2023, de 22 de marzo, y 94/2023, de 19 de septiembre) contienen en este sentido pronunciamientos relevantes en dos recursos de inconstitucionalidad. El primero fue interpuesto por 50 diputados del Grupo Parlamentario Vox y el segundo por 88 diputados del Grupo Parlamentario Popular. Con ellos se impugnó la Ley Orgánica 3/2021, Reguladora de la Eutanasia (LORE) en su totalidad y también parcialmente, de manera subsidiaria, por referencia a determinados preceptos que, si bien aislados, cuestionaban importantes elementos de la ley. Los recursos, aunque no idénticos, son muy similares en las cuestiones centrales, como lo son también las dos resoluciones del TC (si bien la segunda se organiza mediante lógicas reiteraciones resumidas con remisiones a la primera) y las argumentaciones son igualmente las mismas que sostienen los fundamentos jurídicos conducentes al fallo confirmatorio de la plena constitucionalidad de la ley. Con este texto no se pretende hacer exégesis alguna de estas sentencias sino constatar en esta evolución cómo y en qué medida se concreta, por su apertura, la mayor densidad que alcanza en el plano constitucional el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE —integridad personal en definitiva— mediante la doctrina generada con ocasión del impulso del legislador orgánico en esta materia.

2.2 «Muerte digna» en el proceso final de la vida

Hasta la entrada en vigor de la LORE en 2021, la «tipicidad» de las posibles decisiones relativas a poner fin a la propia vida susceptibles de ser amparadas por el artículo 15 CE quedaba circunscrita en exclusiva a las opciones o facultades que forman parte de un derecho que significativamente se ha dado en llamar «a la muerte digna»²². Se trata de un derecho normalmente operante en un tramo ya abierto del proceso final de la vida de una persona en el que son posibles actuaciones u omisiones en el ámbito médico que pueden comprenderse como supuestos de eutanasia pasiva (esto es, limitaciones e interrupción, en su caso, del esfuerzo terapéutico) o bien otras que pudieran catalogarse como eutanasia activa indirecta (adopción de medidas que pueden tener el doble efecto de aliviar el sufrimiento físico y/o psíquico de la persona en ese proceso y acelerar su muerte). Estas situaciones integran, por tanto, facultades de decisión autónoma de la persona afectada en el referido ámbito, perfilándose en el entendimiento colectivo como elementos propios de un «derecho a que nos dejen morir»²³; derecho que se sostiene bajo las siguientes fundamentales premisas: a) el respeto a la autonomía de las personas para adoptar libremente decisiones sobre la propia salud e integridad en el proceso final de su vida ante medidas y tratamientos médicos de manera informada, meditada y sin presiones -o, en su caso, habiéndolas adoptado previamente, con pertinente y válida constancia documental; y b) la evitación de la llamada «obstinación terapéutica» en cualquiera sea su forma y grado.

Con independencia de su variable denominación, este derecho se reconoce desde hace ya tiempo vinculado al derecho fundamental a la integridad física y moral en interrelación necesaria y coherente con el principio del libre desarrollo de la personalidad y también con el de dignidad de toda persona, fundamentos ambos del orden político y de la paz social y, por tanto, basamento del sistema de los derechos fundamentales. Desde su evidente e indisociable conexión con los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, igualdad, justicia y pluralismo, artículo 1.1 CE) estos principios se sitúan en un primer plano coadyuvante para el entendimiento y ejercicio constitucional-

²² Pueden encontrarse referencias a las concreciones estatutarias y/o legislativas de este derecho en España y a su categorización en CÁMARA VILLAR, G., «La tríada «bien constitucional vida humana/derecho a la vida/inexistencia de un derecho a la propia muerte» (Acerca de la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia en España en perspectiva comparada)», en Tomás-Valiente Lanuza, C. (ed.): *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 25-34.

²³ Se toma esta expresión de PRESNO LINERA, M.Á., en su obra citada *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, p. 79.

mente adecuado del derecho del artículo 15 a la integridad física y moral. La dignidad de la persona, como «*minimum* invulnerable», se proyecta sobre todo, desde el valor en sí de la persona, evitando resistencias, forzamientos u obstinación terapéutica decidida por terceros y demandando un trato de respeto a poderes públicos y particulares de su esfera personal de libre decisión. El libre desarrollo de la personalidad, por su parte, fundamenta y fortalece de manera más específica e intensa la insoslayable facultad de autodeterminación del sujeto titular del derecho. Ambos principios no pueden fundar por sí solos, como antes se ha sostenido, una decisión de alcance *iusfundamental* porque, por un lado, no contienen concretas hipótesis normativas al ser «conceptos» constitucionales abiertos incorporados como nociones jurídicas indeterminadas; y, de otro, porque tal decisión solo puede ser adoptada en el marco normativo de la disposición o disposiciones constitucionales específicas que instituyen, delimitan y garantizan un derecho fundamental. Sin embargo son aptos, adecuados y necesarios para fundamentar y, aún más, para optimizar, el campo semántico, axiológico y, en definitiva, normativo de este derecho en la corriente de la evolución social. Por todo ello concurren a integrar y definir el contenido propio y autónomo del derecho, dotando a sus sujetos de un más amplio haz de decisiones sobre su propia salud e integridad física y moral con arreglo a sus propias y libres decisiones y convicciones. De tal manera se potencia fundadamente también, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la exigencia de conductas positivas de los poderes públicos acordes con el contenido del derecho y, eventualmente, de sujetos privados que operan en el mismo ámbito de actuación del servicio público.

A este entendimiento jurídico del artículo 15 CE se llegó –no sin dificultad– como resultado de una dilatada controversia en el marco de la evolución social, moral y política del país. La más clara consagración de esta interpretación quedó plasmada en la doctrina de las SSTC 154/2002 (FJ 9) y 37/2011 (FJ 5) al afirmar el Tribunal, con inequívoca rotundidad, que forma parte del artículo 15 de la Constitución «una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas, ‘aun cuando ello pudiera conducir a un resultado fatal’», referencia final a lo especificado por el TEDH que ya se había manifestado con igual orientación y planteamiento poco antes, en el caso *Pretty c. Reino Unido*²⁴.

²⁴ Sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002, § 63.

En conclusión, las claves en estas decisiones de «muerte digna» son, en el marco de los apuntados principios, la libertad y autonomía del paciente y la prestación de su consentimiento libre e informado, que puede proyectarse también sobre el futuro personal para los casos de incapacidad de hecho mediante el recurso a documentos de instrucciones previas para dejar plasmada la voluntad de la persona y poder hacerla manifiesta, en su caso, con validez. De esta manera el texto del artículo 15 venía a incorporar, por interpretación constitucional, la posibilidad *iusfundamental* de decidir conscientemente la consecuencia de la propia muerte invocando en el indicado contexto el derecho fundamental a la integridad física y moral (sin que de él pueda deducirse genéricamente y en abstracto, como vertiente negativa, un derecho fundamental de libertad a la propia muerte, como ya precisaran y dejaran zanjado las SSTC 120/1990, FJ 7, y 137/1990, FJ 5). Acreció con ello de forma significativa la densidad de este derecho al incorporar en su contenido esa nueva dimensión de carácter fundamental, irradiando al conjunto del ordenamiento esta posibilidad por la apertura coherente de su hipótesis normativa dinámica.

2.3 Muerte eutanásica médicamente asistida

Sin embargo, todavía se seguiría entendiendo por años que quedaba fuera de este marco la muerte médicamente asistida a petición libre del paciente que se encontrara en situación de enfermedad o padecimiento grave e irreversible con intenso sufrimiento físico o psíquico que considerara insoportables, no necesariamente en el proceso final de la vida. Esto es, seguía sin entenderse que el artículo 15 CE pudiera dar cobertura a supuestos de eutanasia activa directa, penalizados en el ámbito comparado por la mayoría de los estados conforme a una prohibición general e inmatizada de la ayuda para morir. Una posición sustentada en un entendimiento de la vida como valor absoluto sobrepuesto en todo caso a cualesquiera otros valores, bienes o derechos conforme a una tesis implícita de la «santidad» de la vida que ha venido desfigurando el sentido y la cualidad del mismo derecho a la vida en cuanto venía a añadirle la obligación para sus propios titulares de seguir existiendo contra su voluntad cualquiera fuera su circunstancia vital. Ha venido operando en esta materia una especie de confusa ontologización del derecho al servicio indiferenciado y radical del «bien vida», cuando del derecho a la vida como tal, instrumento protector de su titular frente a terceros, no se sigue para su sujeto una ineludi-

ble obligación de seguir existiendo a toda costa²⁵ o, como ha dicho el Tribunal Constitucional, «un paradójico deber de vivir» [STC 19/2023, FJ 6 C b) (i)]. En este marco solo quedaba a los sujetos concernidos la posibilidad del suicidio —un *agere licere* en palabras del TC²⁶— sin consecuencias penales para el sujeto, pero sí para aquellos terceros que prestaran asistencia al suicidio por él demandada, acto tipificado como delito por el Código penal, si bien con penalidad atenuada por razones humanitarias en determinadas condiciones y circunstancias²⁷. Esta situación se hacía aún más dramáticamente intensa ante la existencia de pacientes que no podrían pedir ayuda alguna por no poder ocasionarse la muerte por sí mismos.

Quedaba la situación abierta, por consiguiente, a dar un nuevo paso por entero lógico para poder amparar constitucionalmente la viabilidad jurídica de este derecho a la ayuda para morir en sus modalidades de eutanasia activa directa y suicidio asistido²⁸, cada vez más demandados en la evolución de nuestras sociedades. Esto es, quedaba pendiente poder invocar también la viabilidad constitucional, en el marco del artículo 15 CE, de un derecho no solo «a que nos dejen morir» sino también «a que nos ayuden a morir»²⁹, siempre que en la situación de la persona se den determinados requisitos y circunstancias constatadas que justifiquen la necesidad y legitimidad de esa ayuda (los «contextos eutanásicos» que posteriormente la LORE configuraría y delimitaría como fundamento para la determinación de la elegibilidad de los solicitantes, junto con otros requisitos)³⁰.

²⁵ CÁMARA VILLAR, G. «La tríada «bien constitucional vida humana/derecho a la vida/inexistencia de un derecho a la propia muerte» (Acerca de la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia en España en perspectiva comparada)», *cit.*, *passim*.

²⁶ SSTC 120/1990, FJ 7, y 137/1990, FJ 5.

²⁷ Artículo 143.4 del Código Penal de 1995: «4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo». La LORE de 2021 añadió lógicamente un apartado 5 del siguiente tenor: «5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, 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».

²⁸ La LORE contempla la prestación de ayuda para morir en estas dos modalidades: la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente o la prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte (art. 3 g) 1.ª y 2.ª). Es el paciente, si se encuentra consciente, quien elige la modalidad en la que quiere recibir la prestación de ayuda (art. 11.2).

²⁹ De nuevo esta gráfica expresión se toma de PRESNO LINERA, M.Á., *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, *cit.*, p. 79.

³⁰ El contexto eutanásico, concepto central sobre el que se fundamenta y gira la LORE, se refiere a dos situaciones de similar entidad: padecimiento grave, crónico e imposibilitante o de enfermedad grave e incurable, padeciendo la persona en ambos casos un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en

Este derecho a la ayuda para morir con asistencia médica debe considerarse desde un ángulo que ofrece mucha claridad como paso necesario para acabar también integrando la hipótesis normativa dinámica del artículo 15 en el marco de una constitución abierta como la española con el concurso de los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad: si el valor fundamental que tiene *per se* la vida humana no impide conforme al paradigma de la «muerte digna» que un paciente decida por su libre voluntad poner fin a su vida rechazando o interrumpiendo tratamientos de salud, incluso con una exigible conducta activa de terceros³¹, no sería en absoluto constitucionalmente congruente³² que a personas que estén en una situación que quepa calificar de enfermedad o padecimiento grave, irreversible y con sufrimiento intolerable, se impida que puedan tener la opción de poner fin a su vida con ayuda y asistencia de terceros en el ámbito médico y bajo ciertas condiciones legalmente establecidas. Con lógica evidente, aunque en cada caso con sus propios matices y alcance, esta clarificadora perspectiva fue la que hizo aflorar a la superficie los cambios interpretativos más recientes y relevantes en esta materia en el panorama comparado: las resoluciones del Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Carter* (2015)³³, de la Corte Constitucional italiana en el caso *Cappato*³⁴ (2019) y del Tribunal Constitucional de Austria (2020)³⁵, al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la prohibición general e inmatizada (*blanket prohibition*) de la ayuda al suicidio.

También ha experimentado una significativa evolución y apertura en esta materia, aunque de distinto valor, la doctrina del TEDH conforme a las particulares características normativas del CEDH. Son referentes, entre otros, los

condiciones que considere aceptables. Con más concreción lo delimita el artículo 3 en sus letras b) y c): «b) «Padecimiento grave, crónico e imposibilitante»: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico.»

«c) «Enfermedad grave e incurable»: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.»

³¹ Como ocurre, por ejemplo, en casos de desprendimiento de instrumentos de soporte vital o por sedación profunda.

³² Tampoco bajo el prisma del principio de igualdad. Así lo sostiene TOMÁS-VALIENTE, C., «La eutanasia, marco legal en España y encaje del posible derecho a disponer de la propia vida», en *Eutanasia y suicidio asistido*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, n.º 41, p. 63; y en «Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada», documento de trabajo 71/2005, *Fundación Alternativas*, *passim*.

³³ *Carter v. Canada* (Attorney General), Supreme Court of Canada (2015) SCC 5.

³⁴ Corte Costituzionale, Ordinanza 207/2018 y Sentenza 242/2019.

³⁵ Sentencia de 11 de diciembre de 2020 (G 139/2019-71).

casos *Pretty*³⁶ (2002), *Haas*³⁷ (2011), *Gross*³⁸ (2013) y *Mortier* (2022)³⁹, suponiendo este último un significativo avance interpretativo⁴⁰. Obsérvese, no obstante, que esta doctrina se produce en el marco del reconocimiento de que son los estados, mediante el ejercicio de su «margen de apreciación», quienes pueden adoptar una u otra opción político-criminal, penalizadora o despenalizadora, siendo ambas legítimas. Y en ninguna sentencia ha estimado el Tribunal que la despenalización sea contraria al Convenio. Si bien considera que los estados están obligados a proteger la vida de las personas bajo su jurisdicción, con ello se refiere significativamente «a la prevención y sanción de conductas lesivas de la vida realizadas en contra de la voluntad de la víctima, un contexto totalmente diferente del de la ayuda a morir solicitada por un enfermo» como certeramente advierte C. Tomás-Valiente⁴¹. En *Mortier* (octubre de 2022) se confirmó esta interpretación, pero dando un paso más al enjuiciar la compatibilidad de la ley belga de eutanasia con el CEDH con ocasión de una reclamación en virtud de su artículo 2, relativa a las consecuencias de una eutanasia ya practicada. Recuerda el Tribunal que el derecho a la vida no puede ser interpretado en el sentido de que prohíba la despenalización de la eutanasia sujeta a condiciones y pone el foco justamente en las garantías previstas para comprobar su adecuación y suficiencia para evitar los abusos y asegurar el respeto al derecho a la vida⁴². Este es en realidad el *punctum saliens* de la cuestión.

³⁶ STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*.

³⁷ STEDH (Sala 1.ª), Sentencia de 20 enero 2011, caso *Haas vs. Suiza*.

³⁸ STEDH (Sala 2.ª), Sentencia de 14 de mayo 2013, caso *Gross vs. Suiza*.

³⁹ STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier vs. Bélgica*.

⁴⁰ En *Pretty* el Tribunal se afincó en un entendimiento «sagrado» del derecho a la vida incorporado en el artículo 2 del CEDH, amparando así la prohibición absoluta de la asistencia al suicidio, si bien en esta misma sentencia ya abrió la puerta, aunque mediante el recurso al derecho al respeto de la vida privada (art. 8) para enmarcar y amparar determinadas decisiones sobre el final de la vida libremente decidido. En el caso *Haas* el Tribunal reconoce ya abiertamente «el derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar su vida, siempre y cuando esté en condiciones de forjar libremente su voluntad y actuar en consecuencia», integrando este derecho como «uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 CEDH». En el caso *Gross* la Corte reconoce también la vulneración del derecho de la demandante a la vida privada y, en su marco, la decisión de acabar con su vida, ante la inexistencia de «directrices claras, aprobadas por el Estado definiendo las circunstancias bajo las cuales los médicos están autorizados a prescribir la receta solicitada en casos donde un individuo ha llegado a una decisión seria, en el ejercicio de su libre albedrío, de poner fin a su vida». En *Mortier* el Tribunal da un paso más, que se explica en el texto principal.

⁴¹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La eutanasia, marco legal en España y encaje del posible derecho a disponer de la propia vida», cit., p. 67.

⁴² A este respecto el Tribunal hace notar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas considera en el mismo sentido que la eutanasia no constituye *per se* violación del derecho a la vida si está rodeada de «sólidas garantías legales e institucionales que permitan verificar que los profesionales de la medicina apliquen una decisión explícita, no ambigua, libre e informada de su paciente, para que todos los pacientes estén protegidos contra la presión y el abuso».

Poco antes de esta sentencia del TEDH –algo más de año y medio– el legislador español había aprobado la LORE con postulados y elementos organizativos, procedimentales y garantistas que notoriamente superan con mucho a la ley belga. No es posible ni del caso entrar ahora en su análisis y detalle⁴³. Merece destacarse, sin embargo, que si bien esta ley adolece de algunas inconsistencias y deficiencias técnico-jurídicas y otras de fundamentación expresa (sobre todo en el preámbulo) estamos ante una legislación, además de oportuna, de notoria calidad que establece numerosas garantías y aporta seguridad y certeza a una demanda objetiva ya establecida desde hace años en la sociedad española. Como concluye y subraya R. Chueca, esta ley «reconstruye parcialmente un entorno autodeterminativo que se había ido deteriorando en perjuicio de pacientes y sanitarios, y lo reubica de acuerdo a los principios y fundamentos propios de un Estado de derecho»⁴⁴. Quien solicita la prestación ejercita un derecho a poder obtener de los poderes públicos, en su caso, la ayuda y colaboración necesaria para, según ha decidido libre, conscientemente y de manera informada, poner fin a su vida siempre que se cumplan los requisitos y condiciones legalmente establecidas; de ahí que este derecho público subjetivo se articule con una dimensión prestacional ejercitable frente a las administraciones públicas y se incluya como tal en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud. Interesa subrayar que el ejercicio de las legítimas facultades de decisión del paciente en estas situaciones vitales en las que se constata la existencia de un contexto eutanásico responden a la misma lógica decisional que deriva de los contextos propios del paradigma de la llamada «muerte digna» al que más arriba se hizo referencia.

La clarificación interpretativa de esta cuestión ha venido igualmente, tras el impulso del legislador, de la mano del Tribunal Constitucional cuando ha tenido ocasión de decidir sobre su constitucionalidad en las SSTC 19/2023 y 94/2023. Precisamente lo ha hecho conformando de manera expresa la dimensión *iusfundamental* de este derecho como un contenido más integrante del artículo 15 CE. Subraya así que «la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral» [STC 19/2023, FJ 6 C b) (iv)],

⁴³ Para más desarrollo sobre estas características y procedimientos, CÁMARA VILLAR, G., «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), pp. 399-464 y el trabajo ya citado «La tríada «bien constitucional vida humana/derecho a la vida/inexistencia de un derecho a la propia muerte» (acerca de la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia en España en perspectiva comparada», pp. 25-74.

⁴⁴ CHUECA RODRÍGUEZ, R., «La ley orgánica de regulación de la eutanasia y su aplicación», *Derecho y Salud*, vol. 32 (Extraordinario), 2022, p. 55, que pese a esta valoración general positiva, destaca también algunas de sus deficiencias e inconsistencias.

incorporando la fundamentación irradiante que recibe de los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad, resultando recíprocamente enriquecidos el derecho y los principios. La argumentación del Tribunal no puede ser más clara y directa: el « ‘derecho de prestación de ayuda para morir’ configurado por el legislador para personas que lo demandan en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado *ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.*» (STC 19/2023, FJ 4, cursiva del autor)⁴⁵.

Se trata de una concepción que es reiterada una y otra vez a lo largo de los prolijos fundamentos jurídicos de estas dos sentencias. Subraya el Tribunal también, en contrapartida, que el mismo peso que tienen los bienes y derechos constitucionales incidentes en el derecho a la vida «interpretados de modo sistemático, determinan el alcance de los deberes de protección del Estado y fundamentan la posibilidad de su restricción» (STC 19/2023, mismo fundamento).

⁴⁵ En su denso y sugerente voto particular concurrente a esta sentencia (y, por remisión, también a la 94/2023), la magistrada M. L. BALAGUER sostiene que en lugar de este enfoque en torno al artículo 15 CE efectuado por la mayoría del Tribunal, el debate debería haberse centrado en el contenido que debe atribuirse «en el momento constitucional presente a la noción de dignidad humana» (artículo 10.1 CE), considerando por ello que la sentencia ha perdido la oportunidad de definir de manera más clara el vínculo directo existente entre la dignidad y el derecho a una muerte digna, refiriéndose también, aunque más tangencialmente, al libre desarrollo de la personalidad. Este vínculo, en su planteamiento, es crucial para haber «facilitado al futuro intérprete y al legislador futuro un sustento más sólido para conformar un derecho a la muerte digna de perfiles más amplios que los que ahora contempla la ley», limitados a la eutanasia y la asistencia al suicidio en los contextos eutanásicos legalmente previstos, que no comprenden otras situaciones en las que pueden verse las personas para «decidir poner fin a su vida en condiciones dignas y no violentas o degradantes». En su opinión, la dignidad humana, que no debe ser entendida «como un principio de proyección exclusivamente individual» sino como «principio estructural de la construcción del espacio público y la comunidad política», debe sobreponerse al «biopoder» estatal tal como fuera caracterizado por Michel Foucault. Si, ciertamente, la laicidad progresiva del Estado ha venido reduciendo el control del poder sobre el propio cuerpo, ejemplificado en la despenalización del aborto y ahora en la eutanasia, advierte sin embargo que todavía quedan restos de sesgos éticos y religiosos que deben superarse, algo que la sentencia no afronta de manera plena. No obstante, el TC reconoce expresamente que el principio de dignidad «viene a condensar en última instancia el significado más profundo de la opción constitucional que en este específico contexto deriva de los arts. 15 y 10.1 CE.» [STC 19/2023, FJ 6, C d) (ii)].

3. SOBRE EL CARÁCTER DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN DE AYUDA MÉDICAMENTE ASISTIDA PARA MORIR

Por cuanto se refiere a la naturaleza de este derecho, las configuraciones son distintas según la tradición jurídica de cada país.

En Estados Unidos, partiendo de que el Tribunal Supremo ha venido manteniendo que no existe un derecho constitucional a morir o al suicidio asistido, entiende sin embargo que los estados tienen legitimidad y competencia para legislar en estas materias⁴⁶. Por tanto, se trata de un derecho instituido en cada caso por la ley de un Estado, no de un derecho de carácter fundamental. En Canadá, la despenalización de la muerte asistida como consecuencia de la ya citada sentencia *Carter vs. Canada* (2015) se acomoda al derecho a la autonomía personal en relación con otras posiciones *iusfundamentales* (los derechos a la libertad y seguridad personales, junto con el derecho a la vida)⁴⁷. En Colombia la Corte Constitucional ha declarado directamente la existencia de un «derecho fundamental a una muerte digna» aunque no esté expresamente contemplado en la Constitución; un derecho que caracteriza como «complejo», «relacionado con la vida y otros derechos», «con la dignidad» y el «libre desarrollo de la personalidad», aunque «autónomo en tanto su vulneración no es una medida de otros derechos», también con una clara vertiente prestacional en un marco asistencial⁴⁸. En Alemania, a partir del artículo 2.1 de la Ley Fundamental (libre desarrollo de la personalidad), el Tribunal Constitucional Federal reconoce que este precepto supone, en conjunción con el artículo 1 (protección e intangibilidad de la dignidad humana y vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales), un derecho fundamental que «incluye también la libertad de buscar la ayuda de terceros y de valerse de la ayuda ofrecida» para poder llevar a cabo la decisión de la persona libremente adop-

⁴⁶ *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

⁴⁷ *Carter v. Canada*, (Attorney General) Supreme Court of Canada (2015), SCC 5, § 66.

⁴⁸ En Colombia la Corte Constitucional, en su Sentencia C-239/97, de 20 de mayo de 1997, inauguró esta línea interpretativa declarando la existencia de un «derecho fundamental a una muerte digna» basándose en el principio de dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, en la autonomía de la persona «como sujeto moral». la Corte ha tenido ocasión de ir precisando en nuevos casos los perfiles, condiciones, criterios y controles para el ejercicio de este derecho, generando una línea doctrinal que se manifiesta, fundamentalmente, en las sentencias C-233/14, T-970/14, T-132/16, C-327/16, T-322/17, T-423/17, T-544/17 y T-721/17. Véanse para más detalles DÍAZ AMADO, E., «La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas», *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas*, n.º 40, pp. 125-140; del mismo autor, «El morir dignamente y la eutanasia en Colombia», en MARCOS, A.M. y DE LA TORRE, J. (Editores), *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*. Dykinson, Madrid, 2019, pp. 77-94. Véase también ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Comares, Granada, 2019, pp. 35-446.

tada; pero esto no genera ninguna obligación del Estado para procurar tal auxilio, de la misma forma que nadie puede ser obligado a prestarlo⁴⁹. En Austria, de manera similar, también se reconoce su rango y naturaleza de derecho fundamental en tanto se afina en el derecho a la libre determinación personal, interpretado a la luz de la doctrina del TEDH, que incluye no solo el derecho a configurar la vida según las convicciones propias sino también a una muerte digna y a buscar ayuda para ello⁵⁰. En Portugal, tras las numerosas vicisitudes que han supuesto los intentos previos de regulación de la eutanasia (varias versiones de la ley de eutanasia que han incluido también varios vetos del Presidente de la República y declaraciones parciales de inconstitucionalidad) se configura finalmente por la Ley 22/2023, de 25 de mayo⁵¹, como una libertad sujeta a autorización en ejercicio del derecho fundamental de la persona a la autodeterminación y al libre desarrollo de su personalidad [art. 1 a)] en un contexto de asistencia médica.

Como ya se ha precisado, en el caso de España la LORE lo configura legalmente como un derecho subjetivo prestacional a solicitar y recibir en su caso la ayuda para morir (art. 4). El Tribunal Constitucional, realizando una interpretación evolutiva y sistemática congruente con su doctrina en los supuestos de muerte digna asistencial y tomando en consideración el derecho comparado más reciente y la doctrina del TEDH, ha considerado su carácter fundamental derivado del derecho a la integridad física y moral a la luz de los principios de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, delimitándolo externamente del derecho a la vida y deduciendo de todo ello un deber público de dotar de eficacia a la autodeterminación que tal derecho implica (SSTC 19/2003, FJ 6 C y 94/2023). En conclusión, con independencia de las diferencias entre ordenamientos correspondientes a sus distintas tradiciones jurídicas, existe un visible punto común de engarce -con excepciones- entre aquellos países que más recientemente reconocen la eutanasia y/o el suicidio asistido: se trata de su *iusfundamentalidad* a la luz de los principios empleados a partir del texto de las disposiciones sobre derechos, de los principios constitucionales y del derecho de autodeterminación personal que se sitúa en el centro de la argumentación y fundamentación en esta materia.

⁴⁹ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal, de 26 de febrero de 2020.

⁵⁰ Sentencia de 11 de diciembre de 2020 (G 139/2019-7) y la *Sterbeverfügungsgesetz*, BGB I 242/2021 (Ley sobre el consentimiento informado para la muerte).

⁵¹ *Lei 22/2023 de 25 de maio, que regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal*, Diário da Assembleia da República, Série I, n.º 101, de 25 de mayo.

4. UNA MIRADA A DOS CUESTIONES ESPECIALMENTE CONTROVERTIDAS Y PENDIENTES DE CLARIFICACIÓN

En relación con lo hasta ahora expuesto existen algunas cuestiones especialmente debatidas sobre la LORE que solo se dejan apuntadas, pues este ya largo texto impide el desarrollo más detenido que sin duda merecen.

4.1 Ejercicio del derecho a solicitar y recibir ayuda para morir por menores de edad

La primera cuestión consiste en si sería posible el ejercicio de este derecho por menores de edad en determinadas circunstancias y condiciones con el adecuado y riguroso control. En España la LORE expresamente lo impide, toda vez que exige como requisito para poder formular la solicitud ser mayor de edad. Se trata de un elemento de la ley que ha de ser remitido, por tanto, a la posibilidad de un cambio normativo si fuere demandado de acuerdo con la evolución social y, en su caso y en último término, a su aceptabilidad en el marco de la interpretación constitucional. El ámbito comparado ofrece algunos datos de interés como punto de partida para su consideración.

En los Países Bajos, primer país en legalizar formalmente tanto la eutanasia como el suicidio asistido⁵², pueden solicitar la ayuda los menores entre 12 y 16 años y ser atendida siempre que pueda considerarse que el menor está en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en su situación y que los padres, o el padre o la madre que ejerza la patria potestad, o quien tenga su tutela, manifiesten su acuerdo. Si se tratara de un menor de edad entre los 16 y los 18 años, el médico puede atender la petición de terminación de su vida si se cumplen estas condiciones, sin que sea exigida la autorización, pero sí la participación en la toma de decisiones de los padres o, en su caso, del padre o de la madre que ejerza la patria potestad, o de la persona que tenga su tutela.

En Bélgica, que ya incluía en su legislación la posibilidad de solicitar la eutanasia por el menor emancipado capaz⁵³, se produjo la extensión de su viabilidad a los menores mediante la reforma operada por la ley de 28 de febrero

⁵² Ley de Terminación de la Vida a Petición y el Suicidio Asistido (*Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*), de 28 de noviembre de 2002, artículo 2.3 y 2.4.

⁵³ Ley de Eutanasia de Bélgica (*Loi relative à l'euthanasie*, o *Wet betreffende de euthanasie*), de 28 de mayo de 2002.

de 2014⁵⁴, sin precisión de límite de edad, siempre que el menor solicitante tenga capacidad de discernimiento suficiente para entender las consecuencias de su decisión y esté consciente en el momento de formular la solicitud, con evaluación por parte de especialistas (psiquiatra pediátrico o psicólogo independiente del equipo médico tratante), con información a sus padres o representantes legales, que deberán otorgar su necesario y explícito acuerdo. Es importante resaltar que esta regulación únicamente es aplicable a menores con pronóstico de muerte a corto plazo, esto es, en situación terminal, y respecto de enfermedades y padecimientos graves e incurables de carácter físico, con sufrimiento constante e insoportable y sin viabilidad de alivio, excluyendo además la posibilidad de declaración de voluntad anticipada.

En Colombia la Corte Constitucional ha considerado también el derecho de niños, niñas y adolescentes para acceder a la eutanasia a partir de sentencias del año 2017 (T-544 y T-721, de 2017), cuyo contenido llevó al Ministerio de Salud y Protección Social a dictar la Resolución 825, de 9 de marzo de 2018, reglamentando el procedimiento correspondiente para hacer efectivo este derecho. De acuerdo con esta normativa, los menores en rango de edad entre los 6 y los 12 años pueden presentar solicitudes para la aplicación del procedimiento eutanásico que podrán ser atendidas excepcionalmente por el Comité Científico Interdisciplinario dependiendo de su experiencia y grado de madurez, en especial los más cercanos a los 12 años, exigiendo, entre otros aspectos, una valoración de psiquiatría infantil que permita verificar «un desarrollo neurocognitivo y psicológico excepcional» y «un concepto de muerte propia como irreversible e inexorable». Todo ello permitirá considerar que la solicitud es «voluntaria, libre, informada e inequívoca» (resolución 825/2018, artículo 9). Entre los 6 y los 14 años, además, es preciso contar con la concurrencia del acuerdo conjunto de los padres o de los tutores legales. De los 14 a los 17 no es obligatorio contar con este acuerdo, pero siempre se informará sobre la decisión adoptada por el paciente. Es importante subrayar que, en todo caso, los menores solicitantes han de padecer enfermedad terminal o una enfermedad grave e incurable que les cause un sufrimiento insoportable. La solicitud debe ser voluntaria, informada y reiterada, y en todo momento se debe garantizar que el menor comprenda el alcance de su decisión, por lo que se exige que un

⁵⁴ *Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs*. En la sentencia núm. 153/2015, de 29 de octubre de 2015, el Tribunal Constitucional desestimó los recursos de revisión judicial de esta ley entendiendo que establecía un equilibrio justo entre el derecho de toda persona a elegir poner fin a su vida y evitar así un final indigno y angustioso (derivado del derecho al respeto de la vida privada) y el derecho de los menores a medidas que impidan las prácticas abusivas de eutanasia (derivado del derecho a la vida y a la integridad física).

equipo interdisciplinario, que incluye médicos y psicólogos, evalúe su capacidad para adoptar una decisión informada y consciente.

En España quizás mereciera un debate especial esta cuestión. El menor es titular de los derechos fundamentales y, en este caso, del derecho a su integridad física y moral, en el que inciden los mismos principios de dignidad y libre desarrollo personal concurrentes en la interpretación del derecho realizada por el Tribunal Constitucional, que es necesario tener presentes junto con la especial atención que en estos casos debe prestarse al bien vida y al derecho a la vida, extremando las obligaciones de protección del Estado y el rigor de todas las garantías y procedimientos. Pero resulta cuestionable impedir en términos absolutos el acceso a esta posibilidad de ejercicio del derecho cuando pueda estar razonablemente justificado de acuerdo con la ley y se cumplan todos los requisitos.

La cuestión, en definitiva, es que no se entienden bien las razones por la cual un menor bien informado, que acredite madurez suficiente y que haya tomado esa decisión consciente, libremente y de manera reiterada, tenga sin embargo que ser obligado a esperar a la mayoría de edad para poder ejercitar el derecho, viéndose en la tremenda situación de tener que seguir soportando contra su voluntad el sufrimiento insoportable e intolerable que le esté produciendo una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e invalidante, tal como estos conceptos son delimitados por la LORE. Todavía más si se tiene en cuenta, por contraste, que el paciente menor de edad suele estar habilitado para otorgar su consentimiento informado ante actuaciones médicas sin necesidad de representación cuando sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, así como que los menores emancipados o mayores de 16 años, salvo contadas excepciones, pueden expresar su consentimiento sin representación⁵⁵. En definitiva, la minoría de edad, según determinados rangos de edad y condiciones, no tendría por qué ser necesariamente impeditiva *en todo caso* del ejercicio de este derecho, atendiendo al interés superior del menor y teniendo en cuenta su madurez intelectual y emocional⁵⁶.

⁵⁵ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, artículo 9, apartados 3 y 4.

⁵⁶ En este sentido, como oportunamente recuerda Presno Linera, no cabe ignorar el contexto normativo en el que los menores están en determinadas edades y situaciones, pues pueden: solicitar la emancipación a partir de los dieciséis años (art. 320 C.C.); otorgar testamento a partir de los catorce (art. 663.1 C.C.); ser responsables penalmente a partir también de los catorce (art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores); trabajar a partir de los dieciséis, salvo en determinados supuestos (art. 6 del Estatuto de los Trabajadores); y a los dieciséis finaliza la escolarización obligatoria, si bien pueden seguir cursándola hasta los dieciocho en determinadas condiciones (art. 4.2 de la Ley Or-

4.2 ¿Elegibilidad de las personas que solicitan el ejercicio de este derecho por enfermedad mental?

Otra debatida cuestión de especial complejidad y actualidad que merece ser apuntada ante la irreversibilidad de los procedimientos eutanásicos consiste en la elegibilidad de aquellas personas que solicitan el acceso a la prestación de ayuda asistida para morir cuando la única condición médica subyacente es una enfermedad mental. Se admite, entre otros, en Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo y también se ha establecido en Canadá a partir del 17 de marzo de 2023 (tras la previsión de modificaciones transitorias en la Ley C-7, de 17 de marzo de 2021, si bien todavía se está a la espera de nuevas disposiciones y garantías para estos supuestos). Casos distintos serían los de Suiza y Alemania. Más adelante nos referiremos a todos ellos. Partamos ahora de esbozar las razones que se esgrimen para considerar la necesidad de cautela en estos casos.

Aunque las solicitudes de personas con enfermedad mental grave e irreversible y sufrimiento insoportable sean pocas en términos absolutos, no por ello son menos importantes desde las perspectivas jurídica y ética, apreciándose además que su crecimiento relativo no es desdeñable en la actualidad. Un trastorno psiquiátrico no supone necesariamente por sí mismo desvirtuación de la presunción de capacidad de la persona para decidir, pero puede estarse ante una patología específica que sufra el paciente con la intensidad suficiente para que así sea, pues determinadas enfermedades mentales graves son susceptibles de afectar el juicio, lo que complica la determinación de si una persona está en condiciones de tomar una decisión tan importante como irreversible.

Por la especial vulnerabilidad y el contexto social en el que pueden estar estas personas, en el que es posible que en determinados casos se conciten carencias no solo de orden económico sino también formativas, sociales y asistenciales, es necesario también tener en cuenta esta dimensión para calibrar en qué medida estas circunstancias contextuales podrían estar alimentando su deseo de morir y condicionando la libre autonomía y firmeza de su decisión. Es más, en algunos supuestos puede tratarse de pacientes con trastornos mentales que estarían evidenciando anulación de la capacidad de decidir por sí mismos de forma transitoria o definitiva, así como otros que estarían cursando con una sintomatología psicológica de la que forma parte una inclinación a la

gánica 2/2006, de Educación). PRESNO LINERA, M.A., *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, cit., p. 43.

ideación suicida (por depresión, esquizofrenia, síndromes demenciales u otros trastornos de personalidad).

Un argumento de carácter ético añadido que suele esgrimirse en contra de admitir esta posibilidad es el riesgo de abuso, especialmente en casos donde las personas con enfermedades mentales puedan ser más vulnerables a la coerción encubierta o puedan tener una visión distorsionada de su situación real. Esto conduce a serias preocupaciones ante la posibilidad de que se puedan tomar decisiones apresuradas o basadas en juicios alterados. Existe también el temor a que permitir la eutanasia o el suicidio asistido de personas solicitantes con enfermedades mentales pueda perpetuar el estigma de que estas vidas sean consideradas menos valiosas.

Por esta compleja variedad de razones y potenciales situaciones se impone una singular cautela. Fijar una posición jurídica constitucionalmente adecuada a tan importante y controvertida cuestión haría necesaria una normativa suficiente para que en cada supuesto pudiera llevarse a cabo una valoración equilibrada, ponderada, rigurosa, fundada en conocimiento experto (no solo psiquiátrico, e introduciendo obligatoriamente una segunda opinión independiente) de la situación del solicitante acerca del alcance de su capacidad de autonomía para tomar la decisión con claridad y firmeza, toda vez que cada trastorno se presenta de una manera y no todos tienen que afectar a la capacidad de tomar libremente decisiones de quienes los padecen.

En esta valoración, además de la determinación de la capacidad para decidir del solicitante de la ayuda y la precisión acerca del carácter insoportable del sufrimiento, serían también otras variables importantes las siguientes: la resistencia al tratamiento del trastorno psiquiátrico grave; si este cursa o no de manera constante y crónica; el nivel de dependencia funcional que genera y si tiene o no carácter invalidante. También habría que adoptar medidas claras acerca de la posibilidad de solicitudes previas en documentos de voluntades anticipadas, lo que no se contempla en la mayoría de los países que han legislado sobre eutanasia y suicidio asistido, constituyendo excepción Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.

Una mirada al panorama comparado puede resultar ilustrativo. En Suiza no existe legislación expresa, pero el Tribunal Supremo Federal permite que las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que se ocupan de dar cauce al ejercicio del derecho a morir puedan prestar asistencia a personas con una enfermedad psíquica, siempre que tengan la capacidad de juzgar la

importancia de su decisión y así se constate con el correspondiente y profundo examen psiquiátrico⁵⁷.

En Alemania, donde tampoco existe una legislación específica al respecto, esta decisión, en tanto manifestación de un derecho fundamental protegido por el artículo 2.1 de la Ley Fundamental, se expresa como un acto de autodeterminación autónoma de la persona que debe ser respetado por el Estado y por la sociedad (manteniéndose neutrales); acto que «no necesita ninguna motivación o justificación adicionales», por lo que está permitida la asistencia al suicidio a personas con enfermedades mentales si se confirma que tienen la capacidad mental suficiente para tomar una decisión consciente y libre (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 26 de febrero de 2020). No obstante, esta cuestión sigue siendo muy debatida en este país, como revelan iniciativas parlamentarias recientes⁵⁸.

La ya citada ley belga de Eutanasia de 2002 contempla en su artículo 3 que la eutanasia puede realizarse si el paciente sufre de una enfermedad incurable que le provoca un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable que no puede aliviarse, sin distinguir entre enfermedad física o mental, por lo que se entiende que esta regulación comprende también a las afecciones mentales con las mismas características que a las físicas. Debido a la complejidad de evaluar la capacidad de decisión del paciente y la naturaleza del sufrimiento psíquico, la ley requiere una consulta obligatoria con un segundo médico que debe ser un psiquiatra o un especialista independiente en la patología del paciente. Este ha de confirmar, además de las condiciones generales, su capacidad para tomar una decisión autónoma. Casos destacables fueron los de *Tine Nys* (2010)⁵⁹ y

⁵⁷ Sentencia de 3 de noviembre de 2006 del Tribunal Federal Suizo, BGE 133 I 58 (caso *Haas*). En su apartado 6.3.5.1 se argumenta: «No hay que olvidar que una enfermedad mental grave, incurable y crónica puede, del mismo modo que una enfermedad somática, causar un sufrimiento tal que, con el tiempo, el paciente llegue a la conclusión de que su vida ya no merece la pena.... No obstante, debe actuarse con la máxima moderación: es necesario distinguir entre un deseo de morir como expresión de un trastorno psicológico que puede y debe tratarse, y un deseo de morir que se basa en la decisión meditada y sostenida de una persona capaz de discernir («valuación previa al suicidio»), que debe respetarse en su caso. Cuando el deseo de morir se basa en una decisión autónoma y omnicomprensiva, no está prohibido prescribir pentobarbital sódico a una persona que padece una enfermedad psiquiátrica y, en consecuencia, ayudarle a suicidarse...»

⁵⁸ El 6 de julio de 2023, el *Bundestag* votó sobre dos propuestas de ley que intentaban regular esta práctica con diferentes enfoques, uno más restrictivo y otro más liberal, divergiendo ambos en cómo equilibrar la protección de personas vulnerables con el derecho a la autodeterminación; las dos fueron rechazadas, lo cual es muestra de las divisiones existentes en el panorama político y social de Alemania sobre este tema. Tanto los profesionales médicos como las asociaciones de suicidio asistido continúan pidiendo por ello un marco normativo más claro para estas prácticas (véanse <https://www.dw.com/en/assisted-suicide-draft-laws-fail-to-pass-in-bundestag/a-66132678> y <https://zenit.org/2023/07/20/germany-faces-a-dilemma-regarding-assisted-suicide-bundestag-rejects-two-draft-laws/>).

⁵⁹ *Tine Nys*, mujer belga de 38 años que sufría de trastorno límite de la personalidad, solicitó la eutanasia en 2010. Su caso fue muy conocido debido a las controversias sobre si cumplía o no con los crite-

Godelieva de Troyer (2015)⁶⁰. Bélgica establece un marco normativo estricto que busca proteger tanto a los pacientes como a los médicos, pero los casos judiciales han resaltado la complejidad de aplicar la ley en situaciones de padecimiento grave y sufrimiento psíquico por afecciones mentales, subrayando la importancia de un escrutinio riguroso y de un enfoque multidisciplinario para asegurar que todas las condiciones legales se cumplan estrictamente.

En los Países Bajos, sin distinguir entre enfermedades físicas y mentales, se entiende igualmente que la citada Ley de Terminación de la Vida a Petición y Asistencia al Suicidio de 2002 comprende estos casos de eutanasia. Dada la naturaleza específica de las afecciones mentales, la evaluación de la capacidad de decisión del paciente es crucial y los médicos deben por ello asegurarse de que el solicitante es competente para tomar una decisión de vida o muerte. Como en el caso belga, se requiere la consulta con psiquiatras u otros especialistas en salud mental para confirmar que el sufrimiento es insoportable y cursa sin perspectivas de mejora, sin que existan otras opciones terapéuticas viables. Un caso relevante y complejo fue el de *Eutanasia en caso de demencia avanzada*, del que conoció el *Hoge Raad* (Corte Suprema) en 2020⁶¹, que

rios de la ley, ya que sus padecimientos (depresión severa y otros trastornos graves) eran difíciles de evaluar en términos de sufrimiento insoportable y sin posibilidad de mejora. En 2020 los médicos que participaron en la eutanasia fueron llevados a juicio acusados de «envenenamiento», un cargo relacionado con la administración indebida del fármaco para la eutanasia. Sin embargo, el Tribunal Penal de Gante, mediante Sentencia de 31 de enero de 2020, los absolvió, determinando que habían actuado dentro de los límites de la ley. Este caso resaltó las grandes dificultades en la aplicación de la ley de eutanasia en pacientes con enfermedades mentales y llevó a un debate público sobre la necesidad de contemplar criterios más estrictos o más claros para estos supuestos.

⁶⁰ Se trata del supuesto que condujo posteriormente al conocido y ya citado caso *Mortier* ante el TEDH. *Godelieva De Troyer*, de 64 años con depresión crónica y anorexia solicitó la eutanasia después de múltiples intentos fallidos de tratamiento. La solicitud fue aprobada, lo que generó un intenso debate tanto en Bélgica como en el ámbito internacional. El caso fue revisado por la Comisión Federal de Control y Evaluación de la Eutanasia, que concluyó que los médicos habían actuado dentro del marco legal, aunque subrayó la necesidad de rigurosidad en la evaluación de la competencia mental y la consulta con especialistas. Este supuesto ilustró cómo la eutanasia por sufrimiento mental se entiende dentro del marco legal y dio pie a que en la sociedad se manifestaran las divisiones sobre este tema, sobre todo desde la perspectiva ética. El caso fue posteriormente llevado por su hijo, Tom Mortier, ante el TEDH, que no encontró fallos en la legislación belga sobre eutanasia ni concluyó que el procedimiento violara en sí mismo el Convenio, determinando que la eutanasia se llevó a cabo conforme a la ley y con verificación de que Godelieva de Troyer había tomado la decisión de manera informada y reiterada, sin coerción externa. Sin embargo, el Tribunal resolvió también que Bélgica no cumplió con su obligación de proteger el derecho a la vida al no haber realizado una investigación adecuada sobre las circunstancias de la eutanasia en cuanto existieron diversas irregularidades en el procedimiento seguido.

⁶¹ *Hoge Raad der Nederlanden*, Caso HR 21 abril 2020, ECLI:NL:HR:2020:712. Se trató del caso de una mujer de 74 años con demencia avanzada (mal de Alzheimer) que había redactado una declaración escrita solicitando la eutanasia cuando llegara a una etapa avanzada de la enfermedad. La mujer había llegado a esa etapa en la que ya no podía expresar su voluntad de manera verbal ni consciente y le fue practicada la eutanasia. La Corte Suprema concluyó mediante Sentencia de 21 de abril de 2020 que un médico, conforme a la Ley de Terminación de la Vida a Petición y Asistencia al Suicidio de 2002, puede realizar la eutanasia en pacientes con enfermedades mentales bajo estrictas condiciones y cuando se cum-

aclaró varios aspectos legales relacionados con la eutanasia en personas con este tipo de enfermedades que dejan una declaración anticipada de voluntad. Las comisiones regionales de revisión de este país discuten en sus informes la dificultad añadida que tiene evaluar la competencia mental y el sufrimiento insoportable; en algunos casos se han señalado prácticas que no llegaron a cumplir con los estándares requeridos.

Por lo que se refiere a Luxemburgo, la citada Ley del 16 de marzo de 2009 sobre la Eutanasia y el Suicidio Asistido tampoco excluye explícitamente a los pacientes con enfermedades mentales del acceso a la eutanasia, pero impone también requisitos adicionales y un escrutinio más riguroso para asegurar que el paciente es capaz de tomar una decisión consciente, que su sufrimiento es insoportable y que carece de posibilidad de mejora. Concretamente se requiere una evaluación por un equipo multidisciplinario incluyendo al menos un psiquiatra para confirmar la naturaleza del sufrimiento y si el paciente es o no competente para decidir. Las evaluaciones deben ser exhaustivas y prolongadas para asegurarse de que la solicitud es consistente y no producto de una crisis temporal. Se deben por ello realizar reevaluaciones periódicas al respecto. Hasta la fecha no hay un número amplio de casos judiciales en Luxemburgo relacionados específicamente con la eutanasia en supuestos de enfermedades mentales⁶².

En el caso de Canadá, la Ley C-7, aprobada en marzo de 2021, enmendó la Ley C-14 y eliminó el requisito consistente en que la muerte natural sea razonablemente previsible, lo que abrió la posibilidad de que personas con enfermedades mentales pudieran también acceder a la asistencia médica para morir. Sin embargo, la implementación de la eutanasia para estas personas fue suspendida hasta marzo de 2023 (y aplazada después a marzo de 2024) con objeto de permitir un mayor estudio y desarrollo de protocolos para crear pautas y salvaguardias adicionales en estos casos. Esta ley requiere específica-

plan todos los criterios de diligencia, aunque el paciente ya no sea capaz de reiterar su decisión de morir existiendo una declaración válida de voluntad anticipada.

⁶² El más reciente informe de la *Comisión Nacional de Control y Evaluación de la Eutanasia en Luxemburgo* no contiene de manera específica número de casos relacionados exclusivamente con enfermedades psiquiátricas incurables ni se reportan procedimientos judiciales concretos en estos supuestos. Puede consultarse el *Septième rapport de la loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide (années 2021 et 2022)*, <https://sante.public.lu/fr/publications/r/rapport-euthanasie-2021-2022.html>. Sin embargo, reiterando su reflexión en el sexto informe de 2019-2020, subraya expresamente que estas personas tienen los mismos derechos que los demás pacientes si reúnen las condiciones previstas en la ley, si bien considera innegable que su aplicación en estos casos suele suscitar «numerosas cuestiones jurídicas, éticas y clínicas, siendo dado que los trastornos psicológicos graves pueden provocar alteraciones, incluso temporal, de libre albedrío» (p. 22), remitiendo por todo ello la cuestión a una regulación adecuada de esta problemática por los responsables políticos.

mente, además del cumplimiento de los requisitos generales, los siguientes: que la evaluación multidisciplinar del paciente sea realizada con la participación, al menos, de un psiquiatra o especialista en salud mental; que se evalúe su capacidad para tomar decisiones de manera autónoma, lo cual puede ser complicado en casos de enfermedades mentales graves; la observancia de un período de reflexión extendido para asegurar que la decisión de morir no sea impulsiva y verificar por el contrario que sigue siendo consistente. Aunque la eutanasia en caso de enfermedades mentales sea legal desde marzo de 2024, expertos y legisladores continúan debatiendo las salvaguardas necesarias, especialmente en temas como la «incurabilidad» e «irreversibilidad» de los trastornos mentales⁶³.

En cuanto a España, la regulación de la LORE, sin impedirlo tampoco expresamente, deja en cierta penumbra la posibilidad de pacientes elegibles que soliciten el acceso a la prestación de ayuda para morir cuando su única condición médica subyacente sea una enfermedad mental⁶⁴. El hecho de que no la excluya y haya una referencia clara a la naturaleza del sufrimiento constante e intolerable, que puede ser «físico» o «psíquico», o ambos, a la hora de delimitar los dos supuestos de «contexto eutanásico» en el artículo 3 b) y c) LORE, parece admitir esta posibilidad y así lo han sostenido y sostienen analistas de la ley y en determinados ámbitos médicos. Suscribimos aquí esta conclusión.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional al tratar con brevedad esta cuestión ha argumentado que es preciso distinguir entre la patología o dolencia, por un lado, y la naturaleza de los sufrimientos a ella asociados que pueden ser de orden físico o psíquico, por otro; de tal modo que la enfermedad grave o pade-

⁶³ Más información en <https://www.canada.ca/en/health-canada/services/health-services-benefits/medical-assistance-dying/legislation-canada.html#a2> con las últimas noticias hasta la fecha en que se escribe este texto acerca de la elegibilidad de la enfermedad mental como condición médica para la práctica de la eutanasia en Canadá.

⁶⁴ Es de lamentar que pasados ya más de tres años desde la entrada en vigor de la LORE no dispongamos de información oficial clara y precisa sobre los casos de eutanasia o suicidio asistido que hayan podido practicarse en nuestro país. Ni en el Informe Anual de 2021 ni en el Informe Anual de 2022 del Ministerio de Sanidad (publicado en diciembre de 2023, el último hasta la fecha de realización de este trabajo) encontramos información adecuada y de calidad suficiente, al menos sobre este extremo. En la tabla de distribución por tipo de enfermedad de base que se utiliza para clasificar las solicitudes, solo el apartado tan genérico y equívoco de «neurológica» (que se dice en aumento respecto de 2021, un 33% del total) podría ser susceptible de contener alguno de estos supuestos, pero sin ninguna certeza ni precisión posible. Extrañamente existen, además, un genérico apartado de «otras» y otro, ciertamente enigmático de «no consta», inconcebibles ambos habida cuenta de lo exigente que es la LORE para documentar cada caso. Lo mismo ocurre si quisiéramos comprobar datos precisos sobre las prestaciones realizadas. El propio informe de 2022, consciente de sus déficits, añade un párrafo de este tenor: «Se está trabajando en la ampliación de los indicadores del SIE para recoger el diagnóstico exacto de las personas solicitantes.» Hasta la fecha no ha habido ningún otro informe publicado por el Ministerio. Se ofrecen enlaces a las webs de las CCAA: <https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/ciudadania/enlacesCCAA.htm>.

cimiento siempre es «somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico». En este sentido la mayoría del Tribunal estima concluyente el mismo Preámbulo de la ley, que cuando se refiere al contexto eutanásico precisa que «debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental», distinción que «excluye de raíz que la LORE [...] pretenda o permita incluir entre tales «padecimientos» la «enfermedad psicológica» o, incluso, la «depresión» (STC 19/2023, FJ 9, cursiva del autor).

Ahora bien, este *dictum* del Tribunal Constitucional sigue dejando esta cuestión en un plano de cierta equivocidad, toda vez que viene a ser irreal la cariesiana y pretendidamente distinguible dualidad corpórea («somática») de lo físico, por un lado, y lo psíquico, por otro. El Tribunal lo que sostiene en este pasaje de la sentencia, a nuestro entender, es simplemente rechazar la alegación de los recurrentes sobre la «indeterminación» del precepto legal impugnado como motivo de inconstitucionalidad, excluyendo que por su literalidad pudiera justificarse la eutanasia por «enfermedad psicológica» o incluso «depresión», esto es, por meros trastornos de orden psicológico o depresivo, no de carácter psíquico grave. En ningún caso esta interpretación del Tribunal cuestiona la posibilidad de que las enfermedades y padecimientos mentales graves puedan encuadrarse en los supuestos contemplados como «contexto eutanásico», para lo cual entiende que la ley proporciona los elementos necesarios para su aplicación.

No obstante, teniendo en cuenta el intenso debate existente sobre esta cuestión, no solo en España⁶⁵, estamos en cualquier caso ante un aspecto de la

⁶⁵ Cuando se redactan estas líneas, en España ha adquirido relieve esta controversia con motivo del caso de una mujer de 23 años que con problemas de salud mental y habiendo sufrido una lesión medular tras un intento de suicidio en 2022, lo que afectó su movilidad, solicitó la eutanasia alegando sufrimiento físico y psíquico intolerable. Había pasado ya por todos los trámites legalmente establecidos para poder recibir la prestación de ayuda para morir (el 2 de agosto de 2024) cuando, próxima la fecha para su práctica, su padre solicitó medidas de paralización del procedimiento alegando que no estaba en «pleno uso de sus facultades» por trastorno límite de la personalidad y trastornos obsesivo-compulsivos, aportando además una carta «de su puño y letra» en la que había solicitado seis meses para meditar su decisión. El juez competente preguntó por su decisión a la paciente, que manifestó su deseo de seguir adelante. Pero el juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona decidió mantener la suspensión temporal de la eutanasia después de una audiencia, señalándose que no había suficientes pruebas para confirmar que la condición de la joven cumpliera con los requisitos de la ley de eutanasia. Apelada esta decisión, el caso sigue *sub iudice* en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Este supuesto ha dado pie a un intenso debate no solo en el ámbito jurídico sino también en el de la bioética. No disponiendo por ahora de información oficial o más precisa, remitimos a los medios de comunicación: El País de 11 de agosto de 2024: <https://elpais.com/sociedad/2024-08-11/salud-mental-arrepentimientos-intervencion-familiar-hasta-donde-puede-llegar-la-eutanasia.html>. Más información en otros medios: <https://ground.news/article/a-court-in-extremis-suspends-the-euthanasia-of-a-young-woman-scheduled-for-this-friday-in-barcelona>.

ley que necesitaría ser clarificado, por lo que no estaría de más un esfuerzo de modificación legal (con el concurso de conocimiento experto multidisciplinar y participación de acreditados especialistas en psiquiatría como rama de la medicina) que incorporara criterios y elementos procedimentales específicos sobre estas situaciones que ofrecieran más claridad y pudieran garantizar que las decisiones en tales casos, más difíciles de objetivar, sean adoptadas de manera justa y segura.

A MODO DE RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA

1. Los principios de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, fundamentos del orden político y de la paz social en la CE, son objetivamente «conceptos» constitucionales, nociones jurídicas indeterminadas abiertas a su entendimiento dinámico. Desde la apertura constitucional y mediante la interpretación sistémica y evolutiva tienen la funcionalidad jurídica de incidir significativamente en la interpretación del derecho fundamental en el marco de su concreto ámbito y en concordancia con el mayor valor de los derechos fundamentales y el postulado de su progresiva efectividad. Naturalmente, siempre que su idoneidad *ad casum* resulte fundada para introducir criterios de interpretación relevantes y coherentes, para descartar o desplazar otros sentidos o elementos posibles en la interpretación, para evitar determinadas limitaciones del derecho que pudieran ser contrarias a la Constitución o, incluso, para concurrir al surgimiento de nuevas facultades integradoras a cuyo campo normativo aparece asociado, sin contradecir el texto de la norma.

2. Esta vía de apertura y evolución, sustentándose en el valor objetivo que aportan estos principios en reciprocidad con los derechos y otros bienes constitucionales, se manifiesta cada vez más en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, especialmente en la interpretación del artículo 15 CE en relación con cuestiones centrales relativas al comienzo y al fin de vida. Consecuentemente, el derecho a la integridad física y moral ha llegado a ser progresivamente portador de una *iusfundamentalidad* más amplia e intensa, reflejando un considerable cambio arraigado en el seno de nuestra sociedad, precisamente a partir de su interpretación concurrente con estos principios basilares de nuestro sistema constitucional con ocasión del impulso de actuaciones normativas del legislador.

3. Esta evolución ha culminado recientemente en la doctrina del Tribunal con las SSTC 19/2023 y 94/2023 en relación con el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la Ley Orgánica Reguladora de la Eutanasia (LORE), conclu-

yendo con el carácter fundamental del que se reviste el derecho a la prestación de asistencia médica para morir en los supuestos y condiciones legalmente establecidos, en tanto que estamos ante una facultad que supone una ampliación, como ya ocurriera con el derecho llamado «a una muerte digna», de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral a la luz de los mencionados principios. Se sitúa España de este modo entre los países que más recientemente, *mutatis mutandis*, han seguido esta línea interpretativa.

4. Como consecuencia de esta caracterización del derecho, dos cuestiones pendientes y especialmente debatidas adquieren una particular relevancia. La primera es si sería posible su ejercicio por menores de edad en determinadas circunstancias y condiciones con el adecuado y riguroso control, como ocurre en otros países (Bélgica, Países Bajos, Colombia) teniendo en cuenta que los menores son sujetos de derechos fundamentales y, en particular, del enunciado por el artículo 15 CE a la integridad física y moral sobre el que se proyectan e inciden los mismos principios de dignidad y libre desarrollo personal; naturalmente, siempre que el menor, en determinada edad, bien informado, acredite madurez suficiente y haya tomado esa decisión consciente, libremente y de manera reiterada. Pero esta cuestión, ante la actual prohibición legal, queda obviamente remitida al legislador y, en su caso, a la interpretación que sobre su adecuación constitucional realizara el TC.

5. Otra cuestión es que la regulación de la LORE deja en cierta penumbra la posibilidad de pacientes elegibles que soliciten el acceso a la prestación de ayuda para morir cuando su única condición médica subyacente sea una enfermedad mental, sin impedirlo expresamente como en otros países que, por ello, la entienden legalmente admisible en determinados supuestos y con especiales cautelas. También el Tribunal Constitucional, al abordar la crítica de «indeterminación» alegada por los recurrentes en la que a su juicio incurriría el artículo 3 b) LORE ha dejado esta cuestión en un plano de cierta equivocidad al distinguir entre la patología o dolencia, por un lado, y la naturaleza de los sufrimientos a ella asociados que pueden ser de orden físico o psíquico, por otro; de tal modo que la enfermedad grave o padecimiento siempre es, afirma, «somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico», lo cual excluiría que la LORE permita incluir la «enfermedad psicológica» o la «depresión». Este dicho parece que solo está rechazando la posibilidad alegada por los recurrentes de que un mero trastorno psicológico o depresivo pudiera entrar entre los supuestos de la ley impugnada, sin cuestionar la posibilidad de que las enfermedades y padecimientos mentales graves puedan encuadrarse en los supuestos contemplados como «contexto eutanásico». No obstante, una

controversia de esta trascendencia e impacto merecería un esfuerzo de clarificación incorporando criterios y elementos procedimentales específicos adicionales que ofrecieran más claridad en casos de solicitudes de asistencia médica para morir basadas en el padecimiento de trastornos mentales graves, en los que la objetivación es mucho más complicada, tal como se está demandando también en el ámbito comparado.

PODER CONSTITUYENTE, FUNCIÓN DE CONSTITUIR, CONSTITUCIÓN. UNA CONTRANARRATIVA

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

«La idea misma del Estado legal moderno pretendía probar que la misantropía no necesita expresarse mediante la desesperación personal o la violencia política. Debía ser un escudo contra la agresión. Esta es la misantropía que ríe y se esfuerza por evitar el llanto, la amargura y una angustia que pueda llevarnos a la política de la destrucción».

Judith N. Shklar¹

«Todo el mundo sabe que unas Cortes Constituyentes tienen un tanto por ciento muy elevado de chalados, de genios y de anormales. Precisamente por esto se llaman Constituyentes, en contraposición a las demás, que son ordinarias, es decir, normales».

Josep Pla²

«El poder constituyente es el producto de un contexto cultural»

Peter Häberle³

SUMARIO: 1. Hilo n.º 1. Contranarrativas. 2. Hilo n.º 2. Constituir, constituyente, constitución. 3. Hilo n.º 3. La experiencia española: poder constituyente vs. pro-

¹ *Los vicios ordinarios* (Trad. de R. Ramos), Página Indómita, Barcelona, 2022, p. 311.

² *Madrid. El advenimiento de la República*. Ediciones El País. Madrid, 2003, p. 151.

³ Conversación con F. Balaguer Callejón recogida en VALADÉS, D., (comp.), *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 55.

ceso constituyente. Apuntes doctrinales. 4. Pero... 5. Conclusión: contranarrativa del poder constituyente.

1. HILO N.º 1. CONTRANARRATIVAS

En el año 2021, la académica María Luisa Balaguer Callejón publicó en la prestigiosa editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales una monografía con un título expresivo: *Contranarrativa de la transición política en España*⁴. Dos citas lo encabezan. La primera con las primeras líneas de «Al alba», una canción emblemática de Luis Eduardo Aute, de tal altura poética que podía celebrarse como una ardiente expresión de amor ante el abandono y como una letanía (los últimos ajusticiamientos del franquismo fueron el detonante real de esos versos).

La segunda se extrae de la tesis doctoral «Teoría del Estado en Marx y Engels», que Francisco Balaguer defiende en la Universidad de Málaga, en 1986. Refiere una conferencia que Althusser impartió en Granada en 1976 y que fue seguida con arrobos y aplaudida fervorosamente por un auditorio incapaz de descifrar su contenido. La cita es un aviso a navegantes y supone ya una desmitificación temprana de esa vanguardia intelectual que habría de conseguir la emancipación total de la especie humana (por lo menos)⁵.

Semejante mezcla de referencias culturales y doctrinales revela la profunda ambivalencia de las cosas, poniendo de manifiesto esa sana actitud -entre el compromiso y el lúcido descreimiento- que debe congregarse a todas las personas involucradas en la consecución del interés general. Creo que refleja bien el resistente y nunca del todo logrado espíritu del constitucionalismo (poco amigo de excesos) y bien parados saldríamos si se interiorizara plenamente por la comunidad que interpreta la Constitución como la gran conversación colectiva sobre la convivencia; esa comunidad de intérpretes que, como señala Peter Häberle⁶, incluye a la ciudadanía, a la doctrina y, de forma muy cualificada, a quienes como la magistrada Balaguer forman parte del supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1 LOTC).

⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Contranarrativa de la transición política en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.

⁵ Un ejercicio de autocrítica en la línea del que luego elaboraría, entre otros autores, con lucidez y gran habilidad narrativa una coetánea como Elvira Lindo en *Lo que me queda por vivir*, Seix Barral, Barcelona, 2010.

⁶ HÄBERLE, P., «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales una contribución para la interpretación pluralista y «procesal» de la Constitución», *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, Año 6, 2008, núm. 11.

La monografía es de amplias miras. Por eso la autora da en denominarla *Contranarrativa*, que ni es una narrativa completamente alternativa ni una narrativa a la contra o contra nada, salvo contra el simplismo de aquellos análisis que atribuyen a la transición los déficits actuales del funcionamiento de la política y del derecho⁷. Es una contranarrativa, también, porque repara en que el relato que se construyó se basa en la diversidad de los que participan en su construcción y –e incluso– en la propia variación de opinión de los actores⁸. El prefijo «contra» confronta el intento de cerrar una sola narrativa de la transición, articulada por personas concretas⁹.

Cabe resaltar que, en el período que se analiza, la experiencia constitucional se vivió como una experiencia cultural¹⁰. Y aquí, por supuesto, es procedente recordar la enorme influencia que tuvo sobre la homenajead a la figura de su maestro, Juan José Ruiz-Rico¹¹, un intelectual que afrontaba los debates de su tiempo con todos los recursos (que eran muchos) a su alcance: desde los literarios, con novelas como «Ejercicio para romper una muñeca»¹², al ensayo que revelaba fallas sistémicas, «El sexo de sus señorías»¹³, pasando desde luego, por su trabajo académico, en el que introduce perspectivas desde las que abordar la transición metodológica que es objeto del capítulo VI de «Contra-

⁷ *Contranarrativa...*, pp. 233-234

⁸ Así se señala: «Los estudios sobre la transición política en España han sido innumerables y desde todas las perspectivas posibles, desde dentro y fuera de España, desde las más diversas disciplinas y las más distintas ideologías, [...] pero a la hora de categorizar los elementos fundamentales de éste las distintas valoraciones nos muestran no solamente su diversidad sino la manera en que los mismos actores han cambiado su criterio». *Contranarrativa...*, p. 233.

⁹ Completamente de acuerdo con la siguiente conclusión: «La transición política no puede atribuirse a personas físicas concretas ni mucho menos a celebridades intelectuales de renombrado talento, porque esa transición solo fue posible porque masivamente fue respaldada por todo el pueblo español en la calle y en los votos. Es bastante presuntuoso el alarde de algunos líderes que en la celebración del 40 aniversario de la Constitución de 1978 se atribúan méritos propios, en actos que deberían haber servido para replantear un texto que necesariamente tiene que ser revisado cada cierto tiempo, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno geopolítico». *Ibidem*, p. 234.

¹⁰ De nuevo el paradigma háberliano de la Constitución como ciencia de la cultura (*La teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000). En el análisis que se lleva a cabo en este ensayo tiene un papel muy importante el relato cultural elaborado por escritores e intelectuales tan relevantes (e ideológicamente divergentes) como Benet, Barral, Martínez Sarrión, Bardem, Haro Tecglen, Pepe Ribas, Marsé, Goytisolo... Se les puede encontrar especialmente en el extenso Capítulo II, «El comportamiento de los agentes sociales», pp. 89-146

¹¹ En el homenaje que se le tributó con ocasión de su muy temprano fallecimiento la profesora Balaguer recuerda sus clases trasladando la emoción que provocaba. Estos testimonios son fundamentales para comprender el valor que desde siempre han tenido las clases magistrales cuando el o la docente es capaz de alcanzar ese nivel de comunicación extrema, dominando todos los recursos a su alcance. «A Juan José Ruiz-Rico», en AAVV, *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, III, pp. 1854-1855.

¹² Grijalbo, Barcelona, 1980.

¹³ Temas de Hoy, Madrid, 1991.

narrativa...»¹⁴ (V. gr. «Problemas de objetividad y neutralidad en el estudio contemporáneo de la política»¹⁵).

El trabajo llama a desafiar clichés y por ello me condujo a tratar de poner en claro algunas de las fragmentarias ideas que siempre me han rondado cuando he leído cualquier análisis sobre los procesos que llevan a la aprobación de las constituciones.

2. HILO N.º 2. CONSTITUIR, CONSTITUYENTE, CONSTITUCIÓN

Como cualquier constitucionalista no he hecho otra cosa en mi vida, en mis clases y en mis trabajos, que darles vueltas a estas palabras, encontrarles su sentido, e intentar que cobraran una existencia concreta. Son conceptos ambivalentes, profundos; capaces de generar tantas expectativas como decepciones (el famoso desencanto¹⁶). Son incluso, podríamos decir, conceptos en los que la variable generacional interviene, siempre que se admita que las nuevas hornadas son tendentes a confiar en las destrucciones creativas y las que acumulamos quinquenios mantenemos siempre a raya las ilusiones desmedidas.

Y aquí van las primeras preguntas: ¿están necesariamente relacionados? En particular, ¿puede haber Constitución sin poder constituyente? Me interesa, en especial, pensar si la categoría de poder constituyente puede rendir algún rédito a las dos misiones históricas del constitucionalismo cualesquiera que sean los textos (o las convenciones) que lo encarnen: el control del poder y la garantía de los derechos de las personas. Para ello, trabajaré con tres vectores básicos: Pueblo, Constitución y Soberanía.

2.1 Hilo secundario n.º 1: Pueblo. ¿Qué pueblo?

La teoría del poder constituyente permite identificar un sujeto. En efecto, la dogmática tradicional a la que sustituía afirmaba que cualquiera que fuera la estructura del poder político, ésta no había sido creada por nadie. Formaba parte de la esencia inmutable de las cosas¹⁷. El derecho, cualquiera que fuera

¹⁴ «La evolución del derecho político al derecho constitucional», pp. 219-231.

¹⁵ RUIZ-RICO, J.J., «Problemas de objetividad y neutralidad en el estudio contemporáneo de la política», *REP[-Negr]* Letra Normal, n. 205, 1975.

¹⁶ Título de la monumental película de Jaime Chávarri.

¹⁷ Así por ejemplo en la doctrina del Derecho divino de los Reyes. Cfr. J. N. FIGGIS: *El derecho divino de los reyes y tres ensayos adicionales*, FCE, México, 1942.

su rango, era declarado, no creado¹⁸. El poder constituyente cumple así una primera misión para el constitucionalismo que es erradicar el misterio e identificar al poder creador, permitiendo su control y aportando pistas a quien quiera ejercerlo.

Este Pueblo, en la construcción que Sieyès¹⁹ y sus herederos nos han legado, es un Pueblo unitario, que actúa incontinentemente en un momento dado, en un espacio territorial muy concreto, y, en última instancia, directamente.

En el primer sentido, el Pueblo como sujeto político capaz de alumbrar un nuevo orden jurídico es uno²⁰; se soslaya cualquier disensión cuando se conjuga el «We» de la Constitución Norteamericana²¹; los odiosos cuerpos intermedios –ofensa a la igualdad formal– se funden un pueblo que soslaya todas las identidades –que las enjuga– tras el concepto de ciudadanía, ocupado en exclusiva por un grupo poblacional (la burguesía), por un género (el masculino), una raza (la blanca) y por una etapa vital que encarna la plenitud de capacidad (la madurez).

Este Pueblo puede actuar políticamente de dos formas, la directa, y la representativa, esto es eligiendo élites capaces de formar con su superior juicio (de ahí el mandato representativo) y la observancia de las admirables reglas del procedimiento parlamentario (el debate y la publicidad) la voluntad estatal, que es la voluntad de la Nación, la voluntad popular. La minoría no solo no tiene razón sino que no es siquiera una expresión a considerar porque con el Pueblo todo y sin el Pueblo nada. Es obvio que el Poder constituyente en cuanto expresión de la voluntad popular (con todos esos correctivos que pronto impone la representación) no puede equivocarse; es tan omnisciente como Dios y debe ser tan omnipotente como Dios.

Resultan fácilmente imaginables las razones que asistían a quienes creyeron que las mayorías estarían siempre guiadas por el buen juicio y respetarían

¹⁸ También señala esto Pimentel: «La constitution est une *norme sans auteur*. La loi fondamentale n'est pas le fruit de la *volonté* libre d'un auteur, mais le résultat de la *nécessité*.» Cfr. PIMENTEL, C.M., «Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant», *Jus Politicum, Autour de la notion de Constitution*, n.º 3, 2009, p. 7. También algunas consideraciones a este respecto en mi trabajo «Los Parlamentos y el tiempo. El ejemplo inglés hasta la Revolución Gloriosa», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 36/37, 2001.

¹⁹ SIEYES, E. J., *Qu'est-ce que le Tiers État?*, 1789, versión española de Jose Rico Godoy, recogida en E. J. SIEYES, *¿Qué es el estado llano?*, (reimpresión del original de 1950), CEC, Madrid 1988.

²⁰ «En las sociedades orgánicas del *Ancien Régime*, el poder político se hallaba subdividido en mil sociedades particulares (no era, pues, un poder político en el sentido moderno de la expresión: de ellas nunca hubiera podido emerger un poder tan general que se mostrara capaz de realizar una tarea constituyente, que requiere la capacidad de situarse fuera de las relaciones immanentes a la sociedad para conferirles desde fuera un (nuevo) orden. ZAGREBELSKY, G., «La constitución y sus normas» en Carbonell, M. (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa México, 2000, p. 68.

²¹ Un nosotros que convivía con la esclavitud que es exactamente la alteridad más absoluta, la exclusión de un grupo de personas en razón de su raza a un limbo en el que ni siquiera ahora figura ningún integrante del género animal (y probablemente vegetal, me atrevería a decir).

los derechos de las minorías²². Pero no puede dejar de reconocerse que la historia del constitucionalismo (o más bien la de sus caídas) ha de partir de la ingenuidad que supone esta creencia. Muy pronto la experiencia mostraría que la participación de un poder llamado Pueblo en la toma de decisiones acerca de su futuro no resuelve todos los problemas que el constitucionalismo tiene que enfrentar. En gran parte, estos problemas han venido causados por la hipótesis del concepto de Pueblo, elemento consustancial del concepto de Poder constituyente.

Pero es que además ese Pueblo fue siempre una creación, interesada, que sirvió para negar la misma existencia de quienes no entraban en su círculo, de los excluidos. Era pues, un constructo aglutinador (para quienes estaban dentro), que producía una profunda integración de quienes compartían toda una visión de la experiencia política y vital en torno a un conjunto de valores que las teorías de la sociedad y las expresiones artísticas explicaban y elaboraban con gran pericia. Sin embargo, el sentido común, la opinión pública, el espíritu de la burguesía, fueron incapaces de eliminar el pluralismo y el conflicto que le es consustancial. Y así, el constitucionalismo del siglo XX, el constitucionalismo de las minorías, plantea una enmienda a la totalidad al concepto de pueblo. Todavía más lo hace el constitucionalismo de la vulnerabilidad (articulado en torno a la noción de víctima y la reparación como instrumento jurídico de resarcimiento) que hace de las identidades una categoría que obliga -incluso- a repensar la idea -más plausible- de ciudadanía.

En definitiva, el sujeto que se presenta como titular del Poder constituyente se define desde el presupuesto de que la circunstancia que determina la pertenencia de cada persona al Pueblo fuera una e inmutable (aunque en la sociedad burguesa el mérito permite teóricamente superar la desigualdad de nacimiento). Esto, perfectamente comprensible en el proceso de afirmación y expansión de los Estados nacionales y burgueses del siglo XIX, no se acompasa con la manera de afirmar las identidades en el constitucionalismo del pluralismo del siglo XXI. Y es que hoy es notorio que hay rasgos, como raza, sexo, orientación sexual... que son elementos constitutivos de nuestro desarrollo individual y grupal, erigiéndose así en identidades (con toda su fuerza inclusiva y excluyente).

Por otro lado, la ligazón entre el Poder constituyente y un Pueblo quiebra cuando dentro del mismo se afirman identidades territoriales diferenciadas o se superponen diferentes vínculos jurídicos (como la ciudadanía europea que

²² Si bien siempre hubo algunos escépticos muy notables. V. Gr. BURKE, E., *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, (trad., notas y excelente prólogo de C. Mellizo), Alianza, Madrid, 2016.

hay que sumar a la de los estados miembros de la Unión). ¿Quién es hoy el Pueblo, sujeto de decisión en un proceso constituyente? ¿Lo es el de los Estados miembros de la UE para poder bloquear cualquier procedimiento de reforma de los Tratados?²³ ¿Lo es el de la UE para forzar reformas en las normas constitucionales de los Señores de los Tratados? ¿Lo es el de Cataluña para decidir unilateralmente sobre su pertenencia a España? ¿O lo es el de España para decidir el encaje que las Comunidades Autónomas deban tener en nuestro modelo federal?

Si queremos seguir con el paradigma del poder constituyente, habrá que atender, al menos, esas consideraciones sobre el sujeto que siempre ha sido su agente.

Pero pasemos ahora a aquellas explicaciones clásicas del poder constituyente que nos remiten a unos ciudadanos y a sus representantes actuando con plena ilimitación en un momento dado. Este concepto encuentra una acogida perfecta en el contexto en el que la teoría toma cuerpo (en la Francia revolucionaria o en los EEUU); un contexto en el que los sujetos revolucionarios toman el poder y conforman una realidad a la que —conforme a los presupuestos iusnaturalistas de partida²⁴— se daba por inmutable, al estar regida por las leyes de la historia, la ciencia y de la razón (aun cuando entre estos tres términos no se puedan establecer siempre relaciones armónicas). En cambio, esta teoría de un Pueblo que, al dotarse de una Constitución, llama a las generaciones futuras a sumarse a un pacto en el que no han participado; esta teoría en el que el Poder constituyente lo tiene, en definitiva, una generación, quedando el resto a ejercer un mero poder derivado, no tiene fácil encaje en la actualidad. Como en tantas ocasiones la soberanía necesita de nuevo ser reformulada contando con los derechos de las nuevas generaciones, con la responsabilidad intergeneracional.

Así las cosas, el concepto de Pueblo como sujeto del Poder constituyente se aviene mal con el pluralismo. El Pueblo ya no es la unidad mística que construyeron los primeros revolucionarios para combatir la gran uni-

²³ BALAGUER CALLEJÓN, F., «*Si el proceso de integración europea ha relativizado el poder soberano de los Estados, dando lugar a una auténtica transferencia de soberanía a la Unión Europea, cabe plantearse hasta qué punto sigue siendo aplicable el propio concepto de «poder constituyente» en cuanto poder originario y sin límites jurídicos al poder constituyente que pueden ejercitar actualmente los Estados miembros de la Unión Europea*». Cfr. «El status constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente», en AA.VV., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Vol. I, Madrid, 2002, pp. 108. Cfr. también AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Sobre la utilidad jurídica del concepto del poder constituyente», en M.A. García Herrera, J. Asensi Sabater, y F. Balaguer Callejón, *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 833-859.

²⁴ Cfr. FIORAVANTI, M., *Los Derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2009.

dad: el poder del Monarca. Hoy, si el Pueblo destaca por algo, es por su pluralidad. Es una categoría atravesada por la diferenciación entre mayorías y minorías (cuya relación hay que establecer en forma de derecho) y en la que cabe encontrar matizaciones ideológicas, geográficas, personales, etc. Me atrevería, incluso, a sugerir que en la utilización excluyente del concepto de Pueblo están algunas de las claves que hacen insolubles los problemas territoriales de España, ya que de una parte están quienes no comprenden más Pueblo que el español (y de ahí que no admitan en modo alguno una consulta en una comunidad autónoma acerca de la voluntad de pertenencia de ésta en el Estado), y, de otra, quienes no aceptan más que el de la Comunidad autónoma correspondiente (lo que les hace no aceptar otra alternativa que el referéndum).

2. HILO SECUNDARIO N.º 2: CONSTITUCIÓN, UN CONCEPTO QUE SE CONSTRUYE.

El objeto del poder constituyente es la Constitución ²⁵. Ésta es su obra. Es el resultado que debería determinar su agotamiento, su consunción. Tal afirmación exige que tengamos en cuenta que si la noción de constitución ha evolucionado desde su inicial configuración habrá que acusar tal transformación en la estructura que la hizo posible. Y desde luego son evidentes las modificaciones sufridas por el concepto de Constitución.

Pongamos de manifiesto, para comenzar, la evidencia de que no todas las culturas jurídicas adoptaron la noción de poder constituyente ²⁶. Es sabido como no lo han hecho aquellos modelos en los que la Constitución es el producto de la adecuación paulatina de las instituciones a los diferentes cambios históricos. Gran Bretaña es el ejemplo más notorio ²⁷. Donde las Constituciones son históricas o en donde arraiga la noción de la constitución material no cabe encontrar un poder creador con la capacidad atribuida al poder constituyente.

²⁵ Señala ZAGREBELSKY, G., «La Constitución y sus normas», *op. cit.*, p. 67: «La Constitución como fuente del derecho formal es el acto producido por el Poder constituyente».

²⁶ Una exploración en este sentido puede verse en Loughlin, M., y Walker, N. (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, 2007.

²⁷ Es interesante, en especial, destacar como en el capítulo de la obra citada en la nota inmediatamente anterior dedicado al contexto británico LOUGHLIN, M., muestra como el concepto irrumpe con fuerza en el contexto de la crisis política del siglo XVII para quedar luego definitivamente sepultado bajo la forma de la soberanía parlamentaria. Cfr. «Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice», en *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, *op. cit.*, pp. 28 ss.

Pero también es más que dudoso que sea utilizable el concepto de poder constituyente en el contexto del concepto racional-normativo de constitución. Si la Constitución es el producto de la razón, no lo será de la voluntad, o, en cualquier caso, no lo será de una voluntad absoluta e irrefrenable, ilimitada²⁸. Además, tal y como señala admirablemente García Pelayo, el concepto racional normativo de constitución descansa en la despersonalización de la soberanía y la afirmación de la Constitución como soberana²⁹. Si la soberanía se encarna en una norma y no en un sujeto a lo más que podremos llegar es a decir que el poder constituyente se agota de manera definitiva cuando trasvasa la soberanía de hacer una constitución al producto de su acción: la misma constitución³⁰. García Pelayo acierta al situar como elemento clave de la construcción doctrinal de la constitución racional-normativa la despersonalización que es enlazada con toda la dinámica de objetivación del pensamiento científico y económico que despegas tras la Ilustración. La Constitución racional-normativa supera en el siglo xx a la venerable justicia con los ojos vendados como metáfora de todo lo prometedor que el derecho puede ofrecer. La Constitución normativa es el fin de la idea del poder constituyente³¹.

Por el contrario, el concepto de poder constituyente se ajusta a la perfección al modelo decisionista de Constitución de Carl Schmitt³². Dice, de nuevo, García Pelayo

²⁸ Recuerda esta crítica al concepto de poder constituyente Rubio: Cfr. RUBIO LLORENTE, F., «El constitucionalismo contemporáneo», *REDC* 105, p. 378.

²⁹ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1984, p. 36.

³⁰ Señala GARCÍA PELAYO, M.: «Todo ese normativismo puede estar más o menos neutralizado por ciertos elementos voluntaristas referidos a un poder constituyente, más en cualquier caso el concepto racional normativo supone una especie de deificación de la constitución, ya que por ella los reyes reinan, los parlamentos legislan, los gobiernos gobiernan y las leyes rigen». *Ibidem*.

³¹ En coherencia con lo que se acaba de mantener, Requejo sostiene como el gran teórico de la constitución normativa era ajeno al concepto de poder constituyente como principio legitimador de la Constitución: «La juridificación de los valores liberales supuso, en efecto, su «absolutización» en la medida en que pudo recabarse para ellos el mismo fundamento que el reconocido a la Constitución positiva, que en la concepción radical kelseniana no será ya siquiera la voluntad de una quimera como la del poder constituyente, es decir, una mera abstracción –aunque en todo caso un concepto distinto y anterior al de la Constitución y su Ordenamiento–, sino un fundamento endógeno y, por tanto, innecesario: el solo hecho de existir justifica la existencia de la Constitución, que, siendo causa jurídica de las normas que de ella derivan su validez, no requiere, por definición, de una causa para su existencia propia. Como no la requiere el Estado en el que se conceptualiza el Ordenamiento constituido desde la Constitución. La pregunta por el fundamento de la Constitución es para el normativismo radical una pregunta ociosa. En otros términos, su fundamento es in cuestionable, como lo es el dictado de la voluntad divina o una proposición lógica». REQUEJO PAGÉS, J.L., «El triunfo del constitucionalismo y la crisis de la normatividad» en *Fundamentos* 2/2000 pp. 192-193

³² Neil Walker pone de manifiesto como la categoría de poder constituyente ocupa un papel esencial en los dos debates claves a los que se enfrenta la doctrina contemporánea del derecho constitucional: en primer lugar el que opone a normativistas frente a decisionistas y, en segundo término el que enfrenta a partidarios de la soberanía estatal a los defensores de estructuras jurídicas de integración supranacional.

yo³³ refiriéndose a la construcción de este autor: «La constitución no surge ni se establece por sí misma, sino por un acto del poder constituyente, es decir, en virtud de una voluntad política preexistente, que decide sobre la forma y el modo de unidad política de manera que esta unidad política no nace en virtud de la Constitución, sino que es el supuesto de ella: tal unidad política es una realidad existencial, y lo único que hace la constitución es determinar su estructura política concreta»³⁴.

Ahora bien, resulta ser la concepción de Constitución como producto de la decisión de un poder constituyente *tout court* un paradigma bastante limitado e inadecuado para comprender lo que esperamos hoy de los textos constitucionales. En efecto, su sentido no estriba en «partir de» una unidad (un origen, el *Deus ex machina*) sino en «crear» una unidad, una unidad plural; refundar de esta manera –compleja y ciertamente paradójica– las bases de nuestra convivencia; es una alteración jurídica que afecta a la sustancia de la ciudadanía, que pasa a sustentarse sobre nuevos elementos (por ello son los derechos fundamentales su clave, y puede que también su talón de Aquiles). Una Constitución crea una nueva ciudadanía, en su pluralidad de dimensiones; sobre todo en lo que tiene de fundación de una nueva comunidad política. Y en este proceso se ha de ser especialmente cauteloso. La ciudadanía requiere un elemento de comunidad, de pertenencia, de reconocimiento mutuo que para la que no es muy funcional la dinámica de exacerbación del conflicto entraña el concepto de poder

Cfr. WALKER, N., «The return of constituent power: A reply to Mattias Kumm», *I-CON* (2016), Vol. 14, n.º 4, pp. 906-913.

³³ *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 85

³⁴ Recuerda ALZAGA VILLAAMIL, O., («La Nación en los Preámbulos de las *Leges superiores*. El Estatut de 2016 y la STC 31/2010», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 27, 2011, pág. 134) la afirmación de Donoso Cortes, -quien fue bien conocido por el jurista alemán- «el poder constituyente no puede localizarse por el legislador, ni formularse por el filósofo; porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las constituciones; aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue». Estas palabras reflejan a la perfección las claves que nos permiten dar cuenta tanto del nuevo auge que tiene Schmitt en la actualidad (GARCÍA LÓPEZ, E., «Carl Schmitt y la cultura política post-histórica: una hipótesis acerca de la renaissance anglosajona de Schmitt», *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n.º 14, 2013) como del juego que la categoría del poder constituyente puede asumir cuando lo que se busca es una transformación profunda del ordenamiento sobre la base de la sustitución de un elemento de legitimidad por otro (en el caso territorial catalán, como veremos posteriormente, se ve con toda claridad). El presunto derecho a decidir es el apogeo del decisionismo. Nada mejor que dejar directamente a Schmitt que intervenga: «Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser político, acerca del modo y forma del propio Ser» [...] Es claro que ese Ser, así concebido, no puede desaparecer: «Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política». *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1996, p. 94. Comparto aquí las observaciones de SAFRANSKY, R., dirigidas, directamente, entre otros a C. Schmitt: «Los amantes de los grandes instantes en los años de Weimar son casi todos adventistas de la nada, sacerdotes sin buena nueva, en ellos la actitud es el contenido». SAFRANSKI, R., *Un maestro de Alemania. Martin Heidegger y su tiempo*, Tusquets, Barcelona, 2003, p. 213.

constituyente. Es muy complicado que se sienta partícipe del poder constituyente aquel que ha visto sus posiciones vencidas; supondría un ejercicio de racionalidad al alcance de pocos y muy escogidos seres humanos.

Y es desde este punto de vista, orientado a las funciones de los textos constitucionales como espacios de conllevanza cuando podemos apreciar la auténtica virtualidad de los silencios y las omisiones³⁵; aspectos que solo pueden recibir una consideración negativa desde el planteamiento tradicional del poder constituyente. Porque, para éste, dejar aspectos fundamentales sin resolver es como admitir a un Dios omnipotente que no concluya su tarea. En efecto, el poder constituyente sitúa a las personas ante la esfera de decidir sobre cuestiones fundamentales, cuando es perfectamente posible que la mejor manera de resolver determinados problemas que no se pueden zanjar sea pasar por encima de ellos³⁶. Eso es importante de cara al problema que nos planteamos porque es muy probable que el poder constituyente solo se pueda poner de acuerdo en lo que ya está de acuerdo (careciendo, entonces, de sentido iniciar el proceso) y que resulte una fuente de conflictos irresolubles entrar a discutir sobre cuestiones sobre las que solo una omisión genera integración. Realmente en el proceso constituyente español puede verse esta dinámica. El acuerdo fue fácil en lo que ya se coincidía básicamente (Constitución, democracia, derechos, Tribunal constitucional, Monarquía parlamentaria, relaciones Iglesia-Estado) y solo la omisión permitió el acuerdo sobre el modelo territorial. Si consideramos, pues, con Holmes, que es mejor que haya cosas sobre las que mejor no hablar para encontrar terrenos de concordia serían preferibles todas las instancias de actualización de los acuerdos básicos que fueran paulatinas, discretas, fragmentarias, reversibles (tales como las decisiones judiciales, los procesos legislativos) o incluso asistemáticas (que permitieran, en definitiva derivar una pluralidad de soluciones) antes que las que emplazaran a zanjar de una vez por todas si un Estado es centralizado o federal.

No debemos concluir este apartado dedicado a mostrar lo mal avenidos que están el concepto contemporáneo de Constitución y el poder constituyente sin reparar en una cuestión ciertamente obvia. Y es que el poder constituyente se ajusta como un guante, por lo menos desde un punto de vista ideal, a

³⁵ Estas ideas son completamente tributarias del trabajo de HOLMES, S., «Las reglas mordaza o la política de omisión», en Jon Elster y Rune Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 49-88.

³⁶ Pasar por encima tiene dos curiosos sentidos contrapuestos: pasa por encima la apisonadora que aplasta cuanto se le pone en su camino, y pasa por encima el ave que apenas repara en lo que está por debajo de ella porque está saciada o porque su hambre puede ser satisfecha por una presa que esté más lejos, todavía en el horizonte.

la generación de las constituciones nacionales. Pero es evidente que la crisis de los Estados-Nación y la interrelación de los ordenamientos, que es su derivación jurídica más evidente, nos está llevando a asumir lo que habitualmente llamamos constitucionalismo multinivel. Probablemente sea una forma eufemística y poco rigurosa de aludir al desfallecimiento de los Estados en un contexto en el que todavía no ha surgido un nuevo Leviatán que los sustituya³⁷, pero es la forma acuñada para decirnos que no sólo tenemos un texto constitucional sino tantos como ordenan los elementos básicos de la acción de los poderes públicos y la convivencia de los ciudadanos. ¿Es posible imaginar, siquiera, un poder constituyente *tout court* en semejante contexto?³⁸

3. HILO SECUNDARIO N.º 3: LA SOBERANÍA: ¿QUÉ EXCESO!

No hay elemento más genuino en la teoría canónica del poder constituyente que la ilimitación con la que actúa³⁹. El Poder constituyente es el Supremo Hacedor, el que lo puede todo; el que soberanamente acuña las reglas básicas de convivencia y la relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos.

Pero sin duda son malos tiempos para el principio de soberanía. El constitucionalismo actual lo ha devorado. Kriele, lo señalo de una manera lapidaria: «En el Estado constitucional no hay soberano»⁴⁰.

En efecto, la expresión de la soberanía ha devenido incompatible con todas las características del constitucionalismo actual que tiene una dimensión contramayoritaria indiscutible. Comprobemos, por ejemplo, el reto que supone la generalización de los Tribunales constitucionales cuyo sentido último estriba en la posibilidad de corrección de la voluntad de la mayoría. Hablar de un poder constituyente irrefrenable es remitir a un período sin Tribunales constitucionales, lo que –al margen del modelo británico– es trasladarnos a

³⁷ Tesis de REQUEJO PAGÉS, J. L., en *El sueño constitucional*, KRK ediciones, Oviedo, 2016.

³⁸ Lo intenta KUMM, M., que considera el poder constituyente un concepto clave de su visión del derecho constitucional cosmopolita. Cfr. «Constituent power, Cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law», *I-CON* (2016), Vol. 14, n.º 3, 697-711. Este intento se cifra en la sustitución tanto del sujeto (que pasaría a ser la comunidad internacional) como del objeto (la comunidad internacional constituida).

³⁹ Esta idea encuentra todo su sentido en la medida en que el poder constituyente estuvo históricamente en difícil tensión con la idea de soberanía. El poder constituyente frena al poder legislativo y tal limitación que, a juicio de la doctrina clásica debilitaba la soberanía, exige que ésta se concentre en el órgano que es capaz de elaborar la constitución. PIMENTEL, C. M., «Du contrat social à la norme suprême: l'invention du pouvoir constituant», *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰ KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 150-151.

momentos no solo preconstitucionales sino aconstitucionales, períodos en los que no hay un marco normativo que pueda servir como elemento de control de poder y de garantía de los derechos.

Por otro lado, consideremos ciertos aspectos de carácter material refractarios al principio de soberanía. En particular sometamos a discusión la idea de que en el argumentario constitucional las palabras «control»⁴¹, «responsabilidad» o «límite»⁴² están plenamente instaladas. No parece posible negarlo. Como tampoco es posible renegar de que el concepto de derecho fundamental, en cuanto instrumento de protección de las minorías, aboca a que las capacidades soberanas no puedan proyectarse plenamente⁴³. Esto es, a negar las capacidades soberanas.

En el mismo sentido cabe hacer concurrir lo que significa la reforma constitucional, aquella institución que consigue adaptar la norma jurídica suprema a través de una actuación sometida formal (pero también materialmente) al marco que se entiende necesario modificar⁴⁴.

Así las cosas, la ilimitación del poder constituyente, queda asociada al momento histórico en el que se concibió y para prestar el servicio que prestó (la transformación total de un sistema jurídico político despótico hacia una forma primigenia de Estado constitucional). Ello nos lleva a otro concepto que debe comparecer en el análisis, el de revolución.

Ciertamente, la relación histórica entre el Poder constituyente y la revolución es bastante evidente. Son dos conceptos que son teorizados al tiempo. La Revolución francesa, «ese gesto de Dios» según Víctor Hugo⁴⁵, necesitó que el Pueblo tuviera el poder absoluto, puro, salvífico, de hacer la transición hacia el derecho: el poder constituyente.

Durante el siglo XIX la revolución no dejó de ser para la ideología «progresista» (utilizamos este adjetivo no con la acepción actual sino con la de quienes creían en aquel momento en la fuerza inexorable del progreso para

⁴¹ ARAGÓN REYES, M., «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987, núm. 19.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

⁴³ Cfr. en particular CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 4 2005.

⁴⁴ Las páginas de VEGA, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*[-Negr] Letra Normal Tecnos, Madrid, 1985; de OTTO, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*[-Negr] Letra Normal, Ariel, Barcelona, 1987; y de BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, CEPC, Madrid, 2022, atienden a todas estas paradojas.

⁴⁵ HUGO, V., *Los miserables* (M.ª Teresa Gallego Urrutia, Trad.), Alianza Editorial, Madrid, 2015, Volumen 2, p. 448.

lograr la felicidad humana⁴⁶) una iluminación del género humano entero⁴⁷; una etapa necesaria para el progreso⁴⁸. La revolución, el hecho, precisaba de un apoyo que fuese más que voluntad, que convirtiera en principios y reglas el nuevo orden. Octavio Paz escribe: «Desde finales del siglo XVIII la palabra cardinal de la tríada» (revuelta, rebelión, revolución) «es revolución. Ungida por la luz de la idea, es filosofía en acción, crítica convertida en acto, violencia lúcida. Popular como la revuelta y generosa como la rebelión, las engloba y las guía. La revuelta es la violencia del pueblo; la rebelión, la sublevación solitaria o minoritaria; ambas son espontáneas y ciegas. La revolución es reflexión y espontaneidad: una ciencia y un arte»⁴⁹.

Ciertamente las revoluciones han mantenido esta cierta aureola positiva en parte del pensamiento jurídico-político del siglo XX⁵⁰ pero la importante resolución de los antagonismos primarios que supusieron las constituciones tras la Segunda Guerra Mundial y los modelos de entendimiento colectivo a través de la paz social contribuyeron a su desuso. Las revoluciones pasaron a ser, en la consideración más aceptada, algo propio de modelos en los que la legitimidad de origen es profunda e irremediablemente injusta; incapaz de modificarse desde dentro; inicua y violenta; tan violenta que la violencia contra ella pasaba a ser justa en la lógica de los derechos a la resistencia a la opresión, en el marco de las viejas teorías de los monarcómacas.

Así las cosas, las dificultades para asumir el propio concepto de revolución en un contexto de constitucionalismo democrático son insuperables puesto que solo han sido defendidas incluso, por sus adalides, sobre la base de que resultan ser la única forma de que una idea considerada por una mayoría como justa, pero imposible de tolerar para un régimen político, pueda hacerse realidad. En la medida en que los modelos constitucionales admiten a trámite cualquier idea que no entrañe la violencia o el derrocamiento del modelo al margen del derecho (considerando que el derecho siempre ofrece salida para su modificación para quienes no lo comparten si logran extender de forma suficiente su descontento entre la ciudadanía), la revolución es indefendible por principio. Supondría ceder al mero uso de la

⁴⁶ HUGO, V., *Ibidem*, 394 ss.

⁴⁷ HUGO, V., *Ibidem*, p. 395.

⁴⁸ HUGO, V., *Ibidem*: «Hasta que quede establecido el orden, que no es sino la paz universal, hasta que reinen la armonía y la unidad, las etapas del progreso serán las revoluciones».

⁴⁹ PAZ, O., *Corriente alterna*, Siglo XXI, Madrid, 2009, p. 159.

⁵⁰ V. Gr. HARDT, M., y NEGRI, A.: «La revolución no es para los corazones delicados. Es para monstruos. Uno tiene que desprenderse de lo que es para descubrir lo que puede devenir». *Commonwealth, El proyecto de una revolución del común*, Akal, Madrid, 2011, p. 341.

fuerza de algunos hombres de terrible determinación frente al criterio del común; a la imposición de una vanguardia frente al «one person, one vote»⁵¹.

En definitiva, no es posible mantener que haya un solo Pueblo, dueño absoluto de su destino; no es posible imaginar la Constitución como un marco completamente cerrado por una decisión; y una ilimitación material absoluta en un marco constitucional claramente fragmentado permite violentar tanto al sujeto como a la acción del Poder constituyente. ¿No son suficientes razones para cuestionar radicalmente —o al menos acotar drásticamente— su uso⁵²? ¿No demuestran la profunda inadecuación del concepto de poder constituyente como categoría explicativa?

3. HILO N.º 3. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA: PODER CONSTITUYENTE VS. PROCESO CONSTITUYENTE. APUNTES DOCTRINALES

Volvamos de nuevo a la monografía que inspira estas páginas. En ella se pone de manifiesto con claridad que la secuencia político-jurídica que da lugar a la Constitución del 1978 se apoya en una serie de decisiones tanto materiales como formales que impiden hablar de un Poder constituyente conforme a los criterios tradicionales⁵³.

Considérese, así, que la pieza normativa esencial para que se abriera el proceso constituyente fue la Ley para la Reforma Política⁵⁴, ley que se aprueba y jurí-

⁵¹ Recordemos lo que señalaba Pasternak al final de esa complejísima epopeya que es Doctor Zhivago: «Las revoluciones son hechas por hombres de acción, fanáticos unilaterales, genios limitados. En algunas horas o días trastornan el viejo orden. Las revueltas duran semanas, a lo sumo algunos años, y luego, durante décadas y siglos, se adora como algo sagrado el espíritu de limitación que ha provocado el cambio». PASTERNAK, B., *Doctor Zhivago* (Trad. Marta Rebón) Galaxia Gutemberg, Madrid, 2020, p. 608.

⁵² Esta polémica, obviamente, está lejos de ser sólo española. Por ejemplo, en Italia, Dogliani fue un abanderado de la necesidad de prescindir de la categoría. Otros autores, no obstante, como Palombella abogan por su mantenimiento. Cfr. DOGLIANI, M., «Potere costituente e revisione costituzionale», *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 1995. PALOMBELLA, G., *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Comares, Granada, 2000, pp. 13 ss.

⁵³ «La transición española que se abre con la muerte de Franco ha sido una historia, una experiencia, un modelo de evolución política, y tantas cuantas experiencias, reflexiones o circunstancias puedan imaginarse desde su inicio». *Contranarrativa*, ... *op. cit.*, p. 24.

⁵⁴ RUBIO LLORENTE, F., «El proceso constituyente en España», en *La forma del Poder*, CEC, Madrid, 1993, pp. 41 ss. En la p. 48 este trabajo se mantiene lo que creo que es la tesis más compartida acerca de este período, que en síntesis podría ser: lo que lo caracteriza es el proceso, no la pregunta por quienes ejercen el poder definitorio del proceso. Cfr.: «es evidente que esa estructura» (se refiere a las antiguas instituciones franquistas) «ha desaparecido con la promulgación de la nueva Ley y no habiendo sido sustituida realmente por ninguna otra, ha quedado abierto, necesariamente, un período constituyente durante el cual las relaciones entre los órganos superiores del Estado, al margen de toda norma eficaz no

dicamente se define⁵⁵ como una Ley fundamental. La Ley para la Reforma Política, opción clara desde su propio título por la reforma y no por la ruptura, que recibió la aprobación mayoritaria de los españoles en referéndum, es una ley-puente; es una ley que lleva de la legalidad franquista a la democrática, convirtiéndose así en uno de los emblemas jurídicos de la transición española. La ley para la Reforma Política tiene en su seno un conjunto de negaciones de los atributos tradicionales del poder constituyente: no se percibe ruptura; la soberanía se ejerce con respeto a la ley⁵⁶ y no hay, por tanto, ilimitación procedimental⁵⁷.

En lo que se refiere a las decisiones materialmente constitucionales es notorio que las que identifican el modelo jurídico-político que surge de la Constitución de 1978, tales como la forma de estado⁵⁸, el sistema electoral⁵⁹, el modelo autonómico⁶⁰ o las relaciones Iglesia-Estado⁶¹ son previas a la propia Norma Fundamental⁶².

Por otro lado, para corroborar la inexistencia jurídica de cesura se puede aludir a que la estructura de gobierno local se mantuvo tras la Constitución y

tienen más guía que la prudencia de unos y otros y, en definitiva, la que resulte del equilibrio de las distintas fuerzas en presencia». Los resaltados son míos.

⁵⁵ La disposición final señalaba, como es sabido: «La presente Ley tendrá rango de Ley Fundamental».

⁵⁶ Artículo 1.1: «La democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo».

⁵⁷ El proceso constituyente, al que en la Ley para la Reforma Política se le llama proceso de reforma constitucional (art. 3), se lleva a cabo siguiendo lo establecido en la Ley 1/1977.

⁵⁸ Ley 62/1969, de 22 de julio, por la que se provee lo concerniente a la sucesión en la Jefatura del Estado. En *Contranarrativa...* se aborda el papel de la Corona en las pp. 147-159 contenidas en el Capítulo III. «La situación institucional y su evolución».

⁵⁹ Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales.

⁶⁰ Real Decreto-Ley 41/1977, de 29 de septiembre, sobre restablecimiento provisional de la Generalidad de Cataluña; Real Decreto-Ley 1/1978, de 4 de enero, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el País Vasco; Real Decreto-Ley 7/1978, de 16 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Galicia; Real Decreto-Ley 8/1978, de 17 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Aragón; Real Decreto-Ley 9/1978, de 17 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico del archipiélago canario; Real Decreto-Ley 10/1978, de 17 de marzo, por el que se aprueba el régimen preautonómico del País Valenciano; Real Decreto-Ley 11/1978, de 27 de abril, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Andalucía; Real Decreto-Ley 18/1978, de 13 de junio, por el que se aprueba el régimen preautonómico para el archipiélago Balear; Real Decreto-Ley 19/1978, de 13 de junio, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Extremadura; Real Decreto-Ley 20/1978, de 13 de junio, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Castilla y León; Real Decreto-Ley 29/1978, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Asturias; Real Decreto-Ley 30/1978, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el régimen preautonómico para Murcia; Real Decreto-Ley 32/1978, de 31 de octubre, sobre régimen preautonómico de la región Castellano-Manchega.

⁶¹ Cfr. el Concordato entre la Santa Sede y el Estado español (Acuerdo marco de 1976) y los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos; sobre asuntos económicos; y sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979 pero materialmente preconstitucionales. A la situación de la Iglesia en la Transición se refiere *Contranarrativa...* en las pp. 119-122.

⁶² A esto habría que añadir que se discutió mucho si la aprobación de la constitución debiera suponer necesariamente el cese del gobierno y se determinó que no. Cfr. GALLEGU-DÍAZ, S., y DE LA CUA-DRA, B. (con Epílogo a cargo de BALAGUER CALLEJÓN, M.L.), *Crónica secreta de la Constitución: 40 años después*, Tecnos, Madrid, 2018.

hasta la celebración de las elecciones municipales de 1979. La continuidad, aunque fuera mínima, de instituciones territoriales no representativas de acuerdo con los principios recién constitucionalizados es otro dato muy significativo de cómo la transición no significó una revolución, aunque «revolucionara» a través del derecho toda la actuación de los poderes públicos y sus relaciones con los ciudadanos.

Así pues, resultaba extraordinariamente complejo explicar la transición española de acuerdo con los postulados del poder constituyente⁶³. La Constitución española, con su afirmación de la supremacía constitucional en el artículo 9.1, con su afirmación de la democracia y de los derechos fundamentales, con su disposición derogatoria, es la cúspide de un nuevo ordenamiento; rompe con el anterior; es el resultado de un proceso constituyente, pero no la acción de un poder constituyente soberano, jurídicamente ilimitado⁶⁴.

Ciertamente la doctrina repara bien en este aspecto y así, por ejemplo, F. Balaguer señala en *Fuentes del Derecho II*:

«La constitución es la fuente suprema del ordenamiento y conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad. Es, además, la fuente que incorpora las normas fundacionales del ordenamiento mismo, a partir de las cuales se determinará la legitimidad del resto de las normas del sistema jurídico. Esa especial naturaleza de la constitución se explica en la dogmática tradicional por

⁶³ Podría detectarse incluso una dosis de historicismo tal y como señala Solozábal: «Me refiero, en primer lugar, a una sensibilidad historicista que presenta diversas manifestaciones, así el reconocimiento de la soberanía como nacional o perteneciente a la comunidad que va más allá de los tiempos presentes para abarcar asimismo a las generaciones españolas pasadas o anteriores; o la monarquía, que atribuye la magistratura del Jefe del Estado al actual legítimo heredero de la dinastía titular de la Corona. En el caso de los derechos históricos la cláusula de la foralidad, esto es, la Disposición Adicional Primera produce, como es sabido, la incorporación a la Norma Fundamental de instituciones procedentes de otros tiempos, referidas a instrumentos de autogobierno de los territorios forales («La Constitución ampara y respeta los derechos de los territorios forales», dice el primer inciso de la citada Disposición Adicional Primera). El sazonamiento constitucional con estos ingredientes historicistas aumenta sin lugar a dudas el potencial legitimatorio de la Ley Suprema, añadiendo un refuerzo de legitimidad tradicional a la legal racional propia de los órdenes democráticos, a la vez que supone una especificidad remarcable de nuestra Constitución, pues las constituciones, que contienen el plan político de la comunidad, tienden a orientarse proyectivamente. Estos detalles historicistas de la Norma Fundamental de 1978, en cambio, miran hacia atrás y corrigen su alcance rupturista o revolucionario, propio, en mayor o menor grado, de todo constitucionalismo. Las Constituciones, después de todo, como ha escrito la historiadora Linda Colley, son hijas de la revolución, y en cierto modo la de 1978 no es una excepción a esa regla». SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., <https://www.elimparcial.es/noticia/173896/opinion/constitucion-y-fueros.html>.

⁶⁴ El protagonista de la transición y profesor de derecho político Raul Morodo analiza estas cuestiones al hilo de la discusión constitucional del Preámbulo. Cfr. MORODO, R., «Proceso constituyente y nueva Constitución española: anotaciones al Preámbulo Constitucional», *Revista de Derecho Político*, (1), 1978.

medio de la teoría del poder constituyente. Teoría que, sin embargo, carece de contornos precisos y definidos»⁶⁵.

De esta manera, los constitucionalistas resultan pronto advertidos del contenido ficcional⁶⁶ de lo que Jacques Louis David quiso (porque no pasó de ser un boceto) elevar a admirable realidad en «El juramento del juego de la pelota». En mi caso alertó de que lo que funciona como recurso pedagógico, por su expresividad y su carácter acabado, no se compadece enteramente con la realidad. Y así llevé a las aulas visiones menos autosuficientes y autocomplacientes⁶⁷. Más vacilantes, también⁶⁸. Era preciso dejar de explicar la transición y el proceso constituyente como ese escenario en el que un poder soberano, ilimitado, el Pueblo, se daba a sí mismo una admirable (como no podía ser de otra manera porque la voluntad general nunca se equivoca⁶⁹) Constitución, que por ello se convertía en la norma suprema del ordenamiento jurídico. Había que incorporar que esta Constitución no era el producto de una decisión⁷⁰ sino una auténtica expresión de racionalidad⁷¹ (y a lo racional solo se llega a través de la deliberación y del reconocimiento y la comprensión de las diferencias; idea muy poco compatible con la de soberanía), cuestión muy relevante para darle su cualidad normativa y su posición en la cúspide de la estructura escalonada merkeliana.

Bien es cierto que la realidad constitucional inmediatamente posterior a 1978 se articulaba básicamente en torno al texto (sus 169 artículos y las disposiciones finales, transitorias y derogatorias). Y éste era, desde luego, el producto de unas Cortes Constituyentes (pero también ordinarias, no se olvide). No resultaba raro atribuir este maravilloso hito a un órgano representativo de un pueblo que interviene directamente en la ratificación en el referéndum de

⁶⁵ *Ordenamiento general del Estado y Ordenamientos Autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 28. Cfr. la nueva edición de *Fuentes del Derecho*, CEPC, Madrid, 2022, pp. 315-316.

⁶⁶ Mi interés por la complejidad de las ficciones en el constitucionalismo no se ha detenido. Antes bien, no ha hecho sino acrecentarse a partir de la lectura de MORGAN, E. S., *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, Siglo XXI, Madrid, 1988.

⁶⁷ Por ejemplo, la que se contiene en el trabajo de REQUEJO PAGÉS, J.L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

⁶⁸ Acaso el proceso de crecimiento del constitucionalista puede verse como el camino para dar la forma más precisa a la vacilación.

⁶⁹ De acuerdo con la teoría del Contrato Social de Rousseau. Da cuenta de lo generalizado de esta visión BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Antes bien, entre la concepción rousseauiana (tan extendida, por cierto, incluso en nuestros días) y el garantismo o el principio de supremacía constitucional, se manifiesta una contraposición indudable. Para la democracia de la identidad, una teoría de la limitación del poder resulta impensable». Cfr. *Fuentes del Derecho*, op. cit., p. 320.

⁷⁰ Recordemos que para SCHMITT, C., el concepto de poder constituyente era esencial. Cfr. *supra*.

⁷¹ Volvemos a subrayar que el concepto de constitución racional-normativo que teorizó García Pelayo es el constructo académicamente hegemónico.

1978⁷². Podía resistir así una teoría del poder constituyente como artífice de la constitucionalidad. Estamos todavía en el momento en que la Constitución es un acto (portentoso), con eficacia directa; no se sabía cuánto íbamos a necesitar verla como «proceso»⁷³. «Constituir un proceso» resulta ser una operación intelectual bastante sofisticada; algo en buena medida contraintuitivo.

Pero con el paso del tiempo la perspectiva doctrinal afina las críticas. En efecto, en el que es uno de sus últimos trabajos, Rubio Llorente pone de manifiesto que:

«Es bien sabido, que la teoría del poder constituyente choca en la mayor parte de los casos con la experiencia histórica real y encuentra grandes dificultades para justificar la perpetuación en el tiempo del dominio de la generación fundadora sobre las siguientes. Desde la perspectiva «triumfalista» del nuevo constitucionalismo, no son éstas, sin embargo, sus mayores debilidades. Su defecto capital está en la relación causal que en ella se establece entre Pueblo y Constitución. La noción de poder constituyente, aun reducida a la condición de mera hipótesis constructiva, lleva a una concepción voluntarista y estrictamente positivista, que no vincula la existencia de la Constitución a un contenido que asegure la libertad de la sociedad, la garantía de los derechos, ni la democracia»⁷⁴.

Así las cosas, podríamos certificar que la ausencia del poder constituyente es uno de los descriptores del constitucionalismo en su fase actual⁷⁵ —siempre que coincidamos que seguimos en aquella que se inaugura con la LFB. Sería posible mantener que, al menos en el contexto constitucional al que nos adscribimos, el poder constituyente ha quedado como una rémora de otros

⁷² La Constitución española y la Ley Fundamental de Bonn comparten muchos aspectos pero no, desde luego, en lo que se refiere a su procedimiento de aprobación.

⁷³ Muy tempranamente y con gran perspicacia se apreció este aspecto por JIMÉNEZ CAMPO, J., y PORRES, J., que consideraban a la Constitución «no tanto como un texto que agota sus virtualidades en el acto constituyente cuanto un proceso en cuyo desarrollo las normas son efectivamente interpretadas, aplicadas y puestas, en fin, en relación con las distintas alternativas políticas». Cfr. «Conflicto político. Técnica jurídica y aplicación inmediata en una constitución de compromiso: la CE de 1978», *Revista de Derecho Público*, 1979, p. 87.

⁷⁴ RUBIO LLORENTE, F., «El constitucionalismo contemporáneo», *REDC* 105, p. 378.

⁷⁵ Así Rubio en el comentario a la obra de Somek, *The Cosmopolitan Constitution* que lleva a cabo en el trabajo citado en la nota anterior señala: «A diferencia del anterior, el constitucionalismo 2.0, cuyo modelo es el de la Alemania de la postguerra, desvincula los conceptos de Constitución y poder constituyente. Somek se refiere sólo al sinsentido que hubiera implicado el intento de atribuir la supremacía de la Grundgesetz a un poder constituyente al que ni siquiera como ficción se apeló en 1948, pero podría añadirse que esa situación es la que se da también en las Constituciones otorgadas por las metrópolis en el curso de la descolonización, o impuestas por un Tratado internacional, como la de Chipre etc. La supremacía de la Constitución no se asienta ya en la voluntad soberana de donde procede, sino resueltamente sólo en su contenido, en su capacidad para garantizar los derechos y asegurar la existencia de una sociedad civil integrada por ciudadanos libres». p. 382.

tiempos, como un concepto ideológico, sin perfiles dogmáticos definidos y del que, por tanto, bien podríamos prescindir en los análisis.

4. PERO...

Sin embargo, nos queda el más espinoso de los aspectos; una objeción principal; aquella que tiene que reparar en la función simbólica⁷⁶ de una categoría, que exige, por tanto, apreciar el modo en que es percibida, con su cualidad explicativa y performativa, por la ciudadanía. Porque, en efecto, es preciso considerar como el concepto de poder constituyente se enlaza con los procesos de afirmación, aceptación y rechazo de las normas constitucionales. O por lo menos, antes de enviarla al baúl de los recuerdos románticos, condenarla al status de recurso pedagógico, o desustanciarla completamente (como habitualmente hacemos con la soberanía, dicho sea de paso) reparemos en la potencia que desarrolla en el ámbito de lo evocador. Su oscuro secreto.

Se entiende bien así que en las primeras etapas constitucionales el poder constituyente quede opacado por su creación, la Constitución, que aparece además bajo la veste del derecho, con la pulcritud que este concepto ofrece frente al de poder. Tampoco se impone su necesidad en aquellas fases del desarrollo de la constitucionalidad que no están sometidas a crisis de legitimidad (momentos de política normal en la terminología ackermaniana)⁷⁷.

No obstante, comparece de inmediato en cuanto los consensos básicos se resquebrajan, sugiriendo un nuevo horizonte que sane vicios y corrupciones, que lleve en volandas a la política a su condición de promesa (Hannah Arendt aquí es un lugar común)⁷⁸ y no de mera y resignada administración de un sistema que no se pretende cambiar. Cuando se trata de rearmar un proyecto compartido de ciudadanía tocan a rebato los elementos más emotivos y románticos. Delacroix puede con Mondrian.

Esta, creemos, puede ser la causa de que en España saltara de nuevo a la palestra⁷⁹. En efecto, la reacción ciudadana ante la crisis económica de 2011 y

⁷⁶ Y para esto nada más que ver que curiosamente la LFB, renuente a llamarse Constitución cede ante la tentación de decir que esta ley fundamental es producto de ... el poder constituyente. Cfr. Su Preámbulo: «Consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente Ley Fundamental».

⁷⁷ ACKERMAN, B., *La constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

⁷⁸ ARENDT, H., *The Promise of Politics*, Schocken Books, 2005.

⁷⁹ Ciertamente en otros contextos constitucionales, como el francés, por ejemplo, no ha dejado nunca de ser una cuestión a explorar. Cfr. Balaguer Callejón, F., Pinon, S., y Viala, A., (dirs.) *Le pouvoir constituant au XXI^e siècle*, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2017.

la aparición de nuevas fuerzas políticas, adscritas a la izquierda y articuladas doctrinalmente en torno a planteamientos muy desarrollados sobre todo en el ámbito latinoamericano (el neoconstitucionalismo, en especial) atribuyeron a la transición buena parte de la responsabilidad de los problemas que desde su punto de vista aquejaban a la sociedad española⁸⁰. Habida cuenta de las dificultades para llevar a cabo una reforma constitucional profunda se apela, de nuevo, al poder constituyente para establecer un nuevo marco.

Y ciertamente el poder constituyente representa un activo para el proceso secesionista catalán, un movimiento muy cuidadosamente diseñado que necesitaba movilizar de la manera más masiva posible a la ciudadanía de Cataluña (en especial a la que se quería atribuir el papel de vanguardia). La vía para lograrlo pasaba por darle existencia a un Pueblo imaginado; capaz de expresarse soberanamente, sin límites; resolviendo a las bravas una tensión nunca del todo reducible en el constitucionalismo, la que media entre estado de derecho y estado democrático; exacerbando, en consecuencia, la democracia como regla de las mayorías y atribuyendo a la decisión mayoritaria la cualidad salvífica de la voluntad popular. Grandes réditos se pueden extraer de nuestra vieja categoría: el poder constituyente. Un Pueblo; el catalán, decidiendo libremente su futuro (el derecho a decidir), ha de tener el poder de darse libremente su propia constitución. Es el Poder constituyente revestido de todos sus atributos míticos. Es el poder constituyente como cara pretendidamente amable de la revolución.

5. CONCLUSIÓN: CONTRANARRATIVA DEL PODER CONSTITUYENTE

Así que, a fin de cuentas, el concepto de poder constituyente vuelve a desasosegar. Las páginas que escribo al hilo de lecturas como *Contranarrativa...* se van a sumar a otras que cuentan con decenios. No por ello ganan en claridad; los argumentos se resisten a cerrarse. Las primeras glosas⁸¹ al exce-

⁸⁰ Este planteamiento está descrito y correctamente valorado en BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: «El análisis de la transición y su valoración se resuelve desde la doctrina con una imputación de sus efectos que se prolonga hasta hoy, atribuyendo a las condiciones sociales actuales el hecho de que la transición no las previera. Pero en puridad habrá que convenir que desde la década de los setenta hasta hoy muy pocas opciones se deberían ver en esta perspectiva histórica, de manera tal que los déficits actuales de la política y del derecho le sean atribuibles estando tan lejanas en el tiempo». *Contranarrativa...* p. 234.

⁸¹ Reviso mis notas y veo que las más antiguas son comparables a las entradas de un diario adolescente. ¿Qué joven puede entender con una mínima suficiencia la profundidad de las relaciones entre razón y poder? Si bien me había iniciado ya con el trabajo de MCILWAIN, C.H., *Constitucionalismo antiguo y moderno* (Trad. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., CEC, Madrid, 1991) y tomé notas sobre la tensión entre gubernaculum y iurisdictio no alcancé a percibir tanta sutileza, la que estaba permeando a toda aquella generación de constitucionalistas que, como la homenajead, pasaron del análisis del poder condicionado por el dere-

lente trabajo de Pedro de Vega⁸² no se acompasan con las nuevas ideas que se me imponen como consecuencia del valor que atribuyo al concepto de constitución. Intento tener elementos que me permitan afirmar con suficiencia que se trata de un concepto básicamente político e inespecífico pero advierto como no siempre la teoría constitucional puede prescindir de lo que evoca.

Así llegamos a la conclusión de estas páginas en las que retomamos el trabajo que las provocó. Las narrativas son múltiples, ocasionalmente contradictorias; la historia y el presente en el constitucionalismo no son netamente escindibles; las categorías explicativas son relatos culturales de una extraordinaria ambigüedad; cualquier comunidad política es una mezcla de herencia y expectativas; de promesas y frustraciones. La Constitución tiene un carácter irremisiblemente elusivo; su conformación efectiva admite múltiples formas y las únicas variables que no son negociables (el control del poder y la garantía de los derechos) pueden tener (o no) como cómplice al poder constituyente. Se trata de una alianza coyuntural, con riesgos, tanto si se concreta como si se descarta. «Contranarrativa...» repara en el «pacto» constituyente, recrea el tejido coral que hizo posible la transición de modo que el «poder»/sujeto constituyente queda –parcialmente– desustanciado por el logro: la Constitución.

Pero también podría haber sido de otra manera...

cho desde el paradigma de la ciencia política a tener como objeto prioritario de estudio el ordenamiento constitucional, sin soslayar la existencia las relaciones de dominación que todavía restan por afrontar.

⁸² VEGA, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Ed. Tecnos, Madrid 1985.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA ERA DE ULTRÓN

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO

Catedrático de Universidad,
Dpto. de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

SUMARIO: Introducción. 1. Acerca de la interpretación constitucional. 2. Una aproximación constitucional a un concepto de IA. 3. La interpretación constitucional ante la sociedad digital y la IA. 4. La interpretación constitucional en manos de la IA. Consideraciones finales.

INTRODUCCIÓN

Una línea de investigación que la Profesora María Luisa Balaguer Callejón ha abordado a lo largo de su intensa actividad investigadora, además de conectar al tiempo con su condición de Magistrada del Tribunal Constitucional, ha sido la relativa a la interpretación constitucional. Así, y solo como monografías, se encuentran *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria* (1990)¹ e *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico* (1997)²; y al tiempo, junto a Francisco Balaguer Callejón, la más re-

¹ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Civitas, Madrid, 1990, 194 pp.

² BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, con prólogo de P. Häberle, Tecnos, Madrid, 1997, 184 pp.; una segunda edición (ampliada) ha visto la luz en 2022, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 328 pp.

ciente *Verdad e interpretación en la sociedad digital* (2023)³. Si las dos primeras son un estudio detallista y exhaustivo de la interpretación jurídica de la Constitución al respecto del Poder Judicial, de un lado, y a su proyección y entera correlación ordinamental, de otro⁴, el tercer trabajo es una aproximación crítica a dicha interpretación a la luz, y sombras, de una realidad híbrida que se abre camino entre lo analógico y lo digital, y que viene progresivamente a descontextualizar la todavía vigente Constitución normativa, según se desarrollara y consolidara tras la II Guerra Mundial⁵ y diera lugar al (hoy en crisis) Estado constitucional de Derecho⁶. Es a esta última aproximación de la interpretación constitucional a la que queremos dedicar estas páginas; pero ello, especialmente, al influjo de la Inteligencia Artificial (en adelante IA), dados los cambios que ella supone (e irremediabilmente vendrá a suponer) en el Derecho constitucional y en su interpretación.

Al respecto, de *era de Ultrón* ya hemos hablado en otra ocasión para referirnos al desconcertante tiempo que está por venir al impulso de un progreso tecnológico protagonizado por una IA en plena expansión y desarrollo⁷. Pero más allá del impacto real pasado e incierto futuro de la IA a nivel cultural, social, económico, político y jurídico⁸, está la desconfianza que al

³ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «La interpretación en la sociedad digital», junto a BALAGUER CALLEJÓN, F., *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 99-154 (de 160 pp.). Otros trabajos menores al respecto de la interpretación han sido, *id.*: «Juez y Constitución», *Revista de Derecho Político*, n. 47, 2000, pp. 69-90; «La interpretación de las normas y la posibilidad de una sola respuesta correcta», en AA.VV. *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú (II)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pp. 683-702; «La interpretación constitucional como interpretación del Derecho», en AA.VV. *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 237-248.

⁴ De interés, CANDO SOMOANO, M. J., «Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico, María Luisa Balaguer Callejón», *Revista de Estudios Políticos*, n. 101, 1998, pp. 403-406.

⁵ Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, E., «Verdad e interpretación en la sociedad digital, Francisco Balaguer Callejón y María Luisa Balaguer Callejón», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 40, 2023.

⁶ Ya, DE JULIOS CAMPUZANO, A., «Crisis del Estado y Estado constitucional», en AA.VV. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 255 ss. También, y más recientemente, *vid.* BALAGUER CALLEJÓN, F.: «El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas», en AA.VV. *Los derechos fundamentales ante la crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, THOMSON REUTERS/ARANZADI, C. M. (Navarra), 2020, pp. 23 ss.; y «Desafíos globales de las grandes compañías tecnológicas», en *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2023, pp. 237 ss.

⁷ SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «El Derecho constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, v. 64, n. 2, 2016, pp. 225-258. También de interés, en esta línea, COTINO HUESO, L., «Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho», *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019, en especial pp. 16-17.

⁸ Entre otros, FINN, E., *Che cosa vogliono gli algoritmi. L'immaginazione nell'era dei computer*, trad. Gewurz, D.A., Einaudi, 2018.

presente nos produce la IA como ciudadanos y juristas⁹, y ello a pesar del esfuerzo desarrollado, en particular por la Unión Europea, para acometer normativamente la IA y la robótica¹⁰; muestra de esto es, precisamente, el reciente Reglamento de Inteligencia Artificial (2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024¹¹, y en adelante RIA)¹². De este modo, y aunque no todo es *riesgo*¹³ en relación a la IA¹⁴ (pues está también cierto optimismo entorno al progreso que esta tecnología bien pueda dar lugar)¹⁵, lo cierto es que la IA, finalmente, concita incerteza en el devenir humano¹⁶ y de ahí ese halo de confianza que de manera tan expresa se busca en el señalado RIA en Europa: de una «IA segura, digna de confianza y ética» se habla en él¹⁷.

⁹ Desde esta perspectiva *marveliana*, *vid.*, asimismo, DUTT SUNDARAJ, N., «The Curious Case of Doctor Ultron: How Well is English Law Currently Suited to Manage the Inherent Risks Associated with Black Box AI Medical Diagnostics?», *Cambridge Law Review*, v. V, n. 2, 2020, pp. 58-87.

¹⁰ Inicialmente, SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Derecho constitucional, desarrollo informático e inteligencia artificial: aproximación a la propuesta del Parlamento Europeo a favor de una regulación sobre robótica», en AA.VV. *Retos jurídicos por la sociedad digital*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 21-76.

¹¹ Por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

¹² Para una primera aproximación al mismo (si bien antes de su definitiva aprobación), *vid.*: REYES RICO, L., «La inteligencia artificial y su futuro marco regulatorio», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n. 95, 2022, pp. 121 ss.; HERNÁNDEZ PEÑA, J. C., *El marco jurídico de la Inteligencia Artificial. Principios, procedimientos y estructuras de gobernanza*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022; RUIZ TARRÍAS, S., «La búsqueda de un modelo regulatorio de la IA en la Unión Europea», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 57, 2023, pp. 91 ss.; RINCÓN, M. A., «Aproximación a la propuesta legislativa europea sobre inteligencia artificial», *Quaderns IEE: Revista de l'Institut d'Estudis Europeus*, v. 3, n. 1, 2024, pp. 110 ss.; Barrio Andrés, M. (dir.), AA.VV. *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024; y DÍAZ SENÉS, J. P., «Panorámica internacional de la regulación de la Inteligencia Artificial: Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (AI ACT)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 49, 2024, pp. 117 ss.

¹³ Cómo no, el clásico de BECK, U., *La sociedad del riesgo (Hacia una nueva modernidad)*, trad. Navarro, J. *et al.*, Paidós, Barcelona, 1998.

¹⁴ P.e., cfr. PÉREZ-UGENA COROMINA, M., «La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales», *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, v. 72, n. 1, 2024, pp. 307 ss.

¹⁵ *Vid.* MONASTERIO ASTOBIZA, A., «Inteligencia Artificial para el bien común (AI4SG): IA y los Objetivos de Desarrollo Sostenible», *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, v. 197, n. 802, 2021.

¹⁶ Entre otros, SULEYMAN, M., y BHASKAR, M., *The Coming Wave: Technology, Power, and the Twenty-first Century's Greatest Dilemma*, Bodley Head (Penguin Random House), London, 2023.

¹⁷ Considerando 8; asimismo, *vid.* Considerando 6. Desde tal perspectiva, *cfr.* HOYOS SANCHO, M. de, «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 AA.VV. *Justicia poliédrica en periodo de mudanza: Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 403 ss.; *vid.*, también, VARGAS, V., «Entre la confianza ciudadana y el impulso tecnológico. Retos jurídicos de la Inteligencia Artificial a la luz de la propuesta de Reglamento de la UE», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, v. 8, n. 1, 2022, pp. 176 ss.

A los efectos concretos de este homenaje a la Profesora Balaguer Callejón en relación a la interpretación constitucional, proponemos incidir así en la sociedad digital y la IA al respecto de la misma, para lo que vamos a detenernos, inicialmente, en la percepción que sobre la interpretación constitucional sostiene María Luisa Balaguer Callejón, para luego plantearnos una aproximación constitucionalmente adecuada, plausible, acerca de la IA (con la que comprender mejor su fenomenología y transcendencia jurídica); a continuación abordaremos, en la línea abierta por la propia Profesora, la interpretación constitucional a la sombra de una sociedad digital que comienza a girar, precisamente, en torno a la IA; en un paso más, nos proponemos afrontar también la potencial capacidad de la IA para interpretar la Constitución y su incidencia (claro está) en el Derecho Constitucional, especialmente a la sombra del desarrollo que de la IA *generativa* se está dando¹⁸; y para terminar, concluiremos con una reflexión conjunta sobre lo anterior, y en especial sobre si la misma IA es o será capaz de especular sobre su propio impacto en el sistema constitucional. Por último, se advierte que este trabajo se desarrolla desde una perspectiva crítica¹⁹, pues, además de ser parte de la idiosincrasia metodológica del Derecho Constitucional que se realiza en Granada, participa de ella la propia Profesora Balaguer Callejón²⁰.

Qué mejor manera, por tanto, de homenajear el trabajo de toda una vida en la Universidad (y en instituciones como el Consejo Consultivo de Andalucía y el mismo Tribunal Constitucional) de una de las profesoras pioneras del Derecho Constitucional en España, que asumiendo, como hiciera María Luisa Balaguer Callejón, los nuevos retos que surgen ante una Constitución en constante interacción con la realidad²¹ y de una IA capaz, incluso, de transformar al propio Derecho a la vista de cómo hoy los operadores jurídicos la utilizan ya en la realización del mismo.

¹⁸ Sobre esta, p.e., *vid.* CASAR CORREDERA, J. R., «Inteligencia artificial generativa», *Anales de la Real Academia de Doctores*, v. 8, n. 3, 2023, pp. 475 ss.; y ALBALAT, R., ARTIGAS, P., PADRÓ, M., PIÉ, M. y PITARCH, D., «Cartografía de la inteligencia artificial generativa», trad. Duarte, P., *Revista de la Universidad de México*, n. 4, 2024, pp. 44 ss.

¹⁹ Cómo no, CABO MARTÍN, C. de, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta, Valencia, 2014.

²⁰ P.e., *vid.* BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «El sujeto débil en la doctrina de Carlos de Cabo», en AA.VV. *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 339 ss.

²¹ Ya, SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «El derecho constitucional hoy: entre realidad, prospectiva y distopía digital», en AA.VV. *El constitucionalismo ante la digitalización de la realidad social*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 19 ss.

1. ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Destaca en su obra la Profesora Balaguer Callejón cómo la interpretación de la Constitución es eje de la más amplia interpretación del entero Derecho, en atención al carácter normativo de aquella, de modo que esta dependa siempre de la primera; toda interpretación del Derecho, por tanto, supone una paralela interpretación constitucional²², por lo demás, asimismo jurídica²³. Ello no impide, sin embargo, cierta especificidad de la interpretación de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico en atención a características propias de las normas constitucionales, destacando la mayor consideración política de estas (dada su directa conexión con el poder)²⁴, como, y en particular, su presentación más amplia y abstracta en cuanto a los principios y valores que prosperan a nivel constitucional²⁵. Esto último supone que la interpretación de la Constitución tienda a sobrepasar la mera perspectiva racionalista y la subsunción normativa (en tanto que lógica deductiva)²⁶, para acoger una metodología más compleja y dialéctica, como es la argumentativa²⁷; de este modo es que la interpretación constitucional conlleve, de ordinario, un enfrentamiento jurídico de argumentos en pos de una interpretación razonable y adecuada en el marco *pluralístico* que garantiza el modelo de Constitución normativa que efectivamente se consolidara tras la II Guerra Mundial²⁸.

Lo anterior es muy relevante a los efectos de estas páginas, pues, más allá de las diversas concepciones doctrinales en torno a la interpretación jurídica con carácter general²⁹, ciertamente el constitucionalismo de posguerra del si-

²² Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.^a ed. cit., pp. 31 ss.; asimismo, vid. *op. cit.*, pp. 129 y 227 ss.

²³ No en vano, «estudiar la interpretación de la Constitución en su adecuado contexto, [...] no ha de ser diferente de cualquier otra actividad interpretativa del derecho. Ello porque mantener dos cánones interpretativos supone mantener dos conceptos distintos de normas jurídicas ordinarias y constitucionales, conceptos que implican a su vez una percepción de la naturaleza de los preceptos constitucionales poco aceptable desde la perspectiva de la unidad del ordenamiento»; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.^a ed. cit., pp. 23-24; asimismo, cfr. *op. cit.*, pp. 28 ss.

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria...* cit., pp. 58-66; e *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.^a ed. cit., pp. 48 ss.

²⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.^a ed. cit., pp. 34-35, 111 y 137.

²⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.^a ed. cit., p. 24

²⁷ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.^a ed. cit., pp. 59 ss., 64 ss., 76 ss., 133 ss. y, especialmente, 140 ss.

²⁸ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.^a ed. cit., p. 174.

²⁹ De interés, vid. RUIZ RESA, J. D., «Abriendo la caja negra del conocimiento jurídico: Elementos para una reconstrucción de las decisiones judiciales», *El Genio Maligno: Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, n. 19, 2016, pp. 19 ss.

glo pasado ha tendido a una conjunción de contenidos y formas, de un lado, al servicio de la persona y su dignidad, a la par que desde el propio pluralismo que de la persona se deriva³⁰. Ello, y como ha destacado Häberle, no puede sino abrir la interpretación de la Constitución a un dinámico diálogo entre sujetos y valores³¹, no obstante la estratificación histórica³² y cultural³³ que se alcanza al respecto; y por tanto, como la interpretación constitucional requiere, en no pocos casos, de la contraposición motivada y dialéctica de argumentos a fin de alcanzar cuál sea el contenido último (que no definitivo) de una norma constitucional en su realización al respecto de un momento dado³⁴.

Además la interpretación de la Constitución resulta abierta a una pluralidad de sujetos, y no solo de carácter jurídico (sin perjuicio de la especial relevancia de estos), al quedar a disposición, incluso, de los propios particulares, lo que a su vez reporta en un pluralismo interpretativo³⁵; otra cosa es la diversidad de interpretaciones a las que aquellos efectivamente lleguen (al hilo de dicho pluralismo), como al conflicto jurídico que pueda entonces producirse, de modo que sean los jueces los llamados a resorberlo, sin perjuicio, claro, de la sujeción última a la interpretación que de la Constitución haga el Tribunal Constitucional (reconduciendo, de esta forma, el referido pluralismo a cierta unidad jurídica)³⁶. Esta reflexión es interesante para este trabajo (como luego se hará valer), ya que al margen de la relevancia jurídica que quepa darse a unas y otras interpretaciones, supone una paralela diversidad de contextos y funciones interpretativas en atención a la posición que los distintos sujetos ostentan en el sistema político y jurídico conformado constitucionalmente: en el caso de los particulares, simplemente disfrutando de sus derechos y libertad; en el de los jueces, garantizando estos; y en el del Tribunal Constitucional, velando por el respecto de la Constitución.

³⁰ Sobre la incidencia del pluralismo en la Constitución, BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, en especial pp. 131 ss., y 297 ss.

³¹ HÄBERLE, P., «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución», en *Retos actuales del Estado constitucional*, trad. Arzoz Santisteban, X., Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1996, pp. 15 ss.

³² HÄBERLE, P., *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. Gutiérrez Gutiérrez, I., Trotta, Madrid, 1998.

³³ HÄBERLE, P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. Mikunda Franco, E., Tecnos, Madrid, 2000.

³⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.ª ed. cit., p. 166.

³⁵ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.ª ed. cit., p. 67.

³⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria...* cit., pp. 35 ss.; y, muy especialmente, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.ª ed. cit., p. 31; también, *op. cit.*, pp. 227 ss. y 235 ss.

Igualmente interesante es la determinación *previa* con la que María Luisa Balaguer Callejón caracteriza la interpretación jurídica al respecto del momento aplicativo de la norma jurídica, pues la interpretación se puede presentar incluso en un momento distinto y anterior a la estricta aplicación de esta³⁷; y es que dentro del proceso de realización del Derecho la interpretación jurídica abarca la selección misma de la norma jurídica³⁸, en particular cuando una disposición alcanza o da cobertura a distintas normas jurídicas³⁹, por más que tal selección nos resulte compleja en relación no ya a su sujeción constitucional (conforme se ha adelantado)⁴⁰, sino a la apertura ordinamental que del Derecho se advierte en la actualidad⁴¹.

2. UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL A UN CONCEPTO DE IA

En pleno proceso de consolidación doctrinal, e incluso normativa, de la IA, puede parecer superfluo seguir insistiendo en buscar un concepto sobre ella; sin embargo, y en la línea sugerida recientemente por Rafael Bustos Gisbert⁴², resulta todavía conveniente concretar a qué nos referimos por IA cuando de ello puedan derivarse consecuencias no solo a nivel jurídico-constitucional, sino en nuestro razonamiento científico. No en vano, el concepto de IA sobre el que pivota el recién RIA ha sido una de las cuestiones más discutidas durante su elaboración y ulterior aprobación (art. 3.1)⁴³, además de no ser jurídicamente absoluto en cuanto que exclusivamente referido al ámbito regulado por este (art. 2).

³⁷ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.ª ed. cit., pp. 25 y 182 ss.

³⁸ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «Juez y Constitución», *Revista de Derecho Político*, n. 47, 2000, p. 78.

³⁹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.ª ed. cit., p. 145.

⁴⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.ª ed. cit., pp. 183 ss.

⁴¹ En tal sentido, SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: El Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cízur Menor (Navarra), 2021.

⁴² BUSTOS GISBERT, R., «El constitucionalista europeo ante la inteligencia artificial: reflexiones metodológicas de un recién llegado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 131, 2024, pp. 149 ss.

⁴³ Y es que el concepto previsto por la inicial 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 (COM/2021/206 final), de 21 de abril de 2021] resultaba mucho más concreto al reenviar a un anexo (I) de carácter eminentemente técnico, al punto de preverse un mecanismo de deslegalización del mismo (art. 4 al respecto del referido anexo I).

A tales efectos, y al margen de la distinción de una hipotética IA *general* o *fuerte* y la más realista *específica* o *débil*, como de sus tipos actuales *Machine Learning* (en el que el software se entrena con datos a fin de reconocer patrones que luego aplica) o *Deep Learning* (en el que el software razona y llega a aprender por sí mismo)⁴⁴, lo cierto es que desde la informática no termina de decantarse un concepto sobre la IA, al margen de introducir su denominación y un campo nuevo de investigación; lo más, se advierte una idea genérica y aproximada sobre la que progresar a nivel científico e informático, pero sin llegar realmente a conceptualizarla⁴⁵. Es entonces fuera del ámbito tecnológico, aunque relativo a espacios en los que la IA va incidiendo (como es la economía y el comercio), donde sí van apareciendo las primeras aproximaciones conceptuales sobre esta; es el caso de la OCDE y de sus «Principios sobre Inteligencia Artificial», de mayo de 2019, y en los que por IA se entiende aquel sistema basado en una máquina que puede hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influyendo en entornos reales o virtuales, respecto a ciertos objetivos definidos por los humanos⁴⁶. Y ya a nivel jurídico es que comiencen también a aparecer conceptos sobre la IA, como así acontece en la «Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial» aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de noviembre de 2021 (París), donde se definen los sistemas de IA como «tecnologías de procesamiento de la información que integran modelos y algoritmos que producen una capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos materiales y virtua-

⁴⁴ Para una aproximación al desarrollo de la IA desde mediados del S. XX hasta la primera década de este, *vid.* NILSSON, N.J., *The quest for Artificial Intelligence. A history of ideas and achievements*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 2009; y ya, para el salto que la IA ha dado en estos últimos años, DELIPETREV, B., TSINARAKI, C. y KOSTIĆ, U., *AI Watch. Historical Evolution of Artificial Intelligence. Analysis of the three main paradigm shifts in AI*, European Commission / Joint Research Centre, Ispra, 2020, pp. 11 ss. Asimismo, de interés, LÓPEZ DE MÁNTARAS, R., «Towards Artificial Intelligence: Advances, Challenges, and Risks», *Métode. Science Studies Journal*, 2018, pp. 119 ss.; y LÓPEZ DE MÁNTARAS, R. y TRONCOSO LORA, A., «Inteligencia artificial: pasado, presente y futuro», *Encuentros Multidisciplinarios*, n. 70, 2022.

⁴⁵ Desde la informática se viene buscando, desde la segunda mitad del Siglo pasado, la imitación, mediante algoritmos digitalizados, de capacidades y funciones como la creatividad, el aprendizaje, el entendimiento, la sensibilidad, la percepción y/o el lenguaje (*vid.* RUSSELL, S. J. y NORVIG, P., *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4.ª ed., Pearson, Hoboken, 2022); y no solo a tenor de la condición humana de tales facultades (sin perjuicio de que la IA razone como un humano o de otra forma, tal como nos recuerda ACOSTA, M., en «Inteligencia artificial. La cibernética del ser vivo y de la máquina», *Naturaleza y Libertad: Revista de Estudios Interdisciplinarios*, n. 12, 2019, pp. 13 ss.), sino desde una visión más abierta a la propia naturaleza y a su funcionamiento (*cfr.* CIRUELA MARTÍN, S., «La sabiduría de la Naturaleza. Ciencia Cognitiva», *Revista Electrónica de Divulgación*, v. 2, n. 3, 2008, pp. 81-83).

⁴⁶ OECD, *Artificial Intelligence in Society*, OECD Publishing, Paris, 2019, p. 23.

les» (art. 2.a)⁴⁷; o en el ya referido RIA, al considerar la IA aquel «sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales» (art. 3.1)⁴⁸; o en el asimismo reciente Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial, Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, al referirse a la IA como un sistema basado en una máquina que, con objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de datos que recibe, predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que puedan influir en entornos físicos o virtuales (art. 2).

Por nuestra parte consideramos adecuado⁴⁹, especialmente al respecto del Derecho constitucional⁵⁰, una aproximación de la IA que sea sencilla, abierta y apta para cubrir manifestaciones diversas de la misma⁵¹, a la par que

⁴⁷ Sigue diciendo: «Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con diferentes grados de autonomía, mediante la modelización y representación del conocimiento y la explotación de datos y el cálculo de correlaciones. Pueden incluir varios métodos, como, por ejemplo, aunque no exclusivamente: i) el aprendizaje automático, incluido el aprendizaje profundo y el aprendizaje de refuerzo; ii) el razonamiento automático, incluidas la planificación, la programación, la representación del conocimiento y el razonamiento, la búsqueda y la optimización./Los sistemas de IA pueden utilizarse en los sistemas ciberfísicos, incluidos la Internet de las cosas, los sistemas robóticos, la robótica social y las interfaces entre seres humanos y ordenadores, que comportan el control, la percepción, el procesamiento de los datos recogidos por sensores y el funcionamiento de los actuadores en el entorno en que operan los sistemas de IA».

⁴⁸ Una definición, por cierto, mucho más sencilla que la original prevista en el texto inicial presentado por la Comisión Europea: «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» (art. 3.1, de la Propuesta RIA). Y al respecto del referido anexo I: «Estrategias de aprendizaje automático, incluidos el aprendizaje supervisado, el no supervisado y el realizado por refuerzo, que emplean una amplia variedad de métodos, entre ellos el aprendizaje profundo. / Estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, especialmente la representación del conocimiento, la programación (lógica) inductiva, las bases de conocimiento, los motores de inferencia y deducción, los sistemas expertos y de razonamiento (simbólico). / Estrategias estadísticas, estimación bayesiana, métodos de búsqueda y optimización» (asimismo Propuesta RIA).

⁴⁹ El siguiente concepto que ofrecemos se encuentra ya en SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Inteligencia Artificial y fuentes del Derecho», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 39, 2023.

⁵⁰ También en esta línea (sobre la conveniencia de un concepto de IA al respecto del Derecho Público), cfr. SARRIÓN ESTEVE, J., «El Derecho constitucional en la era de la inteligencia artificial, los robots y los drones», en AA.VV. *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española (V. Retos en el siglo XXI)*, Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 327.

⁵¹ En especial, ante otros conceptos más concretos de IA en relación a la finalidad normativa a la que sirvan, o al tipo de IA que predomine en un momento dado y de sus posibles aplicaciones. Y es que está el riesgo de la obsolescencia jurídica de tales conceptos ante nuevos avances tecnológicos (cfr. SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «El futuro jurídico de internet: Una aproximación constitucional a la neutralidad de la red», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 26, 2016, pp. 198-199), como el poder incurrir en una potencial restricción desproporcionada del principio de neutralidad tecnológica, según determinados

pueda adaptarse mejor a nuevos cambios en el futuro⁵²; y en tal sentido que simplemente entendamos por IA aquel *proceso informático (como software o sistema de software) que es capaz de aprender y evaluar información, para así alcanzar conclusiones sobre ella con cierta autonomía*. No en vano, cualquier IA acaba por evaluar información sin perjuicio del proceso de aprendizaje y razonamiento que la guía (*Machine Learning* o *Deep Learning*), de cómo obtenga la información (pues esta puede ser suministrada por una persona, o ser obtenida automáticamente), de qué pase luego con ello (dado que la evaluación puede limitarse a una valoración o bien dar lugar a concretas decisiones), de si el proceso es singular o compuesto por varios (formando sistemas complejos de IA), de si ella se incorpora o no a una máquina con cierta autonomía (cómo no, un robot), o, e incluso, de si es capaz de abstraer y crear a partir de dicha evaluación de información (textos, volúmenes, imágenes, o incluso música)⁵³. Pero todo ello, claro, con cierta capacidad propia y autónoma de funcionamiento al respecto de la intervención humana⁵⁴.

Por otra parte, y a diferencia de otros programas informáticos, las IAs no se limitan a ejecutar órdenes diseñadas por algoritmos y en los que la solución es única tras un mero procesamiento de datos (p.e., un cálculo matemático, la gestión de una base de datos o un automatismo digital). En la IA, en cambio, y previo aprendizaje y entrenamiento con datos expresamente aportados a tales efectos, se examina información, y a partir de ello que luego construya o procese de manera artificial y autónoma una evaluación o respuesta apropiada. Y decimos «apropiada», por cuanto que en caso contrario, el de respuesta inapropiada o inadecuada, no tiene por qué suponer un mal funcionamiento o diseño de la IA⁵⁵; no en vano el algoritmo, como expresión matemática que es, y de estar bien formulado y entrenado, nunca puede errar, y más cuando el resultado es, de ordinario, expresión y estimación, a su vez, de probabilidades estadísticas de

desarrollos futuros de la IA (acerca de este principio, *vid.* HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., *El marco jurídico de la Inteligencia Artificial... cit.*, pp. 101 ss.).

⁵² Como así planteaba la propia Propuesta de RIA en su art. 4, según se ha visto.

⁵³ Tan IA es hoy el personaje secundario que acompaña al avatar del jugador de no pocos videojuegos, como un coche de conducción autónoma de nivel 5, un asistente digital en el hogar o en el móvil, o un software capaz de detectar un cáncer de piel a partir de una foto de un lunar, predecir una situación de riesgo o peligro, o de generar, crear (incluso), una imagen a modo de cuadro o una NFT.

⁵⁴ Tal como destaca BARRIO ANDRÉS, M., en «Inteligencia artificial: origen, concepto, mito y realidad», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 100, 2022, especialmente p. 9.

⁵⁵ Piénsese en una IA programada para jugar al ajedrez; puede perder una partida aun habiéndola jugado bien. Otra cosa es que se advierta un problema de programación del algoritmo, de entrenamiento o de los datos con los que esta hubiera aprendido, y entonces que sí se pueda hablar de un mal funcionamiento por un mal diseño; como también es distinto que el algoritmo directamente haya sido diseñado para un fin espurio (recuérdese el escándalo de la Cambridge Analytica), y este al tiempo produzca un daño, pero precisamente porque funciona correctamente (es decir, conforme a lo que había sido diseñado).

futuro ordenadas desde pautas pasadas⁵⁶. De ahí su relevancia para el Derecho, y no solo en cuanto que objeto del mismo, sino como elemento *disruptor* del sistema jurídico presente, en especial al hilo de su participación e instrumentalización en evaluaciones jurídicas y al poder sustituir, con ello (y precisamente), la estricta argumentación jurídica por el juego de las probabilidades⁵⁷.

3. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ANTE LA SOCIEDAD DIGITAL Y LA IA

Según lo apuntado, la IA avanza intensa y disruptivamente a nivel social, económico, cultural y político, perturbando al propio modelo de ordenación de lo público⁵⁸ y a la misma Constitución⁵⁹. Y es que la progresiva transformación de la realidad, híbrida ya (pues entre lo analógico y lo digital, insistimos), acaba por afectar de manera abstracta y transversal al Derecho, en tanto que aquella es objeto de este, a la par que entorno de realización e interpretación del mismo. Si, como indica la Profesora Balaguer Callejón, la interpretación del Derecho requiere siempre de su contextualización al respecto de la realidad y del sistema jurídico-político en el que este se expresa y se ha de realizar⁶⁰, la interpretación hoy del más concreto Derecho constitucional exigirá también de su contextualización jurídica al respecto de la sociedad digital y su impacto en el sistema jurídico-político⁶¹, así como de su propio desarrollo a la luz ahora de la IA.

En cuanto a lo primero, y siguiendo nuevamente a María Luisa Balaguer Callejón, a tenor de la «función social» que supone la interpretación constitucional (y por tanto, en atención a la evolución social que se da en la propia realidad)⁶²,

⁵⁶ No en vano, estamos en el campo de la ciencias y la tecnología (que no del Derecho), y en este es que las respuestas (salvo en el caso de las leyes naturales) se expresen porcentualmente; sobre el diverso lenguaje de la Ciencia y el Derecho en tal sentido, *vid.* ESTEVE PARDO, J., «Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho Público», en AA.VV. *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 33 ss.

⁵⁷ Cfr. PENASA, S., «AI confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della costituzione», *Rivista AIC*, n. 3/2020, en especial pp. 218-221.

⁵⁸ PRESNO LINERA, M. Á., «Derechos fundamentales e inteligencia artificial en el Estado social, democrático y digital de Derecho», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 100, 2022, pp. 48 ss.

⁵⁹ BALAGUER CALLEJÓN, F., «La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital», en AA.VV. *Derecho público de la inteligencia artificial*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico, Zaragoza, 2023, pp. 29 ss.

⁶⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2ª ed. cit., p. 28.

⁶¹ Ya, BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2ª ed. cit., p. 42.

⁶² BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «La interpretación en la sociedad digital... cit., p. 99.

dicha interpretación requiere en la actualidad de nuevos paradigmas con los que poder dar respuesta al marco de situaciones que acontecen ya con ocasión de una sociedad digital que, a su vez, conecta con la limitación de la soberanía y de la Constitución normativa a la sombra de la globalización⁶³. En tal sentido, la imagen actual (y hasta popularizada) de un *capitalismo de la vigilancia* supone un poder en manos de los privados asimilable, incluso superior, al de los Estados⁶⁴, de forma que esta realidad deba ser alcanzada por una interpretación constitucional que ha estado destinada hasta ahora a la ordenación y definición del poder público⁶⁵. Pero con ello, es que el racionalismo con el que se estructuraba dicha ordenación constitucional del poder (tradicionalmente público, recuérdese) en la actualidad se vea progresivamente desplazado por una realidad ahora no solo compleja y contradictoria, sino incluso anacrónica (al resultar fuera de su ordenación constitucional), dando lugar a interpretaciones jurídicas que requieren de criterios más valorativos que formales (a fin, precisamente, de resolver dichas trabas)⁶⁶. Además está el populismo, que tan bien prolifera en la sociedad digital vigente al cobijo de empresas tecnológicas y algoritmos⁶⁷, lo que incide, asimismo, a la hora de alcanzar una adecuada interpretación tanto de la Constitución, como de su problemático contexto⁶⁸. Así, la incidencia de la transformación de la realidad acaba por afectar indirecta y transversalmente al Derecho, al verse este recontextualizado por un entorno diverso a aquel en el que surgió, y al respecto del cual tiene, precisamente, que realizarse.

Pero la proyección del progreso digital también afecta directamente al mismo Derecho. La proliferación del *soft law* (por lo demás, incitado por la globalización en la que se enmarca la sociedad digital), como la propia irrupción de lo digital en la producción y realización del Derecho (como vamos a ver en el siguiente epígrafe), acaba por perturbar la concepción de lo jurídico y de lo normativo; incluso, requiere de nuevas formas de interpretación constitucional con las que abordar su propia producción ahora⁶⁹. El jurista, y en

⁶³ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «La interpretación en la sociedad digital... cit.», pp. 100 ss.

⁶⁴ ZUBOFF, S., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, trad. Santos, Paidós, A., Barcelona, 2020.

⁶⁵ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «La interpretación en la sociedad digital... cit.», p. 116.

⁶⁶ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «La interpretación en la sociedad digital... cit.», pp. 117-118.

⁶⁷ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «O impacto dos novos mediadores da era digital na liberdade de expressão», *Espaço Jurídico: Journal of Law*, v. 23, n. 1, 2022, pp. 179 ss.

⁶⁸ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «La interpretación en la sociedad digital... cit.», pp. 120 ss.

⁶⁹ P.e., BOIX PALOP, A., «Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, v. 1, 2020, pp. 223 ss.; también, vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La naturaleza jurídica de los algoritmos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 114, 2024, pp. 42 ss.

particular el constitucionalista, debe integrar así en su labor interpretativa la recompresión de un Derecho afectado, incluso producido, por una tecnología digital que pareciera no alcanzar techo⁷⁰. No en vano, se vaticina un auténtico y distópico automatismo social a la sombra de un algoritmo capaz no solo de explicar las relaciones humanas de todo tipo (sociales, culturales, económicas e incluso políticas)⁷¹, sino de *reconducirlas* o encaminarlas, de forma que este venga efectivamente a decidir⁷²; y por tanto, cómo dichas relaciones sociales van quedando, aun parcialmente, fuera del ámbito normativo del sistema jurídico-político⁷³. A todas luces, se requiere de un Derecho capaz de traspasar su clásica dimensión analógica⁷⁴.

A tales efectos, si lo digital interfiere (e interferirá aún más) en el Derecho, es legítimo que este, y en particular el constitucional, prevea prospectivamente dicho alcance a fin de adecuar su misma ordenación jurídica⁷⁵; e incluso, que su interpretación se vaya adecuando también a ello. De esta forma es que parte de la propia transformación digital del Derecho (en general) y del más concreto constitucional (en particular) venga desde la propia interpretación del Derecho constitucional, dado que instrumento permanente de adecuación de aquel a la nueva realidad digital que progresa día a día⁷⁶.

Dicha realidad digital, y a su amparo lo jurídico, se ven al tiempo exponencialmente potenciados en sus transformaciones al impulso del desarrollo tecnológico de la IA; y especialmente hoy, de manos de la *generativa*. La IA, consecuentemente, no solo adquiere relevancia constitucional en tanto que incide en los derechos fundamentales⁷⁷ o en el sistema democrático⁷⁸, sino por sí misma⁷⁹, en cuanto que agente transformador de la entera realidad a la que la Constitución está llamada a ordenar. De ahí la necesidad de integrar en la propia Constitución la misma IA, y, a este fin, interpretar las normas constitu-

⁷⁰ Siguiendo a FINN, E., de cambio de paradigma nos habla aquí, nuevamente, BALAGUER CALLEJÓN, M.L., en «La interpretación en la sociedad digital... *cit.*», p. 139.

⁷¹ Así, SUÁREZ, J.L., *La condición digital*, Trotta, Madrid, 2023.

⁷² No en vano sobre el algoritmo, como nueva manifestación normativa, se viene de tiempo hablando; cómo no, LESSIG, L., *El código y otras leyes del ciberespacio*, trad. Alberola Blázquez, J. E., Taurus, Madrid, 2001.

⁷³ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «La interpretación en la sociedad digital... *cit.*», p. 140.

⁷⁴ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «La interpretación en la sociedad digital... *cit.*», p. 140.

⁷⁵ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «La interpretación en la sociedad digital... *cit.*», pp. 142 ss.

⁷⁶ Nuevamente BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, 2.^a ed. *cit.*, p. 42.

⁷⁷ Así, PRESNO LINERA, M. Á., *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

⁷⁸ P.e. MONTILLA MARTOS, J. A., «Inteligencia artificial y derechos de participación política», De lege ferenda. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 1, 2023, pp. 34 ss.

⁷⁹ Otra vez BUSTOS GISBERT, R., «El constitucionalista europeo ante la inteligencia artificial... *cit.*

cionales al respecto de la IA; es lo que Francisco Balaguer Callejón ha denominado la «Constitución del algoritmo»⁸⁰. ¿Cómo determinar hoy, por ejemplo, el alcance de las libertades de expresión e información, o de creación artística, si no tenemos en mente la IA *generativa*?; o ¿cómo entender también hoy no ya las relaciones laborales, sino la misma estratificación social derivada del nuevo mapa laboral que se avecina al margen del progreso de la IA?; incluso, ¿cómo articular y proteger adecuadamente el pluralismo democrático a la sombra de una realidad digitalizada y mediatizada por la IA?

De este modo, la IA acaba asumiendo una relevancia jurídica y constitucional que necesariamente debe tener reflejo al momento de la interpretación constitucional. No hacerlo llevaría al riesgo de un entendimiento de la Constitución al margen de la realidad, lo que a su vez pondría en peligro su propia validez en cuanto que fundamentada en su efectividad⁸¹. Por ello es tan importante que la interpretación de la Constitución conecte con el progreso en IA (allí donde lo necesite, claro), porque de lo contrario la normatividad constitucional corre el riesgo de verse reducida a una dimensión meramente *nominal*, por no decir que *semántica*⁸².

4. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN MANOS DE LA IA

Un paso ulterior y distinto a la relevancia de la IA en relación a la interpretación constitucional es, sin duda alguna, la colaboración misma y directa de aquella en esta, en cuanto que motor y vía de la propia actividad interpretativa.

Según Manuel Jesús Rodríguez Puerto no es posible la condición de jurista para la IA al carecer esta de ciertos caracteres intrínsecamente humanos que requiere la propia actividad jurídica, sin perjuicio (claro) de poder considerar la IA como una más que interesante herramienta al respecto⁸³; desde esta consideración, menos cabría, entonces, un potencial *constitucionalista artificial*, y con ello la posibilidad de que una IA interprete jurídicamente la Constitución⁸⁴.

⁸⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2022.

⁸¹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho... cit.*, pp. 192 ss.

⁸² Cfr. LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, 2.ª ed., trad. Gallego Anabitarte, A., Ariel, Barcelona, 1983, pp. 216-222.

⁸³ RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., *¿Puede una máquina ser jurista?*, Aranzadi, Madrid, 2024. También de interés, en tal sentido, cfr. LLANO ALONSO, F.H., *Homo ex machina. Ética de la inteligencia artificial y Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 71 ss.

⁸⁴ Y es que, recuérdese, el constitucionalista, en sentido fuerte, además de ser un jurista especializado en el estudio de la Constitución y del Derecho constitucional, resulta atento al reconocimiento y a la garantía de la libertad frente al poder, a la par que se encuentra comprometido, expresa o tácitamente, con el or-

Aun aceptando tal posición (por cierto, un tanto limitada de miras en relación al potencial desarrollo técnico de la IA, como al respecto de qué se entienda por actividad jurídica)⁸⁵, cabe asumir, como hace el propio Rodríguez Puerto, la referida consideración instrumental de la IA con ocasión de la interpretación constitucional, de forma que esta sea usada por juristas y constitucionalistas para tal fin. Ciertamente, incluso en tan estrecho propósito, no son pocas las cuestiones que se advierten, pues, según lo adelantado, la condición altamente argumentativa de la interpretación constitucional deviene mal con la tecnología predictiva y de datos en la que se basa la mayoría de la IA en la actualidad⁸⁶. ¿Cómo asumir, entonces, una interpretación de una norma constitucional al margen del diálogo de los argumentos, dado que la evaluación de la información jurídica responde hoy fundamentalmente a patrones, en vez de a argumentos?; y más a la vista de la propia IA *generativa*, pues dichos patrones bien pueden construirse a la sombra de interpretaciones artificiales previas y erróneas⁸⁷. Sin embargo, son varias las consideraciones a tener en cuenta:

Una primera cuestión, al respecto de lo anterior, es cómo siendo cierto que en la actualidad el mayor empuje de la IA, en general, y de la jurídica, en particular, se está dando desde las llamadas IAs predictivas (en las que, según lo señalado, las IAs trabajan a partir de probabilidades y modelos de evalua-

den social en el que, y para el que, desarrolla su labor jurídica (vid. HÄBERLE, P., «El jurista europeo», trad. Azpitarte Sánchez, M., en *Discursos pronunciados en el acto de investidura del Doctor «Honoris Causa» del Excelentísimo Señor Peter Häberle*, Universidad de Granada, Granada, 2001, pp. 53 ss.); incluso, críticamente militante cabría hablar (cómo no, DE CABO MARTÍN, C., *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2014). Y es que no existe una posición neutra al respecto, pues, y como sucediera en el pasado con relación al positivismo más puro, siempre se encuentra, aun de manera enmascarada, una actitud social y política (p.e., FERRAJOLI, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Editori Laterza, Roma, 1999). Ello, obviamente, no significa renunciar a presupuestos objetivos, sino advertir de un lado la dificultad de su hipotética pureza y neutralidad, y de otro tomar conciencia del papel del constitucionalista como motor del Derecho, y con esto de la propia sociedad en la que se despliega, lo que alcanza una especial dimensión con relación al Derecho Constitucional y a la Constitución y a los valores que ella expresa (vid. ZAGREBELSKY, G., «Storia e costituzione», en AA.VV. *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 78-79). No en vano, de los propios constitucionalistas depende la misma Constitución, su vigencia, su sentido (otra vez ZAGREBELSKY, G., pero ahora *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Editori Laterza, Roma, 2023). En cambio, y al respecto de la variedad de formas en las que cabe desarrollar la actividad jurídica, no consideramos que dicha dimensión valorativa se tenga que dar en cualquier jurista (en cuanto tal).

⁸⁵ Como se acaba de adelantar, no es lo mismo la labor de un juez, que la de un funcionario de grupo medio, o que la de un notario o la de un simple asesor jurídico, por no hablar de un abogado (y según que defienda los intereses de una u otra parte) o de un docente e investigador universitario. Y por otra parte, siendo distintas las funciones que se puedan desarrollar jurídicamente, es que dentro de estas quepa a su vez distinguir distintos tipos de actuaciones que no requieran el mismo grado de implicación por una persona, de modo que unas permitan una mayor automatización que otras.

⁸⁶ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., «La verdad en sociedad digital», junto a BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Verdad e interpretación en la sociedad digital... cit.*, pp. 63 ss.

⁸⁷ Cfr. nuevamente BALAGUER CALLEJÓN, F., «La verdad en sociedad digital... cit., pp. 80 ss.

ción que alcanzan desde un intenso entrenamiento basado en datos previos, y por tanto dando lugar, finalmente, a una lógica de tipo deductivo)⁸⁸, también lo es que de tiempo existen IAs jurídicas de carácter argumentativo (a tenor del uso ahora de IAs programadas desde lógicas *alternativas* de tipo multivaluado, difuso y, especialmente, derrotable), capaces de llegar a cierto grado de razonamiento jurídico autónomo por sí mismas (sin perjuicio de su alcance y efectiva asimilación, o no, al razonamiento humano)⁸⁹. Por tanto, la razón de la falta de capacidad argumentativa de las IAs no es absoluta, sino únicamente factible para un tipo de IA (las predictivas, a día de hoy), y por mucho que sea el tipo predominante en el presente (lo que obviamente puede revertir o meramente cambiar, por otro lado, en caso de un mayor desarrollo tecnológico de las referidas IAs argumentativas, o de otro tipo, en el futuro).

Con todo, para el caso de las IAs predictivas, y como segunda y compleja consideración, está el que las IAs jurídicas no vienen, al menos en la actualidad (dejamos así para más adelante la cuestión de la IA considerada *general*), a sustituir a los juristas en su diversas funciones (más allá de concretas actividades más o menos sencillas, en su caso)⁹⁰, sino simplemente a auxiliarlos. De este modo, son entonces los juristas que usan tales IAs los que tendrían efectivamente que argumentar sus interpretaciones, y ello de acuerdo y conforme al alcance de la labor jurídica que desarrollen. Así no es lo mismo el rol de un juez, en especial al momento de confeccionar una sentencia, que la de un abogado al respecto de una consulta de un particular; otra cosa es, por ejemplo, una alegación de este ante un tribunal, y en particular si pretende promover una interpretación novedosa sobre una norma jurídica en conflicto (pensemos en la presentación de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional al hilo de la interpretación abierta por una novedosa sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Por otra parte, la consideración de la IA como herramienta supone una responsabilidad del jurista a la hora de su adecuada utilización, de forma que no puede limitarse a trasponer de manera automática la respuesta de aquella en su

⁸⁸ RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., ¿Puede una máquina ser jurista?... cit., pp. 39 ss. y 78 ss.

⁸⁹ RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., *op. cit.*, pp. 55 ss.

⁹⁰ P.e., y en ámbito de la Administración Pública, *vid.*: CAMPOS ACUÑA, M.C., «Inteligencia artificial e innovación en la Administración Pública: (in)necesarias regulaciones para la garantía del servicio público», *Personak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria/Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. extra 3, 2019, pp. 74 ss.; BERNING-PRIETO, A.D., «El uso de sistemas basados en inteligencia artificial por las Administraciones Públicas: estado actual de la cuestión y algunas propuestas *ad futurum* para un uso responsable», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 20, 2023, pp. 165 ss.; o MENDILIBAR NAVARRO, P., «Redefinición de las competencias de los empleados y empleadas públicas ante el uso de la Inteligencia Artificial por la Administración Pública», *Documentación Administrativa*, n. 10, 2023, pp. 73 ss.

labor jurídica y para un caso concreto, sino que, y al contrario, ha de revisarla y acondicionarla (asumiendo así su control en cuanto a su formalidad y contenido jurídico). Esto último es especialmente importante en relación a la IA *generativa*, pues pudiendo ser muy útil para confeccionar un texto o escrito jurídico, este (y más allá del estado de la técnica en la actualidad en materia jurídica) ha de ser revisado por el jurista a fin de comprobar que no contiene errores jurídicos formales y/o materiales; en este sentido, ya se han aprobado diversas guías al respecto de su adecuado uso (p.e., la *Artificial Intelligence (AI): Guidance for Judicial Office Holders*, de 12 diciembre 2023, del Poder Judicial de Inglaterra y Gales)⁹¹. Y es que, recuérdese, siempre está y estará la responsabilidad propia y personal del jurista sobre su actividad⁹².

Todavía en relación a lo anterior (considerar la IA como mera herramienta y que a quien le corresponde argumentar la interpretación jurídica es al jurista y/o al constitucionalista, en su caso), las IAs predictivas ciertamente son muy interesantes en relación al reconocimiento de patrones nuevos en la interpretación e interrelación de normas, pudiendo iluminar con ello nuevas respuestas jurídicas a las cuestiones a las que se enfrentan los juristas (y los constitucionalistas, en su caso). Y es que, aun basándose dichos patrones en el pasado, y por tanto reduciendo la capacidad innovativa jurídica en abstracto de tales IAs, el reconocer, sin más, patrones que hasta ahora han pasado inadvertidos a los juristas bien puede permitir, sin embargo, inferir nuevas formas de resolver conflictos antiguos. Ciertamente que el fenómeno de la *Black Box* en la IA⁹³ no ayuda precisamente al jurista en tal labor, pero simplemente, y más allá de la *explicabilidad* requerida a la IA (según su uso y su incidencia)⁹⁴, el que este advierta

⁹¹ Cfr. DELGADO MARTÍN, J., «Notas sobre el uso de la IA generativa por profesionales del sistema de justicia», *Diario La Ley*, n. 10568, 2024.

⁹² En tal sentido, y todavía a nivel analógico, vid. la Nota Informativa núm. 90/2024, de 19 de septiembre, de la Sala Primera del TC por la que, de manera unánime, se sanciona a un abogado por falta del debido respeto al Tribunal, al incluir reiteradas citas de doctrina que se entrecomillaban como si fueran reales cuando en realidad no existían (y por la que además se ordena dar traslado al Colegio de Abogados de Barcelona al que pertenece el letrado a los efectos disciplinarios que correspondan).

⁹³ P.e., TEJERO, J., «Unwrapping black-box models: A case study in credit risk», *Estabilidad Financiera*, n. 43, 2022, pp. 91 ss.

⁹⁴ Vid., entre otros: COTINO HUESO, L., «Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial. Elementos conceptuales, generales y de género», en AA.VV. *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 25 ss.; BOIX PALOP, A., «Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 100, 2022, pp. 90 ss., y HERCE MAZA, J. I., «Buena administración de la transparencia de los algoritmos de la Administración Pública: un instrumento para el control de las cajas negras decisionales», en AA.VV. *La disrupción tecnológica en la Administración Pública. Retos y desafíos de la Inteligencia Artificial*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 123 ss. Por último, especialmente interesante al respecto de las diferencias entre transparencia y explicabilidad a efectos de la IA, cfr. SIMÓN CASTELLANO, P., «Allende una teoría general de las garantías jurídicas para una inteligencia

nuevas posibilidades jurídicas bien cabría considerarse como todo un éxito⁹⁵, pues, al fin y al cabo, una evaluación *original* de normas jurídicas por una IA (en tanto que distinta a la común desarrollada por los agentes jurídicos al uso)⁹⁶ bien puede iluminar la labor del jurista con nuevas perspectivas.

Al margen de la diversidad de actividades jurídicas en las que puede actuar una IA, está también la diversidad de propósitos jurídicos que pueden mover al jurista. No es lo mismo, y solo en el ámbito de la abogacía y para un mismo caso (o conflicto), el trabajo jurídico a desarrollar por la parte demandante, que por la demanda; y ello con evidentes repercusiones al respecto de la interpretación de las normas jurídicas (incluidas las constitucionales) susceptibles de ser invocadas para la resolución del mismo (p.e. con ocasión de una propuesta de cuestión de inconstitucionalidad). Así, la capacidad que supone la IA al respecto de la evaluación de miles de datos puede ser muy útil a la hora de buscar interpretaciones alternativas a una norma jurídica concreta, sin perjuicio, evidentemente, de la labor argumentativa que el jurista luego haya de desarrollar a fin de promover *su* interpretación de aquella frente a la de otro y ante un tercero (en especial, un juez).

De manera específica para el ámbito de la interpretación de la Constitución, y como tercera cuestión a destacar ahora, está la variedad de normas constitucionales al respecto de sus necesidades interpretativas. Aunque muy buena parte de las normas constitucionales requieren de interpretaciones complejas ante el potencial alcance de las mismas (siendo la argumentación, según lo señalado, fundamental a tales efectos), otras, las menos (reconocemos), resultan más sencillas y delimitadas en su contenido, requiriendo de procesos interpretativos más simples. Así, y para este ámbito (y para procesos sencillos de aplicación del Derecho), bien cabe presuponer una determinada interpretación para dichas normas jurídicas, de forma que, salvo alteración de estas o de sus circunstancias, dicha interpretación quede provisionalmente *anclada* a nivel digital e informático⁹⁷. Consecuentemente la interpretación de dichas nor-

artificial confiable», en AA.VV. *Derecho Público de la Inteligencia Artificial... cit.*, especialmente pp. 114-117, 126-132 y 142.

⁹⁵ Como así sucede en medicina cuando una IA es capaz de diagnosticar una enfermedad sin que los médicos sepan cómo lo hace; y es que, sin perjuicio del reto que supone la *Black Box* a la hora de dar por válido automáticamente un diagnóstico por IA (requiriéndose de la intervención de equipos médicos a tales efectos), no se puede negar que sea un éxito el hecho de que pueda diagnosticar una enfermedad.

⁹⁶ En la medida en que, al estado actual de la técnica, pueda efectivamente hablarse de *original* en relación a una evaluación de una IA que actúa exclusivamente en base al pasado (según lo señalado más arriba).

⁹⁷ Sin perjuicio de que, de darse las circunstancias referidas más arriba, se deba actualizar dicha interpretación a nivel digital, de forma que se deba prever algún mecanismo o vía informática a tales efectos.

mas constitucionales, con ocasión de su realización en las distintas situaciones jurídicas posibles, resultaría bastante simple aún para las IAs⁹⁸.

Por último, y como cuarta consideración, está la aparición de nuevos sujetos y agentes con ocasión de la interpretación de las normas jurídicas, y especialmente de la constitucionales, por la IA: nos referimos a las empresas, informáticos o expertos en IA que participan en la transformación de las propias normas jurídicas en datos, y traduciéndose así en lenguaje digital el Derecho analógico. Y es que en este proceso, de externalización jurídica (puesto que en manos de sujetos distintos a aquellos que luego van a aplicar las normas, sean o no juristas públicos o privados), va a terminar incidiendo en la interpretación de las normas jurídicas, por cuanto que su delimitación digital necesariamente va a conllevar una cierta concreción jurídica de estas⁹⁹. Sin perjuicio de la participación de auténticos juristas (y constitucionalistas) en los procesos de diseño y adiestramiento de tales IAs, así como de la captación, selección y verificación de datos jurídicos, además de en su ulterior adiestramiento, lo usual es que la labor estrictamente informática en el proceso de transformación digital del Derecho quede en manos de informáticos y empresas, de manera que estos y estas acaben participando, en mayor o menor grado, en la interpretación de las normas jurídica y constitucionales, en su caso¹⁰⁰. Desde luego todo ello va a suponer una nueva configuración de la comunidad abierta de los intérpretes del Derecho y de la Constitución de la que nos hablara Peter Häberle (según lo adelantado)¹⁰¹, ya que integrada ahora por sujetos externos a la realización jurídica, mas con potencial capacidad abstracta, aun imprecisa, en la determinación de la norma jurídica.

CONSIDERACIONES FINALES

Ahora bien, ¿cómo articular el novedoso contexto digital, y en particular a la luz de la IA, en relación a la interpretación constitucional por una IA fundamentalmente hoy de tipo predictivo?; obviamente ello no es posible de manera directa, al requerir esto una interpretación argumentativa que queda en la actualidad fuera del alcance de aquella (según se ha visto). Por tanto, tal integración del contexto digital en la interpretación constitucional vendrá de manos de los

⁹⁸ Al margen, claro, de su actualización (según se acaba de señalar).

⁹⁹ Ya, en tal sentido, SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., «Inteligencia Artificial y fuentes del Derecho... cit.

¹⁰⁰ Así, acerca de la participación de informáticos en el proceso de realización y concreción de una norma jurídica que vaya a ser evaluada por una IA y con relación a su diseño y entrenamiento, *vid.* HOFFMANN-RIEM, W., *El Derecho ante el reto de la transformación digital*, trad. Knörr Argote, E., Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 65 ss.

¹⁰¹ Nuevamente HÄBERLE, P., «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales... cit.

constitucionalistas, sin perjuicio de que esta, al tiempo, termine por alimentar las bases de datos jurídicos con los que se nutren las IAs predictivas. Otra cosa es, claro, lo que pueda pasar en el futuro a tenor del progreso de las referidas IAs de carácter argumentativo (o las de tipo *general*), por más que en la actualidad nos resulte difícil de asimilar y comprender (incluso de asumir) que una IA pueda alcanzar discernimiento del cambio que supone lo digital frente a lo analógico, así como su misma repercusión en el Derecho constitucional.

Esta última reflexión, más propia de una aproximación distópica del Derecho que del propio razonamiento constitucional (hemos de reconocer), muestra, sin embargo, el alto carácter *disruptor* de la IA al respecto de la interpretación del Derecho, en general, y del Derecho constitucional, en particular. ¿Cómo y hasta dónde cabe plantear una aproximación prospectiva de la IA en relación a la interpretación constitucional?; ¿nos quedamos solo con lo que la IA es hoy capaz de hacer en tal ámbito (y desde ahí extrapolamos nuestras conclusiones al progreso que quepa darse en el futuro), o nos dejamos arrastrar por lo que potencialmente esta podría hacer (en esa imagen de Ultrón a la que hemos aludido al comienzo de este texto)? No creo que ninguna de las propuestas, por separado, sea adecuada: pensar solo desde una potencial IA de carácter argumentativo, incluso *general*, de poco nos sirve hoy, al igual que si reducimos el futuro al desarrollo que se da en la actualidad; pero, con todo, tal cuestión nos lleva a hipotetizar sobre una posible interpretación jurídica de la Constitución por una IA *general*, y acerca de cómo ello incidiría en el pluralismo político-jurídico que dicha interpretación supone, pues ¿a qué interés podrían responder entonces la interpretación de la Constitución y de sus valores dada por una IA?

Dice Manuel Jesús Rodríguez Puerto que la IA no puede ser un jurista (recordamos); lo que, desde luego, no puede ser (insistimos), es un constitucionalista¹⁰². La interpretación de la Constitución necesariamente ha de quedar en manos últimas de personas, pues solo desde la legitimidad de la participación humana en su progreso y organización político-jurídica cabe la determinación de las normas esenciales que han de guiar sus vidas; lo contrario sería ir en contra de la dignidad humana, razón final y fundamento de la democracia en la actualidad, y en tanto que auténtica *Ley cero* de la IA¹⁰³. Y desde este prisma, que la adecuación de la Constitución a la sociedad digital y a la incidencia de la IA en esta y en el Derecho en vía interpretativa correspon-

¹⁰² En el sentido fuerte del término, con el que anteriormente ya nos hemos expresado.

¹⁰³ Siguiendo así la estela de ASIMOV, I., en su clásico *Robots e Imperio*, trad. De Naveira, R.N., Emecé Editores, Buenos Aires, 1987.

da a los humanos (puesto que partícipes de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución), sin perjuicio del especial papel que al respecto ostentan los constitucionalistas tanto a la hora de participar en órganos jurisdiccionales (ordinarios y constitucionales), como, y simplemente, de aportar construcciones doctrinales nuevas con las que iluminar dichos cambios.

Pero lo que sin duda ya es la IA es una más que interesante herramienta al servicio de cualquier jurista, incluidos los constitucionalistas (según lo adelantado). Mas una herramienta que (como cualquier otra herramienta) requiere de responsabilidad en su manejo, para lo que es esencial su adecuado aprendizaje; y no es solo que nos formemos en relación a cómo usar las IAs jurídicas que ya existen, sino a cómo integrar luego la interpretación que de una norma constitucional pueda alcanzar una IA predictiva en la propia interpretación que el jurista ha de hacer de aquella. Sin duda es esta una preparación a la que el sistema universitario está llamado a ocupar un lugar destacado (art. 2 LO 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario), y en la que debemos involucrarnos¹⁰⁴, tal como la generación de constitucionalistas universitarios que en estos años se jubila, y a la que pertenece la Profesora Balaguer Callejón, se implicaron al respecto de la formación y consolidación de un Estado democrático y constitucional en España tras años de dictadura¹⁰⁵. No es este, ciertamente, el único reto que hoy tenemos aquellos que nos reconocemos como constitucionalistas en el ámbito universitario y académico, pero es un reto insoslayable, de modo que debemos asumir críticamente el impacto del progreso digital y de la IA en el Derecho constitucional, en general, y su interpretación, en particular (en esa idea de *la Constitución del algoritmo*, de la que nos viene hablando Francisco Balaguer Callejón)¹⁰⁶, en vez de limitarnos a glosar, y a modo de lamento, un Derecho que progresivamente va dejando de corresponderse con la realidad a la que se debe.

¹⁰⁴ Ya, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «La docencia del Derecho Constitucional en la Sociedad Digital», *Docencia y Derecho*, n. 19, 2022, pp. 17 ss.

¹⁰⁵ Como es el caso, entre otras y otros, de JIMÉNEZ CAMPO, J.; BIGLINO CAMPOS, P.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., o CÁMARA VILLAR, G.

¹⁰⁶ En tal sentido, *vid.* nuevamente SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., pero ahora «La constitución del algoritmo, Francisco Balaguer Callejón», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 38, 2022.

DE LA UNIDAD Y EL MÉTODO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

MIGUEL AZPITARTE

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. La unidad de los contenidos. 1.1 Las premisas de la unidad. 1.2 La especialización y su repercusión sobre la unidad de la disciplina: ¿Derecho constitucional o Derecho público? 1.3 La apertura de la Constitución hacia otros ordenamientos: ¿hasta dónde puede llegar la disciplina? 1.4 Inciso: sobre el Derecho de la Unión como una materia propia del Derecho constitucional. 2. La metodología de la disciplina. 2.1 El Derecho constitucional como disciplina jurídica. 2.2 El Derecho constitucional es una disciplina pragmática. 2.3 El Derecho constitucional es una disciplina teórica. A) La teoría a través de conceptos. B) La naturaleza teórica del Derecho constitucional cumple una serie de funciones. C) ¿Una teoría general del Derecho constitucional?

El libro homenaje es un género propicio para volver sobre algunos aspectos de la identidad de nuestra disciplina, que construyen de forma implícita la base de la investigación y la docencia. En estas páginas quiero detenerme sobre la unidad de los contenidos del Derecho constitucional y su método. Respecto a lo primero es obvio que existe un consenso académico en torno a los temas que lo componen. Pero, como en cualquier ámbito científico, se dan tensiones de apertura y cierre, que en nuestro caso se reflejan, bien en la predisposición para incluir en su objeto nuevos asuntos, por ejemplo, el derecho de la Unión, bien para subsumir el Derecho constitucional¹ en espacios más

¹ Cuando me refiero a la disciplina uso la mayúscula. Si el término se utiliza para el conjunto normativo, utilizo las minúsculas.

amplios, como sería el Derecho público. El acuerdo es menos evidente en la metodología, una vez que vamos más allá de la consideración clásica del Derecho constitucional como disciplina jurídica. Sin embargo, hoy ese punto de llegada es claramente insuficiente y se hace imprescindible ampliar la definición introduciendo otros atributos e incluso planteándonos si es viable una teoría general.

I. LA UNIDAD DE LOS CONTENIDOS

I.1 Las premisas de la unidad

El Derecho constitucional ofrece una homogeneidad temática fuera de discusión. Los programas de las Facultades y los manuales docentes reflejan un consenso claro en relación con las materias que componen el programa de la asignatura: el sistema de fuentes (con un epígrafe especial referido a la Constitución como norma), el sistema de gobierno, los derechos fundamentales, el Estado autonómico, el Poder judicial y el Tribunal Constitucional. Todo ello, según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español.

Ambas referencias (la unidad temática y la españolidad) son lugares comunes hoy día. Definen el contexto en el que nos desenvolvemos, que nos viene dado tras un proceso de asentamiento. Sin embargo, a mi juicio, bajo esa coincidencia temática, laten algunas cuestiones de interés, que merecen tenerse en cuenta para conocer bien el terreno que se pisa, sus potencialidades y sus riesgos. Es por ello que conviene recordar brevemente las condiciones que dieron lugar a nuestra disciplina.

¿Cómo se formó el Derecho constitucional? Esta pregunta concreta otra más general, referida a la formación de cualquier especialidad. En este sentido, es el desarrollo científico el que conduce a la necesidad de dar cuerpo a una nueva materia que reúna a sus expertos y oriente su enseñanza. Una realidad que se descubre, un problema social inédito o un giro metodológico son la primera causa para el tratamiento de un asunto con rango académico. La segunda es la existencia de un grupo de estudiosos en torno a la convicción de que tales cuestiones merecen un análisis conjunto o una metodología propia. En tercer lugar, es necesario algún tipo de institucionalización.

En el caso del Derecho constitucional, la novedad que propició la instauración de la disciplina fue la aprobación de la Constitución de 1978, su aplicación jurisdiccional y su desarrollo legislativo, que arrojaron toda una serie de

nuevos interrogantes². Los asuntos que fueron reuniéndose bajo el concepto de Derecho constitucional reflejaban los contenidos de la propia Constitución. El caso paradigmático fue el sistema de fuentes, de cuyo estudio se ocupaba el Derecho civil, y que, por mor de la norma suprema, experimentó un desplazamiento hacia el Derecho administrativo, que ya venía trabajándolo, consolidándose finalmente en el Derecho constitucional³. Aparece aquí el factor sociológico, pues paulatinamente fue surgiendo un grupo de académicos que comenzó a analizar los problemas aplicativos de la Constitución⁴. Sin embargo, tales profesores provenían básicamente de dos disciplinas, el Derecho administrativo y el Derecho político. Fue una decisión administrativa, el Real Decreto 1888/1984⁵, la que acabaría por generar un área identificable para una serie de problemas y sus estudiosos. De no haber sido así, el Derecho constitucional podría perfectamente haberse movido como una sección, tanto del Derecho administrativo como del Derecho político⁶.

Antes he señalado que la unidad temática de nuestra asignatura está consolidada. No obstante, si atendemos a su modo de formación, al menos dos de los tres factores que dieron realidad al Derecho constitucional (problemas típicos, estudiosos y decisión administrativa), pueden ser sometidos a revisión y crítica.

I.2 La especialización y su repercusión sobre la unidad de la disciplina: ¿Derecho constitucional o Derecho público?

He sostenido que la unidad temática surgió en un primer momento como reverberación de la Constitución, de su aplicación jurisdiccional y de su desarrollo normativo. Ahora bien, la norma suprema propicia en sí misma una

² Desde luego, sobre el método adecuado para afrontar la normatividad. De algún modo, el contraste de posiciones quedó nucleado en las tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1983, y LUCAS VERDÚ, P., 1982, debate hoy ya superado pero que, sin duda, pertenece a la historia de nuestra dogmática.

³ De alguno modo, la propia Constitución padece el lastre de ubicar las fuentes del derecho en el campo del derecho privado, tal y como refleja el 149.1.8.^a En cualquier caso, la fuerza vinculante del Título Preliminar del Código Civil para el resto de fuentes resultaría, no del Código en sí, sino de la Constitución, BALAGUER CALLEJÓN, F. 1991:56 ss.

⁴ Una composición policéntrica a partir de grupos fundacionales del derecho político, GARRIDO, A., y MARTÍNEZ, A., 2021.

⁵ La creación del área de conocimiento Derecho constitucional, a la que provisionar plazas, se produce por el Real Decreto 1888/1984, de 26 de octubre. Dos décadas después se creó la Asociación de Constitucionalistas de España (2002).

⁶ Como prueba de una ucronía, véase el manual dirigido por ALZAGA, O., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., 2021.

apertura de la temática constitucional más allá de su texto. Apertura que es doble, presentando cada una de ella interrogantes.

La primera se refiere a lo que podríamos calificar como la proyección natural u ordinaria. La Constitución es marco de posibilidades, articula el pluralismo, y esto hace que, esencialmente, marque hitos que habrán de ser desarrollados por el legislador democrático y, en su caso, concretados por la jurisdicción. El desarrollo y la concreción, más aún después de cuarenta años, generan densidad y complejidad, lo cual justifica que existan estudiosos cuya labor de investigación esté concentrada en un área temática (Estado autonómico, derechos fundamentales, etc.) o incluso que atiendan a un solo problema (inmigración, protección de datos, relaciones de cooperación, etc.). Tal forma de afrontar la materia puede estar plenamente justificada en términos de investigación (e incluso fomentada por el modo en el que se diseña la carrera académica). La pregunta, sin embargo, es si tal especialización debe trasladarse a los planes docentes, no solo en posgrado, sino incluso en grado.

La apuesta por la especialización quizá sea una estrategia oportuna para las Facultades en un contexto de máxima competitividad global. Sirve para distinguirlas en el mercado de la educación. Pero no oculta una pregunta de fondo: si las asignaturas optativas reclaman para sí autonomía docente, ¿cómo justificamos la unidad sistemática del Derecho constitucional? ¿No existe el riesgo de que las materias del Derecho constitucional acaben englobadas en un contexto más amplio, el del Derecho público, como ocurre en otros países? ¿Tiene relevancia la distinción entre Derecho constitucional y Derecho administrativo? ¿No es el resultado de meras contingencias históricas? Creo que no. Si atendemos a la función que le es propia al Derecho constitucional, existen suficientes argumentos para frenar su inclusión, como una materia más, en el campo del Derecho público. El Derecho constitucional es Derecho público, pero no cualquier Derecho público.

El Derecho público se construye en contraposición al Derecho privado⁷. La primera categoría señala la relación jurídica que entabla un ciudadano con el poder público, la cual ha de tener unos atributos distintos al negocio jurídico privado. La distinción va a estar en las prerrogativas de autoridad, cualificadamente la autotutela, de manera que para fijar sus posiciones y hacerlas efectivas la Administración no necesita la intervención del juez. Todo lo contrario

⁷ Sobre las condiciones históricas del surgimiento del derecho público, GRIMM, D., 2015:13 ss. La vigencia contemporánea de esta disyuntiva la encontramos, por ejemplo, en, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., 2011, para quien los entes públicos carecen de libertad y toda su actuación está guiada por el ordenamiento; o VELASCO CABALLERO, F., 2014, que marca la diferencia en el órgano llamado a garantizar el cumplimiento de las normas (la Administración para el derecho público, el juez para el privado).

que en el marco del Derecho privado, en el que la defensa de una facultad requiere la pacificación judicial.

En el centro de la idea de poder público situamos a la Administración. El ciudadano no se relaciona con el poder legislativo en la producción de la ley, salvo en la iniciativa popular; y su relación con el Poder Judicial se estructura a través del Derecho procesal, disciplina que suele escapar de la dicotomía público/privado. Esa primacía de la Administración, unida a la cultura autoritaria que precedió a la Constitución de 1978, explicaría la preeminencia en nuestro país del Derecho administrativo en el ámbito del Derecho público⁸. A eso se añade el hecho de que los administrativistas tuviesen desde sus inicios una participación cualificada en la construcción del Derecho constitucional español. Sin embargo, estas circunstancias no pueden llevar a la mixtificación de las disciplinas en un conglomerado común, el del Derecho público, pues sus funciones son claramente distintas. El Derecho administrativo configura la relación del ciudadano (en su vertiente de persona física o jurídica) con la Administración. Mientras que el Derecho constitucional tiene como misión justificar la naturaleza democrática del poder público y organizarlo jurídicamente. Así las cosas, el Derecho administrativo o el Derecho civil pueden existir en sistemas autoritarios, pero nunca el Derecho constitucional.

Además, si atendemos a la circunstancia de que la Constitución incluye valores que han de incidir sobre la sociedad, vemos que la dicotomía Derecho público/Derecho privado se hace vidriosa desde el Derecho constitucional. En definitiva, el principio democrático y la proyección de una idea de justicia en todos los ámbitos de la sociedad son las decisiones que van a propiciar una funcionalidad propia del Derecho constitucional —la ordenación y justificación democrática del poder— que lo distinguen dentro del Derecho público y que, a fin de cuentas, es el hilo conductor que da sentido a la unidad temática que reflejan manuales y programas⁹.

⁸ VILLACAÑAS BELANGA, J.L., 2022: 238 ss. explica la importancia de la construcción de una Administración para la supervivencia económica del Estado franquista en forma de una suerte de ordoliberalismo autoritario. Es bien conocido que esa operación fue propuesta y desplegada por profesores de Derecho administrativo.

⁹ Esto no quiere decir que el resto de disciplinas sean insensibles al principio democrático. Y mucho menos que el Derecho administrativo no coadyuve a la justificación democrática del poder y a su correlativa organización. Pero no es menos cierto que, mientras que, tal y como corrobora la historia, es posible un Derecho administrativo sin democracia, es imposible imaginar un Derecho constitucional al margen del principio democrático.

I.3 La apertura de la Constitución hacia otros ordenamientos: ¿hasta dónde puede llegar la disciplina?

Existe otro tipo de apertura constitucional, que ocurre en aquellos casos en los que la norma suprema propicia la creación de nuevos ordenamientos con vocación de coherencia y plenitud. Me refiero, obviamente, al derecho autonómico y al derecho de la Unión. El primer supuesto no plantea problema alguno respecto a su inclusión en nuestra disciplina. Pese a que goza de una temática característica, ordenada a partir de unos principios que la singulariza, no hay duda de que sus materias y criterios estructurales son constitucionales en su naturaleza, tanto por venir de la norma suprema, como por encajar en la función propia del Derecho constitucional.

Ahora bien, la presencia con peso propio del derecho autonómico en la asignatura de Derecho constitucional, necesariamente nos interroga sobre la ausencia del derecho local. Sobre todo cuando los constitucionalistas se han ido ocupando paulatinamente de esta materia en sus investigaciones. Solo la inercia de ser una cuestión imbricada tradicionalmente en el campo del Derecho administrativo explicaría que no siempre esté integrada en los programas de nuestra asignatura. Sus problemas son los propios del Derecho constitucional: la forma de gobierno quiere reflejar, con su propia problemática, el principio democrático en su vis representativa; su ordenamiento se estructura a través del principio de competencia; sus fuentes reverdecen el problema clásico de la relación ley-reglamento. Y así una larga lista de asuntos que ponen a las claras que la cuestión de la autonomía local se ubica sin dificultad alguna en el problema general de la justificación democrática del poder y su ordenación jurídica.

Me interesa, finalmente, atender la particularidad del derecho de la Unión, que luego trataré de forma más incisiva. Aunque su origen, como en el caso del derecho autonómico o del derecho local, está en la norma suprema, sin embargo, el ordenamiento resultante no refleja la lógica constitucional a la que estamos acostumbrados. Sabemos de sobra que inicialmente fueron los internacionalistas los que se ocuparon de dar autonomía analítica a este ordenamiento. Sin embargo, los constitucionalistas fueron tomando parte en el debate en atención, no al encaje en el paradigma clásico del derecho constitucional, sino a las contradicciones que plantea. En efecto, el derecho de la Unión pone ante nosotros la existencia de un poder público sin Constitución, problema que merece una respuesta desde la teoría constitucional. Estamos así ante una forma de extensión de la asignatura, que se expande hacia la comprensión de una nueva realidad.

Esta expansión del Derecho constitucional a su vez nos interroga sobre sus límites: ¿hasta dónde puede llegar? Pregunta de gran actualidad en un momento en el que una parte de los constitucionalistas identifica en las grandes corporaciones, y en especial si son tecnológicas, una nueva manifestación de poder que no puede ser desatendida por el Derecho constitucional¹⁰. En efecto, estas empresas transnacionales llevan la globalización a un punto superior. Ya no se trata únicamente de una movilidad financiera que escapa al control del ordenamiento territorial, o de un Estado que necesita de los mercados financieros para existir. La nueva realidad es la presencia de entidades que poseen una capitalización que supera el PIB de muchos Estados. Pero, sobre todo, que disponen de un poder, el de la acumulación y gestión de datos, capaz de condicionar nuestras conductas en todo orden de ámbitos vitales, incluido el momento crucial del proceso electoral. Los constitucionalistas exploran soluciones. Y toman el camino que ya se utilizó en el ámbito del ordenamiento comunitario: es posible un Derecho constitucional sin Constitución. Pero ahora se da un paso más allá y se comienza a reflexionar sobre la posibilidad de un Derecho constitucional sin territorio. En definitiva, la funcionalidad del Derecho constitucional –justificar el poder, organizarlo jurídicamente– se revela como el criterio clave para guiar la expansión de la disciplina.

Con todo, la inquietud investigadora no implica necesariamente que las nuevas temáticas tengan que consolidarse en el programa de estudios. Esto sucede cuando en la comunidad académica empieza a brotar un consenso sobre la necesidad de tratar ese asunto de manera específica y ordenada, bajo la convicción de que, si no se hace, una manifestación de poder quedará inédita en los rudimentos básicos del conocimiento del alumnado. Dicho de otro modo, una materia se integra en la asignatura de Derecho constitucional cuando su ausencia se percibe como una carencia explicativa.

I.4 Inciso: sobre el Derecho de la Unión como una materia propia del Derecho constitucional

Hoy es indiscutible que la Unión genera un poder público autónomo, separado del que crea y ordena la Constitución. Es asimismo un lugar común señalar que la Unión, tras un proceso de decisión propio, produce fuentes del derecho que introducen disposiciones jurídicas dotadas de eficacia directa y primacía. Hay, por tanto, todo un sector de nuestra realidad normativa que se

¹⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., 2022; REQUEJO PAGÉS, J. L., 2020. GOLIA, A., 2019.

origina a partir de un entramado institucional distinto al configurado por la Constitución.

Siendo esto así, ¿por qué su análisis debe venir desde el Derecho constitucional y no desde el Derecho internacional o desde el Derecho administrativo? Precisamente, como señalé en el epígrafe anterior, por la función propia del Derecho constitucional: justificar democráticamente el poder y organizarlo jurídicamente. Sin esta perspectiva, en definitiva, aceptaríamos que un sector amplio de nuestro derecho se mueve fuera de las coordenadas constitucionales. Ciertamente, esto transforma al Derecho constitucional como disciplina académica. Su labor natural es la de dar un ensamblaje teórico a una realidad que tiene su primera referencia en un texto constitucional. En cambio, respecto al derecho de Unión ha de cumplir también una tarea de reinterpretación de un ordenamiento que no es constitucional en su partida.

En este punto surge otro problema. Una vez que hemos asumido la necesidad de una perspectiva constitucional, ¿por qué ha de volcarse en una asignatura separada del Derecho constitucional?, ¿no puede ser simplemente un capítulo sustancial de la parte general? En mi opinión, el Derecho de la Unión tiene una serie de singularidades que reclaman un análisis diferenciado.

Su historia no es la del constitucionalismo. Es verdad que se desenvuelve en paralelo a la narrativa constitucional de la segunda mitad del siglo xx y que, seguramente, el Estado democrático en Europa no se comprendería sin el complemento del proceso de integración. Pero, una vez que este pierde sus primeras ambiciones políticas (Comunidad Europea de Defensa y Comunidad Política Europea), se configura esencialmente como un instrumento de naturaleza económica, aparentemente ajeno a la raíz política que caracteriza al constitucionalismo¹¹.

El proceso de integración se construye sobre una renuncia a su constitucionalización material y formal. De nuevo, el punto de no retorno son los fracasos de la Comunidad Europea de Defensa, la Comunidad Política Europea y más tarde el Tratado constitucional. Las Comunidades Económicas implantan un modelo que espera quedar al margen del sentido clásico de la política. Se centran en combatir el proteccionismo, racionalizando la actividad económica de los Estados. A estos les corresponde toda la organización de la política: símbolos, derechos fundamentales, políticas de redistribución, concreción de valores, etc. Circunstancia que explica, no ya solo la inexistencia de una Constitución formal,

¹¹ La evolución histórica del proceso de integración puede leerse de muchas formas una de ellas en relación a «la de profundización democrática en su organización y funcionamiento y a la del reconocimiento y paulatina afirmación de los derechos fundamentales en el Derecho europeo, dos vectores netamente constitucionales», CÁMARA VILLAR, G., 2009:223.

sino la ausencia de la nomenclatura propia del derecho constitucional. El hundimiento del Tratado constitucional es un símbolo de esta situación.

El derecho de la Unión utiliza una terminología singular. Basta ahora con pensar en sus instituciones, que, al margen del Parlamento, su nomenclatura expresamente las quiere separar de los conceptos tradicionales. E igual ocurre con el sistema de fuentes primigenio, en el que, pese a la coincidencia del término reglamento, es imposible cualquier paralelismo.

Partiendo de estos elementos –historia ajena al constitucionalismo, renuncia expresa a toda constitucionalización y nomenclatura extraña a la tradición constitucional–, la clave que exige un tratamiento diferenciado respecto al Derecho constitucional general radica en el hecho de que las categorías clásicas no se ajustan con fluidez a los problemas del derecho de la Unión. Tenemos ejemplos de todo orden.

Basta pensar en el concepto de Constitución. Es obvia su limitada utilidad para comprender el fenómeno de la integración. Han proliferado explicaciones alternativas, todas ellas unidas por la voluntad de estudiar una realidad que carece de una norma suprema al uso: Derecho constitucional común europeo, Derecho constitucional europeo, constitucionalismo multinivel, ensamblaje constitucional, etc.

El sistema de gobierno tampoco encaja en ninguno de los modelos clásicos, parlamentarismo o presidencialismo. Esto es así porque en su huida de la politización, el proceso de integración buscó mecanismos de producción normativa orientados al consenso, abandonando la lógica de la confrontación entre una mayoría y la oposición que la controla. Más aún, los Tratados utilizan técnicas propias del primer modelo (pseudo investidura, moción de censura) que, sin embargo, al desenvolverse en un contexto distinto, asumen un significado diferente.

Igual ocurre con el sistema de fuentes. Durante mucho tiempo se trabajó con un esquema que respondía únicamente a un problema de distribución vertical de poder. En ningún modo se recogía la lógica tradicional según la cual todas las fuentes expresaban un equilibrio orgánico. Ahora, la catalogación de actos en legislativos, delegados y ejecutivos, da cuenta de esa necesidad de contrapesos. Pero realmente el trasunto político que lo alimenta es radicalmente distinto, pues no opera la dicotomía mayoría/oposición que da sentido al sistema de fuentes en el Estado constitucional.

Otro ejemplo paradigmático son los derechos fundamentales. Bien sabemos que tienen contenidos predeterminados por el TEDH o las tradiciones constitucionales; y que sus garantías responden a las figuras canónicas de la reserva de ley, contenido esencial y principio de proporcionalidad. Sin embargo, como

nos advirtió el Tribunal de Justicia, los derechos han de interpretarse «en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión» que, desde luego, no son los de un Estado (Dictamen 1/2013, ap. 156-172). Desentrañar el impacto de la estructura y objetivo sobre la comprensión de los derechos fundamentales, entender su función particular más allá de la que le corresponde en la Constitución del pluralismo, son cuestiones que formulan interrogantes particulares.

Finalmente, no podemos obviar la posición del Tribunal de Justicia. En la teoría constitucional, los tribunales supremos se comprenden a partir de la metodología jurídica que aplican, que siempre ha de partir del texto. Es verdad que después de una larga vigencia, en ocasiones los tribunales tienen que reconstruir el texto o suplementarlo. Pero la situación del Tribunal de Justicia es distinta. Son los propios Tratados, en el artículo 19 del TUE, los que le habilitan para que complete el ordenamiento, en cuanto que es llamado a garantizar el derecho en la aplicación e interpretación de las normas.

En definitiva, la necesidad de reconfigurar las categorías clásicas de la teoría constitucional, hacen imprescindible un tratamiento distinto desde el punto de vista docente. Alcanzada esta conclusión, surge una última pregunta. Dada la insuficiencia de la teoría clásica, ¿sería oportuno que la singularidad del Derecho de la Unión condujese a la creación de Cátedras específicas de esa materia tal y como sucedió en su momento con el Derecho constitucional?

Creo que no. Disociar el Derecho de la Unión del Derecho constitucional conllevaría el riesgo de que se perdiese la perspectiva funcional del constitucionalismo. Durante mucho tiempo fue posible trabajar con el derecho de la Unión como un material esencialmente económico; su prioridad era construir y racionalizar un mercado interior, para lo que no era necesaria una metodología constitucional. Este entendimiento partía de una separación entre política y economía que a la larga se ha demostrado inoperativa. Después de la crisis de 2008 se ha hecho evidente la dimensión política de la Unión, no solo porque la economía es política, sino también porque la Unión ha comenzado a tomar decisiones en áreas que tradicionalmente habían estado reservadas al Estado por su alto voltaje político. Separar académicamente el Derecho de la Unión del Derecho constitucional sería una decisión que podría debilitar su comprensión en la búsqueda de una legitimidad democrática.

Además, el Derecho de la Unión necesita una tradición teórica desde la que partir. Que choque con las categorías constitucionales no significa que debamos prescindir de ellas. Todo lo contrario. Los conceptos, que nacen para simplificar nuestro análisis de la realidad, encarnan una serie de valores que permiten la integración social. La perspectiva constitucional nos obliga a extraer esos valores y pensar su reconfiguración para que sean

útiles en el Derecho de la Unión. Sin tradición no es posible un entendimiento cabal del presente.

II. LA METODOLOGÍA DE LA DISCIPLINA

II.1 El Derecho constitucional como disciplina jurídica

Sostener que el Derecho constitucional es una disciplina jurídica sirve para señalar su objeto de estudio, las normas¹². También indica que la primera tarea del constitucionalista es identificar y enunciar las normas a partir de un texto incorporado en una fuente del derecho¹³. Pero, ¿cuál es el modo correcto de interpretar y aplicar ese texto de manera que no quepa una mera lectura libre?

En un ordenamiento con más de cuarenta años de vigencia, la tarea debe partir del uso previo que se ha hecho de la disposición en cuestión. Esto obliga a saber distinguir si existe una línea jurisprudencial asentada que completa el significado de la norma. Y en su caso, cumple conocer las razones constitucionales que han armado esa jurisprudencia. De este modo, la normatividad se presenta como una realidad construida en un debate abierto entre los distintos intérpretes. Subsidiariamente, si el texto carece de tradición, es insuficiente o necesita un cambio, se ha de recurrir a los criterios interpretativos. ¿Cuáles? Evidentemente es un camino imprescindible volver sobre el canon clásico de Savigny¹⁴ enriquecido por aquellas técnicas de formalización de la argumentación que se han impuesto en diversas áreas, por ejemplo, en el campo de los derechos fundamentales, la distribución de competencias o la valoración del error o la arbitrariedad judicial¹⁵.

Sin embargo, las técnicas formales se revelan a menudo insuficientes, pues realmente modulan la argumentación, pero no extraen el sentido material

¹² Afortunadamente se trata de una afirmación que hoy no ofrece disputa alguna en nuestra doctrina desde que GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1981/1983 marcara el terreno. También en España vivimos un interesante debate sobre la proyección normativa de algunos preceptos de la Constitución, en especial aquellos que incorporan fines. Las posiciones en el debate y su evolución histórica lo encontramos hoy en BIGLINO, P., 2020: 57 ss.

¹³ DOGLIANI, M., 1985:2. Tarea del constitucionalista y del Derecho constitucional, que nos distinguiría de las disciplinas afines fuera del campo del derecho (ciencia política, sociología, etc.), MORLOK, M., 1998:35. Esto no significa, sin embargo, negar la politicidad del Derecho constitucional, CÁMARA VILLAR, G., 2004, para una revisión general de esta problemática.

¹⁴ Una revisión histórica de los métodos interpretativos en BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 2022: 45.

¹⁵ Modelos de argumentación en términos de VOLKMANN, U., 2019:170. La profesora Balaguer, en una perspectiva distinta, propone analizar la interpretación según el órgano que la realiza, BALAGUER CALLEJÓN, M. L., 2022: 219-245.

de la disposición. Y esta labor no es fácil bajo el contexto propio de la disposición constitucional, sobre la que se proyectan varias racionalidades (si se quiere diversos valores). Esto requiere una respuesta que estructure esa confluencia de premisas. Elemento que hace de la interpretación constitucional una cuestión singular y exige un esfuerzo constante de reconstrucción de la sistematicidad del texto.

II.2 El Derecho constitucional es una disciplina pragmática

El objeto primario el Derecho constitucional, la Constitución, es un instrumento con una función social clara: justificar democráticamente el poder y organizarlo jurídicamente. La pretensión normativa que asume¹⁶, hace que la tarea del constitucionalista, identificar y elucidar la norma constitucional, surja sólo a partir de una controversia sobre el sentido de la disposición y su aplicabilidad para unos hechos concretos. Es decir, el Derecho constitucional existe solo porque es útil para resolver problemas. Así las cosas, al igual que cualquier otra disciplina jurídica, es una actividad tópica¹⁷ que entra en acción para formular una regla a partir de un texto y frente a una controversia¹⁸.

En el punto anterior hemos señalado que las disposiciones constitucionales acumulan una tradición aplicativa insoslayable. Ahora añadimos que el proceso de interpretación se realiza en un contexto determinado, que exige renovar la tradición, transformarla o incluso abandonarla. Esa relación entre normatividad ya construida (tradición) y presente (nueva controversia) requiere al menos los siguientes pasos analíticos¹⁹.

(i) Se ha de comprender el contexto inmediato, determinado por los hechos de la controversia y el modo en qué han sido acreditados por las partes o fijados por los tribunales de instancia. Y también deben analizarse las interpretaciones que proponen esas partes, dando así relevancia a la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales.

¹⁶ Del cumplimiento de la función (de la normatividad de la Constitución) depende su existencia, HESSE, 1978. De manera que los conceptos de validez y efectividad (existencia) se confunden al hablar de la Constitución, BALAGUER CALLEJÓN, F., 1991:119 ss.

¹⁷ VIEWEGH, T., 1964.

¹⁸ Cobra así pleno sentido la distinción entre disposición y norma de CRISAFULLI, V., 1964.

¹⁹ Nuestra homenajeada distingue entre «interpretación constitucional e interpretación de la Constitución», para señalar que la primera «solo se explica desde la interrelación entre la Constitución y el ordenamiento jurídico», BALAGUER CALLEJÓN, M.L., 2022: 31.

(ii) El contexto inmediato tiene que distinguirse del contexto amplio, que se refiere a aquellos elementos históricos, sociológicos o económicos que explicarían las causas que han dado lugar al problema. Este contexto es especialmente importante en el campo del derecho constitucional, pues al tratarse del conjunto normativo que organiza el Estado y la sociedad, las decisiones trascienden en muchas ocasiones a la controversia particular, adquiriendo consecuencias generales.

(iii) El dominio de los contextos abre paso a la actualización de la tradición aplicativa²⁰. Efectivamente, solo con una comprensión cabal de los elementos que definen la controversia es posible distinguir si las reglas construidas en casos anteriores pueden proyectarse en el supuesto concreto, o bien es necesario reformularla para atender el matiz. Proyección que no es necesariamente repetición, sino actualización creadora que permite subsumir nuevos problemas.

(vi) Finalmente, se han de tener en cuenta las consecuencias que esa interpretación tendría en el contexto²¹. Por un lado, se debe valorar el impacto sobre los diversos actores que han participado en la construcción de la controversia. Por otro, se tiene que reflexionar en torno a la practicabilidad de la interpretación²², evaluando en qué medida goza de una mínima generalización que la haga aplicable a supuestos similares. Y, además, se ha de considerar si facilita el proceso de integración al que está llamada la Constitución.

La referencia al contexto amplio nos interroga sobre la relación del Derecho constitucional con otras disciplinas académicas. La norma constitucional se ocupa de organizar el proceso político y trasladar una idea de justicia a la organización social. Por ello, no ha de extrañar que muchos conceptos recogidos en la normativa hayan surgido inicialmente en otros campos. Se constitucionalizan categorías de la

²⁰ En detalle, sobre el precedente, BALAGUER CALLEJÓN, M.L., 2022: 94 ss.

²¹ En definitiva, esto es lo mismo que preguntarse sobre la corrección de una decisión que concreta la Constitución, principalmente una decisión judicial, pero no solo. Al respecto, ATIENZA, M., 2018:40 que tiene por racional aquella decisión que es coherente, universalizable pro futuro, socialmente aceptable y fundada en el texto constitucional. Como señala VOLKMANN, U., 2020:972, las decisiones que afectan profundamente en la sociedad o en la vida política, hacen de la sociedad la última instancia de legitimidad. La pregunta sobre la interpretación correcta, o la mejor interpretación, conecta con un problema de teoría del conocimiento. Sin entrar en honduras, la defensa de la posibilidad de una decisión mejor frente a las propuestas concurrentes encajaría tanto en una visión de la ciencia como búsqueda falible de la verdad, POPPER, K., 1962:228 ss., como en una perspectiva según la cual la función de la ciencia no es alcanzar la verdad sobre un mundo externo a nosotros, sino generar consenso respecto a los objetivos perseguidos y los medios para alcanzarlos, RORTY, R., 2000:59 ss.

²² De nuevo, esa practicabilidad entronca con la teoría del conocimiento. Siguiendo a CERRONI, A., 2018:335, se distinguirían una fase de generación, institucionalización, difusión y socialización. Desde el punto de vista jurídico, la fase de institucionalización correspondería esencialmente a la creación de derecho o su aplicación, mientras que las de generación, difusión y socialización serían parte principal de las instancias educativas en sentido amplio.

filosofía política, la teoría del estado, la ciencia política o la economía. ¿Cómo debemos entonces tratar a estas materias en el Derecho constitucional?

Una solución equivocada sería la negación. La autonomía del Derecho constitucional como disciplina académica significa que su objeto tiene una funcionalidad propia (justificar democráticamente el poder y organizarlo jurídicamente) y su metodología posee el objetivo de toda disciplina jurídica (elucidar el significado de las normas jurídicas)²³. Pero esta autonomía no puede conducir a negar el sentido primero de las categorías que tuvieron su origen en otros ámbitos. Es imprescindible saber qué se conserva de ese significado inicial y en qué modo ha sido transformado. ¿Tiene entonces el constitucionalista que ser un teórico del estado, un filósofo de la política, un politólogo? ¿Padece un conocimiento incompleto sin esas materias? Obviamente, el ideal del jurista Hércules es inalcanzable²⁴. Sin embargo, no debemos olvidar que una labor cardinal de la ciencia es simplificar el proceso de conocimiento. Nunca empezamos de cero, sino que nos apoyamos sobre lo aprendido por las generaciones anteriores. Sustentos que también operan de forma horizontal, de manera que el constitucionalista toma de las materias afines aquellos avances que le permiten comprender el contexto.

Esta utilidad de las ramas que también abordan el problema del poder, conduce a la cuestión de la precomprensión. El intérprete existe en un contexto que necesariamente se proyecta en la búsqueda de sentido de la disposición jurídica. Y en ese ambiente, sobre todo cuando se trata de casos difíciles, se introducen elementos de la filosofía política, de historia, teoría del estado, etc., que sirven para vivificar el significado del texto a la luz del conflicto que suscita la necesidad de renovar el sentido. La labor argumentativa, si quiere ser ecuaníme, debe desvelar los elementos precomprensivos que son relevantes para ese asunto y que condicionan la toma de partido entre las distintas posibilidades que se abren.

II.3 El Derecho constitucional es una disciplina teórica

A) LA TEORÍA A TRAVÉS DE CONCEPTOS

Afirmar que el Derecho constitucional es una disciplina teórica, implica la voluntad de dotar a su objeto de una coherencia, de manera que el ordenamiento trasciende la función individual de sus variadas disposiciones para dar forma a una

²³ En un sentido similar, si bien, a mi juicio, identificando la función de la teoría constitucional con su metodología (el mejor conocimiento posible de la Constitución), pero haciendo una diferenciación con materias afines (la teoría general del estado, la doctrina constitucional, la historia del derecho, la ciencia política y la filosofía del derecho), MORLOK, M., 1988:20 ss.

²⁴ DWORKIN, R., 2013:132.

unidad de sentido. Así, nuestra disciplina es jurídica (trabaja con normas), pragmática (a partir de problemas) y racional (genera un sistema articulado).

Esta ambición distingue la labor académica²⁵. Pero, ¿cómo se manifiesta la teoría? Mediante la construcción de conceptos, que, de forma sintética, expresan una regularidad. Esta regularidad no necesariamente ha de tratar exclusivamente sobre hechos. En ocasiones, incorpora una dimensión valorativa (piénsese, por ejemplo, en la categoría democracia, Estado de derecho, reserva de ley, etc.). Ganan así naturaleza política y se convierten en términos esencialmente discutidos, que pueden ser explicados de múltiples formas y que, por tanto, admiten expresiones en competición²⁶.

¿Cómo construimos los conceptos de suerte que los consideremos científicos²⁷? Creo que son tres los métodos que utilizamos. El primero es el histórico. Tomamos la edificación temporal de una institución en la confianza que nos permitirá comprender su razón de ser, a la vez que nos ofrece el contraste con la realidad. La segunda vía es inductiva. A partir del conjunto normativo identificamos los rasgos distintivos de una categoría. Y, finalmente, el derecho comparado se asoma como un tercer camino. Bien porque adoptamos para nuestro ordenamiento una categoría construida en otro que nos sirve para solventar los problemas propios, bien porque es útil para perfilar el concepto en discusión.

B) LA NATURALEZA TEÓRICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CUMPLE UNA SERIE DE FUNCIONES

La teoría, a través de los conceptos, crea sistema, esto es, dota de racionalidad al conjunto normativo. Esa unidad de sentido se proyecta, en primer lugar, en la configuración de los criterios que permiten seleccionar la norma aplicable ante un conflicto dado. Pensemos, por ejemplo, en los principios jerarquía, competencia, norma posterior, etc. Sería un error, sin embargo, concluir que estamos ante conceptos puramente formales; son el resultado práctico de criterios políticos. En segundo lugar, esa sistematicidad también se despliega al aclarar los diversos términos contenidos en las disposiciones jurí-

²⁵ En la tarea del legislador, del juez, del funcionario, prima la dimensión pragmática, su necesidad prioritaria es la de resolver problemas. No están llamados a hacer teoría. Lo cual no quiere decir que carezcan de ella. Aparece a menudo implícitamente, invisible por su consolidación en la norma o en la jurisprudencia. Solo en ocasiones se hace presente en los casos difíciles, sobre todo en la aplicación judicial, cuando la resolución exige un plus argumentativo.

²⁶ Sobre la categoría de conceptos esencialmente discutidos, GALLIE, W.B., 1955.

²⁷ Este es seguramente uno de los interrogantes al que menos tiempo le hemos dedicado los constitucionalistas (y es un interrogante que nos conecta de forma directa con el problema de la cientificidad de las ciencias sociales).

dicas. Se opta por una u otra lectura en virtud de los elementos a partir de los cuales se pretende reconstruir la coherencia del ordenamiento.

La dimensión teórica facilita la aplicación del derecho. Ante la repetición de conflictos, configura un concepto que define la esencia de esa controversia y regulariza su solución. Basta con conocer la categoría sin necesidad de volver sobre su origen y formación. El principio de legalidad ilustra bien esta idea. Sabemos de sobra que destila una relevante lógica política construida durante siglos, según la cual, la mayor legitimidad del Parlamento explica que sus normas se impongan a las del Gobierno. Sin embargo, el aplicador del derecho no tiene que volver sobre la trama secular y, simplemente, le basta con saber que la jerarquía elige a la disposición de rango legal sobre la reglamentaria.

La teoría permite desempeñar una labor crítica, en la que el jurista evalúa el ordenamiento a partir de su concordancia con los conceptos que le quieren dar racionalidad. Solo así cabe el examen de una reforma constitucional, de una novedad legislativa o de una decisión jurisprudencial. Entonces toca calibrar en qué medida la categoría ha sido reconfigurada por la fuerza de la realidad o simplemente estamos ante una pérdida de sistematicidad.

La teoría cumple, finalmente, una función político-constitucional. Surge para comprender el objeto de estudio (la norma y su aplicación) y también para brindar a los conflictos soluciones desde el derecho. Obviamente, las divisiones no se neutralizan exclusivamente desde el derecho, pero una solución adecuada, con visos de duración, la mayoría de las veces requiere su estructuración jurídica.

Entiendo que se da un conflicto político relevante para el derecho constitucional cuando existe un asunto que fracciona sustancialmente a la comunidad política o dificulta el funcionamiento del Estado, y tal asunto no está regulado o su regulación es precisamente parte del problema. En estas circunstancias, la teoría constitucional se despliega en su función político-jurídica de diversas formas. Puede explicar las razones que han dado lugar al conflicto, labor que se cruza claramente con la de un politólogo o un especialista en la filosofía política. Está también en condiciones de darnos las causas por las cuales el ordenamiento vigente no logra neutralizar el conflicto. Y, en última instancia, nos ofrecería un repertorio de soluciones desde las que buscar la pacificación del conflicto.

C) ¿UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL?

Conviene plantearse, finalmente, si existe una sola teoría útil a cualquier sistema constitucional o si, por el contrario, resulta imposible invocar esta pretensión de universalidad. La cuestión admite un primer acercamiento desde el que se pue-

de concluir que existe una serie de conceptos que define la esencia del Estado constitucional. Así, nunca sería reconocida en términos constitucionales una organización que funcionase sin elecciones periódicas, sin sufragio universal, sin un parlamento que interviene en la producción de la ley, sin un poder judicial independiente o sin el reconocimiento de un cuerpo de derechos fundamentales.

Esta es una idea que viene de lejos. Recordemos el célebre artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que afirmaba que «[u]na Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución». Y reverdece, sobre todo, tras la Segunda Guerra Mundial, cuando comienza a conformarse en la Europa occidental un modelo de Estado constitucional, caracterizado por los elementos antes señalados, más la suma de una estructura económica capitalista. Lo interesante en el periodo de post-guerra, y especialmente ahora, es que esa suerte de teoría constitucional universal se construye institucionalmente a través del TEDH, la Comisión de Venecia y, en los últimos tiempos, por la Comisión europea, añadiéndose en este último caso consecuencias jurídicas expresas para los Estados que no cumplan con los estándares²⁸.

La teoría constitucional de naturaleza universal e institucionalizada compone así una función novedosa. Durante la segunda mitad de siglo, la construcción de arquetipos había facilitado la transición de los Estados desde la dictadura hacia la democracia. Sin una serie de elementos distintivos, era imposible acogerse a las instituciones europeas, especialmente a las Comunidades económicas. Ahora, en cambio, esa teoría general se proyecta en mecanismos con voluntad de incidir ante la involución en la que pueda incurrir un Estado.

Debe subrayarse que esta suerte de teoría general se elabora bajo criterios técnicos. No encarna la manifestación de un poder constituyente, sino que compone una suerte de razón pública que se impone por el propio valor moral de sus elementos. Esa razón pública pretende ser límite al principio democrático. No solo en la democratización de un Estado autoritario, sino también para el funcionamiento de democracias consolidadas, que encontrarían en esa decantación formalizada barreras a cualquier alternativa que se aparte de ellas. Circunstancia que plantea problemas inéditos, pues las apreciaciones, tanto la Comisión de Venecia como la Comisión europea, comienzan a adquirir un detalle en sus definiciones que supera la composición de mínimos, exigiendo a los Estados incluso formulaciones concretas.

²⁸ Las tres instituciones, TEDH, Comisión de Venecia y Comisión Europea, a su vez, se influyen recíprocamente en la definición de los parámetros, BIGLINO CAMPOS, P., 2018.

La teoría constitucional, no obstante, tiene una coyuntura temporal, poblacional, espacial y normativa que modula la universalidad de las categorías. El tiempo genera nuevos problemas que ponen a prueba los conceptos heredados. Conservar su utilidad, en definitiva, su capacidad para identificar una controversia y ofrecer una solución, determinará su evolución o su abandono. Un factor capital es la población en la que se desenvuelve. Son clave los conflictos que dividen a esa sociedad y la teoría se activará en un sentido u otro según si estamos ante tensiones religiosas, económicas, regionales, etc. Finalmente, el territorio en el que opera, también condiciona la teoría. Sin duda, la dimensión del espacio supedita la organización territorial e incluso potencia las fórmulas de democracia directa (pensemos, por ejemplo, en Suiza).

Me quiero detener en el último factor, el de la estructura normativa, porque suscita al menos dos cuestiones claves. La primera es la posibilidad de una teoría constitucional sin Constitución. El proyecto de integración es el ejemplo paradigmático. En él la posición de la teoría se alzaprima. Dota de racionalidad constitucional a un conjunto normativo que no tiene esa vocación y, a la vez, cumple una función constructiva, redefiniendo los principios del ordenamiento.

Cuando la teoría constitucional se despliega en un contexto con Constitución, surge una segunda cuestión capital: ¿existe una teoría adecuada?, ¿se deriva necesariamente de la norma suprema? La pregunta se formula porque el texto de la Constitución reconoce una diversidad de valores y principios, cuya forma concreta no se cierra. Deliberadamente se dejan abiertos espacios para que sean colmados en el tiempo a la luz del principio democrático. Sin embargo, no es este el único criterio que reconoce la Constitución.

En mi opinión, la Constitución española admite diversas lecturas teóricas. Lo importante es que en cualquier proceso de interpretación o concreción esa teoría se ponga de manifiesto con toda claridad y se argumente en qué medida aporta las razones adecuadas para una mejor solución al problema objeto de estudio. ¿Nos lleva esto al relativismo teórico? No lo creo. Existen al menos dos límites. El primero tiene que ver con esa vocación universal que ya se ha desarrollado. Resulta difícil explorar caminos que choquen frontalmente con los elementos básicos de la cultura constitucional, haciendo tabla rasa con sus fundamentos contruidos históricamente. En segundo lugar, cabe defender que toda controversia tiene una respuesta mejor. No una solución única, pero sí una salida de mayor nivel. También en el Derecho constitucional, como en

cualquier otra rama de las ciencias sociales, somos capaces de distinguir que unas soluciones son preferibles a otras ²⁹.

Pero, ¿qué hace que una respuesta sea más adecuada? Creo que debemos valorar al menos tres elementos. Desde luego, la sustantividad o calidad de las premisas. Esto es, la correcta definición de los conceptos, tanto desde el punto de vista de la coherencia lógico-formal, como a la luz de los principios políticos que encarnan. A su vez, se ha de verificar su practicabilidad, evaluando la posibilidad real de ordenar la realidad. Y, finalmente, se debe tener en cuenta si genera razones compartidas que susciten un consenso sobre la calidad de la teoría.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALZAGA, O., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2021). *Derecho político español según la Constitución de 1978*. Madrid: Marcial Pons.
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M., y GARCÍA AMADO, J.A. (2018). *Un debate sobre la ponderación*. Sucre: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (1991). *Fuentes del derecho. I. principios del ordenamiento constitucional*. Madrid: Tecnos.
- (2022). *La constitución del algoritmo*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: CEPCO y Agencia del BOE.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2018). La Comisión de Venecia y el patrimonio constitucional común. *Revista General de Derecho Constitucional*, (28), versión electrónica.
- (2020). Principios rectores, legislador y tribunal constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional* (119), 53-84.
- CÁMARA VILLAR, G. (2004). Reflexiones sobre el Derecho Constitucional como Derecho Político. En Portero, L. (ed.), *Conocimiento y Realidad. Estudios en homenaje a Jorge Riezu* (pp. 353-395). Salamanca: San Esteban.

²⁹ Este postulado epistemológico, según el cual unas argumentaciones son mejores que otras, entronca con la crítica ya clásica al positivismo jurídico. Según este, llegados a un punto, el juez decide discrecionalmente ante la ausencia de parámetros firmes. DWORKIN, R., 2013:105 ss., subrayó con contundencia la debilidad de esta posición, que, en definitiva, llevaba a aceptar una aplicación retroactiva de un derecho recién creado. Se dio paso de este modo a una poderosa corriente de pensamiento que hizo de la argumentación un centro nodal en la teoría del derecho. Una visión general del peso de la argumentación, ATIENZA, M., 2013.

- CÁMARA VILLAR, G. (2009). Perfiles históricos del derecho constitucional europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (11), 209-230.
- CERRONI, A. (2018). Steps towards a theory of the knowledge-society. *Social Science Information*, 57(2), 322-343.
- CRISAFULLI, V. (1964). Disposizione (e norma). *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII (pp. 195-210). Milán: Giuffrè.
- DOGLIANI, M. (1985). *Indirizzo político. riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*. Nápoles: Jovene.
- DWORKIN, R. (1977). *Taking rights seriously*. Londres: Bloomsbury.
- GALLIE, W. B. (1955). Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 167-198.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983). *La constitución como norma y el tribunal constitucional* (3.^a ed.). Madrid: Civitas.
- GARRIDO, A., y MARTÍNEZ, A., (2021). Las redes científicas del derecho constitucional y de la ciencia política en España: genealogía, estructura y desarrollo. *Revista de Estudios Políticos*, (193), 101-143.
- GOLIA, A. (2019). *Imprese transnzionali e vincoli costituzionali*. Milano: Franco Angeli. Studi di Diritto Pubblico.
- GRIMM, D. (2015). *Sobre la identidad del derecho público*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HESSE, K. (1978). Die normative kraft der verfassung. En M. Friedrich (Ed.), *Verfassung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- HOLLERBACH, A. (1978). Auflösung der verfassung? En M. Friedrich (Ed.), *Verfassung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- LUCAS VERDÚ, P. (1982). El derecho constitucional como derecho administrativo (la ideología constitucional del profesor García de Enterría). *Revista de Derecho Político*, (13), 7-52.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2011). Derecho público y derecho privado, disyuntiva determinante para el estado de derecho. *Revista General de Derecho Administrativo*, (26), 1-26.
- MORLOK, M., (1988). *Was heißt und zu welchem ende studiert man verfassungstheorie?* Berlin: Duncker & Humblot.
- POPPER, K. (1962). *Conjetures and refutations. the growth of scientific knowledge*. New York: Basic Books.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (2020). *La agonía de la democracia*. Oviedo: KRK.
- RORTY, R., (2000). Relativismo: Descubrir e inventar. En Niznik, J., y Sanders, J.T. (Ed.), *Debate sobre la situación de la filosofía* (pp. 49-68). Madrid: Cátedra.
- VELASCO CABALLERO, F. (2014). *Derecho público más derecho privado*. Madrid: Marcial Pons.
- VILLACAÑAS BERLANGA, J.L. (2022). *La revolución pasiva de Franco*. Madrid: HarperCollins.
- VIEWEGH, T., (trad. L. Díez Picazo). (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus.

- VOLKMANN, U. (trad. I. Gutiérrez Gutiérrez) (2019). *Elementos de una teoría de la constitución alemana*. Madrid: Marcial Pons.
- (2020). Die dogmatisierung des verfassungsrechts. überlegungen zur veränderten kultur juristischer argumentation. *JuristenZeitung*, (20), 965-974.

SOBRE LAS ESCUELAS Y LAS APROXIMACIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL ¹

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

Profesora titular de Derecho Constitucional en la Universidad Carlos III de Madrid

Letrada del Tribunal Constitucional

SUMARIO: 1. Nota introductoria. 2. ¿De qué hablamos al referirnos a las escuelas de Derecho Constitucional? 3. La escuela mayoritaria: la Constitución como objeto y su exégesis como método. 4. Las escuelas no hegemónicas. 4.1 La escuela feminista de Derecho Constitucional. 4.2 La escuela del constitucionalismo histórico. 4.3 La escuela antiformalista/neoconstitucionalista. 5. Apuntes finales. 6. Algunas notas bibliográficas.

1. NOTA INTRODUCTORIA

Durante los últimos tiempos, en España, los constitucionalistas y los administrativistas hemos adquirido un protagonismo público inusitado, y una

¹ Este trabajo ha aparecido publicado, en francés, en la obra colectiva *Quelles doctrines constitutionnelles pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s)?*, dirigida por MAGNON, X. y MOUTON, S., y publicada por Mare & Martin en la colección « Le sens de la science », en el año 2022. En castellano, una versión muy reducida del texto fue publicada en el blog IBERICONNECT el 30 de septiembre de 2021 (disponible en <https://www.ibericonnect.blog/2021/09/las-escuelas-de-derecho-constitucional-espanolas-en-el-marco-de-la-crisis-constitucional-presente/>, último acceso el 2 de julio de 2024). Ahora he querido recuperar la versión extendida en castellano para esta obra colectiva. En su momento dediqué la entrada en el blog de IBERICONNECT a Pablo Perez Tremps, director de tesis, mentor y amigo. Algo me lleva a cerrar el círculo con estas reflexiones aportándolas al libro homenaje a la carrera de María Luisa Balaguer, de quien también he aprendido muchas cosas y a quien también considero mi amiga.

presencia en los medios de comunicación particularmente notable, primero a resultas de la crisis constitucional relacionada con el proceso soberanista catalán, en segundo término como consecuencia de la declaración del estado de alarma asociado a la pandemia de la COVID-19 y, tras ese momento de excepcionalidad constitucional en sentido propio, a causa de la tramitación y aprobación de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Esa exposición pública ha puesto de manifiesto la existencia de distintas posiciones teóricas sobre idénticos problemas constitucionales. También ha sido testigo de una manifestación inusitada de planteamientos políticos diversos en torno al texto constitucional por parte de los estudiosos y estudiosas de dicho texto. La proximidad ideológica de las primeras décadas de vigencia de la Constitución y de las primeras generaciones de constitucionalistas, dentro de una diversidad innegable, ha desaparecido claramente en la actualidad. Pero ninguna de estas afirmaciones contradice el análisis que se realizará en las páginas que siguen. La lectura teórica de la Constitución puede tener y de hecho tiene sesgo político, pero este no diversifica las escuelas jurídicas salvo que del sesgo se derive un planteamiento metodológico específico respecto de la aproximación al objeto de estudio o respecto de la extensión misma del objeto de estudio y no parece que esto haya sucedido de momento aunque, personalmente, creo que terminará por producirse una fractura metodológica de tal naturaleza basada, fundamentalmente, en el recurso a unos u otros métodos de interpretación jurídica para explicar el texto constitucional y para legitimar el control de la misma.

En este contexto, el Tribunal Constitucional no ha escapado a la polémica, ni a la división ideológica, ni a la dispersión de métodos interpretativos. Ejemplo paradigmático de tal diversidad de aproximación a la interpretación constitucional ha sido la proliferación de votos particulares en la última década. Asúa, A. (con 196 votos particulares), Valdés Dal-Re, F. (192), Xiol Ríos, J.A. (291) y Balaguer Callejón, M.L. (150 votos hasta la fecha) han puesto de manifiesto en sus opiniones disidentes no sólo una falta de sintonía con la mayoría de turno del Tribunal Constitucional, sino una visión del Derecho Constitucional innovadora y abierta a métodos interpretativos antiformalistas. El trabajo de María Luisa Balaguer ha sido particularmente interesante a este respecto porque, como se verá en otros capítulos de este mismo volumen, ha llevado sus posiciones teóricas sobre el feminismo jurídico al texto de un buen número de votos y a algunas, lamentablemente aún pocas, sentencias. Pero no será esta la cuestión de la que me ocupe. Valga la mención, exclusivamente, para justificar el interés de las páginas que siguen a la hora de explicar cómo el panorama que describo podría estar en fase de transformación.

2. ¿DE QUÉ HABLAMOS AL REFERIRNOS A LAS ESCUELAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL?²

Cualquier constitucionalista con algún año de oficio a sus espaldas, sería capaz de responder a esta cuestión intuitivamente. Pero no es tan sencillo formular la respuesta por escrito, y trabando argumentos objetivos para justificarla.

El tema de las escuelas es una de esas cuestiones implícitas en todo cuanto se hace en la carrera académica. Un tema que suele hacerse explícito, en la experiencia española, solo en momentos de conflicto, asociados por lo general a pugnas por el poder académico, aunque, últimamente tampoco es ajena al escenario la lucha por un cierto poder de influencia política. Al tratarse de una cuestión subyacente en la academia, pero escasamente discutida de forma abierta y contrastada, no se existen apenas trabajos académicos que aborden la cuestión desde la perspectiva del objeto y el método de trabajo del Derecho Constitucional. Y esa misma ausencia hace difícil arrancar con un primer trabajo en el que se planteen las cuestiones que aquí se abordan. La crítica más frecuente a una aproximación como la mía será que carece de base científica objetiva y que se basa en meras apreciaciones personales de las que, por supuesto, es posible discrepar. Pero entiendo que con el punto de partida que aquí se propone es bastante para lanzar una discusión a través de la cual podamos construir un conocimiento científico mejor contrastado y más objetivo del panorama que merece la presente reflexión. De modo que me he propuesto, sencillamente, desarrollar una narración sobre quiénes somos, hoy, los que nos dedicamos a estudiar el Derecho Constitucional en España. Sobre cómo hemos llegado hasta aquí. Y sobre cómo afrontamos los desafíos del futuro universitario y político-constitucional de nuestro país.

En principio, hablar de escuelas, nos lleva a pensar en grupos de trabajo que tienen una visión coherente, determinada y común, sobre el objeto y el método de la disciplina que estudian. Aunque podría hacerse, no voy a cuestionar la noción misma de escuela, y las implicaciones que tal acepción tiene al entender la academia de un modo un tanto particularista, y en parte también sectario. Hablar de la formación de escuelas en torno a un vínculo, el que sea, supone de algún modo identificar y particularizar ese vínculo frente al resto, y por tanto excluir en lugar de integrar que, a mi juicio, es lo que debiera hacer el saber universitario. Hablar de escuelas es referirse a los nuestros, y a los

² Quiero expresar mi agradecimiento a mis colegas ESQUEMBRE VALDÉS, M., y SALAZAR, O., Ambos leyeron una primera versión de este texto hace ya algunos años, apuntando algunas cuestiones que he tratado de incorporar a las ideas iniciales.

otros. Y como planteamiento conceptual no comparto esta visión de la academia. Pero asumo la noción para formular el trabajo descriptivo, que entiendo que es el principal objetivo de estas páginas.

Al mismo tiempo, interrogarse sobre el método, el objeto y la esencia del Derecho Constitucional es interrogarse sobre nosotros mismos como docentes, como investigadores, como científicos. Es hacer de la introspección una suerte de excusa para revisar porqué y para qué hacemos lo que hacemos como profesionales, y qué aporta nuestro trabajo al conocimiento científico y al progreso de nuestras sociedades.

Pero no siempre es fácil abordar este interrogante, ni siempre es sencillo responder a él. La facilidad para dar respuesta a la cuestión depende en ocasiones de nuestra propia formación epistemológica. En ocasiones de nuestra sensibilidad para distinguir el objeto, de la forma en que nos aproximamos al objeto. En ocasiones de nuestra capacidad crítica para interrogarnos y poner en duda lo enseñado y la forma en que nos ha sido enseñado. A pesar de la dificultad, el intento está presente, en España, en la labor de cada constitucionalista que accede a los cuerpos docentes universitarios mediante concurso-oposición³. La reflexión sobre el objeto y el método del Derecho Constitucional como disciplina forma parte indiscutible de las pruebas o exámenes de acceso a los distintos cuerpos profesionales en que se estructura la carrera universitaria en el presente, en que se estructuraba antes de la entrada en vigor de la actual normativa, y en que se estructurará una vez pase esta compleja fase de redefinición del modelo universitario de la que no parece que acabemos de salir desde la aprobación de la Ley Orgánica de Universidades en el año 2001⁴. Pero ese intento no se ha traducido siempre en trabajos que puedan ser calificados como verda-

³ Véase artículo 33 del Real Decreto 678/2023, de 18 de julio, por el que se regula la acreditación estatal para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y el régimen de los concursos de acceso a plazas de dichos cuerpos.

⁴ La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, vino a introducirnos en el S. XXI con un «nuevo» y más moderno modelo universitario, organizando la carrera docente e investigadora de un modo más acorde con las nuevas realidades. Pero esta norma ha sido modificada en varias ocasiones (modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 9/2005, la Ley Orgánica 4/2007, la Ley 14/2011, el Real Decreto-ley 14/2012, la Ley Orgánica 8/2013, la Ley 15/2014, y el Real Decreto-ley 10/2015) hasta verse remplazada por la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario. Además, la normativa universitaria de rango legal ha sido objeto de diversos pronunciamientos diversos del Tribunal Constitucional, destacando la STC 26/2016, que declara inconstitucional y nulo el párrafo 2 del artículo 7 y los artículos 8.2 y 30 bis, en la redacción dada por el artículo 6 del Real Decreto-ley 14/2012. Por tanto, el modelo no es en absoluto un modelo estable. A esta circunstancia se unen las dificultades de acceso a los cuerpos docentes universitarios debidas a los repetidos cambios en los criterios de evaluación que se proyectan de forma retroactiva, para evaluar carreras profesionales que se construyeron en el marco de criterios distintos, así como a la disparidad de criterios de consolidación y promoción profesional en las distintas universidades, disparidad basada en una autonomía universitaria que no garantiza la igualdad en el acceso a los cuerpos docentes universitarios en la totalidad del territorio nacional.

deros ensayos epistemológicos. Ni tampoco podemos concluir que, de ese intento, se derive una clasificación clara de los investigadores en Derecho Constitucional en diversas escuelas de pensamiento científico. No suele ser explícita una «auto asignación» de escuela, o una auto identificación como miembro de un grupo académico con las características que se le suponen a una escuela de pensamiento. Todo ello con las salvedades que luego se apuntarán.

Las consideraciones de estos párrafos tienen un sentido preciso: yo también he reflexionado sobre el objeto y el método de la disciplina, como todos y cada uno de mis colegas. Pero esa reflexión no me sirvió a los efectos de realizar este trabajo, porque no siento que en nada se distinga esa reflexión, desde la perspectiva epistemológica, de la realizada por la mayor parte de nosotros. Hablamos sobre la Constitución (formal y/o material), pensamos en la Constitución, glosamos su texto, su contexto y la glosa que de ella hacen los intérpretes «autorizados», pero ni pensamos, ni hablamos en lenguas distintas, lo que nos hace, sustancialmente, miembros de la misma corriente de pensamiento. Esta impresión, es por lo demás compartida por buena parte mis colegas. Dice Luis López Guerra, citando a su vez a Angel Garrorena, que «el desarrollo de la doctrina española del Derecho Constitucional no ha respondido (a diferencia de lo ocurrido a otros contextos) a la adopción de grandes teorías o de enfoques epistemológicos derivados se concepciones científicas o filosóficas más amplias [...]». Ciertamente sería difícil [...] explicar las corrientes en la doctrina constitucionalista española como un resultado o reflejo de construcciones filosóficas de autores como Ortega, Zubiri o Aranguren, para poner algún ejemplo» (López Guerra, L., 2010:95-96).

Por tanto, y sin ir más lejos ¿podríamos decir que, en España, hay distintas escuelas de Derecho Constitucional? Creo que buena parte de la doctrina diría que no. Pero personalmente esta respuesta no me satisface. Me parece anti intuitiva, y también reduccionista. Prefiero buscar otra.

En esa búsqueda, he tenido a la vista los dos trabajos de referencia en relación con este tema que, pese a tener más de quince años el más reciente, conservan totalmente su vigencia. Me refiero a las ediciones de 1998 y 2008 de la Revista «Teoría y Realidad Constitucional», editada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia⁵. El primer número de esa revista, publicado en 1998, recoge una encuesta realizada a quienes el profesor OSCAR ALZAGA –a la sazón director de la revista–, consideraba en aquel momento «cabezas», «maestros», o «figuras de liderazgo» de distintas escuelas. No de

⁵ Pueden consultarse ambos volúmenes en la web de la revista <https://revistas.uned.es/index.php/TRC> (último acceso 2 de julio de 2024).

todas, pero quizá sí de las más representativas. Entre los encuestados estaban Manuel Aragón Reyes, Carlos de Cabo Martín, Jorge de Esteban Alonso, Ángel Garrorena Morales, Luis López Guerra, e Isidre Mola Batllori.

Diez años después, en el 2008, y cuando ya hacía 30 de la aprobación de la Constitución española, Alzaga, O., repitió el mismo ejercicio, y planteó las mismas preguntas a las mismas personas y a alguna otra: de nuevo AOscar Alzaga repitió el mismo ejercicio, y planteó las mismas preguntas a las mismas personas y a alguna otra: de nuevo Manuel Aragón, Carlos de Cabo, Luis López Guerra, y Ángel Garrorena fueron interrogados. Y lo fueron también Luis Diez Picazo, Alfonso Fernández Miranda, Pablo Lucas Verdú y Francisco Rubio Llorente. Pero no sólo. Se oyeron además otras voces, y se contó con las generaciones más jóvenes. Con quienes habíamos nacido con la transición y ya nos habíamos criado bajo los mandatos de la Constitución de 1978. Este número, además de recogerse un excelente repertorio bibliográfico de trabajos en que se había tratado durante 30 años el tema del objeto y el método del Derecho Constitucional, se habla del método jurídico vinculado al régimen político, de los aspectos históricos, meta-jurídicos y de derecho comparado referentes al Derecho Constitucional, se habla sobre la aplicación judicial del Derecho Constitucional, sobre el pluralismo y el método jurídico, sobre el ámbito cultural del constitucionalismo, sobre las tensiones entre la pretensión normativa del Derecho Constitucional y la realidad política, etc... Pero, a pesar de la profundidad del contenido de ambos números, su lectura no me permitió definir un mapa de las escuelas académicas, sin perjuicio del interés evidente que todos estos trabajos tienen y por el que vale la pena profundizar en ellos. No obstante, debo reconocer que me dieron alguna pista y, sobre todo, me colocaron ante las preguntas correctas para avanzar en la reflexión.

Y la primera de esas preguntas nos interroga sobre de qué hablamos cuando nos referimos a las escuelas de Derecho Constitucional en España. Y, a mi juicio, nos referimos a tres fenómenos distintos.

a) En primer lugar, podemos aludir con esta expresión *a los grupos de profesores y profesoras que se formaron con el mismo investigador principal, desarrollaron bajo su tutela sus respectivas tesis doctorales y colaboraron entre sí en proyectos de investigación conjuntos, en la mayoría de los casos identificados también con una o varias líneas de investigación homogéneas*. Quisiera hacer notar que cuando me refiero al grupo formado en torno a un investigador, a un maestro, no utilizo el masculino genérico, sino un masculino consciente, porque maestras en esta disciplina ha habido pocas –no me atrevo a decir que

ninguna—, tal y como se describirá más adelante. Prueba de ello es, sin ir más lejos, el elenco de nombres que se ha expuesto en los párrafos precedentes.

En este caso los vínculos personales van más allá de la identificación metodológica, y el vínculo creado entre maestro y discípulos o discípulas (aquí sí) adquiere unas características propias que, en ocasiones, condiciona la carrera universitaria tanto como los logros académicos individuales. Pero yo creo que, en este caso, deberíamos hablar, para ser más precisos, de familias académicas más que de escuelas, porque dentro de la misma línea de pensamiento y de aproximación a la materia pueden distinguirse distintas «familias». Y seguramente estas han tenido más fuerza en la disciplina del Derecho Constitucional español, para configurar el mapa de los departamentos o áreas de Derecho Constitucional en las distintas Facultades de Derecho, que las escuelas en sentido estricto. Hablamos aquí, realmente, de vínculos de poder, de una suerte de «pactos juramentados» entre maestros (en palabras prestadas de Amorós, C., 2005) que determinan, en gran medida, la forma en que se formula, reproduce, construye e institucionaliza el conocimiento científico.

b) En segundo lugar podemos referirnos a *un grupo de investigadores e investigadoras reunidas en torno a un centro especializado en determinadas líneas de investigación, generalmente reconocido institucionalmente y financiado a través de ayudas obtenidas en convocatorias competitivas, o a través de financiación de la Universidad a la que se vincula*. Estos grupos no tienen por qué ajustarse a un planteamiento epistemológico común, y ni siquiera a una metodología uniforme. El elemento congregante es la *institución*, pero su trabajo puede estar caracterizado, seguramente lo esté en el tiempo actual, por la multidisciplinariedad, que se identifica sin lugar a duda con la pluralidad metodológica. Hablaríamos, por tanto, de la tendencia a la transversalidad o transdisciplinariedad como elemento definidor de estas estructuras de investigación.

c) Y por último, nos referimos asimismo a *los y las constitucionalistas que comparten una visión epistemológica común y al tiempo diferente de otras sobre el Derecho Constitucional*. Aquí estaríamos hablando de escuelas en el sentido más «científico» del término. Pero, salvando algunos matices a los que haremos referencia más tarde, esta noción se entremezcla y hasta se confunde en gran medida con las dos anteriores en el imaginario colectivo y del colectivo, y pierde valor frente a ellas porque condiciona menos, en términos generales, el trabajo académico y la posición de fuerza e influencia de quien hace de la investigación su oficio en el panorama del Derecho Constitucional español.

Para desarrollar la descripción que me propongo realizar me centraré en la última acepción, a partir de la cual la exposición sobre el panorama actual de la ciencia del Derecho Constitucional en España es relativamente sencilla: existe una corriente mayoritaria, hegemónica y casi omnicomprensiva, dentro de la que se identifican la mayor parte de las familias académicas y en la que se incluyen la mayor parte de los institutos o centros de investigación, y tres corrientes no hegemónicas, dos de ellas críticas, que pueden vincularse en diversa medida con posiciones filosóficas y, por tanto, epistemológicas, bien identificadas.

No parece interesante al objeto de esta reflexión hacer cuestión central de la evolución histórica de la disciplina del Derecho Constitucional en España, pero vale la pena realizar algún apunte. Buena parte de las reflexiones sobre la cuestión del objeto y método del Derecho Constitucional publicadas hasta la fecha hacen referencia a esa evolución histórica. La mayoría de ellas relatan que las Cátedras de Derecho Constitucional surgen en 1813, poco después de la aprobación de la Constitución de Cádiz (1812), siendo sus pretensiones poco científicas y esencialmente pedagógicas (véase Sánchez Agesta, L., 1962); que no se desarrolla un verdadero pensamiento científico hasta que no se instaure en el año 1836 la libertad de manual y de texto; y que las vicisitudes de nuestra historia constitucional condicionan, sin género de dudas, la evolución de la disciplina que adoptará la nomenclatura de derecho político con carácter general y se enseñará sola o vinculada al derecho administrativo en función de los períodos históricos y la vigencia o no de las distintas Constituciones históricas (Pezet Reig, M., y García Trobat, P., 1998).

En síntesis, la mayoría de los autores se refieren a la inestabilidad constitucional y a la escasa normatividad de los textos constitucionales para justificar la falta de desarrollo claro de una doctrina española de Derecho Constitucional hasta finales del S. XX, una vez entra en vigor la Constitución de 1978, que abrirá el período de estabilidad constitucional más largo de nuestra historia (López Guerra, L., 2010:87). Y esa circunstancia, el nacimiento de la disciplina y del objeto de la disciplina simultáneamente, marca la configuración de las escuelas de Derecho Constitucional español de una forma innegable.

3. LA ESCUELA MAYORITARIA: LA CONSTITUCIÓN COMO OBJETO Y SU EXÉGESIS COMO MÉTODO

La identificación de la disciplina de Derecho Constitucional en España, que como digo se produce sólo después de la aprobación del texto constitucional que aún sigue en vigor –tras apenas tres reformas puntuales de los arts. 13.2, 135 y 49 CE–, se hizo asumiendo un objeto de estudio propio, y disociándose de los estudios genéricos asociados al antiguo Derecho Político. La asignatura cambia de nombre porque cambia de objeto, y el Derecho Político se segrega en Derecho Constitucional y Ciencia Política, asumiendo el primero el examen del texto y la segunda el análisis del contexto.

Si bien la noción de Derecho Político se remonta en España al siglo XVI⁶, antes incluso del surgimiento del constitucionalismo moderno, la dictadura franquista recuperó para sí una denominación preexistente que había empezado a matizarse a finales del s. XIX con los trabajos de Adolfo Posada⁷. Esa recuperación no fue plena porque, si con Nicolás Pérez Serrano el Derecho Político prefranquista había profundizado en su dimensión jurídico-normativa, tras la Guerra Civil el Derecho Político, huérfano de una norma constitucional de la que ocuparse, se había inclinado hacia el análisis del Derecho Constitucional Comparado, la Sociología Política, la Ciencia Política y la teoría del Estado. Por tanto, una disciplina omnicompreensiva, enciclopédica, multidimensional, y prácticamente «desjuridificada», característica esta última que pone de manifiesto que la doctrina, con mayor o menor convencimiento y no sin excepciones, evitó «legitimar» jurídicamente el régimen del General Francisco Franco⁸.

La aprobación de la Constitución de 1978 marca el punto de inflexión que permite desprenderse del «antiguo» Derecho Político para conformar un nuevo Derecho Constitucional, distinto del anterior, con personalidad propia. La búsqueda de las señas de identidad de la disciplina pasa por la identifica-

⁶ Domingo de Soto utilizó ya la expresión *ius politicum* en su obra más célebre *De iustitia et de iure*, publicada en 1553. Una versión, en la que reproduce el facsímil original, de esta obra puede encontrarse en edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

⁷ Así en el año 1893 –tras diez años como catedrático– POSADA, A. dio un nuevo matiz a la disciplina del Derecho Político y estableció una división interna en el seno de la misma, elaborando su «Tratado de Derecho Político» separándolo en dos tomos, el primero de «Introducción y Teoría del Estado» y el segundo de «Derecho Constitucional Comparado». Si bien estos trabajos que condicionaron la docencia de la disciplina no hicieron lo propio con la dogmática. Según RUBIO LLORENTE, F. (1996) este autor apenas tuvo seguimiento discipular y tuvo, por esa y otras razones, poca trascendencia en la dimensión teórica de la asignatura.

⁸ Una de las excepciones fue la representada por FERNÁNDEZ-CARVAJAL, R., quien intentó explicar en términos jurídicos el sistema político franquista en su obra *La Constitución Española*, Ed. Nacional, Madrid, 1969.

ción de los investigadores con el texto de la Constitución de 1978. De hecho, hay un amplio consenso doctrinal a la hora de entender que la aprobación y entrada en vigor de la Constitución, y de una Constitución «normativa», ha dado al Derecho Constitucional un sentido del que carecía el viejo Derecho Político (Balaguer Callegón, F., 1997). Una identificación que pasa también por la adhesión ideológica al texto. Esas señas de identidad que se identifican en el nacimiento de esta nueva disciplina académica son las siguientes:

A) La comprensión de la disciplina como una ciencia estrictamente jurídica. Ello supone que la aprobación de la Constitución de 1978 ofrece la posibilidad de recuperar un estudio –y enseñanza– del Derecho Constitucional positivo. Se vive un nuevo proceso de juridificación, emulando el que ya viviera la materia durante el breve período histórico de la II República, en el año 1931. La mayoría de la doctrina constitucionalista tiene muy presente que el Derecho Constitucional es *«un Derecho que, como se dice tantas veces, nace de la pasión política y se dirige a la pulsión política para encauzarla por procedimientos y sedes de expresión, así como para mostrarle objetivos y establecerle limitaciones en nombre de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos»* (Revenga, M., 2009:5). Pero prescinde en líneas generales del análisis politológico para centrarse en el análisis jurídico, un análisis que surge *«como respuesta a la necesidad de analizar, interpretar la Constitución, así como para proponer soluciones a los conflictos surgidos en su aplicación»* (López Guerra, L., 2010:92). En síntesis, se centra el objeto de estudio en el texto de la Constitución española y de las instituciones, sistema de fuentes y derechos que en ella se contenían.

B) La consideración anterior supone, obviamente, la adhesión a un método de trabajo fundamentalmente jurídico, que plantea la aceptación del respeto a la literalidad y fuerza normativa de la Constitución, y al mismo tiempo exige rigor lógico y razonabilidad en el proceso lógico-interpretativo derivado de la lectura textual de la norma suprema (López Guerra, L., 2010:95). Así, el método predominante es la exégesis normativa y jurisprudencial, abandonando los métodos empíricos y analíticos propios de otras ciencias sociales ajenas al saber jurídico. Si bien esto es cierto, no se puede obviar que, superada la fase de independencia del Derecho Constitucional, el recurso al método estrictamente jurídico se hará compatible con la aproximación al método comparatista⁹, así como se hará uso de las disciplinas de las que debió separarse el Dere-

⁹ Véase, a este respecto, la «Encuesta: el método comparado en Derecho constitucional» publicada en Teoría y realidad constitucional, n.º 41, 2018, págs. 15-56, en la que se pronuncian sobre la cuestión los profesores ALÁEZ CORRAL, B.; BALAGUER CALLEJÓN, F.; CANOSA USERA, R.L.; GARCÍA MORALES, M. J.,

cho Constitucional como materias auxiliares, que explican lo que la mera exégesis de la norma constitucional o de la jurisprudencia constitucional no permite revelar.

C) La pérdida del carácter enciclopédico de la disciplina, indiscutiblemente unida a la desconexión entre el Derecho Constitucional y las ciencias con la que estaba estrechamente vinculada: la Sociología y la Ciencia Política. Dos hechos resultan como consecuencia de la autodeterminación del Derecho Constitucional: la creación de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, editada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, institución dependiente del Gobierno de España, que mantendrá a su vez la *Revista de Estudios Políticos* para temas más vinculados a la filosofía, historia o sociología políticas (López Guerra, L., 2010:94); y la creación de dos asociaciones profesionales distintas, una dirigida a los profesores de Derecho Constitucional y otra a los de Ciencia Política¹⁰. La «desconexión», presentó algunas dificultades porque quienes se dedicaban al estudio del Derecho Constitucional o del Derecho Político en las décadas de los 60-70 del siglo xx, no estaban familiarizados con el análisis del derecho positivo, de modo que recurrieron durante una primera fase a la base doctrinal proporcionada por los administrativistas, lo que hizo surgir también algunos conflictos teóricos entre ilustres representantes de ambas disciplinas, conflictos que no eran más que un signo de la voluntad y dificultad de alcanzar unas notas características propias, identificadoras e independientes para cada una de las disciplinas¹¹.

D) El respeto por el «consenso de 1978» que da surgimiento al texto constitucional convertido en el eje del estudio de la disciplina. Ello no supone una ausencia de crítica al texto, pero sí un punto de partida del análisis que se sustenta en la falta de cuestionamiento del pacto en sí, del consenso como valor constitucional. Y ello va a suponer que la doctrina mayoritaria no sea hiper-

GARCÍA ROCA, F. J., y PÉREZ TREMP, P. Más recientemente se retoma el tema en BOTTINI, E., GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., PASSAGLIA et RAGONE, S., «L'état du droit public comparé: la tradition romano-germanique», *Droit Public Comparé*, 1, 2023, disponible en <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=121> (último acceso el 3 de julio de 2024).

¹⁰ La asociación Española de Ciencia Política se crea en el año 1993, y tras algunos avatares, se consolida la Asociación de Constitucionalistas de España, creada en el año 2000 para llenar el espacio dejado por la anterior asociación de profesores de Derecho Constitucional, que no estaba ya activa.

¹¹ De hecho, la segregación entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo protagonizó uno de los debates científicos más interesantes en relación con la configuración de la disciplina, el que se produjo entre GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y LUCAS VERDÚ, P., El origen de la disputa estuvo en el prólogo y en los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. incluidos en su obra *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981; su postura fue contestada por LUCAS VERDÚ, P. en «El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo», *Revista de Derecho Político* n.º 13, 1982, pp. 7 ss., encontrando la réplica de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en «El Derecho Constitucional como Derecho», *Revista de Derecho Político* n.º 15, 1982, pp. 7 ss.

crítica con el modelo constitucional, un modelo que analiza, glosa, matiza y estudia, pero que no cuestiona en sus fundamentos básicos.

Las notas anteriores se matizan con el tiempo, pero siguen poseyendo una fuerza notable a la hora de caracterizar a la línea doctrinal hegemónica. Hoy podríamos identificar esa línea con las siguientes características:

A) Preminencia del método jurídico sobre todos los demás y apertura del objeto. Ese método presupone el examen del texto constitucional, tal y como se ha apuntado antes. Pero la evolución del modelo constitucional español hace que los constitucionalistas ya no se limiten al mero análisis de la literalidad del texto, sino que asumen la necesidad de examinar las normas integrantes del «bloque de la constitucionalidad», en la definición que le confiere la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que incluye como objeto de estudio el derecho autonómico. También se amplía el foco para integrar el derecho europeo, por los caracteres constitucionales que posee, y por la indiscutible conexión entre los niveles en que se organiza, gestiona y articula el poder político que hace de la Constitución la norma axial en torno a la que gira el sistema, pero que no puede prescindir de las otras dimensiones presentes en ese sistema. Además, el análisis de la jurisprudencia constitucional deviene elemento imprescindible que concreta y desarrolla la literalidad del texto de la Constitución de 1978.

Vale apuntar, y en este sentido se manifiesta Luis López Guerra (2010:106) que, si bien en todas las disciplinas jurídicas el análisis de la jurisprudencia de los tribunales es fundamental, este análisis ha cobrado una relevancia muy superior en el estudio del Derecho Constitucional. El profesor Luis López Guerra apunta sus razones para explicar este fenómeno, que contextualizan cronológicamente el nacimiento de la Constitución y el del Tribunal Constitucional, y que ponen de relieve la interconexión entre magistratura constitucional y doctrina académica. Pero entiendo que las razones van más allá, y tienen que ver con las insuficiencias connaturales al texto constitucional. La indefinición de origen de muchos dictados constitucionales, en particular en materia de organización territorial del Estado, y la necesidad de proyectar una lectura evolutiva de la Constitución en algunos puntos, particularmente en relación con los derechos fundamentales, hacen imposible entender y explicar la Constitución sin la jurisprudencia constitucional ¹².

¹² LÓPEZ GUERRA, L. (2010: 109) evoca en su trabajo la crítica a la evolución de un positivismo legalista a un positivismo jurisprudencial que formulase en su día VEGA, P. de, pero no acaba de asumir enteramente la crítica, al entender que la posición de la doctrina frente a la jurisprudencia constitucional no

B) Proyección de un espíritu crítico moderado que, en términos generales, no pone en duda la validez del pacto de 1978, ni la normatividad de la Constitución. El espíritu crítico se proyecta puntualmente sobre la evolución del modelo constitucional, o sobre alguna de sus dimensiones en concreto. Pero no se manifiesta claramente contra la selección de las elecciones básicas del pacto constituyente. Miguel Azpitarte Sánchez (2008) lo expresa en estos términos: *«Tal consenso significaba simplemente que el disenso político podría centrarse sobre la intensidad y la velocidad de la transformación de la realidad político-jurídica, pero nunca sobre las bases constitucionales que armaban esa transformación, de manera que se oscurecía la inevitable dimensión política de las normas que organizaban esas bases. Finalmente, la función transformadora y el consenso político impactaron sobre el espacio académico. Se asentó un paradigma científico indiscutido –la Constitución como norma jurídica–, que permitió profundizar en el estudio dogmático y técnico de sus disposiciones, creando toda una variedad de instrumentos que venían a limpiar y potenciar la aplicación (la normatividad) de la Constitución.»*

C) Inserción dentro de la escuela de pensamiento positivista. Esta línea de pensamiento constitucional sigue haciendo del examen del derecho positivo (a nivel autonómico, constitucional o europeo, en el orden normativo estricto o en el orden jurisprudencial) su razón de ser fundamental.

Dentro de esa corriente de pensamiento, que no es absolutamente uniforme, es posible identificar algunas tendencias específicas. Pero es difícil valorar si esas corrientes pueden ser consideradas en sí mismas escuelas, desde una perspectiva epistemológica, o si se trata solamente de líneas de trabajo centradas en uno u otro objeto específico, dentro del estudio de la Constitución, y que condicionan someramente sus métodos para adaptarlos al objeto escogido. Yo entiendo que, efectivamente, estamos ante líneas de trabajo dentro de la misma corriente doctrinal, porque las características arriba expuestas se identifican en todas ellas, por más que pueda atribuírseles diferente peso en cada una.

Dentro de estas corrientes, particularmente identificables por el objeto de estudio, Luis López Guerra (2010), identifica las siguientes:

a) *La que se centra en el estudio del sistema de fuentes, caracterizada por un extremo rigor formal, y orientada por un enfoque dogmático que pone el acento en la construcción y desarrollo de categorías formales a partir de los*

es meramente contemplativa, es decir no incurre en el «talmudismo jurisprudencial», sino que se manifiesta de modo crítico frente a la forma y al fondo de las sentencias del Tribunal Constitucional.

mismos textos normativos, prescindiendo al máximo de todo elemento auxiliar extranormativo.

Esta corriente bebe de las fuentes del enfoque kelseniano contenido en la «teoría pura del derecho», y se identifica claramente en la obra del profesor Ignacio De Otto (Universidad de Oviedo). López Guerra (2010:111) apunta que esta línea normativista es un poco más crítica que el resto con la apertura hacia el positivismo jurisprudencial al que se hacía referencia más arriba. Pero sin dudar de la existencia de esta posición crítica, no parece que la misma sea suficiente para otorgar carta de naturaleza a esta corriente en tanto que escuela específica. La pronta desaparición del profesor Ignacio de Otto impidió el desarrollo de la doctrina por él formulada y de una escuela asentada y lo suficientemente extensa como para ser considerada como tal. Su influencia se ha dejado sentir en muchos trabajos sobre el sistema de fuentes, pero su línea de trabajo ha tenido, a mi juicio, una continuidad muy relativa.

b) Aquella centrada en el análisis del estado autonómico, que da lugar a una suerte de subdisciplina que es el derecho autonómico, área en la que, de nuevo, se encuentran (y desencuentran) constitucionalistas y administrativistas.

Esta línea de trabajo contempla dos posiciones: una realza los elementos unificadores del sistema, la otra los elementos propios del (sub)ordenamiento autonómico. Los acontecimientos políticos actuales permitirían asociar estos dos enfoques a dos (o quizá tres) posiciones políticas en relación con el margen constitucional en que pueden moverse las pretensiones soberanistas conformadas en una parte del territorio nacional. A mi juicio las discrepancias entre investigadores en este orden de reflexiones se alejan de la dimensión epistemológica. La cuestión por plantearse es si las diferencias en el objeto de estudio condicionan el método de análisis y forjan, con ello, una particularidad científica relevante. Entender que sí conferiría al objeto de estudio una importancia desmesurada en la configuración de la propia ciencia. Lo que yo opino es que el objeto escogido y la forma de aproximarse a él condicionan la selección del método. Pero no generan, *per se*, un método específico, ni una construcción propia y distinta del conocimiento científico, en este caso del conocimiento científico-jurídico.

La corriente que se centra en el estudio del derecho autonómico se caracteriza por despegarse de la letra de la Constitución, mitigando por tanto la aproximación normativista al análisis del objeto, y por asumir la existencia de una Constitución material conformada por el «bloque de la constitucionalidad», en

el sentido que tal expresión tiene para el ordenamiento español (Gómez Fernández, I., 2006). Lo incompleto del texto constitucional en materia de organización territorial del poder obliga a acudir a la exégesis de otros textos, exige un conocimiento y explicación profunda y exhaustiva de la Jurisprudencia Constitucional, más de lo que se exige respecto de cualquier otro sector del ordenamiento Constitucional. Y la llegada a punto muerto del modelo obliga hoy, además, a volver a los orígenes, y recuperar la reflexión politológica para analizar el fenómeno del «independentismo», y las consecuencias constitucionales de la extensión de este. El recurso a las ciencias auxiliares es, por tanto, imprescindible. Aquí el normativismo estricto no sirve para abordar el problema en toda su complejidad, sin perjuicio de reconocer que no es sencillo identificar líneas de pensamiento científico nítidas y ajenas al problema político.

c) *La que trabaja sobre el proceso de integración europeo.* Si bien el análisis del ordenamiento inter y supranacional había sido tradicionalmente tratado por la doctrina internacionalista, el proceso de integración europeo cambia la tendencia y parte de los investigadores en Derecho Constitucional se aproximan al análisis de lo que denominaremos «Derecho Constitucional Europeo». El análisis de las instituciones europeas, el sistema de fuentes, la organización de los poderes y la protección de los derechos fundamentales se convierte en objeto de atención de la doctrina que encuentra aquí un nuevo punto de intersección con la labor de internacionalistas y administrativistas. No se pierde en esta línea el método jurídico, si bien se produce una clara apertura del objeto. Pero se trasladan los conceptos elaborados para trabajar en el orden constitucional, al orden supranacional sin cuestionar, con carácter general, la validez de las categorías dogmáticas que, sencillamente, se redimensionan.

d) *La que se centra en el estudio de los derechos fundamentales.* En este caso, la exégesis del texto se completa no sólo con la de la jurisprudencia constitucional, sino con la de los textos internacionales sobre derechos humanos vigentes en España, y con la de la jurisprudencia emanada de los órganos internacionales que detentan la interpretación auténtica de dichos tratados. De nuevo estamos ante una apertura del objeto que lleva a la mayoría de la doctrina a integrar la noción de constitucionalismo multinivel, de la mano de la consideración del artículo 10.2 de la Constitución como elemento definidor de nuestro sistema de garantías de los derechos fundamentales. Se asume así que el examen de la jurisprudencia de Estrasburgo primero y de Luxemburgo, a partir del momento en que el TJUE aplica la Carta de Niza, forma parte inescindible del análisis de los derechos constitucionalmente reconocidos. Pero, de nuevo aquí, se acude al método jurídico integrando la glosa del texto, y la

glosa de lo que los jueces dicen del texto, en un todo que conforma un conocimiento científico indudablemente positivista.

Esa diversidad de líneas de trabajo permite hablar de la existencia actual de una lectura pluralista de la Constitución (Azpitarte Sánchez, M., 2008:453). No obstante, esa lectura pluralista se articula sobre las bases comunes expuestas pudiendo situarse bajo el paraguas omnicomprendivo de la aproximación hegemónica o mayoritaria al derecho constitucional. Fuera de este paraguas se ubican las que vamos a denominar «escuelas no hegemónicas».

4. LAS ESCUELAS NO HEGEMÓNICAS

Prefiero hablar de escuelas no hegemónicas que referirme a escuelas menores, o minoritarias. Entiendo que la acepción de «escuelas minoritarias» implica una connotación negativa que no me parece oportuno asumir en un contexto en el que, lo que se pretende, es formular una exposición de las líneas de pensamiento plurales que podemos identificar en la academia española. Todas ellas valiosas para explicar y cuestionarse sobre el objeto de estudio. Todas ellas defendibles desde el punto de vista científico, porque todas parten de la autodefinición a partir de la concreción de su objeto y su propio método de trabajo.

4.1 La escuela feminista de Derecho Constitucional

Esta escuela no se autodefine como tal¹³. Posiblemente porque desde su concepción misma, que podemos datar en el año 2004¹⁴ y por el propio devenir de su trabajo, que se proyecta obviamente en su concepción del Derecho Constitucional, evita asumir un concepto de jerarquía como norma de organización del mundo, separando entre superiores e inferiores, y ello en la medida en que tal concepción responde a una visión masculina (y patriarcal) de la realidad que es precisamente cuestionada desde quienes adhieren a esta línea de pensamiento político, científico, jurídico y constitucional. Quizá por eso esta línea se au-

¹³ La descripción de la escuela se basa, en parte, en la propia presentación de sí misma que se contiene en la página web de la Red Feminista de Derecho Constitucional: <http://feministasconstitucional.org/quienes-somos/> (último acceso 3 de julio de 2024).

¹⁴ En el año 2004 se celebraría el «I Encuentro de profesoras e investigadoras de Derecho Constitucional», con una voluntad clara de «crear un espacio de debate y reflexión que consiga influir en la orientación actual y futura del Derecho Constitucional», y en ese encuentro se sentarían las bases para la creación de la «Red Feminista de Derecho Constitucional».

todefina como Red (la Red Feminista de Derecho Constitucional-RFDC), y se aleja de la concepción más clásica de las escuelas de derecho.

De hecho, el grupo de investigadoras que se inscriben en esta línea no trabajan en una sola Universidad, ni se han formado con los mismos juristas de referencia, ni existen relaciones de dependencia laboral entre unas y otras. Actualmente la Red está formada por medio centenar de profesoras y un profesor de Derecho Constitucional, pudiendo destacarse, por la profusión de su obra, y por haber trabajado con más intensidad en cuestiones metodológicas Julia Sevilla Merino, Mar Esquembre, Maria Luisa Balaguer, Teresa Freixes, Angela Figueruelo, Asunción Ventura, y Octavio Salazar. Más allá de la Red Feminista de Derecho Constitucional en sentido estricto, existen juristas que se alinean en la misma filosofía de trabajo, si bien no se integran formalmente en la Red, siendo este el caso, por ejemplo, de Blanca Rodríguez o de Ruth Rubio Marín, ambas de la Universidad de Sevilla.

La RFDC se inserta dentro de una línea de trabajo clara propia del feminismo jurídico y mayoritariamente alineada con el feminismo radical (en el sentido usado por CROW, 2000). Posada, A. (1889), a quien ya se ha mencionado, introdujo el término feminismo en España a finales del S. XIX, en un trabajo denominado precisamente así. Pero los estudios de género tendrían que esperar al S. XXI para integrarse en las Universidades españolas al amparo del feminismo institucional que promueve la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, siempre como estudios menores y dependientes, esto es sin entidad académica propia por entenderse siempre vinculados a una doctrina académica principal y relativa a un área de estudios determinada.

En este contexto, la RFDC se autodefine como proyecto interuniversitario abierto, surgido para abordar el estudio del Derecho Constitucional como disciplina concreta dentro de las ciencias sociales y jurídicas, desde la conciencia y la voluntad de superación de los condicionantes que envuelven, con carácter general, el estudio de esas ciencias. Unos condicionantes que tienen que ver con *«las perspectivas, los intereses y las experiencias de los protagonistas [...] de las instituciones que rigen la sociedad [...] todos ellos sólidamente en manos masculinas»*, y que silencian a las mujeres en general y a la perspectiva de género en concreto.

Desde este planteamiento de origen, sus objetivos¹⁵ no son, no pueden ser, sólo científicos, sino que tienen una dimensión política clara, por cuanto

¹⁵ Los mismos se extraen de los Estatutos de la asociación, que dan entidad jurídica a la Red, y que pueden consultarse en <http://feministasconstitucional.org/wp-content/uploads/2016/04/Estatutos.pdf> (úl-

buscan eliminar «*las discriminaciones directas, indirectas y encubiertas existentes en los ámbitos de la docencia, la investigación y el ejercicio del poder en la Universidad*» y promover la igualdad real y efectiva en todos los ámbitos, sin abandonar los planteamientos científicos que se proyectan sobre dos objetivos, a mi juicio, fundamentales para poder definir a la Red como escuela en el sentido que estamos trabajando en este texto. De un lado se asume la necesidad de reformular las bases del Derecho Constitucional para incorporar los aportes de las teorías feministas. De otro se afirma la voluntad de integrar a la ciencia del Derecho las categorías elaboradas desde la perspectiva de género. Y como hilo conductor de ambos objetivos, se destaca el compromiso activo por la igualdad, manifestado, por ejemplo, a través de la elaboración de documentos como el publicado exponiendo la «Posición de la RFDC ante la renovación parcial del Tribunal Constitucional», y pidiendo que los nombramientos correspondientes al año 2017, y atribuidos al Senado, respetasen el principio de paridad en los órganos constitucionales¹⁶.

Desde una interpretación muy personal, entiendo que, en lo que hace a la perspectiva metodológica, la línea de pensamiento común puede identificarse por las siguientes notas:

– *Huida del normativismo estricto y del formalismo.* La Constitución «que es» permanece ajena al discurso sobre la igualdad de género, no es un texto con «perspectiva de género», no recoge un pacto constituyente en que las reivindicaciones feministas hayan tenido reflejo. La mera glosa del texto de la Constitución no es suficiente, ni lo es siquiera la exégesis de la jurisprudencia constitucional. No basta, pues, con el estudio de la norma. Se hace imprescindible ir más allá porque el positivismo no da respuesta a las cuestiones que surgen en torno a las estructuras de poder en que se sustenta la formulación de las normas, unas estructuras abiertamente masculinas y sustentadas en la heteronormatividad.

– *Revisionismo.* Tal y como dice Julia Sevilla Merino (2005): «*hablar de Constitución y género, implica replantear la historia del Constitucionalismo y del propio Estado, del fundamento del poder*». El revisionismo exige trabajar con términos de filosofía feminista, de historia, de ciencia y teoría política, y proyectar ese conocimiento al análisis de los pactos constituyentes primero, de los textos constitucionales después, y de las normas y jurisprudencia que dan desarrollo a pactos y textos. El análisis estrictamente jurídico de la Constitu-

timo acceso 3 de julio de 2024).

¹⁶ Véanse estos documentos en <http://feministasconstitucional.org/posicion-de-la-rfdc-ante-la-renovacion-parcial-del-tribunal-constitucional/> (último acceso 3 de julio de 2024).

ción (en sentido material o en sentido formal) no facilita el revisionismo en perspectiva de género, porque permanece ajeno a las críticas formuladas desde la filosofía política, y desde la teoría feminista a la organización del poder, que está en la base del pacto social sobre el que se funda la esencia del constitucionalismo contemporáneo. Por eso, el replanteamiento de los paradigmas, por el modo en que se plantea, es abiertamente transdisciplinar, y exige de la colaboración y la interiorización de una teoría feminista que no es ni claramente jurídica, ni estrictamente filosófica, ni excluyentemente política.

– *Reformulación de conceptos clásicos del Derecho Constitucional como poder, ciudadanía, igualdad o democracia, entre otros.* Si bien no parece que se haya desarrollado desde la teoría feminista una teoría del Estado propia, si existe una teoría propia sobre el poder, y por tanto sobre su configuración y sus límites, una teoría que altera las bases sobre las que se construyen buena parte de las nociones estructurantes del Derecho Constitucional moderno. Dice Sevilla Merino: «*Es necesario introducir la variable «género» en Derecho Constitucional, hasta ahora ausente en la formulación de la teoría del Estado y del origen del movimiento constitucional, que ha influido de manera decisiva en la construcción del sujeto político basado, única y exclusivamente, en el pensamiento androcéntrico, en las necesidades y proyectos de los hombres*» (Sevilla Merino, J., 2005:206). Además, la escuela a deconstruido, para reconstruir posteriormente, la noción de tutela antidiscriminatoria, por ejemplo, y la propia noción de igualdad, como eje de principio sobre el que se sustenta la construcción del género.

– *Desafección a la Constitución de 1978*, una constitución ciega a las cuestiones de género más allá de la proclamación general de un principio de igualdad (formal y material) que no se refiere en exclusiva a la igualdad entre hombres y mujeres, sino que abarca un espectro mucho más amplio. Desde esa desafección se trabaja en propuestas de reforma radicales, entendiendo por tales las que se refieren a la raíz misma del sistema constitucional (Gómez Sánchez, Y., 2018).

– *Se asume de un modo implícito que, en ocasiones, se formula de forma expresa, un método de razonamiento propio del pensamiento feminista.* Un método que podría decirse inspirado en distintas formulaciones. La de Alda Facio (1992), por ejemplo, que habla de que el pensamiento feminista parte de una toma de conciencia, avanza hacia la comprensión de UNA misma, sigue hacia la conceptualización de lo que es ser mujer y de cuál es el paradigma de ser humano con el que trabajamos, pasa por una disección analítica y crítica de las normas que se hacen a la vista de aquel paradigma, y termina con una colectivización del análisis realizado. Desde otra perspectiva, pero con muchos

puntos en común, se plantea la metodología propuesta por Barlett, K., (1989) habla de tres fases en la formulación de cualquier pensamiento feminista: la toma de conciencia (*the women question*), que obliga a releer los textos tradicionales, a revisar los paradigmas dados; el desarrollo de una forma de razonar distinta sobre los mismos problemas, un razonamiento contextual y práctico (*feminist practical reasoning*) y un proceso final, colaborativo e interactivo de con unitarización de las experiencias individuales de las mujeres, y de sus razonamientos previos (*consciousness raising*). Cualquiera de estos dos métodos puede identificarse en la obra de las autoras de la Red Feminista, puesto que ambos parten de unas bases comunes: autoconciencia, deconstrucción, reconstrucción y colectivización.

– La proyección de tales métodos da como resultado trabajos colectivos que afrontan temas clásicos que son objeto de estudio del Derecho Constitucional, con una perspectiva diversa. Así, se revisa la «historia oficial» de la transición en dos trabajos que exponen la participación de las mujeres en las cortes constituyentes y en la primera legislatura tras la aprobación de la Constitución de 1978, para poner de relieve como el pacto constituyente es un pacto en el que está ausente la cuestión (o las cuestiones) de género¹⁷. Se analiza, asimismo como el reparto territorial del poder entre Estado y Comunidades Autónomas no supone una nueva concepción del reparto del poder en sentido amplio, sino que resulta ser mera repetición de estructuras y dogmas pretéritos que tampoco incluyen a las mujeres como sujeto activo del poder¹⁸. También se trabaja sobre la identificación del género como categoría de análisis jurídico, proyectando esa reflexión a la función docente universitaria¹⁹. Sin olvidar tampoco cuestiones como el derecho a la participación política de las mujeres, la construcción de la ciudadanía desde la perspectiva de género, o el alcance de las discriminaciones interseccionales.

– Y, además, a través de la presencia de María Luisa Balaguer Callejón, como Magistrada Constitucional, este enfoque empieza a tener cierto reflejo también en la jurisprudencia constitucional. Si bien donde se manifiesta esta aproximación metodológica con mayor intensidad es en los votos particulares de Maria Luisa Balaguer, pudiendo destacar, en lo que ahora nos ocupa, el planteado respecto de la STC 48/2024, de 8 de abril, en el que puede leerse:

¹⁷ Se trata de los trabajos de Sevilla Merino de 2006 y 2010 citados en la bibliografía final.

¹⁸ En este caso, la referencia lo es al texto de FREIXES SANJUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J. del año 2005, cuya cita completa también se puede encontrar en la bibliografía.

¹⁹ Me refiero aquí tanto al libro colectivo en homenaje a Julia Sevilla publicado por las Corts Valencianes en el año 2014 (véase cita bibliográfica), como al Manual de Derecho Constitucional Español con perspectiva de género coordinado por IGLESIAS BÁREZ, M., y por VENTURA FRANCH, V., y publicado por Ediciones Universidad de Salamanca en dos volúmenes en 2021 (Volumen I) y en 2022 (Volumen II).

«La perspectiva de género es un método de interpretación de un conflicto jurídico a través de un análisis que tenga como referencia a las mujeres en un juicio en el que el hecho de ser mujer es determinante y, por tanto, no cabe acudir a la supuesta neutralidad del Derecho. Esta perspectiva en la interpretación y aplicación del derecho deriva de la propia Constitución, que en los arts. 14 y 9.2 CE, reconoce el derecho a la igualdad [...]. Es más, dar un enfoque de género a la justicia penal implica saber que sufrir violencia sexual no solo afecta física y psicológicamente a las mujeres, sino que, además, puede impactar gravemente en el bienestar psicosocial de la víctima, su entorno y relaciones familiares, a su vida íntima y su carrera profesional. Interpretar y aplicar la norma con perspectiva de género es, por lo tanto, reconocer la plenitud de los derechos de las mujeres a desarrollar su personalidad de forma autónoma, en libertad y exenta de violencia».

4.2 La escuela del constitucionalismo histórico

Tampoco se autodefine como tal, aunque en este caso sí puede hablarse de una adscripción geográfica precisa, concretamente a la Universidad de Oviedo. El trabajo de esta línea de pensamiento se organiza en torno al Seminario de Historia Constitucional «Martínez Marina», creado formalmente en el año 2008, como manifestación de la consolidación de esta línea de trabajo que dirige el profesor Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, y en el que se integra, entre otros, el profesor Ignacio Fernández Sarasola. El Seminario edita la revista electrónica «Historia Constitucional» y gestiona la hyperlink «<http://www.bibliotecadehistoriaconstitucional.com/>» Biblioteca virtual de Historia Constitucional «Francisco Martínez Marina», fundada en 2006.

La primera característica del Seminario es la interdisciplinariedad, puesto que el mismo congrega estudiosos procedentes de distintas áreas de conocimiento, concretamente de Derecho Constitucional, Historia del Derecho, Filosofía del Derecho, Ciencia Política, Historia del Pensamiento y de los Conceptos Políticos, e Historia Moderna y Contemporánea.

Esta realidad confiere a la escuela una pluralidad de enfoques científicos, lo que equivale a separar la línea de trabajo de la asunción del método jurídico estricto que caracteriza a la línea de pensamiento hegemónica. Por tanto, su característica distintiva esencial es la separación del método estrictamente jurídico y la adhesión a una perspectiva histórica de análisis del Derecho Constitucional. Dicho en otros términos, el conocimiento de la realidad histórica en su conjunto, y en particular de la realidad política y de la realidad intelectual,

deviene en instrumento fundamental del análisis jurídico, un análisis que, para esta escuela se forja conectando las normas, las instituciones y las doctrinas constitucionales con la sociedad en las que se insertan (Varela Suanzes-Carpegna, J., 2007:249).

4.3 La escuela antiformalista/neoconstitucionalista

La escuela, quizá la única que se autoidentifica como tal y que es identificada por el resto del colectivo profesional, tiene su origen y su inspiración teórica en el seguimiento de la teoría marxista. Sus primeros representantes, en particular el profesor Carlos de Cabo, que asume el papel de cabeza de escuela, deja claro en sus escritos su afección por el materialismo histórico como lente a través de la que se ha de observar el mundo de lo jurídico, obviamente, también el mundo de la norma constitucional.

Para ejemplificar sus posiciones podemos acudir a los trabajos del profesor De Cabo, que afirma, hablando de la evolución de la ciencia del Derecho Constitucional, que existe una línea de pensamiento vinculada al marxismo y que evoluciona desde el marxismo: «En cualquier caso, el hecho indudable es el enriquecimiento de los estudios marxistas, hasta tal punto que parece capaz de poner en cuestión las tesis apenas planteadas tanto de la crisis del marxismo como de la ausencia de elaboraciones marxistas sobre el Estado. Hay que señalar, no obstante, que la nueva investigación dista mucho de estar concluida y que al acercarse a ella lo primero que destaca es su diversidad. Diversidad que inicialmente se manifiesta en la discrepancia que existe entre las nuevas perspectivas inspiradoras de la práctica política de clase y las que con menor incidencia política tienen un significado preferentemente teórico» (De Cabo, C., 102)

Las características de esta escuela podrían ser definidas, siempre, insisto en ello, desde una visión personal y de mera observadora externa, como sigue:

– Esta corriente de pensamiento y de construcción teórica del Derecho Constitucional *asume como indivisible el estudio de la Teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución*, al entender que la norma no puede separarse de la política, ni esta de aquella.

– *El pensamiento crítico se erige en máxima de actuación y de formulación del objeto de estudio*. Se critica el consenso político y el consenso teórico nacido de la transición y de la aprobación de la Constitución de 1978. Se critica el «vago formalismo» y el «neopositivismo empobrecido», así como la

«despolitización del Derecho Político» (De Cabo, C., respuesta a la «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional», 1998).

– Se pone de manifiesto una clara desafección por el pacto y la constitución surgida del Pacto de 1978, afirmando que el nuestro, actualmente, es un constitucionalismo que surge de la crisis del Estado Social, un Estado que es preciso recuperar.

– *Desde ese espíritu crítico, la escuela abre vías de trabajo para la formulación de un nuevo constitucionalismo*, y encuentra campo abonado a la expansión de sus ideas en buena parte de los países de América Latina que, tras salir de situaciones históricas de ausencia de Estados de Derecho, abordan la reconstrucción constitucional con un pensamiento abierto, transversal y con ansias descolonizadoras y creativas. Se abren en aquel lado del Atlántico procesos constituyentes de los que se alimentan y que alimentan el pensamiento crítico del nuevo constitucionalismo que propugna esta corriente intelectual. La apertura, por tanto, a este «constitucionalismo del sur» es evidente y bidireccional.

– En los últimos años, buena parte de los juristas que integran esta corriente, trabajan en la formulación de propuestas de reforma constitucional que parten de la necesidad de revisar el pacto constituyente en su totalidad, es decir asumen la necesidad de una *ruptura constitucional* que lleve a la formulación de un nuevo pacto. Dentro de este marco de trabajo, una parte de la escuela se organiza en torno al grupo de investigación sobre poder constituyente y nuevo constitucionalismo que se vincula a la Universidad de Valencia, aunque el grupo viene integrado también por profesores de otras Universidades. Este grupo declara como objetivos de trabajo la promoción de la investigación en teoría política, constitucionalismo y constitucionalismo democrático, haciendo especial hincapié en los estudios sobre procesos constituyentes, legitimidad del poder, delimitación del concepto de constitucionalismo democrático y nuevo constitucionalismo, interpretación democrática de la Constitución, relación entre poder constituyente y Constitución y los contenidos de la Constitución en el nuevo constitucionalismo (pueblos, minorías, grupos oprimidos y género).

5. APUNTES FINALES

En el contexto español durante muchos años y hasta la instalación y consolidación del sistema de acreditación nacional a cuerpos docentes universitarios que se residencia en la ANECA, las familias académicas importaban más

que las escuelas de pensamiento a la hora de definir la carrera académica de un investigador en Derecho Constitucional, porque aquellas eran más relevantes a la hora de controlar los espacios de poder académico determinantes para consolidar tales carreras académicas. Pero eso está cambiando y lo hace en parte el panorama académico gracias a la mutación del sistema de promoción profesional. Los contactos y la proximidad personal siguen contando para abrir la puerta de acceso al mundo universitario, pero son menos relevantes de cara a la promoción y consolidación que pasa, necesariamente por la acreditación de un comité externo, nacional y plural en cuanto al origen por disciplinas de sus miembros, lo que rebaja la capacidad de influencia sobre el sistema de las ya tantas veces nombradas familias académicas. Si es cierto, no obstante, que los objetos de investigación no siempre vienen definidos por su interés objetivo para el avance de la doctrina o por la necesidad de dar soporte teórico al análisis de las realidades sociopolíticas y jurídicas que nos rodean, sino por la necesidad de ajustar esos objetos de investigación a las líneas de financiación que proponen las Universidades o las Instituciones Públicas. Y en esto hay un poderoso efecto de moda que responde, solo en parte, a los problemas sociales que los teóricos de las ciencias jurídicas estamos llamados a estudiar.

Pero, sin duda, si algo ha impactado con fuerza en la configuración de la disciplina, más que los cambios en el sistema de acceso y promoción a los cuerpos docentes universitarios o la mutación del modelo de financiación de la investigación, ese algo ha sido la crisis política, institucional y constitucional que está viviendo el estado español desde el año 2008. No han faltado en la disciplina las fracturas y divisiones derivadas o conectadas con las fracturas y divisiones políticas experimentadas en la última década y media. La tensión a la que ha sido sometido el texto constitucional se ha trasladado, sin lugar a dudas, a la doctrina constitucionalista. Siendo la Constitución de 1978 objeto de crítica, arma de pelea política, escudo de defensa de posiciones que se tienen por inamovibles es muy difícil que la situación no tenga un reflejo en la disciplina científica cuyo objeto principal es el estudio de dicha Constitución. No existe una posición política única sobre los temas constitucionales básicos que definen la situación del país. No la ha habido nunca, ni ha sido posible formular posiciones unánimes respecto de ningún tema, sea este la posibilidad de proclamaciones de independencia unilaterales, o la intervención del Estado en la política internacional. No se olvide que, en el Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho Constitucional y Teoría del Estado, hoy desaparecida, celebrado en Alicante en el año 1999, se planteó la posibilidad de realizar una declaración oficial de la Asociación respecto de los bombardeos de la Alianza en Yugoslavia y que la imposibilidad de llegar a un acuerdo abrió

una grieta que culminaría con la fractura de dicha Asociación, refundada tiempo después, en el año 2002, bajo otro nombre (Asociación de Constitucionalistas de España) y con muchos efectivos menos en un primer momento, aunque hoy se haya recuperado su carácter inclusivo y global.

Y en este escenario los teóricos nos movemos en precario equilibrio entre la adhesión a lo que hemos sido y la intuición de que algo de eso va a dejar de ser. Entre la adhesión al pacto constitucional, que parece que nos ha forjado como disciplina y como colectivo, y la renuncia a ese pacto previa búsqueda de otro que construya una sociedad mejor. Entre la glosa del texto y el activismo por el texto que no es y que nos gustaría que fuese.

Estamos, quizá, en un momento de refundación. Pero no está claro que esa refundación llegue a darse, porque no está claro que la reforma constitucional sea inminente, ni que toda la disciplina se alinearía respecto de la selección de las nuevas opciones políticas fundamentales de un pacto constituyente. Pero si la reforma no se da, y es poco probable que se produzca, nos quedaremos en el limbo en el que ahora nos encontramos, estudiando un objeto cuya validez muchos de nosotros ya hemos puesto en duda mientras que otros siguen defendiendo con fervor. Un objeto, la Constitución de 1978, que no deja su paso a otro y conduce a un aparte de la disciplina a ser críticos con el fondo pero adherir a la forma, mientras que del otro lado nos encontramos con colegas que defienden el fondo y la forma y se aferran a la radical imposibilidad de actualizar el fondo por vía interpretativa.

Un equilibrio entre la glosa que se agota y el activismo que repele, porque este parece separarnos del espíritu científico que se nos supone. En el fondo, la misma polémica que al principio, la alternativa entre el cultivo del Derecho Constitucional desde un método estrictamente jurídico, y otra forma de elaborar la disciplina incluyendo elementos provenientes de la sociología y la politología.

Un equilibrio que ya se rompió una vez a favor del «positivismo», y que con los años ha venido a poner en duda, no entre todos, pero si entre muchos, aquella opción. Un equilibrio que se instala entre quien contempla y describe, y quien se posiciona para cambiar el paisaje. Un Derecho Constitucional hoy que no nos permite saber cómo va a ser el Derecho Constitucional de mañana. Depende de hacia dónde se desequilibre, finalmente, esta vez, la balanza.

6. ALGUNAS NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORÓS, C., (2005), *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*. Colección Feminismos Editorial Cátedra.

- AZPITARTE SÁNCHEZ, M., (2008), «Constitución del pluralismo y método jurídico», en *Teoría y realidad constitucional*, pp. 449 ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., (1997) «Constitución normativa y Ciencia del Derecho», en VV.AA., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, pp. 89 ss.
- BARTLETT, K. T., (1989) «Feminist Legal Methods,» *Harvard Law Review*, num. 103, pp 829-888.
- CROW, B.A., (2000) «Introduction: Radical feminism», en Crow, B.A.: *Radical Feminism: A documentary Reader*, New York: New York University.
- FACIO MONTEJO, A., (1992): Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal), 1.^a ed. San José, C.R.: ILANUD.
- FREIXES SANJUÁN, T., y SEVIÑA MERINO, J., (coord.) (2005) *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Madrid: INAP.
- GARRORENA MORALES, A., (1997), «Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, pp. 40 ss.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., (2006): «Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 54, núm. 1, pp. 61-98.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., (dir) (2018): *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor.
- LÓPEZ GUERRA, L., (2010), «Algunas notas sobre el desarrollo de la doctrina constitucionalista española», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 41, pp. 85-116.
- PESET REIG, M.,; GARCÍA TROBAT, P., (1998), «Las primeras cátedras de constitución» en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*. CIAN, núm. 1, pp. 225-244.
- POSADA, A., (1899), *Feminismo*, Madrid, Librería de Fernando Fé. Reedición de ed. Cátedra (1994).
- (1924), *Tratado de derecho político*, Librería General de Victoriano Suárez.
- PUNSET, R., (2000), «Los primeros veinte años de la ciencia española del Derecho Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 108, Abril-Junio.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., (2009) «El Derecho Constitucional el método científico», en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 9, Segunda Época.
- RUBIO LLORENTE, F., (1996), «Estudio preliminar» de Adolfo Posada, *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*, Asturias, Junta del Principado de Asturias.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., (1962), «Las primeras cátedras españolas de Derecho Constitucional», en *Revista de estudios Políticos*, núm. 126, pp. 157-168.
- SEVILLA MERINO, J., (2005), «Paridad y Constitución» en *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

- (dir.) (2010) *Parlamentarias en la I legislatura: Cortes Generales (1979-1982)*, Congreso de los Diputados: Madrid.
 - (dir.) (2006) *Las mujeres parlamentarias en la legislatura constituyente*, Madrid: Cortes Generales y Ministerio de la Presidencia, 2006.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., (2007), «Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional», en *Historia Constitucional* (revista electrónica), núm. 8.
- VV.AA. (1998), «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, pp. 15-61.
- VV.AA. (2014), *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico* (Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla) Corts Valencianes.

DIGNIDAD DE LA PERSONA

DIGNIDAD Y CONSTITUCIÓN

ANTONIO TORRES DEL MORAL

Es para mí un honor y una muy sentida satisfacción participar en el merecido homenaje que rinden a la Profesora María Luisa Balaguer sus colegas de la docencia y de la jurisprudencia. Su buen hacer en la cátedra, su equilibrio a la hora de juzgar en el Tribunal Constitucional, sus extensas publicaciones y su amistad impagable la hacen acreedora de este homenaje y de cuantos se le rindan en esta hora de recoger lo que sembró durante su vida personal y profesional. Sé que es muy alta mi responsabilidad asumiendo este autoenvite, pero le dedico gustoso estas páginas escritas con un profundo sentimiento de amistad y de compañerismo a toda prueba.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Un notable precedente: Pico de la Mirándola. 3. Emergencia de la dignidad en el constitucionalismo. 4. Declaración Universal de los Derechos. 5. El valor dignidad en la Constitución española. Naturaleza jurídica de la dignidad. 6. Más preguntas que respuestas.

«... no he dudado nunca de la dignidad del hombre...
Nadie es más que nadie, como se dice por tierras
de Castilla [...] por mucho que valga un hombre,
nunca tendrá valor más alto que el de ser hombre».
(Antonio Machado: *Juan de Mairena*).

«Entre la nada y el hombre más humilde, la diferencia
es infinita; entre éste y el genio, mucho menos
de lo que una naturalísima ilusión nos hace creer»¹.
(Miguel de Unamuno: *La dignidad humana*).

¹ UNAMUNO, M. de., «La dignidad humana», en la edición del mismo título, Colección Austral, Espasa-Calpe, Madrid, 5.ª edic., 1961, pág. 11.

1. INTRODUCCIÓN

«Cada siglo tiene sus verdades», escribió Larra. ¿Cuál era la verdad del siglo XX al término de la Segunda Guerra Mundial? Indudablemente la paz, si bien, conseguida ésta, se desató una guerra diferente, conocida como *guerra fría*, protagonizada por Estados Unidos y Rusia (URSS por aquel entonces) y soportada por los demás países, a algunos de los cuales llegaron no pocas salpicaduras.

Las verdades del nuevo milenio están más diversificadas. Si miramos hacia Palestina, su verdad es la necesidad de paz. Si miramos hacia África, la vida, la supervivencia. Si miramos a la América hispana, su identidad y orden. Y si ampliamos nuestra mirada a todo el mundo, de nuevo la paz. Sé que esta selección es discutible, pero no anda muy lejos de ser certera, aunque no en solitario. Ahora bien, ¿hay una verdad que convenga a esos espacios y aun a todos? Tras la Segunda Guerra mundial ha hecho acto de aparición una verdad que no es nueva, puesto que se habla y se escribe de ella desde la Grecia clásica: dignidad.

A mi juicio, la trilogía revolucionaria del siglo XVIII sigue vigente y no se ve que vaya a desvanecerse en mucho tiempo. Pero podríamos decir que la dignidad se ha incorporado a ella, en la teoría y en la práctica, con ventaja incluso respecto de alguno de esos tres valores que la integran desde hace dos siglos y medio, sin que sobre ninguno de ellos.

Se escribe tanto y se habla tanto de la dignidad que se corre el serio peligro de desgastar el concepto y dejarlo inutilizado para discurrir sobre él con un razonamiento filosófico, jurídico o de cualquier otra índole que pretenda decir algo distinto o decirlo de modo distinto. Si uno se asoma a la literatura vertida últimamente sobre este asunto, no puede sino asombrarse de que se diga lo mismo de tantos modos casi idénticos, aunque sea con distintas palabras (a veces, ni eso) sin salir del primer círculo de razonamiento con el obvio resultado del nulo avance en el supuesto propósito emprendido.

¿Cuál es la ciencia en la que debe basarse el estudio de la dignidad? Además de la Ética, tienen bastante que decir sobre ella el Derecho, la Sociología y la Historia, cada una desde su propio ángulo de visión pues a todas ellas interesan los valores con los que la dignidad se relaciona.

Los valores, ciertamente, no nos son cognoscibles mediante una percepción directa de la realidad por nuestros sentidos, pero sí a partir de la información que estos nos aportan sometida a una operación mental (deducción, in-

ducción, ponderación) adecuada². Así, mediante una simple percepción cobramos progresivamente la idea de nuestro comportamiento y del de otras personas, de manera que, mediante comparaciones simples, adquirimos las ideas de libertad y de igualdad. Más compleja es la adquisición de la idea de dignidad, que exige observación, comparación, abstracción y conclusión, una verdadera conquista intelectual. Con estas limitaciones y precauciones solemos movernos en el mundo de los valores.

2. UN NOTABLE PRECEDENTE

Hace treinta años se conmemoró, sin mucho alarde en los medios de comunicación, el quinto centenario de su muerte de Juan Pico de la Mirándola (1463-1494), joven aristócrata italiano de amplios saberes pese a su corta edad y autor de una producción científica increíble para su edad por su extensión y calidad. La Historia lo conoce como «Príncipe de la Concordia». Murió con 31 años, sin tiempo de componer un sistema unificado de pensamiento; de hecho, su obra permaneció varios siglos sin suscitar no ya admiración, sino ni siquiera la curiosidad.

Pico de la Mirándola vivió en una notable época histórica, con datos tan significativos como la invención de la imprenta, la conquista de Constantino-ple por los turcos y el descubrimiento de América.

El aristotelismo de la época se vio compartido por la recuperación del platonismo. Pico de la Mirándola se sirvió de ambos, por lo que su obra es sincrética: según Fraile, más inclinada al neoplatonismo³; según Kristeller, estuvo más cercano al aristotelismo⁴. Pero él agregó ideas de los cabalistas, aunque sin alinearse con sus teorías, sino intentando cohesionarlos con la teología cristiana. Dueño de muy amplios saberes, Pico de la Mirándola objetaba a la astrología que tratara solo de las estrellas, que son cuerpos, mientras que los humanos somos espíritu⁵.

Su obra más conocida se titulaba simplemente *Oratio* y las palabras «*de hominis dignitate*», fueron añadidas al título, ya muerto el autor, por el editor y familiar suyo, buscando un mayor impacto comercial. La obra consiste en nove-

² Exceptuando naturalmente el «sentido común», por algunos considerado como nuestro sexto sentido.

³ FRAILE, G., *Historia de la Filosofía*, vol. II: *Del humanismo a la Ilustración*, BAC. Madrid, 1966, págs. 179 y 181.

⁴ KRISTELLER, P. O., «Pico», en *Ocho filósofos del Renacimiento italiano*, edic. esp. Fondo de Cultura Económica, México, 1970, pág. 80.

⁵ KRISTELLER, P.O., «Pico», *ob. cit.*, págs. 93 y 95.

cientas tesis y contiene conclusiones filosóficas y teológicas, producto del estudio que hizo su autor de las más diversas fuentes, con una introducción, en la que formula, según Kristeller, tres de los ideales del Renacimiento: 1) derecho a la discrepancia; 2) respeto a las diversidades culturales y religiosas; 3) derecho al crecimiento y enriquecimiento de la vida a partir de las diferencias⁶.

Enormemente rico, ofreció costear el viaje a Roma a todos los sabios que quisieran discutir con él sus novecientas tesis y tuvieran dificultad económica para asistir, encuentro que nunca tuvo lugar. Antes al contrario, una comisión nombrada por el Papa Inocencio VIII censuró trece de sus novecientas tesis, pero el Papa condenó las demás; un sucesor suyo, Alejandro VI, lo absolvió, pero mantuvo la prohibición de las tesis⁷. Entonces él fijó en las puertas de Roma sus conclusiones, aprobadas por algunos teólogos que eran autoridades eclesiásticas. Huyó a Francia, pero allí fue encarcelado. A su salida, volvió a Florencia, pero, según Martínez Gómez, era ya otro hombre⁸.

En la obra mencionada imagina a Dios en su tarea creadora, cuando, a su término, coloca al hombre en una posición privilegiada en comparación con los demás seres creados, incluidos los ángeles porque lo hace cooperador suyo al determinar que fuera él mismo el que decidiera su forma y ser mientras que los ángeles, terminaron «descendiendo» al quedar fijada su naturaleza después de su «caída».

«Ni celeste ni terrestre te hicimos, ni mortal ni inmortal, para que tú mismo, como modelador y escultor de ti mismo... te forjes la forma que prefieras. Podrás degenerar a lo inferior, con los brutos, o realzarte a la par de las cosas divinas por tu propia decisión... A la postre, me parece haber entendido por qué el hombre es el ser vivo más dichoso, el más digno, por ello, de admiración, y cuál es aquella condición suya que le ha caído en suerte en el conjunto del universo, capaz de despertar la envidia no solo de los brutos, sino de los astros...».

«Nicolás de Cusa —escribe Martínez Gómez— desarrolló con gran aparato dialéctico y subidos tonos místicos la condición “creadora” del hombre convertido en “medida de todas las cosas”»⁹:

No suele mencionarse precedente alguno de la tesis de Pico de la Mirándola. Pero es lo cierto que hay, por lo que yo sé, una muy directa y otra indirecta, ambas en la Grecia clásica.

⁶ KRISTELLER, P.O., «Pico», ob. cit., pág.

⁷ FRAILE, O.P., *Historia de la Filosofía*, II, ob. cit., pág. 178.

⁸ MARTÍNEZ GÓMEZ, L., «Introducción» a Pico de la Mirándola: *De la dignidad del hombre*, edic. cast. Editora Nacional, Madrid, 1984, págs. 22 y 27.

⁹ Cfr. *ibidem*, pág. 43.

En efecto, el gran trágico griego Sófocles, en su imperecedera obra *Antígona*, hace declamar al coro poco después de comenzar la obra:

«Muchas cosas hay admirables, pero ninguna lo es más que el hombre. Él es quien al otro lado del espumante mar se traslada llevado del impetuoso viento a través de las olas que braman en derredor; y a la más excelsa de las diosas, a la Tierra, incorruptible e incansable, esquilma con el arado... Y de la raza ligera de las aves, tendiendo redes, se apodera; y también de las bestias salvajes y de los peces del mar... Domeña con su ingenio a la fiera salvaje que en el monte vive; y al crinado caballo y al indómito toro montaraz los hace amar el yugo al que sujetan su cerviz. Y en el arte de la palabra y en el pensamiento sutil... y en las asambleas que dan las leyes a la ciudad se amaestró... Solamente contra la muerte no encuentra remedio; pero sabe precaverse de las molestas enfermedades.... Y... procede unas veces bien y otras mal conculcando las leyes de la patria y el sagrado juramento de los dioses...»

A partir del quinto centenario de la muerte de Pico de la Mirándola se han publicado en España algunos artículos y posteriormente libros resaltando su importancia y la osadía de sus tesis. Sin embargo, como era de temer (o, al menos, de esperar), aparecieron en los medios de comunicación, muy especialmente radiofónica, espacios reivindicativos de Pico de la Mirándola como un visionario de la superación del Estado (¡precisamente cuando el Estado aún no estaba consolidado en su época!) y explicando con ello el supuesto e irreal silencio con el que se lo quiere enterrar de nuevo.

Más ajustadas son las palabras con las que de P. Kristeller, profesor de la Universidad de Columbia y reconocido estudioso del pensamiento renacentista, finaliza su breve pero excelente estudio sobre Pico de la Mirándola: «... al alabar al hombre y su dignidad, Pico resumía la aspiración de varias generaciones de doctos humanistas, añadiéndole algo de lo que ellos no fueron capaces, a saber, un contexto metafísico y un significado filosófico»¹⁰.

3. EMERGENCIA DE LA DIGNIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO

«(E)l conocimiento de los derechos humanos y su protección estatal –escribe Frei Ruiz-Tagle– se inscribe en una dinámica en la que se quiere evitar su ignorancia y vulneración a fin de conseguir... su tratamiento como fines en sí mismos y no como instrumentos del poder... En esta dinámica se inscribe la concienciación general de su deseable respeto. La Declaración Universal de De-

¹⁰ *Ibidem*, pág. 98.

rechos Humanos... cifra en dicho reconocimiento y protección una base inexcusable de la paz en cuanto que son derechos ínsitos en la naturaleza humana más allá de las diferencias de cualquier tipo que haya entre las personas, incluso si no están reconocidos por las legislaciones estatales concretas¹¹.

«El primer estudio acerca de la dignidad de la persona –escribe Ríos Álvarez– proviene de la Teología cristiana. Esta forma del saber comenzó por expandir la comprensión del concepto de *persona* desde el ámbito jurídico en que había sido acotado en el Derecho romano al espacio divino y a la eternidad»¹².

Tras la trágica experiencia bélica mundial 1939-1945, el valor dignidad entró pujante en la cultura jurídica y política como seña de identidad de una paz tan costosamente conseguida.

Por una parte, se promovió la conveniencia de aprobar una declaración de derechos con pretendido alcance mundial (1947), en la que aparece la palabra dignidad en su preámbulo y en el primer artículo. Por otra, prosperó en varios países la necesidad de renovar sus leyes supremas, tarea en la que dedicaron al valor dignidad una atención preferente, si bien no lo hicieron algunos, como señaladamente Estados Unidos e Inglaterra por considerar ambos que ya habían introducido históricamente en sus constituciones los cambios necesarios.

Francia madrugó algo más que otros países y se dotó de una nueva Constitución para su naciente IV República (1946). Pero el constitucionalismo francés cuenta ante todo con la revolucionaria Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, en cuyo artículo 6.º aparece el término *dignidades*¹³, bien que significando cargos o empleos públicos. Sin embargo, el Preámbulo dice elocuentemente: «Ya no hay nobleza, ni pares, ni distinciones hereditarias, ni distinciones de órdenes... ni ninguno de los títulos, denominaciones y prerrogativas que derivaban de ellas, ni órdenes de caballería...; no existe otra superioridad que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones».

En su parte articulada insiste en la igualdad, sin otra distinción que las virtudes y talentos de las personas, y garantiza diversos tipos de libertad como derechos naturales y civiles. Finalmente autoriza al poder legislativo para elaborar leyes que no transgredan ni dificulten el ejercicio de los derechos natu-

¹¹ Cfr. FREI RUIZ-TAGLE, E., «La dignidad de la persona humana», en VV.AA.: «La dignidad de la persona», Jornadas Chilenas de Derecho Público, XXV: *La dignidad de la persona*, Universidad de Valparaíso, 1994, págs. 17-20.

¹² RÍOS ÁLVAREZ, L., «La dignidad de la persona», en XXV *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, ob. cit., t. I, pág. 35.

¹³ Muestra obvia, ya en el siglo XVIII, de las varias acepciones del término *dignidad*.

rales o civiles consignados en el propio título. Más extensa y detallada es la relación de derechos y libertades proclamada en el Preámbulo de la Constitución de 1793 «a fin de que los ciudadanos no se dejen jamás oprimir ni envilecer por la tiranía... y de que el pueblo tenga siempre ante sus ojos las bases de su libertad y de su felicidad». Y aún más completa es la Declaración de Derechos de 1795.

La palabra *dignidad* aparece en el Senadoconsulto de 21 de mayo de 1870, pero en su significación de «dignidad imperial». Y lo hace de nuevo en el Proyecto de Constitución del Mariscal Petain, que no pasó de proyecto. Para el objeto del presente estudio mayor importancia y repercusión tuvo la Constitución de la IV República (1946), que dedicó su muy extenso Preámbulo a los derechos sociales y económicos, con reconocimiento expreso de los derechos de la mujer, extremos ambos que han significado un hito en el Derecho Constitucional Comparado.

La Constitución vigente de 1958 hace en su breve Preámbulo una solemne proclamación de los derechos del hombre y de los principios de la soberanía nacional «tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.

Que la Alemania vencida y ocupada apostara por la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes no era una cuestión de conveniencia, sino de absoluta necesidad. Alemania quedó dividida en dos y alineada cada una de ellas, respectivamente, con los Estados democráticos occidentales y con la Unión Soviética y Estados sometidos a su dirección. La fracción occidental de Alemania (que hoy alcanza a todo el territorio y es denominada República Federal de Alemania) se dotó de una Constitución cuyo artículo 1.º, reza del siguiente tenor literal:

- 1) «La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.
- 2) El pueblo alemán se identifica con los derechos humanos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.
- 3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable.»

La adjetivación de la dignidad como intangible hace de ella la norma constitucional suprema «formando parte del contenido del artículo 79.3 de la

Ley Fundamental y, en cuanto tal, de la conocida como “cláusula de eternidad”»¹⁴.

También Italia, a la que la II Guerra Mundial le resultó adversa, aunque la finalizó alineada con los vencedores, aprobó una Constitución que dedica los dos primeros artículos a la definición de la República como democrática, con soberanía popular, y a la garantía de los derechos inviolables y de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social; y hace en el tercero una muy explícita¹⁵ declaración de la dignidad:

«Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas o condiciones personales ni sociales.

Es competencia de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impida el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

4. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS

La redacción de una Declaración Universal de los Derechos fue confiada a juristas destacados de los países vencedores. Los comisionados por los países que por aquel entonces estaban sometidos a regímenes comunistas se mostraban renuentes a incorporar en el texto algunas frases, criterios o principios muy distantes de la ideología vigente en ellos. En diciembre de 1947, con el texto casi ultimado, todavía se discutía el artículo primero, cuya redacción resultó ser complicada puesto que había resistencias a que figurara en él la palabra *dignidad*¹⁶. Finalmente se logró el acuerdo con un texto en el que, a cambio de otros retoques, resultó incluido dicho término en el artículo primero, así como en el Preámbulo, si bien, a juicio de algunos intérpretes –no del mío– se echa en falta la referencia a la naturaleza como origen de los derechos porque

¹⁴ GÓMEZ ORFANELL, G., «La dignidad de la persona en la Grundgesetz», en Chueca, R. (dir.): *Dignidad y Derecho fundamental*, CEPC, Madrid, 2015, págs. 55-56.

¹⁵ Así lo interpreta justamente FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Dignidad de la persona, orden valorativo y derechos fundamentales en la Constitución española de 1978», en *La dignidad de la persona*, XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Facultad de Derecho de Valparaíso, 1994, pág. 14.

¹⁶ Una buena descripción de las vicisitudes por las que pasó la redacción de la Declaración puede verse en MARINA, J.A., y VÁLGOMA, M. de la, *La lucha por la dignidad*, Anagrama, Barcelona, 2005, pp. 289-310.

se prestaba a interpretaciones opuestas¹⁷. El texto de estas dos piezas, que alcanzó la unanimidad, reza del siguiente tenor literal:

«Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la Humanidad [...] Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...».

Artículo 1.º: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

Preguntado el filósofo francés Maritain cómo habían logrado acuerdos siendo los miembros del Comité ideológicamente tan dispares, respondió que porque no se preguntaban el porqué de sus posiciones. Es verdad, pero solo una verdad a medias.

5. EL VALOR DIGNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. NATURALEZA JURÍDICA

¿Es posible o lógico preguntarse por la secuencia de los valores constitucionales a partir de uno de ellos? Dando como aceptable una respuesta positiva, ¿cuál sería el valor fontanal del que emanan los demás?

Si iniciamos nuestra reflexión apoyándonos en el vigente texto constitucional español, nos encontraremos sumidos en una notable paradoja: el constituyente cifró en cuatro los valores superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, pero cualquier observador puede detectar en dicha opción la circunstancia, en ocasiones dramática, asesinatos incluidos, que presidió la escritura del texto fundamental, lo cual determinó en el constituyente un comportamiento claramente oportunista. Sin elucubrar demasiado, cabe dudar de la entidad axiológica del pluralismo político en comparación con otros conceptos de mayor entidad ausentes del precepto, como la unidad nacional, incluida en el artículo 2.º, y la dignidad, desplazada al apartado primero del artículo 10, dentro ya de un título diferente.

El pluralismo político, según dispone la Constitución española en el precepto que abre su articulado, es un valor superior del Ordenamiento jurídico.

¹⁷ Obviamente los juristas provenientes de países por aquel entonces sometidos a la disciplina soviética rechazaban dicho término porque podía entenderse que aludía al Derecho natural, cuyo primer origen era identificado en Dios, como se sostenía frecuentemente por aquel entonces en algunas universidades europeas.

¿Los demás pluralismos no? ¿Ni el étnico, ni el lingüístico, ni el ideológico, ni el religioso, ni el científico, ni el cultural...? Lo cierto es que ninguno de estos pluralismos es mencionado ni aun como simple valor. ¿Significa eso que los demás pluralismos son de un nivel axiológico inferior? Parece obvio que el constituyente no podía ser exhaustivo en la mención de los posibles pluralismos, pero podía haber estado objetivamente más acertado.

Por lo que se refiere a la dignidad, aunque su ubicación fuera del artículo 1.1 y aun del título primero puede generar una cierta incomodidad interpretativa, el Tribunal Constitucional la obvió desde su primera sentencia, tratando a la dignidad como un valor a la par con los del artículo primero y aun, en cierto modo, como superior a ellos. Lo que a mi juicio resulta más correcto es considerarla como *síntesis de los demás valores referentes a la persona humana*. Ese es, según creo, el concepto que corresponde a la dignidad y perfectamente compatible con los valores del artículo primero.

Ahora bien, no por estar reconocida la dignidad de la persona en un texto constitucional estamos en presencia de un régimen democrático respetuoso o defensor de dicho valor. La interpretación correcta de un texto constitucional debe sustentarse en la correspondencia efectiva entre el régimen jurídicamente proclamado y el realmente practicado por el poder público y vivido en el país, cautela esta que debe ser observada no solo para con la dignidad, sino también respecto de los demás valores y de todo el usual contenido de las constituciones en el Derecho Comparado. Consiguientemente, la dignidad y los demás valores se dirimen en la vida del país, en el respeto y en la promoción real y efectiva que le dispensen los poderes públicos y muy principalmente en el quehacer diario de los tribunales de justicia.

* * *

Pronto hará un siglo de la publicación del libro *Las mil mejores poesías de la lengua castellana*. En su presentación se advertía que el libro no contenía mil poesías, pero sí eran las mejores o estaban entre las mejores. Tampoco yo voy a formular mil preguntas y acaso tampoco sean las mejores, pero entiendo que son pertinentes.

¿Qué naturaleza jurídica podemos atribuir a la dignidad en el Ordenamiento jurídico español? ¿Dice este expresamente algo al respecto o, en su defecto, podemos deducirlo de él?

Es cierto que, por error del constituyente, la dignidad no está jurídicamente ubicada en el Ordenamiento español como valor superior del Ordenamiento jurídico ni como derecho fundamental. Ahora bien, ¿puede superarse

este hándicap mediante interpretación, para la que no faltarían buenos argumentos?

La dignidad es jurídicamente irrenunciable. En efecto, todos los derechos son renunciabiles, incluso la vida, pero no la dignidad. En primer lugar, porque la dignidad no es propiamente un derecho ni está tratada así en el texto constitucional. En segundo término, porque, aun argumentando su condición de derecho y que los derechos son renunciabiles, habría que admitir la excepción de la dignidad porque *la dignidad es inherente a la condición humana*.

Así lo entendió el constituyente alemán y lo entiende el Tribunal Constitucional de dicho país, cuya jurisprudencia es frecuentemente seguida por el Tribunal Constitucional español. Veamos.

El tribunal alemán entiende que la Constitución asume la intangibilidad de la dignidad personal y el deber del Estado de evitar que sufra lesiones por parte de los poderes públicos y también de terceros particulares. Tal aseveración, sin embargo, acaso no sea suficientemente expresiva de la naturaleza jurídica de la dignidad. El Tribunal Constitucional español, ateniéndose al texto constitucional, no la considera un derecho fundamental, pero sí la base del mínimo vital y de cierta calidad mínima de vida, además de elemento de algunos derechos subjetivos... Tampoco esta descripción responde a la pregunta formulada y parece algo complicada para explicarlo a estudiantes en una Facultad de Derecho e imposible de transmitir en escenarios diferentes. Finalmente, decir, como es sólito, que la dignidad es inherente a la persona y que por eso es irrenunciable tampoco aclara nada.

La dignidad es un valor, evidentemente; incluso ya he anticipado mi opinión de que es el valor síntesis de los demás; pero la Constitución española no la incluye entre los valores superiores del Ordenamiento jurídico, ni entre los inferiores, ni entre los intermedios, si los hubiere.

Ciertamente, de la dignidad se ha dicho todo o casi todo lo que cabía esperar: que es derecho fundamental y parámetro de ponderación de los derechos; que relativiza la relación entre las fuentes del Derecho; que es elemento de justificación del sistema político; que es la puerta de la Constitución... Pero de nuevo estamos ante aproximaciones, a veces un tanto laterales, no ante una caracterización jurídica formal.

Como ha escrito R. Chueca, «la emergencia de sistemas de derechos fundamentales supranacionales con garantía jurisdiccional... nos advierte del indeleble nexo entre dignidad humana y derecho fundamental y nos ha mostrado una idea de dignidad humana culturalmente homogénea capaz de diferenciarse en sistemas estatales de protección de derechos [...] Lo que se adivina... es la

necesidad de comenzar a revisar el concepto mismo de persona humana tal como el derecho la ha concebido secularmente»¹⁸.

Estamos, por tanto, casi un siglo de vigencia de la Constitución alemana y de casi medio siglo de la Constitución española sin haber logrado un concepto de dignidad suficientemente expresivo de su esencia. Solamente cabría adoptar su definición tautológica, pero esta, con ser exacta por definición, y precisamente por serlo, tampoco aclararía nada. Así que nos encontramos con:

6. MÁS PREGUNTAS QUE RESPUESTAS

Me disculpará la persona en cuyo homenaje se escriben estas cuartillas, e igualmente cualquier lector que acceda a ellas, si encuentran a partir de ahora más preguntas que respuestas. Es lo propio de un asunto tan escurridizo e inaprehensible como la dignidad. Aun así, espero que entre pregunta y pregunta vayan apareciendo las ideas que quiero sugerir y no se vea en ellas intención capciosa alguna.

Valgan de momento algunas impresiones personales sin más entidad científica, sea mayor o menor, que la de ser nuestras. No es mal comienzo – creo – asomarnos a la realidad viva de la sociedad actual y tomar nota del uso que se hace en ella del término *dignidad* y sus allegados, porque la teoría que buscamos no debe separarse mucho del uso social de dicho término, incluidos algunos datos que nos preste el lenguaje jurídico oficial. Presto a ello,

- Leo que la dignidad es (así lo dice el art. 10.1 de la Constitución) fundamento del orden político.

- Leo en alguna sentencia del Tribunal Constitucional que la dignidad es un valor. La Constitución española no la califica así, pero sí lo hace, y con razón, la doctrina científica y jurisprudencial.

- Leo u oigo que la dignidad es la matriz de todos los derechos, aunque en esto no observo unanimidad doctrinal.

- Oigo o leo que debo tener cuidado con la dignidad a la hora de argumentar jurídicamente porque se presta a una utilización poco jurídica.

- Finalmente, cuando se habla de la dignidad de los primates, y aun de otros seres vivientes, como se hace con mayor frecuencia cada día, puede que lo acepte, pero no soy insensible a unas diferencias fácilmente observables: serán dignos, o lo son decididamente (no es esa la cuestión que interesa a este

¹⁸ CHUECA, R., «Presentación» del libro *Dignidad humana y derecho fundamental*, ob. cit., pp. 17-22.

escrito), pero lo serán o lo son de modo diferente a la persona humana, si bien en algunos de ellos ese modo nos resulta cercano.

Claro que también habría que hacer distinciones entre los humanos: ¿Se puede decir de Hitler, de Stalin o de un asesino en serie que fueron tan dignos como Juan XXIII, mis padres o los padres de usted, querido lector? ¿Cabe entonces hacer distinciones o debe la teoría prescindir de ellas?

He ahí algunas preguntas iniciales. Pero falta una pregunta cuya respuesta acaso sea decisiva y para la cual, sin embargo, no parece fácil hacer un adelanto: ¿Hay personas indignas?

Asisto a una celebración religiosa y vuelvo a oír «yo no soy *digno*...» Después leo en la prensa política más acerada que tal o cual persona resulta *indigna* de ocupar este o aquel cargo. ¿Cuál es el significado y alcance de esos adjetivos?

Me refugio entonces en la Constitución, pero leo en ella que el Príncipe Heredero, desde su nacimiento, tiene la *dignidad* de Príncipe de Asturias, en tanto que el Rey tiene el *título* de Rey de España (artículos 57.2 y 56.2 respectivamente). Como no podemos interpretar que el Rey carece oficialmente de dignidad ni tampoco que el Príncipe Heredero carece de título oficial, hemos de aceptar que las expresiones *dignidad* y *título* están utilizadas con similar alcance. Entonces ¿la dignidad consiste en un título y comporta un tratamiento, unos honores, un lugar en el Protocolo Nacional, etcétera, correspondientes a ese título?

Más aún: con alguna frecuencia leemos u oímos que alguien está o estuvo revestido de la dignidad cardenalicia. Dígase lo mismo que en el caso mencionado del Heredero de la Corona: esta dignidad por razón del cargo ¿añade algo a la dignidad que su titular tiene por ser persona? ¿Estamos hablando de dignidades diferentes? Es posible, pero nadie lo aclara, ni siquiera la Real Academia Española.

Resulta complicado encontrar el norte que nos ayude a saber de qué se está hablando, escribiendo, predicando, enseñando en las aulas e imprimiendo en los medios de comunicación y en el Boletín Oficial del Estado. Pero hemos de insistir y mi pregunta-contribución, nada maliciosa, es si resulta posible poner un poco de orden en lo dicho hasta aquí. Prosigamos.

La dignidad de una persona por razón del cargo público desempeñado es una *distinción*; es decir, se quiere distinguir jurídica y socialmente a tal persona ora por los servicios prestados a la sociedad durante el desempeño de uno o varios cargos, ora por los que se espera que preste, ora, en fin, debido a su protagonismo en un importante suceso. La persona así distinguida pasa a ser

socialmente distinta de las demás, como la propia palabra indica¹⁹; por eso el Ordenamiento la trata de modo especial (diferente y deferente) sin perjuicio –al parecer– de la igualdad ordenada por el artículo 14 de la Constitución. Sigamos.

Cuando un ciudadano insulta a otro y es condenado por injurias, ¿cuál es el bien jurídico protegido: las buenas maneras, el civismo, el decoro de su familia, cualquiera de estos valores, su dignidad...?

¿La dignidad es o se tiene? ¿Las personas somos dignas o tenemos dignidad? Si *somos* dignos por ser personas, estamos ante la dignidad ontológica, que se conserva siempre, incluso después de la muerte, aunque sea de modo diferente. Si es una distinción que el Ordenamiento dispensa a una persona en razón del cargo desempeñado, ¿desaparece después de su cese en el cargo o la conserva? A Juan Carlos I se le ha reconocido el tratamiento de Majestad después de su abdicación. Pero no siempre ocurre así.

Echemos una mirada a los valores clásicos mencionados en la Constitución.

a) La persona ¿*es* libre o *tiene* libertad?

b) La igualdad ¿existe entre dos o varias personas simplemente por ser personas o es algo a lo que se aspira (o no) y se alcanza (o no)? Ciertamente el Ordenamiento jurídico no puede diferenciar las *personas a priori*; antes bien, pesa sobre él una jerarquía normativa que ha establecido la igualdad jurídica y debe respetarla. Pero el problema que estamos dilucidando se instala en un ámbito jurídico diferente y previo.

c) La justicia ¿existe como tal? ¿Las personas somos justas o la justicia es algo a lo que aspiramos y no siempre alcanzamos? ¿O, más bien, en el valor justicia se reconoce al Estado y este la dispensa a ciudadanos, grupos, instituciones, etcétera?

d) La seguridad ¿es o se tiene? ¿Las personas somos seguras, tenemos seguridad, la procuramos?; ¿depende todo ello del Estado?

Como se puede apreciar con facilidad, al anterior puñado de interrogantes no le corresponde siempre la misma respuesta. Y, en cuanto a la igualdad, resulta evidente que, como idea matemática que es, no tiene existencia propia e independiente de aquellos entes, elementos o circunstancias respecto de los cuales se predica. Por lo demás, no siempre es pertinente que haya estricta

¹⁹ Las palabras distinguido/a y distinto/a son dos formas diferentes del participio pasivo del verbo distinguir y, como tales, son utilizadas normalmente como adjetivos calificativos. Hay entre ellas una diferencia de matiz (de ahí su diferente utilización), pero no de significado esencial.

igualdad aritmética en todo porque la igualdad, en términos jurídicos, incluye las diferencias y las deferencias pertinentes. Basta con recordar la clásica definición de justicia como «tratamiento igual de los iguales y desigual de los desiguales».

Por consiguiente, tampoco dando un rodeo como el anterior logramos un acercamiento plausible al concepto de dignidad ¿Qué es esta entonces? ¿Un valor? ¿Un derecho? ¿Un bien jurídicamente protegido? ¿La libertad o la igualdad vistas de otro modo? ¿La síntesis de los valores humanos? ¿Una mentira de curas y predicadores? ¿Un engaño de políticos progresistas? ¿El último tren de los conservadores? ¿Una moda entre filósofos y juristas?

¿Con qué valores y actitudes podemos relacionar la dignidad si queremos aprender qué es realmente? ¿Con la prudencia? ¿Con la justicia o el sentido de la justicia? ¿Con el honor o el sentido del honor? ¿Con el desinterés por lo material o económico?

¿Por qué las personas somos dignas? ¿Porque sí? ¿Porque hay costumbre de creerlo y de decirlo así? ¿Porque lo piensa la mayoría? ¿Porque resulta conveniente?

1. ¿Se puede cuantificar la dignidad? Dicho de otro modo: ¿Se puede tener más o menos dignidad, un trozo de dignidad, un porcentaje de ella?

2. ¿Qué decir cuando una persona se siente herida en su dignidad por algo que a otra le trae sin cuidado? ¿Es entonces la dignidad un concepto relativo? Es decir: ¿no hay un concepto de dignidad jurídicamente ajustado y reconocible por todos?

3. ¿Unas personas son más dignas que otras o son todas iguales en dignidad? Recordemos los ejemplos de Hitler y nuestros padres, pero no nos dejemos impresionar por los ejemplos.

4. Si cada persona tiene un diferente umbral de dignidad, ¿puede un acto vulnerar la dignidad si es dirigido a una persona y ser indiferente si es dirigido a otra? ¿Cómo habrá de ajustar un juez estas diferencias?

5. ¿Tiene la dignidad un contenido positivo, por ejemplo, la autoestima? En caso de respuesta afirmativa, ¿podrían los tribunales y demás operadores jurídicos aplicar cada vez un test de dignidad diferente según sea la autoestima de la persona supuestamente ofendida?

6. ¿El honor deriva de la dignidad? ¿O es al revés? ¿O son iguales? ¿O acaso se identifica la dignidad de una persona a través de o a partir del sentimiento que tiene de su propio honor?

7. ¿La dignidad consiste en lo que cada uno quiere ver o apreciar de sí mismo? ¿O consiste en la consideración que otros tienen de él, sea deferencia, amistad, admiración o respeto?

8. Y ese respeto que uno exige o espera recibir ¿se reclama simplemente en cuanto se es persona o más bien en cuanto se es fulano de tal, con tales o cuales atributos, historial, títulos académicos, puestos políticos, etcétera?

9. Finaliza esta página con un apunte castizo. La frase tantas veces oída y acaso pronunciada en alguna ocasión por nosotros mismos, «Usted no sabe con quién está hablando», ¿tiene algo que ver con la dignidad (una supuesta dignidad ofendida), o es una idiotez de un fanfarrón en apuros?

Ahora bien, si acudimos al Derecho vigente, puede que no aclaremos nada y lo confundamos todo un poco más. En efecto: ¿puede una persona ser indigna o, al menos, caer en indignidad? El Código Civil prevé en su artículo 756 una situación que permite la desheredación de una persona por motivos de indignidad. Dice así:

«Son incapaces de suceder por causa de indignidad: Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.»

Es bien conocido que, en tiempos pasados, este supuesto de hecho tuvo una mayor frecuencia que hoy. Pero el precepto está vigente y el juez, llegado el caso, tiene que resolver. En fin, fuera lo que fuere de la vida de tal precepto, ¿qué concepto de dignidad subyace en él? Mejor sería preguntar por el concepto antónimo, *indignidad*, que es el manejado por el legislador y el que debe utilizar igualmente el órgano judicial. Pero es evidente que solo podemos llegar al concepto de indignidad a partir del de dignidad, con lo que nada hemos avanzado.

Convengamos en que, si la dignidad admite tantos interrogantes y algunos más, ciertamente nada superficiales, sino centrales e ineludibles en una teoría de la dignidad, podemos concluir que ilustran bien el natural correoso de dicho valor y de su concepto. Por eso, no puede uno sino sorprenderse de la ligereza con la que se la utiliza de modo interesado para hacerle significar lo que conviene que signifique cada vez, acaso en beneficio de algunos intereses.

En la clásica Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) se califican como naturales e inalienables los derechos consagrados en ella. Su desconocimiento por un Gobierno puede determinar su calificación como Gobierno ilegítimo. A su vez, la Declaración de Derechos de Virginia (1776) asume una concepción neta del hombre (de la persona humana) por lo que es y no por su rango social. Y la Declaración Universal de los Derechos

(1948) afirma en su Preámbulo que la existencia en el mundo de libertad, paz y justicia depende del respeto a la dignidad del hombre.

Entonces ¿cabe una respuesta plausible a la pregunta sobre si puede perderse la dignidad? Esta cuestión presenta tres planos diferentes. a) Desde el punto de vista ontológico, es evidente que la dignidad humana no puede perderse. b) Desde un punto de vista menos filosófico y más social, es un reproche que se hace en un lenguaje cotidiano a algunas personas por su conducta. c) Cuando decimos que alguien no es digno del cargo que ocupa, no lo estamos descalificando como ser humano, sino en todo caso como ciudadano, como político o incluso únicamente como falto de méritos suficientes para acceder a dicho cargo²⁰.

Me temo, sin embargo, que estas últimas líneas no allanan las dificultades conceptuales de la palabra dignidad e incluso pueden interpretarse como un disimulado deseo de no afrontar el problema.

²⁰ Cfr. GARCÍA-HUIDOBRO, J., «La dignidad del hombre», en MARTÍNEZ, J. I., NÚÑEZ, M. A., y el autor citado: *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval, Valparaíso, 1997, págs. 31-32.

LA DIGNIDAD HUMANA EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL*

ANTONIO ARROYO GIL

Profesor Titular de Derecho Constitucional (UAM)
Exletrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: 1. La dignidad humana: un concepto difícil. 2. La dignidad humana en el orden constitucional español. 2.1 La dignidad humana, ¿valor o principio? 2.2 Contenidos posibles de la dignidad humana. 2.3 Libertad e igualdad, contenidos necesarios (¿y únicos?) de la dignidad humana. 3. La dignidad humana y los derechos fundamentales. 3.1 La dignidad humana no es un derecho fundamental en el ordenamiento constitucional español. 3.2 Los derechos fundamentales, proyecciones concretas de la dignidad humana. 3.3 ¿Hay derechos fundamentales ocultos bajo el manto de la dignidad humana? 4. A modo de conclusión.

1. LA DIGNIDAD HUMANA: UN CONCEPTO DIFÍCIL

Sobre la dificultad de definir los contornos precisos de un concepto como el de «dignidad humana» existe casi tanto acuerdo como sobre la constatación de que la referencia a la misma resulta prácticamente inevitable en los textos constitucionales¹

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación «La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político» (PID2020-117503GB-I00 – IP: Xabier Arzoz Santisteban, UNED).

¹ Aunque ya la Constitución italiana de 1948 contenía una referencia a la dignidad (art. 3 CI: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley»), fue su incorporación a la Ley Fundamental de Bonn de 1949, como precepto de apertura (art. 1.1 LFB: «La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público»), lo que «animó» su acogimiento en otros textos constitucionales, dada la influencia que esta tuvo en el constitucionalismo europeo de postguerra, e incluso más allá de este reducido espacio geográfico; a título de mero ejemplo, el artículo primero de la Constitución Política de Colombia, de 1991, contiene también una referencia a la dignidad

e internacionales sobre derechos humanos², que surgen con posterioridad a la

humana, al afirmar que «Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».

No obstante, se ha de tener en cuenta que la referencia a la dignidad humana en la Constitución alemana, y su posición preeminente (el Tribunal Constitucional Federal alemán ha llegado a caracterizarla como «principio fundamental» o «valor jurídico supremo»), se explica, fundamentalmente, en términos históricos, como respuesta a los horrores vividos durante el nacionalsocialismo, con su trágico epígono de la II Guerra Mundial. En la mente del constituyente alemán estaba, por tanto, la utopía de establecer un freno normativo inmodificable (art. 79.3 LFB), que impidiese la masiva vulneración de derechos y, en definitiva, de la propia dignidad, experimentada en esa época sombría de la historia de la humanidad. Vid. VON MÜNCH, I.: «La dignidad del hombre en el Derecho constitucional», REDC, 5, 1982, pp. 9-33; GÓMEZ ORFANEL, G.: «La dignidad de la persona en la *Grundgesetz*», en Chueca, R. (dir.), *Dignidad humana y derecho fundamental*, CEPC, Madrid, 2015, pp. 53-79; OHELING DE LOS REYES, A.: «El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental». REDC, 91, 2011, pp. 140 ss.

² Ya en el mismo Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, el 26 de junio de 1945, se contiene una referencia a la dignidad en estos términos: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad* y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas [...]».

Asimismo, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948) comienza con una mención a la dignidad humana, que es buena muestra del consenso que se generó en ese momento a nivel internacional en torno a esta idea (lo que no quiere decir que después no hayan existido fuertes disensos sobre el contenido concreto de dicha dignidad): «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad* intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»; y más adelante se señala: «Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad* y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres». Dentro ya de su articulado, el primero de sus artículos dispone: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos [...]». Por su parte, en el artículo 22 se establece: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su *dignidad* y al libre desarrollo de su personalidad». Y, finalmente, en el apartado 3 del artículo 23 se contiene también una referencia a la dignidad en el ámbito laboral: «Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la *dignidad humana* y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social».

En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 4 de noviembre de 1950), curiosamente, no contiene ninguna referencia expresa a la dignidad humana, lo que no ha impedido al tribunal que garantiza su respeto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desarrollar desde temprano una copiosa jurisprudencia en torno a este principio, como fundamento, incluso, de decisiones importantes relacionadas con la conculcación de distintos artículos del propio Convenio (derecho a la vida: artículo 2; prohibición de tortura: artículo 3; derecho al respeto a la vida privada y familiar: artículo 8; etc.). Además, con posterioridad, en el preámbulo del Protocolo n.º 13, relativo a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia (Vilnius, 3 de mayo de 2022), sí podemos encontrar una referencia expresa a la dignidad: «Convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la *dignidad* inherente a todo ser humano [...]». Vid. ELVIRA PERALES, A.: «La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Chueca, R. (dir.), *Dignidad humana..., op. cit.*, pp. 197-234.

II Guerra Mundial³, y que se encuentran inspirados por una especie de neoiusnaturalismo axiológico, en el que aquella, la dignidad humana, pasa a ocupar un lugar hegemónico, por encima, incluso, de los principios heredados del Estado liberal⁴. Para comprender mejor esta aparente paradoja se ha de tener en cuenta que en la definición de lo que sea la «dignidad humana» inevitablemente hay que acudir a postulados pre o metajurídicos, ya sean de carácter religioso⁵ (que, como es el caso del cristianismo, sitúan al ser humano en el centro de la creación divina), filosófico (destacando aquí la gran aportación kantiana plasmada en el segundo imperativo categórico)⁶, moral o ético, pero también político, con su correspondiente traslación jurídica, que se van desarrollando a lo largo de la historia⁷, y que entroncan con una determinada concepción del ser humano (de lo que es en términos de reconocibilidad y de lo que significa desde una perspectiva que no puede evitar su trascendencia, sin que ello tenga por qué entenderse en términos teológicos). Una historia que no ha llegado a su fin, lo que ya de por sí nos ha de llevar a desconfiar de cualquier intento de pe-

Por su parte, en el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000; vigente desde el 1 de diciembre de 2009, coincidiendo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), sí podemos encontrar una referencia explícita: «Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la *dignidad humana*, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho». Además, el primero de sus capítulos lleva por título y se dedica, precisamente, a regular la «*Dignidad*», disponiendo, a tal efecto, el artículo 1 lo siguiente: «La *dignidad humana* es inviolable. Será respetada y protegida». Por su parte, en relación con los derechos de las personas mayores, el artículo 25 dispone: «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una *vida digna* e independiente y a participar en la vida social y cultural». Y por lo que afecta a las condiciones de trabajo justas y equitativas, el apartado 1 del artículo 31 establece: «Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su *dignidad*». Finalmente, por lo que se refiere a la seguridad social y ayuda social, el apartado 1 del artículo 34, dispone: «Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una *existencia digna* a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales». Vid. al respecto REQUEJO PAGÉS, J. L.: «La “dignidad de la persona” como categoría conceptual en el Derecho de la Unión», en Chueca, R. (dir.), *Dignidad humana...*, pp. 279-294.

³ GROPPI, T.: «Estatus de un nuevo ciudadano: la dignidad de la persona», en ARAGÓN REYES, M., y Valadés, D., y Tudela Aranda, J. (coords.), *Derecho constitucional del siglo XXI: Desafíos y oportunidades*, Col. Obras Colectivas 24, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, p. 118.

⁴ DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la fundamentación de los derechos y la dignidad humana», en Ibáñez, A. P., Grández Castro, P. P., Marciani Burgos, B., y Pozzolo, S. (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo*, Palestra, Lima, 2020, p. 162.

⁵ CHUECA, R., «La marginalidad jurídica de la dignidad humana», en Chueca, R. (dir.), *Dignidad humana*, op. cit., pp. 25-52.

⁶ Vid. ATIENZA, M., *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid, 2022, pp. 47 ss. y 93 ss., y BARROSO, L. R.: *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*. La construcción de un concepto jurídico a la luz de la jurisprudencia mundial, trad. NAVARES, S., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 123 ss.

⁷ Un breve repaso de lo que la dignidad ha significado a lo largo de la Historia, con singular referencia a su relevancia en el seno de la Iglesia Católica, en ROGEL VIDE, C., *La dignidad de la persona*, Reus, Madrid, 2024, pp. 27 ss. y 47 ss.

trificación a este respecto, por más que hayamos podido llegar a la convicción de que, ahora sí, sabemos lo que es y significa la dignidad humana.

Una buena prueba que demuestra la certeza de esta aseveración final la tenemos en lo que ha venido sucediendo en los últimos años (no más de veinte o treinta) en España (y en otros países de nuestro entorno), acerca del modo en que se han de entender determinadas condiciones (homosexualidad, transexualidad, intersexualidad) o decisiones personales (sobre la interrupción voluntaria del embarazo, el fin de la propia vida o la capacidad de gestar para terceros) que han tenido (o tienen) una relación difícil y/o cambiante con la dignidad humana. En general, se trata de situaciones en las que se procura ofrecer reconocimiento o protección a personas con especiales dificultades, o que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, apelando, precisamente, a la dignidad humana (lo que resulta extensible a otros muchos colectivos, tales como las personas mayores, discapacitadas, privadas de libertad, extranjerías, etc.), y ello sin perjuicio de su carácter universal.

Aunque no nos podemos detener ahora a realizar un análisis detallado de cada una de estas condiciones o decisiones personales, sí que resulta de interés en este momento dejar constancia de cómo el modo de afrontar por parte del poder público (ya sea en forma de legislador o de juez, ordinario o constitucional) el entendimiento y las consecuencias derivadas de dichas condiciones o decisiones personales ha variado sensiblemente en los últimos años:

– la homosexualidad y la transexualidad pasaron de estar perseguidas a encontrarse protegidas penalmente, con sus ramificaciones en aspectos tan nucleares del estado civil de las personas como son los que tienen que ver con el matrimonio o con el cambio registral de sexo⁸;

⁸ En relación con la orientación sexual y su vinculación con la dignidad humana, interesan destacar dos relevantes sentencias del Tribunal Constitucional español. En la STC 41/2006, de 13 de febrero, el Tribunal ya tuvo oportunidad de aclarar que «la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’ a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE» [FJ 3].

Por su parte, en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, el Tribunal sostiene que mediante el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo «se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden

– la intersexualidad, prácticamente ignorada por el Derecho, ha pasado a encontrar reconocimiento legal, dando paso a una regulación que, aunque muy insuficiente aún, ha permitido, al menos, acabar con la dramática respuesta médico-quirúrgica con que habitualmente se venía afrontando esta realidad biológica, principalmente en el caso de las personas intersexuales recién nacidas⁹;

– el aborto ha sido una cuestión que, valga la redundancia, nunca ha dejado de estar en cuestión, pese a que hace ya tiempo haya encontrado reconocimiento legal, primero de manera limitada (en determinados supuestos), a mediados de la década de los ochenta del siglo, y años después, en 2010, de modo mucho más amplio, como derecho, que incluso el Tribunal Constitucional parece haber elevado a la categoría de fundamental¹⁰;

político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), sin perjuicio de que se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador para dar ese paso no era el único técnicamente posible» [FJ 11].

Por lo que se refiere a la identidad de género (transexualidad), en la STC 67/2022, de 2 de junio [Ponente: María Luisa Balaguer Callejón], explícitamente se reconoce que «la identidad de género es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE)» [FJ 4].

En general, sobre los derechos de las personas LGTBI, véase Matia Portilla, F.J., Elvira Perales, A., Arroyo Gil, A. (dirs.): *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Vid. asimismo ARROYO GIL, A., «Orientación sexual y derechos humanos», RGDC, 30, 2019, pp. 1-30.

⁹ Vid. ARROYO GIL, A., «Las personas intersexuales desde una perspectiva de derechos humanos y fundamentales», IgualdadES (CEPC), 2, 2020, pp. 29-60.

¹⁰ En la STC 44/2023, de 9 de mayo, tras reconocer que «la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo se encuentra amparada en el artículo 10.1 CE, que consagra “la dignidad de la persona” y el «libre desarrollo de la personalidad», y en el artículo 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral» [FJ 3], el Tribunal sostiene que «[l]a 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)» [FJ 3.A)]. Con fundamento en todo lo expuesto, el Tribunal considera 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)» [FJ 3.B).b)].

En su Voto particular concurrente, la magistrada María Luisa Balaguer, a partir de «[u]n planteamiento jurídico genuinamente laico y despojado del sesgo de moral religiosa que sustenta la persecución penal de aborto consentido», considera que «la dignidad de la mujer (art. 10 CE) no está exclusivamente asociada, ni esencialmente unida a su capacidad de ser madre [...]». La dignidad de la mujer, como la del hombre, presupone su capacidad de determinación individual sobre la propia vida, capacidad que, como dije en el voto particular a la STC 19/2023, permite al individuo sobreponerse a la facultad del Estado para ejercer control sobre concretas opciones vitales o, en este caso, para proyectar ese control sobre el cuerpo de las mujeres». Lo que le lleva a sostener, junto con otros argumentos, «la posibilidad de la despenalización total del aborto consentido».

– la muerte digna, y más específicamente la eutanasia activa directa y el suicidio asistido¹¹, han pasado igualmente de estar sancionados por la ley penal a encontrar pleno reconocimiento legal, hasta el punto, incluso, de haber sido reconocidos, de manera ciertamente discutible, como manifestaciones de un presunto «derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos», un derecho que muy recientemente el Tribunal Constitucional español se ha empeñado en descubrir bajo la alargada sombra del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE¹²; y, en fin,

¹¹ Vid. Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico, núm. 29, 2021 (Ejemplar dedicado al análisis de la Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia); REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2008; ARROYO GIL, A., «El derecho a una muerte digna en el ordenamiento constitucional español», en Aragón Reyes, M.; Jiménez Campos, J.; Aguado Renedo, C.; López Castillo, A.; y García Guerreiro, J. L. (dirs.), *La Constitución de los españoles*. Estudios en homenaje a Juan José Solozabal Echavarría, Fundación Manuel Giménez Abad, CEPC, Madrid, 2019, pp. 613-634.

¹² Así, en la STC 19/2023, de 22 de marzo, tras reconocer que la «facultad de autodeterminación respecto de la configuración de la propia existencia se deriva de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, cláusulas que son «la base de nuestro sistema de derechos fundamentales» (por todas, STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4)» [FJ 6.C) b)], se afirma que «la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derecho a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad» [FJ 6.C) e)].

En su Voto particular concurrente, la magistrada BALAGUER CALLEJÓN, M. L., se muestra crítica con la noción de dignidad que se emplea en la sentencia; en su opinión, la insistente mención a este concepto «no termina de dar contenido a la noción de dignidad que realmente sostiene el derecho a una muerte digna. El salto lógico que va entre negar que el artículo 15 CE comprenda un derecho a morir, y reconocer el derecho a recibir ayuda del Estado, a través del sistema sanitario, para poner fin a la vida cuando ello supone expresión del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), no puede hacerse sin asumir que es la dignidad el elemento determinante del reconocimiento de esa dimensión del derecho fundamental que, hasta ahora, no había recibido reconocimiento jurisprudencial expreso. [...] si entendemos la noción de dignidad como un principio jurídico autónomo vinculado a la necesidad de hacer intangible a la persona humana, siempre y en todo caso, frente a quienes detentan el poder, es posible inscribir esta noción dentro de la deconstrucción progresiva del biopoder, y es posible justificar que el Estado debe dejar de tener un control sobre las decisiones vitales de las personas que afectan a la capacidad de autodeterminación sobre el propio cuerpo. Esa intangibilidad también supone que el Estado, y el ordenamiento jurídico, deben dejar de ser correa de transmisión de formas morales de control sobre las decisiones vitales del ser humano».

Según la magistrada BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «[l]a sentencia no consigue desprenderse de una cierta moral, que asociamos a la idea de dignidad, de modo que la argumentación no permite imaginar un escenario de progresión normativa en el reconocimiento de la autodeterminación plena del individuo en relación con la finalización de la vida. Pero si desligamos la noción de dignidad de cualquier concepción religiosa que la asocie a la trascendencia, o a consideraciones morales, la mera condición humana que integra razón y materia corporal es el presupuesto de la concurrencia de la dignidad, que no procede de ningún reconocimiento externo al propio ser humano. Y la no injerencia del Estado sobre la razón ni sobre el cuerpo, es el mandato que se deriva del reconocimiento de la dignidad. [...] Por último, la dignidad humana no debe ser entendida como un principio de proyección exclusivamente individual. Si bien

– la llamada gestación por sustitución¹³ (que hay quien prefiere denominar, bien es verdad que con una carga peyorativa que no parece propia del análisis jurídico, «vientres de alquiler»), aunque no encuentra reconocimiento en el ordenamiento jurídico español, hasta el punto de que dichos contratos son considerados nulos de pleno derecho (art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), se cuele, sin embargo, por la vía de los hechos cuando una persona o una pareja ha acudido a esta práctica en terceros países en los que la misma sí está admitida, y se presenta ante la autoridad española «con el bebé en brazos», demandando un reconocimiento que suele obtener, porque el «interés superior del menor» parece soportarlo todo, incluso lo que no está tan claro que sea lo mejor para el mismo¹⁴.

supone reconocer un ámbito de autonomía al individuo frente al ejercicio del poder de control del Estado sobre sus decisiones vitales, también supone admitir que el Estado debe garantizar, en determinados supuestos y respecto de determinadas personas, la posibilidad de que las decisiones adoptadas se materialicen de forma eficaz y plena».

¹³ Muy crítica con la posibilidad de este contrato, entre otras cosas, por su directa afectación a la dignidad de la mujer gestante, se muestra BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Madrid, 2017. En la misma línea, ARROYO GIL, A.: «Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego», *Estudios de Deusto*, 68, 2020, pp. 41-73

¹⁴ Recientemente, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto concreto de gestación por sustitución (STC 28/2024, de 27 de febrero). En su Voto particular, la magistrada María Luisa Balaguer se muestra crítica con el enfoque adoptado por el Tribunal. En su opinión, «[l]a gestación por sustitución no altruista, que es la mayoritariamente presente en todo el mundo, independientemente de que la madre reciba una contraprestación económica o no (porque falta altruismo siempre que hay intermediarios que se benefician económicamente de la transacción), mercantiliza la maternidad y el fruto de esta, cosificando a las gestantes y a los niños, y limitando el principio-derecho de dignidad humana (art. 10.1 CE), el derecho a la libre determinación sobre la propia vida (art. 10.1 CE en relación con el art. 18 CEDH), y la prohibición de discriminación por razón de sexo. [...] Es preciso considerar contrario a la dignidad humana, ex artículo 10.1 CE, el contrato que tenga por objeto o prestación un embarazo por sustitución, cuando se trate de un acuerdo que mute la naturaleza de la mujer de sujeto de derechos a objeto de tránsito mercantil, limitando su libertad personal, y esto sucede siempre que el embarazo deba someterse a determinadas condiciones físicas de desempeño, que no sea posible revocar el consentimiento, que haya una contraprestación económica del tipo que sea para la mujer gestante o para quienes intervienen en el procedimiento como intermediarios sirviéndose de la capacidad reproductiva de la mujer, y que el fruto del proceso de gestación, la persona nacida, no tenga la posibilidad, en el futuro, de indagar sobre sus orígenes biológicos». Lo que le lleva a concluir que «el sistema de fuentes español en este ámbito es defectuoso y conlleva una inseguridad jurídica notable, lo que debería mover al legislador a actuar de forma eficaz e inmediata [...]». Mientras eso sucede, la intervención judicial es imprescindible y la interpretación del insuficiente marco normativo debe pivotar en torno a los cuatro elementos esenciales a los que he hecho referencia: 1) el interés superior del menor, individualmente considerado; 2) el interés superior de los menores a verse protegidos de actuaciones atentatorias de su dignidad como colectivo; 3) la garantía del principio de dignidad humana que debe proyectarse tanto sobre el menor como sobre su madre biológica; y 4) la garantía de los derechos de esa madre biológica, de modo que pueda llegarse a la conclusión de que los mismos no fueron conculcados en el curso de la totalidad del proceso de gestación».

Pues bien, por todos estos terrenos (y en otros muchos de los que ahora no nos podemos ocupar), de manera más o menos expresa, y con más o menos vigor, ronda la dignidad humana. De ahí que en su estudio no se pueda evitar hacer alguna referencia a ella, siquiera sea para poner de manifiesto que, tal vez, bajo su ampulosa formulación sustancialmente lo que se esconde es algo que ya conocíamos, y que ofrece unos contornos más precisos y, por ello, también más «juridificables»: libertad (en el sentido de autonomía personal para adoptar decisiones sobre la propia vida) e igualdad (o prohibición de diferenciación entre unas personas y otras sin justificación suficiente)¹⁵. Dos valores, principios y/o derechos presentes en el constitucionalismo desde sus mismos orígenes en las revoluciones liberales, que, pese a la relación de tensión que han venido manteniendo hasta el momento actual, pueden, sin embargo, o, mejor dicho, deben hacerse perfectamente compatibles, sobre todo a partir del fortalecimiento del Estado social, en la segunda mitad del siglo pasado, que puso en evidencia que la garantía de la libertad y la igualdad es mera retórica si no se encuentran previamente garantizadas determinadas condiciones mínimas de subsistencia o bienestar.

2. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Como es bien conocido, en el ordenamiento jurídico español la dignidad humana viene formulada en el artículo 10.1 CE en los siguientes términos: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

El solo hecho de que forme parte de un precepto constitucional nos obliga a concluir que ha de tener un significado jurídico¹⁶, por más abstruso que

¹⁵ A esta idea parece que apunta DÍAZ REVORIO, F.J., *op. cit.*, p. 163, cuando señala que «[l]a dignidad actúa [...] como ‘fundamento último’ de todo el sistema de valores y derechos, y permite además [...] explicar y clasificar adecuadamente todos los derechos dentro de los dos grandes valores de igualdad y libertad».

Más restrictivo se muestra PORRAS NADALES, J. M., «Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV, 2018, para quien el alcance de este principio «no es otro que proclamar la igual consideración que merece todo ser humano, vinculada a un mandato efectivo de no discriminación. Ir más allá resulta –en su opinión– incompatible con el modelo de democracia constitucional trabajosamente construido» (p. 223).

¹⁶ Así lo destaca SOLOZABAL ECHAVARRIA, J.J., «Dignidad de la persona», en Aragón Reyes, M. (dir.), y Aguado Renedo, C. (codir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III (Derechos fundamentales y su protección), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2.ª ed., 2011, p. 21-22: «la inclusión

sea, y que es labor del intérprete, y, en último término, del Tribunal Constitucional, descubrirlo. A tal efecto, este, con suma frecuencia, ha tomado en cuenta la vinculación de los derechos fundamentales con la dignidad humana (en relación con algunos de ellos, al parecer, más estrecha), con el fin de reforzar su argumentación.

Es esta, en efecto, una técnica que el Tribunal Constitucional español emplea habitualmente. Aunque, a efectos prácticos, lo relevante sería la vulneración del derecho fundamental en cuestión, el reproche se puede ver intensificado con la apelación a la dignidad de la persona, que podría haberse visto igualmente afectada. Es una forma de decir que la decisión o actuación controvertida no solo ha producido una lesión de un derecho fundamental, lo que de por sí ya es suficiente para censurarla, sino que, además, esa lesión conlleva también una vulneración de la dignidad humana, lo que, aunque no añada nada en términos jurídico-constitucionales, sí sirve para apoyar con más énfasis esa solución. Desde esta perspectiva, se entendería mejor que el Tribunal Constitucional no haya llegado nunca a considerar inconstitucional una norma basándose, única y exclusivamente, en que la misma es contraria a la dignidad humana.

Entre los numerosos acercamientos realizados por el Tribunal Constitucional español a la idea de dignidad¹⁷, quizás uno de los más acabados sea el contenido en la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En esta resolución, el Tribunal entiende, recordando en parte jurisprudencia ya establecida en sentencias anteriores, que algunos de los derechos regulados en los preceptos impugnados

«derivan directamente de la garantía de la dignidad humana, fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). En este punto cabe recordar lo declarado en la ya citada STC 91/2000, de 30 de marzo: «proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 CE implica que, en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia un *minimum* invulnerable

de la dignidad de la persona en nuestra Constitución supone la conversión en jurídico de un valor moral, la determinación de cuyos efectos en el ordenamiento ha de considerarse un problema más, aunque decisivo, de la interpretación de éste». En el mismo sentido, Díaz Revorio, F.J., *op. cit.*, p. 166: «la inclusión de la dignidad en un precepto constitucional le da un carácter inequívocamente normativo».

¹⁷ Un repaso en ROGEL, *op. cit.*, pp. 55 ss.

que todo estatuto jurídico debe asegurar» [STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; también STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a)]. De modo que la Constitución española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2, y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2)» (FJ 7)» [FJ 3].

Con carácter previo, en la STC 120/1990, de 20 de junio, el Tribunal ya había dejado dicho que, con independencia de cuáles sean «las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales», las mismas no pueden conllevar «menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» [FJ 4]¹⁸.

2.1 La dignidad humana, ¿valor o principio?

La duda que surge inmediatamente después de la lectura del artículo 10.1 CE es la de si a partir de esta prescripción constitucional cabe concebir la dignidad de la persona como un valor o como un principio¹⁹. La cuestión, cuyo alcance teórico seguramente sea desmesurado en comparación con los efectos prácticos que cabría derivar de tal distinción, no se puede afrontar debidamente sin partir de una interpretación sistemática del todo

¹⁸ Son muchas más las sentencias en las que el Tribunal Constitucional español se refiere a la dignidad humana, fundamentalmente, como modo de reforzar su argumentación sobre la vigencia de algún derecho. Entre otras muchas, véanse las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre (libertad ideológica); 53/1985, de 11 de abril (derecho a la vida - aborto); 99/1985, de 30 de septiembre (derecho a la tutela judicial efectiva); 89/1987, de 3 de junio (libertad sexual); 120/1990, de 27 de junio (reclusos en huelga de hambre); 215/1994, de 14 de julio (integridad física y moral - esterilización de discapacitados psíquicos); 337/1994, de 23 de diciembre (derecho a la educación); 55/1996, de 28 de marzo (libertad ideológica); 177/1996, de 11 de noviembre (libertad religiosa); 212/1996, de 19 de diciembre (utilización y donación de embriones); 224/1999, de 13 de diciembre (acoso sexual); 233/2000, de 2 de octubre (libertad deambulatoria); 156/2001, de 2 de julio (honor, intimidad y propia imagen); 7/2014, de 27 de enero (intimidad personal y familiar); 67/2022, de 2 de junio (identidad de género); 19/2023, de 22 de marzo (eutanasia); 44/2023, de 9 de mayo (interrupción voluntaria del embarazo); 28/2024, de 27 de febrero (supuesto de gestación por sustitución).

¹⁹ Aunque, quizás, haya que asumir que, antes de eso, la dignidad humana constituye, como ha sido destacado con agudeza por DÍAZ REVORIO, F.J., y nos recuerda OHELING, *op. cit.*, p. 165, el «*fundamento del consenso*» de nuestro proceso constituyente, desde un entendimiento necesario de la Constitución no solo como norma, sino también como base de nuestra convivencia. Pocos conceptos como este, en efecto, son tan asumibles de manera (prácticamente) unánime por las distintas fuerzas políticas y sociales que partían de visiones tan distintas de la realidad (pasada, presente y futura), aunque el precio a pagar por ello sea su ambigüedad. La Constitución como integración política y social se manifiesta así en toda su plenitud (siquiera sea solo simbólica).

constitucional o, dicho de otro modo, del principio de unidad de la Constitución. A tal efecto, se ha de tener presente que, con una relevancia simbólica destacable, en virtud de su ubicación en el precepto con que se da inicio al texto constitucional (art. 1.1 CE), los valores superiores del ordenamiento jurídico español son «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Que entre ellos no esté incluida la dignidad de la persona no es razón suficiente para entender que no es uno de esos valores superiores, si por tales hemos de entender aquellos objetivos o metas principales a alcanzar por los poderes públicos, que, a la vez, constituyen el fundamento del orden social, político y jurídico de un Estado, cuyo fin primordial es contribuir al mantenimiento de la paz social. Y es que, en efecto, parece evidente que la relación entre los arts. 1.1 y 10.1 CE es tan estrecha que cualquier intento de diferenciarlos nítidamente conduce al absurdo de entender que nuestros orden político y paz social no se fundamentan también sobre la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. El propio Tribunal Constitucional ha apuntado, en ocasiones, en esa dirección (entre otras, en las siguientes sentencias ha entendido la dignidad humana como «valor jurídico fundamental» –STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8–; «valor superior» –STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6–; «valor espiritual y moral inherente a la persona» –STC 93/2021, de 10 de mayo, FJ 4).

Sea como fuere, lo que no se puede negar es que la cuestión ha despertado cierto interés entre la doctrina constitucionalista, y no faltan voces que defienden que la dignidad humana, más que un valor es un principio constitucional, lo que tendría ciertas ventajas en términos de eficacia jurídica, en tanto que obligaría a los poderes públicos a actuar siempre teniendo en cuenta su máximo respeto y buscando su plena realización, además de que su empleo, en el caso concreto, podría someterse a ponderación, mediante el correspondiente juicio de proporcionalidad²⁰.

2.2 Contenidos posibles de la dignidad humana

Sea valor o principio, lo que sí parece indudable es que la Constitución ha querido que nuestro Estado, en todos sus niveles de gobierno, por un lado, se fundamente en el respeto a la dignidad humana (deber de protección), y, por

²⁰ Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Artículo 10.1», en Rodríguez-Piñero, M., Bravo Ferrer, M., Casas Bamonde, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución, BOE, Wolters-Kluwer, Madrid, 2018, p. 214. También lo considera un principio (no un valor, regla o derecho fundamental autónomo), PORRAS NADALES, A.J., *op. cit.*, p. 204.

el otro, persiga en su actuación la plena materialización de su contenido (mandato de optimización). Lo que nos sitúa ante la gran cuestión que no resulta sencillo responder: más allá de lo que intuitivamente podamos pensar, ¿cuál es el contenido de la dignidad humana? O, dicho de otro modo, ¿en qué consiste la dignidad humana? Solo si somos capaces de ofrecer una respuesta mínimamente acotada a estos interrogantes podremos sostener con cierto fundamento que la dignidad de una persona se ha visto intolerablemente afectada por una regulación normativa o por una actuación pública o privada, con las consecuencias que ello puede acarrear en términos jurídicos²¹.

Pues bien, el acercamiento a esta difícil cuestión (la relativa al contenido de la dignidad humana) puede llevarse a cabo, como se ha señalado ya, desde muy diversas perspectivas (religiosa, filosófica, moral, ética...). No obstante, aquí la que nos interesa es la jurídico-constitucional, que, si bien se encuentra impregnada, en mayor o menor medida, por esos otros postulados, de los que no se va a poder prescindir fácilmente, se concreta, sin embargo, a partir de una gran decisión política, adoptada en un momento determinado, que, como tal, refleja la concepción que se tenía en aquel entonces del ser humano. Cabe imaginar, en efecto, que cuando el constituyente español (en sintonía con otros constituyentes de nuestro entorno político) acogió en el texto constitucional la referencia a la dignidad humana, considerándola nada menos que como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, en realidad, estaba pensando en una serie de «elementos», de carácter material e inmaterial, que dotaban de contenido a esa cualidad propia del ser humano, y que precisamente por eso quedaban preservados frente a cualquier afectación que los pusiera en riesgo o directamente los conculcara. Unos «elementos» que, gracias a su concreción y apertura, podrían ir evolucionando con el paso del tiempo, al lento compás de la propia evolución política y, sobre todo, social, de modo que lo que hace más de cuarenta años pudiera considerarse característico de la dignidad humana, a fecha de hoy podría haber dejado de serlo (piénsese, sin ir más lejos, en la evolución que, a este respecto, ha experimentado, por ejemplo, la idea de intimidad y su ámbito de protección), y viceversa: que lo que hace más de cuarenta años no se consideraba inherente a la dignidad humana, a fecha de hoy, podría haber pasado a formar parte de ella (el derecho a la protección de datos puede ser un buen ejemplo).

Es precisamente este alto grado de «maleabilidad» lo que ha permitido que el legislador y el máximo intérprete constitucional hayan ido adaptando el

²¹ A la necesidad de acotar el significado de este concepto, lo que necesariamente pasa por su formalización, apunta también CHUECA, R., *op. cit.*, pp. 25-52.

entendimiento de lo que la dignidad humana es o significa a las necesidades de cada momento histórico²², en función de cuál sea la decisión política que la mayoría parlamentaria adopte, que, dado el caso, podrá ser elevada a enjuiciamiento del Tribunal Constitucional.

Lógicamente, esto no puede llevarnos al absurdo de entender que el texto constitucional (y, en concreto, esta específica cláusula de la dignidad humana) se ha de interpretar a la luz de lo que el legislador vaya decidiendo, pues, como sabemos, la operación es precisamente la contraria: es, en todo caso, la ley la que ha de interpretarse a la luz de la Constitución.

Tampoco podemos concluir a partir de esa consideración que la dignidad humana vale para todo, pues, de ser así, sencillamente, no serviría para nada. Como enunciado constitucional que es, provisto, además, según hemos recordado, de una singular posición, en tanto que valor o principio, no puede, en efecto, concebirse de esa manera. Por el contrario, la dignidad humana debe de ser límite, por un lado, y fin, por el otro. Esto es, debe representar una barrera para determinadas decisiones y/o actuaciones del poder público, pero también de las personas físicas y jurídicas, y, al mismo tiempo, ha de concebirse como un objetivo o finalidad a perseguir, fundamentalmente, por los poderes públicos, que en sus decisiones y/o actuaciones han de procurar, en efecto, que la dignidad humana no solo no sufra, sino, además, que se vea potenciada u optimizada. Es precisamente aquí donde la labor del legislador democrático resulta decisiva, pues va a ser el responsable, en primer término, de llevar a efecto esa optimización de las potencialidades de la dignidad humana, respetando, en todo caso, el texto constitucional en su conjunto. Llegado el caso, corresponderá al Tribunal Constitucional decidir si esa decisión legislativa se ha mantenido dentro de los límites constitucionales (entre los que se encuentra, lógicamente, el de la propia dignidad).

En todo caso, sea lo que fuere la dignidad humana, cuestión sobre la que habremos de volver, lo que sí parece incuestionable es que el constituyente español, en sintonía con los constituyentes de nuestro entorno que

²² Esta apelación a la circunstancia histórica en orden a la determinación del alcance efectivo del concepto de dignidad de la persona, habida cuenta de su clara dependencia situacional, es reconocida, entre otros, por SOLOZABAL, J.J., *op. cit.*, p. 22. En la misma línea, BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: «La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona», *IgualdadES*, 10, 2024, p. 265, al preguntarse si el entendimiento de la dignidad es susceptible de universalización en toda cultura y grupo, sostiene que «lo que la realidad social muestra es, por una parte, la universalidad del concepto, referido a una posibilidad de realización del ser humano y, por la otra, la relativización de los contenidos propios de esa dignidad en relación con la cultura propia de cada sociedad. Más aún, dentro de una cultura jurídica más o menos común, la dignidad no muestra un contenido inmutable y definido para una época o grupo, sino la relativización de los contenidos propios de cada grupo, aun dentro de un ordenamiento jurídico común».

aprobaron los textos fundamentales en sus respectivos países, así como con los Estados que, en el ámbito internacional, acordaron las declaraciones de derechos humanos o fundamentales (ONU, Consejo de Europa, Unión Europea), a partir del final de la II Guerra Mundial, decidieron situar a la persona (el ser humano) como fin último de sus decisiones/actuaciones. Esta visión, que entronca con la corriente de pensamiento del llamado «personalismo», es la propia del Estado constitucional democrático de Derecho²³, en el que toda la actuación del poder público ha de ejercerse en beneficio de las personas; lo que no quiere decir, que, en ocasiones, no haya de prevalecer una visión social sobre la puramente individual. En el constitucionalismo vigente los poderes públicos, en definitiva, tienen un carácter instrumental en la medida en que su razón de ser no es otra que encontrarse al servicio de los seres humanos, lo que significa el rechazo de cualquier otra concepción orientada por el principio contrario²⁴. La instrumentalización del ser humano, de cualquier ser humano, para dar cumplimiento a los fines del Estado quedaría, así, proscrita.

Aunque no sea mucho decir, esta forma de afrontar la cuestión nos ofrece ya un asidero firme para continuar con esa indagación sobre el contenido de la dignidad humana, pues, más allá de situarnos en el escurridizo mundo de los valores, parte de una afirmación primaria que se considera irrefutable: que todos los seres humanos son un fin en sí mismo²⁵ y que, por esa sola razón, todos ellos gozan de igual dignidad. Aunque parezca que esta simple aseveración no añade nada nuevo a esa tarea de descubrir en qué consiste la dignidad humana, o que resulta circular, en realidad, ofrece dos datos de la máxima relevancia: que el poder público está al servicio del ser humano (y no al revés) y que todos los seres humanos son iguales en dignidad. De lo que cabe derivar, a su vez, dos conclusiones:

— que cada ser humano debe de poder orientar su vida en el sentido que considere conveniente (lo que entronca directamente la cláusula de dignidad humana con la de libre desarrollo de la personalidad, presente también en el art. 10.1 CE)²⁶, sin que quepa admitir más restricciones impuestas por el poder

²³ OHELING, A., *op. cit.*, pp. 137 ss.

²⁴ SOLOZABAL, J. J., *op. cit.*, p. 21.

²⁵ A esta idea, de clara raigambre kantiana, cuyo anverso es la imposibilidad de tratar a un ser humano solo como un mero instrumento, ha acudido con frecuencia el Tribunal Constitucional español. Valgan por todas las SSTC 53/1985, de 11 de abril (aborto) y 181/2004, de 2 de noviembre (extradición).

²⁶ E inspirada, al igual que la de dignidad humana, en la Ley Fundamental de Bonn, en cuyo artículo 2.1 se reconoce el derecho que toda persona tiene al «libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral».

A diferencia de lo que sucede en Alemania, y al igual que ocurre con la cláusula de dignidad humana prevista en el mismo artículo 10.1 CE, esta cláusula constitucional de «libre desarrollo de la personalidad»

público que aquellas que se consideren necesarias (y proporcionadas, lógicamente) para preservar esa misma facultad del resto de seres humanos, o que, en su caso, se adopten con el fin de conseguir un bien superior, en el sentido de beneficioso para el conjunto de la sociedad; y

– que todo ser humano ha de ser tratado como tal, sin que quepa establecer diferenciaciones entre unos y otros por parte del poder público que no estén suficientemente justificadas en aras de la consecución del bien superior anteriormente mencionado (beneficio social o interés general²⁷), y sin que, en ningún caso, se pueda ver menoscabada la dignidad de una persona, pues nunca un fin social estará justificado si su consecución conlleva la vulneración de la dignidad de un ser humano²⁸.

tampoco viene configurada en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional como derecho fundamental. Sobre su significado y alcance también se ha escrito mucho, pudiéndose aceptar, como algo mayoritariamente admitido, y que el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de afirmar, que tras la misma se esconde, en conjunción con el artículo 1.1 CE, «un principio general de libertad» que «autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas» (STC 93/1992, de 11 de junio, FJ 8). Lo que vendría a ser tanto como decir que, con carácter general, existe un límite para el poder público a la hora de establecer restricciones a esa genérica libertad, en el sentido de que únicamente aquellas que estuvieran suficientemente justificadas (o que superaran el célebre test de proporcionalidad) serían admisibles.

Desde otro punto de vista, sobre el riesgo que también existe de que la dignidad humana se utilice como límite o barrera al libre desarrollo de la personalidad, dada la (supuesta) necesidad de garantizar ciertos intereses comunes o generales, que podrían entroncar con una determinada concepción de la vieja moral pública, hoy travestida de dignidad humana, llama la atención PRESNO LINERA, M. A.: «Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad», en CHUECA, R. (dir.), *Dignidad humana...*, op. cit., pp. 361-393.

²⁷ Entre los beneficios sociales o intereses generales juega cada vez un papel más relevante la protección de la naturaleza, como consecuencia de la progresiva toma de conciencia sobre los perjuicios que su deterioro acarrea para la humanidad. En el fondo, esto no es más que una muestra de la fuerza que va adquiriendo la visión que podríamos denominar «ecocéntrica» frente a la tradicional «antropocéntrica». Cabría entender, lógicamente, que aquella englobaría a esta, si bien no situaría ya al ser humano como el único fin primordial a proteger, sin perjuicio del lugar protagonista que seguiría ocupando. Es eso lo que se esconde bajo el reconocimiento de los llamados «derechos de los animales» o «derechos de la naturaleza» (como ocurre, por ejemplo, en la Constitución de la República del Ecuador de 2008).

Sin negar la voluntad proteccionista que se esconde tras estas reivindicaciones, creo que la propia concepción de los derechos, una creación característicamente humana, obliga a situar a la persona en el centro de gravedad en torno al cual gira cualquier pretensión de otorgar derechos, en la medida en que solo una persona (a solas o en conjunto) va a poder ejercer esos derechos (de los animales o de la naturaleza). De ahí que las matizaciones que quepa hacer sobre la dignidad humana como fundamento único del orden político y de la paz social, o, más genéricamente, como fundamento último del Estado social y democrático de Derecho, no puedan ser suficientes para provocar un desplazamiento de la misma en pro del reconocimiento de otro fundamento universal de orden natural. Y es que cualquier pretensión de supeditar al ser humano como centro de imputación de derechos, con el fin de otorgar una mayor protección a otros bienes o valores, del tipo que sean, despeja el camino para proceder a la vulneración de la dignidad humana. Vid. DÍAZ REVORIO, F.J., op. cit., pp. 168 ss.

²⁸ Esta es la línea interpretativa que cabe deducir de la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la dignidad humana, cuyo reconocimiento constitucional conllevaría la existencia de un núcleo de derechos invulnerables que derivaría del obligado respeto que merece todo ser humano por el mero hecho de serlo, sin que, en consecuencia, ningún otro fin pueda prevalecer. Una condición, por cierto, que acompaña al ser humano siempre, sin que se pueda renunciar a o prescindir de ella. Incluso,

2.3 Libertad e igualdad, contenidos necesarios (¿y únicos?) de la dignidad humana

A partir de las premisas anteriores, precisadas naturalmente de mayor estudio y reflexión, y seguramente también de más matizaciones, me parece que se pueden ir perfilando los contornos de la dignidad humana, que, como se ha adelantado ya, parecen apuntar en una doble dirección: libertad (en el sentido de autonomía personal o libre desarrollo de la personalidad) e igualdad (o prohibición de diferenciación no suficientemente justificada)²⁹. Lo que

hasta después de la muerte, esa condición sigue desplegando efectos en relación con ciertos derechos (como el del honor, por ejemplo; entre otras, véase STC 93/2021, de 10 de mayo).

El Tribunal Constitucional, en ocasiones, también se ha referido a la existencia de un «núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona» (lo que vendría a ser equivalente a su contenido esencial), que sería el único que puede alcanzar «proyección universal» (STC 91/2000, de 30 de marzo: «al contenido absoluto de los derechos fundamentales [...] que [...] comporta necesariamente, una proyección ad extra, no pertenecen todas y cada una de las características con las que la Constitución consagra cada uno de ellos, por más que, en el plano interno, todas ellas vinculen inexcusablemente incluso al legislador, en razón de su rango. Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia» [FJ 8]).

²⁹ En relación con la prohibición de discriminación presente en el artículo 14 CE, y su conexión con la dignidad humana, el Tribunal Constitucional ha desplegado una relevante línea jurisprudencial encaminada a superar «determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2)» [STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3, relativa a la prohibición de discriminación por motivo de orientación sexual]. En la misma línea, véanse las más recientes SSTC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 11 (matrimonio entre personas del mismo sexo); y 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2 (sexo de la persona).

Especialmente interesante resulta, a este respecto, la STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), en la que el Tribunal Constitucional no solo reconoce que «el derecho al honor y otros de los derechos reconocidos en el artículo 18. C.E. aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el artículo 10 C.E.» [FJ 1], sino que además sostiene que «[e]l odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana»; de modo que «el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean». Lo que le lleva a afirmar que «las expresiones y aseveraciones proferidas por el demandado también desconocen la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de igualdad consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución, en relación con el artículo 14 de la misma, por lo que no pueden considerarse como constitucionalmente legítimas. En este sentido, y aun cuando [...] el requisito constitucional de la veracidad objetiva no opera como límite en el ámbito de las libertades ideológica y de expresión, tales derechos no garantizan, en todo caso, el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 C.E.) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.)». Y, en definitiva, concluye el Tribunal que «de la conjunción de ambos valores constitucionales, dignidad e igual-

nos sitúa, finalmente, ante un dilema imposible de evitar: ¿la dignidad humana es algo más que un determinado entendimiento de las relaciones entre estos dos valores, principios y/o derechos? ¿Tiene sustantividad propia?

Una primera aproximación meramente literal o textual nos llevaría a responder afirmativamente a esta cuestión, en tanto que, en nuestra Ley Fundamental, al igual que sucede en otras de nuestro entorno, o en los textos internacionales sobre derechos humanos, existe una referencia diferenciada a la dignidad humana, la libertad y la igualdad. Sin embargo, esa aproximación, por más relevancia que tenga, no diluye por completo la afirmación dubitativa de que la dignidad humana puede ser básicamente el resultado del juego que se da entre aquellos dos valores, principios y/o derechos en torno a los cuales gira la vida del ser humano en un Estado social y democrático de Derecho como lo es el nuestro, la libertad y la igualdad, en la medida en que, de una manera u otra, si no todos, sí la gran mayoría de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional no son más que concreciones o derivaciones de estas.

Pese a todo, hay un argumento que, cuando menos, obliga a matizar la simplicidad de esa ecuación, porque si la dignidad humana fuera, como hemos apuntado, fundamentalmente, el resultado de la combinación de los valores, principios y/o derechos de libertad e igualdad, resultaría harto difícil afirmar que puede haber decisiones o actuaciones queridas por una persona, que, sin embargo, pueden resultar contrarias a su dignidad y, precisamente por ello, inadmisibles. Bien es cierto que el problema de esas decisiones o actuaciones, seguramente, sea que a través de ellas la persona que las adopta o realiza, por más que lo haga voluntariamente, está poniendo en riesgo su propia libertad y/o igualdad, o, dicho de otro modo, está situándose en una posición en la que no va a poder disfrutar del ejercicio de la primera o de la protección que garantiza la segunda. Sea como fuere, el Derecho no puede ser ciego ante aquellos comportamientos que pongan en riesgo los valores, principios, bienes o derechos que representan su propio basamento axiológico, aunque quien los realice lo haga en ejercicio o al amparo de uno de ellos.

dad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social» [FJ 8].

Un estudio muy completo de la igualdad en el seno del ordenamiento jurídico-constitucional español, tanto desde un punto de vista conceptual, como en relación con su aplicación judicial y su contenido material, así como desde la perspectiva de la descentralización territorial, en BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010.

3. LA DIGNIDAD HUMANA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1 La dignidad humana no es un derecho fundamental en el ordenamiento constitucional español

Con independencia de cuál sea su contenido concreto, más pacífica es la idea de que en el ordenamiento jurídico-constitucional español, a diferencia de lo que sucede en otros (destacadamente, el alemán³⁰), la dignidad humana no viene reconocida como un auténtico derecho constitucional (y, menos aún, fundamental), al quedar fuera de los previstos en el Capítulo II del Título I³¹. Así se ha encargado de señalarlo en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional³². El argumento principal deriva de lo previsto en el artículo 53.1 CE, que, como bien sabemos, dispone: «Los derechos y libertades reconocidos en

³⁰ Además de haber sido caracterizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, entre otras cosas, como «principio constitucional superior», «fundamento de todo el sistema de valores», «valor jurídico supremo», «fin superior del ordenamiento jurídico» o «principio constitucional» [*BVerfGE* 7, 198 (27); 30, 173 (193); 45,187 (227, 229), entre otras muchas], la dignidad humana viene configurada en la Ley Fundamental de Bonn, como reconoce la mayor parte de la doctrina, como un auténtico derecho fundamental intangible (art. 1.1 LFB), e irreformable (art. 79.3 LFB). Así lo ha reconocido también el propio Tribunal Constitucional Federal, de manera implícita, al sostener que goza de la máxima protección jurisdiccional, incluido el recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) [*BVerfGE* 1, 332 (343), entre otras], y de manera explícita en otras resoluciones [*BVerfGE* 93, 266 (203), entre otras]. Además, su *vis expansiva* ha permitido a este «descubrir» derechos no previstos expresamente en el texto constitucional o declarar inconstitucionales determinadas decisiones adoptadas por el legislador por ser, precisamente, contrarias a la dignidad humana. A título de mero ejemplo, reviste un singular interés la sentencia de 15 de febrero de 2006 [*BverfG* 115, 118 1 BvR 357/05], que resolvió un recurso de amparo, y declaró inconstitucional el párrafo tercero del artículo 14 de la Ley de Aviación Civil, que habilitaba al Ministro de Defensa a ordenar el derribo de una aeronave civil secuestrada si se consideraba que ese era el único modo de evitar que la misma fuese utilizada como arma para prevenir un severo incidente (cometer un atentado terrorista), por entender que ello era contrario a la dignidad humana y el derecho a la vida. Sobre la dignidad humana como derecho fundamental en el ordenamiento constitucional alemán, véase, en castellano, OHELING, A., *op. cit.*, pp. 151 ss.

³¹ Valga, por todos, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2.ª ed., 2013, pp. 62 ss.

³² Valga, por todas, la STC 163/2009, de 29 de junio, en la que el Tribunal es taxativo al afirmar: «hemos de soslayar toda referencia a la denunciada violación de los derechos inherentes a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, alegados en la demanda sin conexión con otros derechos, pues de la sola lectura del artículo 53.2 CE ya se desprende inequívocamente que el artículo 10.1 CE es un precepto ajeno a la vía del amparo» [FJ 7]. En el ATC 149/1999, de 14 de junio, el Tribunal lo dejó perfectamente claro:

«Debemos descartar, en primer lugar, [...] la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente ex artículo 10 C.E.

Comenzando por esta última invocación, basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10 C.E.), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso constitucional de amparo» [FJ 2].

No obstante, tampoco han faltado al respecto algunas apreciaciones un tanto confusas de nuestro más Alto Tribunal. Así, por ejemplo, en la STC 27/2020, de 24 de febrero, sostuvo que «es doctrina de este

el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos [...]». Sin embargo, contra el mismo podría argüirse que, pese a no encontrarse reconocida en el Capítulo II, esta cláusula sí se encuentra –como norma de cabecera, de hecho– dentro del Título I, que lleva precisamente por título «De los derechos y deberes fundamentales».

Sin embargo, más allá de lo que podría sugerir esta ubicación sistemática, lo cierto es que el propio tenor literal del artículo 10.1 CE parece excluir la consideración de la dignidad de la persona como derecho fundamental, al concebirla como una condición a la que le son inherentes derechos inviolables.

Sea como fuere, la discusión, que podría tener interés teórico, en la práctica resulta más irrelevante, pues lo cierto es que la dignidad humana carece de las garantías que a los derechos fundamentales les ofrece el ordenamiento constitucional, de acuerdo con el citado artículo 53 CE. Y, en todo caso, lo que resulta innegable es que el contenido concreto de dicha dignidad viene, cuando menos, conformado por una serie de derechos inherentes a la misma y caracterizados de inviolables.

3.2 Los derechos fundamentales, proyecciones concretas de la dignidad humana

Realizada la constatación anterior, surge una nueva duda, a saber: si todos los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional son proyecciones concretas (jurídico-constitucionalmente objetivadas) de la dignidad humana³³ o si, por el contrario, solo algunos de ellos presentan ese carácter de inherentes a la misma³⁴.

Lo cierto es que, a lo largo de su ya dilatada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha vinculado la práctica totalidad de los derechos fundamenta-

Tribunal la de que el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona, está dirigido a proteger su vida privada y familiar» [FJ 2].

³³ Tal y como, entre otros, ha reconocido SOLOZABAL, J.J., *op. cit.*, p. 23, al sostener que, si bien la condición de los derechos fundamentales «no se capta adecuadamente considerándolos como un desarrollo lógico inevitable de la dignidad, sin reparar en los condicionantes históricos o políticos de su reconocimiento concreto, no cabe duda de que son una especificación de la misma». En otro trabajo, señala explícitamente que los derechos fundamentales son la «proyección positiva e inmediata» de la dignidad humana SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J.: *Derechos fundamentales y forma política*, Madrid, CEPC, 2020, p. 56.

³⁴ Hay quien sostiene también la tesis contraria: los derechos no «se deducen o derivan de una consideración previa de la dignidad humana, que a modo de fundamento absoluto e indiscutido, actúa como presupuesto antropológico o razón de ser de los mismos. Más bien sucede al contrario: son los derechos los que jurídicamente conforman la dignidad, aunque se sostenga interesadamente lo opuesto» (PORRAS NADALES, J.M., *op. cit.*, p. 208).

les reconocidos en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución con la dignidad humana³⁵, mediante formulaciones variadas³⁶. No obstante, también es cierto que el Tribunal, precisamente en el momento en que ha apelado a la dignidad humana con más carácter autónomo y decisorio, en relación con los derechos de los extranjeros, ha señalado que

«resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos ‘imprescindibles para la garantía de la dignidad humana’. Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» [...] la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex artículo 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el artículo 10.2 CE» [STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3]³⁷.

³⁵ Así, a título de mero ejemplo, en relación con el derecho a la vida (53/1985, de 11 de abril; STC 19/2023, de 22 de marzo); la integridad física y moral (STC 44/2023, de 9 de mayo); el derecho al honor (STC 214/1991, de 11 de noviembre); la prohibición de discriminación (STC 176/1995, de 11 de diciembre); o el derecho a la intimidad (202/1999, de 8 de noviembre).

³⁶ El Tribunal Constitucional se ha referido, en ocasiones, a que tales derechos constituyen «proyecciones de núcleos esenciales» (STC 194/1994, de 23 de junio) o una «derivación» de la dignidad de la persona (STC 207/1996, de 16 de diciembre); se encuentran en una «íntima conexión» con ella (STC 49/2001, de 26 de febrero); representan su «traducción normativa» (STC 136/2006, de 8 de mayo); o constituyen una «plasmación singular» de la misma (STC 281/2006, de 9 de octubre). Al respecto, Jiménez Campo, J., *op. cit.*, p. 220, ha señalado, con acierto, que en todos esos casos «es el derecho fundamental, en conexión, si procede, con otros derechos y normas, el que constituye criterio, sin que la cita del principio de referencia aporte nada, fuera de una supuesta solemnidad».

De otra opinión, en relación con el entendimiento de la dignidad humana como derecho fundamental en la Ley Fundamental de Bonn, OHELING, A., *op. cit.*, p. 151, sostiene que, «aunque pueda parecer rara una infracción de la dignidad que no suponga a su vez una vulneración de los derechos fundamentales, las posibilidades de lesión de la dignidad siempre pueden aparecer de forma aún no planteada (como situación inédita)».

³⁷ Bien es verdad que las consecuencias prácticas de esta argumentación han sido escasas, porque, finalmente, se ha acabado reconociendo que, más allá de los derechos políticos, en donde sí se pueden hacer distinciones, los extranjeros gozan de todos los demás derechos fundamentales, dada su conexión (sin grados) con la dignidad de la persona. Muy crítico con el sentido en que se apela en esta sentencia a la dignidad humana se muestra Jiménez Campo, J., *op. cit.*, p. 222, que considera que la esforzada búsqueda que emprende esta resolución para conocer «el alma de la dignidad en el cuerpo de los derechos no conduce, cabe temer, a parte alguna, porque la indagación, como tal, a falta de criterio definido, no puede siquiera iniciarse».

Incluso, en relación con algunos de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución, el Tribunal ha llegado también a establecer esa conexión con la dignidad humana. Así lo ha hecho, por ejemplo, en lo atinente a la investigación de la paternidad (art. 39.3 CE):

«Es en la medida en que ciertas pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad cuando cobra todo su sentido el mandato del constituyente de que la Ley posibilite la investigación de la paternidad, cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)»; mandato que «guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona» [STC 138/2005, de 26 de mayo (FJ 4)] 38.

Sea como fuere, lo que, en todo caso, habría que descartar es la existencia de una especie de «jerarquía» entre los derechos fundamentales. Dado que todos ellos encuentran reconocimiento constitucional, ninguno prevalece sobre los demás. Incluso aunque admitiésemos el argumento de que solo algunos son inherentes a la dignidad humana, en tanto que se encontrarían en una más «íntima» conexión con ella, no podríamos derivar de ahí su mayor rango en relación con aquellos otros que no presentan esos rasgos.

3.3 ¿Hay derechos fundamentales ocultos bajo el manto de la dignidad humana?

Desde otra perspectiva, también podríamos preguntarnos si cabría la posibilidad de descubrir la existencia de algún derecho fundamental escondido bajo la sombra de otro explícitamente reconocido en el texto constitucional que, por su estrecha vinculación con la dignidad humana, merecería ese reconocimiento. Sería aquí, precisamente, donde la criticada delicuescencia del concepto que nos ocupa mostraría toda su versatilidad para ir adaptando el texto constitucional a las nuevas realidades que inexorablemente van surgiendo con el paso del tiempo y la consiguiente evolución social, y que demandan, vía hermenéutica, el reconocimiento de nuevos derechos que hace años eran

³⁸ Doctrina reiterada en la STC 273/2005, de 27 de octubre [FJ 7].

discutidos o, incluso, inimaginables³⁹. Posibilidad que, de ser aceptada, solo podría hacer realidad el Tribunal Constitucional, aunque fuese como consecuencia de una decisión previa adoptada por el legislador (tal y como parece que ha ocurrido, de manera ciertamente controvertida, con el llamado «derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos» –STC 19/2023, de 22 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia–; y, de manera mucho más dudosa, con una especie de derecho a la autodeterminación de la mujer para la interrupción voluntaria del embarazo como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE– STC 44/2023, de 9 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por setenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

Naturalmente, esta posible ventaja que ofrece la interpretación de ciertos derechos fundamentales a la luz de la dignidad humana para ir avanzando en el reconocimiento de otros que, supuestamente, se encontrarían ocultos bajo su manto, a la espera de que, un buen día, el legislador y/o el Tribunal Constitucional, consciente de las nuevas demandas o necesidades sociales, los alumbrara, presenta también su anverso, o lado oscuro⁴⁰. Y es que si aceptamos la posibilidad de que se descubran «nuevos derechos», vinculados a otros ya existentes, porque un determinado entendimiento de la dignidad humana así lo reclame, hemos también de aceptar la posibilidad contraria: que una evolución social de diferente signo conduzca a un entendimiento distinto de lo que dicha dignidad humana es y requiere, lo que podría dar lugar a recortes o negaciones de esos derechos antes «descubiertos», pero que, por no estar explícitamente reconocidos en (o deducirse inequívocamente de) el texto constitucional, carecen de esa garantía o protección frente a las decisiones que puedan adoptar los poderes constituidos, ya sea el legislador o el Tribunal Constitucional.

³⁹ A esta idea dinamizadora del ordenamiento que cabe derivar de la dignidad humana parece apuntar CHUECA, R., *op. cit.*, pp. 25-52, quien, sin embargo, se muestra también muy crítico con este concepto, dada su inconsistencia jurídica.

⁴⁰ Sobre él llama la atención PASCUAL MEDRANO, A., «La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español», en CHUECA, R. (dir.), *Dignidad humana...*, *op. cit.*, pp. 295-333, cuando advierte del riesgo de dar lugar a un «proceso constituyente permanente».

El riesgo de esta dinámica, más allá de resultar ciertamente problemática en términos de seguridad jurídica, podría conducir a una devaluación de la propia normatividad de la Constitución, así como a un debilitamiento institucional del máximo intérprete de la misma. Y es que, dada su relevante posición en el orden constitucional, con todas las garantías que este les otorga, los derechos fundamentales no pueden estar sometidos a un proceso continuo de discusión sobre su propia existencia, de forma que un día el legislador, con el refrendo del Tribunal Constitucional, decida que ha «descubierto» un nuevo derecho fundamental (a la sombra de otro/s y bajo el auspicio, siempre decoroso, de la apelación a la dignidad humana), y otro día, por decisión de un legislador renovado, con refrendo de un igualmente renovado Tribunal Constitucional, o, simplemente, por decisión de este, sin que aquel, el legislador, haya vuelto a actuar, decida que lo entonces «descubierto» (tal vez hace no mucho tiempo) fue un simple error de apreciación o interpretación.

Este posible escenario únicamente pone de relieve la necesidad de tomar los derechos fundamentales en serio. Lo que pasa, en primer lugar, por tomarse igualmente en serio a quien solo puede ser su creador: el poder constituyente. De modo que únicamente cuando de una interpretación inequívoca, y ampliamente consensuada, tanto a nivel social como político, sea posible derivar de algún derecho fundamental otro que se encuentra muy estrechamente conectado con el explícitamente reconocido (dada, además, su cercanía a lo que demanda un entendimiento actual de la dignidad humana), convendría llevar a cabo esa delicada operación de ingeniería jurídico-constitucional de «descubrimiento de derechos fundamentales ocultos bajo la superficie constitucional».

Sin duda, todas estas cuestiones son muy relevantes, pues no solo está en juego la determinación del contenido de la cláusula constitucional de la dignidad de la persona, y lo que es posible derivar de ella por parte del legislador y, en último término, del Tribunal Constitucional, sino también algo que, a la postre, tiene una trascendencia mayor, en la medida en que afecta a la imprescindible distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, lo que es tanto como decir al significado mismo del propio principio democrático.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Todas las cuestiones aquí simplemente esbozadas en torno al significado y alcance de la cláusula de «dignidad humana» precisan de un mayor análisis y reflexión. Si bien la pretensión de formular una definición cerrada y general-

mente aceptada de lo que sea la dignidad humana desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional no parece que sea realizable, en tanto que para tal fin va a resultar inevitable tener en cuenta el componente axiológico o valorativo a que antes hacíamos referencia, dentro del que cabe incluir postulados filosóficos, religiosos, antropológicos, sociológicos, morales, éticos, etc., necesariamente plurales y cambiantes, lo que, en todo caso, habría que procurar es establecer unos marcos hermenéuticos sobre los que existiese un mínimo consenso. Se evitaría así que la apelación a la dignidad humana fuera utilizada «interesadamente» para defender una determinada ideología, del signo que fuera, excluyendo la posibilidad de que otro modo de entender las cosas, esto es, las relaciones del individuo con el poder público, y de los individuos entre sí, pudieran también tener cabida. Porque si, como muy acertadamente estableció el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, «[l]a Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7), no resulta asumible que una determinada interpretación de una cláusula constitucional, por muy fundante que sea, como la de la dignidad humana, pueda conducir precisamente a lo contrario, esto es, a la defensa de una determinada concepción ideológica que se presente con carácter incontrovertible o, peor aún, totalizador. Como, de nuevo, muy certeramente el Tribunal Constitucional sostiene en la sentencia citada, «[l]a labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo».

En línea con este entendimiento de lo que la Constitución es y significa, que me parece perfectamente defendible, y que, por cierto, no solo el legislador ha de tener muy presente, sino que también el propio Tribunal Constitucional debe, en todo momento, recordar, habría que procurar llevar a cabo una labor de definición de la cláusula de la dignidad humana que permitiera, a partir de una interpretación holística de la Constitución, establecer sus contornos, a fin de que la misma resultara operativa, como disposición constitucional que es, en el razonamiento jurídico. En esta aproximación se ha apuntado ya en una dirección necesitada de mayor estudio y reflexión: la dignidad humana se nutre, fundamentalmente, de los dos principios (valores y/o derechos) nucleares que recorren la historia del constitucionalismo, la libertad y la igual-

dad. Y es que, en efecto, el ideal de vida digna de las personas, en la actualidad, parece que pasa, inexorablemente, por reconocerles, por un lado, un ámbito relevante de autonomía para que puedan diseñar y ejecutar su propio plan de vida, y, por el otro, por garantizarles que desde el poder público no se van a establecer diferenciaciones personales que no se encuentren suficientemente justificadas por la consecución o preservación de un bien superior (interés general), sin que, claro está, en ningún caso, este objetivo pueda suponer la vulneración de la dignidad de una persona.

Lógicamente, para que se puedan cumplir esas finalidades (que vienen concretadas en forma de derechos constitucionalmente reconocidos) va a ser preciso que desde el propio poder público se garanticen unas condiciones vitales mínimas, que bien podrían encuadrarse dentro de lo que conocemos como «Estado social». Es decir, que para que una persona pueda disfrutar de una vida digna no va a ser suficiente con preservar determinados derechos individuales, sino que, además, va a resultar imprescindible una acción pública encaminada a construir y organizar las condiciones necesarias para que aquellos puedan ser reales y efectivos para todos⁴¹. De ese modo, la dignidad humana se manifiesta con una doble faz: la individual (de raigambre liberal) y la prescricional (propia del Estado social o de bienestar).

⁴¹ Lo que resultará especialmente acuciante en relación con las personas que se encuentren en condiciones desfavorables de partida, entre las que cabría destacar aquellas que presenten algún tipo de discapacidad, respecto de las cuales estaría no solo justificada, sino que sería necesario proceder por parte de los poderes públicos a la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades (STC 269/1994, de 3 de octubre). En esta línea ha de entenderse la última de las reformas constitucionales llevada a cabo el 15 de febrero de 2024, atinente al artículo 49. No en vano, en su nueva redacción, el apartado primero de este precepto es tajante al afirmar que «[l]as personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas». Parece indudable que el constituyente constituido ha querido garantizar el respeto a la dignidad de estas personas mediante la apelación a los dos principios que resultan centrales en la definición de su contenido: la libertad y la igualdad.

DERECHOS FUNDAMENTALES

ESTADO DE DERECHO Y ARBITRAJE PRIVADO

MANUEL ARAGÓN REYES

Catedrático emérito de Derecho Constitucional
Magistrado emérito del Tribunal Constitucional

SUMARIO: 1. Objeto y ocasión de este trabajo. 2. Las líneas esenciales del Estado de Derecho. 2.1 El significado general del concepto. 2.2 Un significado más específico. 2.3 El Estado de Derecho en la Constitución española. 2.4 La validez universal del Estado de Derecho. En especial: Estado de Derecho y Unión Europea. 3. La validez del arbitraje privado en el Estado de Derecho. La doctrina del Tribunal Constitucional. 3.1 El arbitraje privado como alternativa a la solución jurisdiccional para resolver los conflictos entre particulares. 3.2 Las SSTC 46/2020 y 17/2021: arbitraje, derecho a la tutela judicial efectiva y concepto de «orden público». 3.2.1 La STC 46/2020. 3.2.2 La STC 17/2021. 3.2.3 Conclusiones: la función nuclear del artículo 24 CE en el arbitraje privado.

1. OBJETO Y OCASIÓN DE ESTE TRABAJO

Para contribuir al merecido libro-homenaje a la profesora María Luisa Balaguer Callejón me ha parecido oportuno dedicar mi trabajo a un tema que, aparte de tener un indudable interés jurídico, enlaza directamente con su labor de magistrada constitucional, puesto que fue la ponente de las dos (y más decisivas) sentencias del Tribunal (en adelante, TC) sobre la capacidad y límites del arbitraje privado: las 46/2020, de 15 de junio, y 17/2021, de 15 de febrero (a las que siguieron, ya con otros ponentes, las 55/2021, de 15 de marzo, 65/2021, del mismo mes y día, y 50/2022, de 4 de abril, que vinieron a aplicar la doctrina sentada en aquellas dos primeras sentencias).

Creo que un buen modo de homenajear a la profesora y magistrada María Luisa Balaguer, es glosar su importante y acertada contribución al encuadramiento constitucional del arbitraje, partiendo de su validez dentro de nuestro Estado de Derecho y determinando las condiciones y límites que, para ello, el arbitraje y su control judicial deben cumplir. En tal sentido, este trabajo se articulará de la siguiente manera:

Primero dedicaré mi atención a lo que podrían considerarse, en abstracto, como las líneas esenciales del Estado de Derecho. Esto cabría entenderlo quizás como innecesario, dado que lo que el Estado de Derecho significa es sobradamente conocido, pero a mi juicio resulta conveniente volverlo a tratarlo en unos momentos como éstos, en los que internacional e internamente el Estado de Derecho está sufriendo determinados embates que lo ponen en riesgo. De ahí que los constitucionalistas debamos insistir sobre el significado y valor del Estado de Derecho, frente a las indudables pretensiones actuales de falsearlo.

Después analizaré las dos cruciales Sentencias de la que la magistrada María Luisa Balaguer fue ponente, poniendo de manifiesto el modo, correcto y adecuado, pero abierto, a mi juicio, a posterior desarrollo, con que allí se relacionó concretamente el arbitraje con uno de los principios nucleares del Estado de Derecho: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

2. LAS LÍNEAS ESENCIALES DEL ESTADO DE DERECHO

2.1 El significado general del concepto

De manera muy general cabe decir, acudiendo a una frase clásica, que hay Estado de Derecho cuando «gobiernan las leyes y no los hombres», esto es, cuando los poderes públicos no pueden actuar según su capricho sino de conformidad con lo que las normas jurídicas establecen. En la medida en que, en el presente, el Estado de Derecho ha de adoptar la forma de Estado constitucional, único modo de que todo el poder público, incluido el legislativo, se encuentre sometido al Derecho mediante una Constitución que expresa los límites que ni siquiera las mayorías políticas ocasionales pueden traspasar, el Estado de Derecho significa, hoy, la sumisión de los poderes públicos a la Constitución y a las leyes.

Sin embargo, esta concepción general y básica precisa de más concreciones para comprender mejor lo que el Estado de Derecho significa y, sobre todo, para asegurar su efectiva vigencia.

2.2 Un significado más específico

La necesidad pasar de un significado general a otro específico deriva, como acabo de apuntar, de la necesidad de complementar aquella perspectiva meramente formal con otras, estructurales y materiales, para dotar al Estado de Derecho de un contenido más preciso.

Desde el punto de vista estructural, no puede ser ajeno al Estado de Derecho el modo de producción del propio Derecho, precisamente para evitar que la sumisión del Estado al Derecho sea simplemente la autosumisión a un Derecho que el poder libremente crea y libremente puede modificar. Por ello la sumisión a la Constitución democrática es un componente indispensable del Estado de Derecho, de manera que así se asegura, de un lado, que sólo el pueblo, como poder constituyente, puede establecer la norma superior del ordenamiento jurídico, la Constitución, norma cuya emanación y reformas deben descansar en un acuerdo que supera, en su procedimiento de adopción, el ordinario de las mayorías políticas, dado que esa norma fundamental tiene por objeto establecer límites a la acción de los poderes constituidos, es decir, a la capacidad de acción de la propia mayoría. De ahí que el principio de constitucionalidad sea un elemento integrante del Estado de Derecho, no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista estructural derivado del principio democrático.

Al mismo tiempo, la producción democrática de las leyes (subordinadas a las prescripciones constitucionales) también asegura que, dentro de los límites que la Constitución impone, el Derecho ordinario ha de emanar de los representantes del pueblo reunidos en el parlamento. De manera que esa atribución al parlamento de la potestad legislativa impide que sea el poder ejecutivo (que no representa a la totalidad de la nación) el que dicte las decisiones normativas más importantes que pueden afectar a los derechos y deberes de los ciudadanos y al ejercicio de las potestades públicas. La reserva de ley, el principio de legalidad, así como la correspondiente sumisión de los reglamentos a las leyes, forma parte, también, del contenido del Estado de Derecho derivado de las exigencias democráticas.

Como también deriva de las exigencias democráticas la existencia de una serie de controles, sociales, políticos y jurisdiccionales, que garanticen la efectividad de las limitaciones que a la acción de los poderes públicos la Constitución impone. De entre esos controles sobresale el ejercido por un poder jurisdiccional independiente, capaz de controlar tanto la vigencia del principio de constitucionalidad como el de legalidad.

El Estado constitucional y democrático resulta, pues, indisociable del Estado de Derecho. Aunque no acaban ahí las concreciones que a éste han de sumarse para entender cabalmente su significado y contenido. Es preciso también acudir a una concepción no sólo formal, sino también material, del Estado de Derecho, al objeto de que, además de garantizarse la jerarquía normativa y la seguridad jurídica, imprescindibles para que el Derecho sea el modo de resolución pacífica de los conflictos, se garantice al mismo tiempo una determinada función del Derecho: su finalidad de proteger la dignidad de la persona. En tal sentido, la protección y garantía de los derechos humanos forma parte del contenido del Estado de Derecho, o si se quiere, de la concepción material y no exclusivamente formal del Estado de Derecho, derivada del principio democrático, pues sólo puede ser soberano un pueblo libre, y sólo puede ser libre un pueblo en el que los ciudadanos tengan garantizada su propia libertad.

En definitiva, el Estado de Derecho resulta indisociable del Estado democrático, así como éste, a su vez, también inseparable del Estado constitucional. Y en la medida en que la acción de los poderes públicos ha de estar al servicio de la dignidad de la persona, la promoción de la igualdad entre los ciudadanos, la búsqueda de un equilibrio entre la libertad y la igualdad, para garantizar la primera sin descuidar la procura de la segunda, introducen otro ingrediente material en la función social y no sólo individual del Derecho: la finalidad que las normas contribuyan a mejorar las condiciones materiales que permitan a los ciudadanos, sin discriminación, el disfrute de una vida digna. Eso es lo que pretende el llamado Estado social. Con lo cual, en la actualidad, el Estado de Derecho alcanza hoy su significado más concreto en el sintagma «Estado constitucional, democrático y social de Derecho», una fórmula cuyos elementos integrantes no pueden, ni deben, separarse.

No obstante, el Estado de Derecho no se proyecta sólo en las relaciones ciudadanos-poder político, sino también en las relaciones privadas. Es lo que puede denominarse efecto horizontal del Estado de Derecho, cuyas exigencias y garantías han de ser respetadas en los actos y negocios regidos por el Derecho privado.

2.3 El Estado de Derecho en la Constitución española

El artículo 1.1 CE define al Estado español como un Estado de Derecho, y el artículo 9.1 CE establece las consecuencias ineludibles de esa definición, al proclamar que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Una sujeción distinta, pues

los poderes públicos lo están positivamente, en el sentido de que sólo pueden hacer lo que el Derecho les permite, mientras que los ciudadanos lo están negativamente, de manera que, al partir sus acciones de un principio general de libertad, podrán hacerlo todo menos lo que el Derecho les prohíbe.

Es cierto que, en el plano de los ciudadanos, el ordenamiento jurídico no sólo establece prohibiciones (penales, entre otras) sino que impone también deberes (por ejemplo, entre otros, de naturaleza tributaria), pero ello no contradice la vinculación negativa de los ciudadanos al ordenamiento, en cuanto que el establecimiento de un deber jurídico implica también una prohibición en negativo: el impedimento de actuar incumpliendo ese deber. Lo sustancial es subrayar que, en un Estado constitucional democrático de Derecho, si bien el Derecho rige para todos (poder público y ciudadanos), las relaciones de unos y otros con el Derecho son bien distintas.

El apartado 1 del artículo 9 CE refleja también la naturaleza y posición que la Constitución tiene, en cuanto que la sujeción al Derecho es «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Lo que significa dos cosas, primero, que la Constitución es auténtico Derecho y, por ello, aplicable por todos los poderes públicos, incluidos los poderes jurisdiccionales y, segundo, que es la norma superior del ordenamiento jurídico, con la consiguiente supremacía sobre todas las demás normas que lo componen. Así lo dejó bien claro el Tribunal Constitucional (STC 80/1982, FJ 1): «Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor [...] Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma.»

El Estado de Derecho es así, como hoy sucede en todos los Estados con Constitución auténtica, un Estado «constitucional» de Derecho. De manera que la naturaleza jurídica y posición de la Constitución obliga a que todos los jueces y tribunales ordinarios la utilicen como canon normativo a la hora de controlar los actos públicos y privados en los procesos que hayan de resolver, además de interpretar de conformidad con ella las leyes y reglamentos (art. 5.1 LOPJ). Y que su condición de norma suprema del ordenamiento esté asegurada, frente a la ley, por el Tribunal Constitucional, que además establece su suprema interpretación, que vincula a todos los jueces y tribunales (arts. 5.1 LOPJ y 1 y 40.2 LOTC).

Ahora bien, como ya se apuntó más atrás, el tipo de vinculación con la Constitución, de los ciudadanos y de los poderes públicos, es distinto. Así lo explicará en Tribunal Constitucional en su STC 101/1983 (FJ 3) diciendo que lo dispuesto en el artículo 9.1 CE se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (arts. 30 y 32, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, es decir que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad con su total contenido, dado que también se respeta la Constitución en el supuesto extremo de que se pretenda su modificación por el cauce establecido en los artículos 166 y siguientes de la Norma Fundamental. Entendido así el acatamiento [...] constituye un deber inherente al cargo público, una condición, en el sentido de requisito, con independencia de que se exteriorice o no en un acto formal. (En el mismo sentido SSTC 122/1983, 18/1984, 53/1985, 119/1990, entre otras muchas).

Es cierto que esta doctrina sobre la vinculación negativa de los ciudadanos a la Constitución es extensible a su vinculación con la totalidad del ordenamiento (derivada, además, del principio de legalidad, que garantiza que los ciudadanos tienen libertad para actuar en todo lo que la ley no prohíbe). En cambio, esa misma doctrina, referida a la vinculación positiva de los poderes públicos a la Constitución, está, en la citada jurisprudencia constitucional, más dirigida a la noción de que la nuestra no es una «democracia militante» que al examen general acerca de la naturaleza de dicha vinculación. De ahí la necesidad de distinguir entre la vinculación de cada uno de los poderes públicos.

Los jueces y tribunales están vinculados a la Constitución en cuanto que tienen la obligación de preservarla en todos los procesos de que entienden. El poder ejecutivo y, en general, la administración pública, se encuentran vinculados positivamente a la Constitución y, según el principio de legalidad en su sentido material, como principio de normatividad, a todo el ordenamiento, pues sólo puede hacer aquello que la las normas les permiten y de acuerdo con los procedimientos en ellas establecidos. El legislador está vinculado únicamente a la Constitución (ya que, respecto de la ley, puede disponer de ella para elaborarla, modificarla o derogarla), pero en un sentido muy preciso, en cuanto que, de un lado, ha de «realizarla», es decir, desarrollar sus potencialidades a través de las leyes, de otro, ha de hacerlo con diferente intensidad según se trate de mandatos que la Constitución le impone o de habilitaciones que la

Constitución le ofrece y, por último, tiene un amplio margen de configuración legal precisamente para garantizar el pluralismo político, lo que no significa, por supuesto, que en esa capacidad carezca de límites, ya que sólo puede hacer aquello que la Constitución le permite.

Estas consideraciones obligan a diferenciar entre el valor de la Constitución, como norma de rango supralegal, que es el mismo para todos sus preceptos, y la eficacia jurídica de la Constitución, distinta para cada uno de sus preceptos según su objeto y estructura normativa. Dada la limitada extensión de la reflexión que se está realizando no es posible entrar en el detalle de la tipología de las normas constitucionales, pero sí, al menos, referirse al grado de eficacia de las mismas según se formulen como reglas, como principios o como valores.

En el caso de las reglas, si son completas, su eficacia es inmediata y directa, ya sean estas reglas estructurales o materiales. Si son incompletas (porque contengan remisiones al legislador para la adquisición de su plenitud aplicativa) no por ello carecerán de eficacia por sí mismas, lo único que sucederá es que esa eficacia será indirecta o interpretativa. Un caso especial lo constituyen las reglas materiales en materia de derechos fundamentales, que vinculan al legislador en cuanto al respeto por éste a su contenido esencial (art. 53.1 CE), dejando, en lo demás, un ámbito de discrecionalidad al legislador para su desarrollo (STC 11/1981, por todas), aunque desplegando, a falta de la ley, una eficacia directa, mínima pero imprescindible (la derivada de su contenido esencial) que vincula a todos los poderes públicos (STC. 15/1982). Lo mismo cabe decir de las reglas que enuncian garantías institucionales, aunque en este caso, el contenido indisponible para el legislador, la «imagen maestra» de la institución, es menor que el garantizado por los derechos fundamentales (SSTC 38/1983, 213/1988, 51/2004, entre otras) y por ello también es menor el ámbito de su eficacia directa en ausencia de legislación de desarrollo.

Cuando las reglas constitucionales enuncian mandatos al legislador o en general a los poderes públicos (así, por ejemplo, artículos 37.1, 43.2, 124.3 CE) su aplicabilidad está diferida, pero no por ello carecen de eficacia indirecta o interpretativa. En cambio, cuando lo que contienen son cláusulas de habilitación, que no mandatos (así, por ejemplo, artículos 30.3, 128.2, 131.1 CE), apoderan al legislador para actuar, pero no se lo imponen. Ahora bien, sin ese apoderamiento, el legislador no podría llevar a cabo esa actuación, en la medida en que ello supusiera limitaciones a la libertad de los ciudadanos.

Por lo que se refiere a los principios constitucionales, en términos generales reducen su eficacia a la indirecta o interpretativa, de manera que sólo adquirirían eficacia directa cuando el legislador los incorpora convirtiéndolos en

reglas. El ejemplo más patente es el de los principios rectores de la política social y económica previstos en el Capítulo 3.º del Título Primero CE. Dado lo que dispone el artículo 53.3 CE, su eficacia directa está diferida a su regulación por el legislador, pero no por ello carecen de eficacia indirecta, pues habrán de ser utilizados por los jueces y tribunales como criterios interpretativos en las materias a que se refieren. No obstante, en ausencia de regulación legal, tienen capacidad para desplegar eficacia directa, al menos frente al legislador, puesto que pueden servir de parámetro de la constitucionalidad utilizable por el Tribunal Constitucional (SSTC 19/1982, 45/1989, entre otras).

Por último, en cuanto a los valores constitucionalmente enunciados, en el caso de los valores materiales, mientras no se proyecten en la legislación, su eficacia sólo puede ser indirecta o interpretativa (en sentido contrario, STC 15/1985, y a favor, votos particulares emitidos en la misma), mientras que, si se trata de valores estructurales, sin perjuicio de su eficacia indirecta o interpretativa, es perfectamente defendible que, en ausencia de su concreción legal, su eficacia puede ser directa (así STC 32/1985, entre otras), porque como en realidad, más que valores son principios organizativos, tienen, como tales principios, capacidad de operar como parámetro de constitucionalidad para la resolución de un caso.

La vinculación de todos los poderes públicos a la Constitución origina una consecuencia para nuestro modelo de justicia constitucional que no puede desconocerse, pues en cuanto que la Constitución ha de ser aplicada por todos los jueces y tribunales y no sólo por el Tribunal Constitucional, ello supone la aceptación de una confluencia de las dos jurisdicciones, ordinaria y constitucional, en la tarea de aplicación-interpretación de la Constitución, que es lo que sucede, en general, en el actual modelo europeo de justicia constitucional al que el nuestro pertenece (muy alejado del originario kelseniano de separación neta entre una y otra jurisdicción).

De ese modo, la vinculación de los jueces y tribunales a la Constitución les faculta (más exactamente, les obliga) a controlar la constitucionalidad de los actos (públicos y privados) y de los reglamentos y, en todo caso, a interpretar las leyes y las normas infralegales de conformidad con los preceptos constitucionales. Lo único que no les está permitido es anular una ley por inconstitucional, que ello sólo corresponde al Tribunal Constitucional, de manera que, en caso de que en un proceso entendieran que la ley aplicable podría ser contraria a la Constitución, lo que pueden (y creo que deben) hacer es plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En definitiva, si por justicia constitucional hay que entender la tarea de aplicación judicial de la Constitución, esa justicia la ejercen tanto el Tribunal

Constitucional como la jurisdicción ordinaria. Un modelo, en cierto modo, difuso, con una salvedad: sólo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la ley (y disposiciones con fuerza de ley) y controlar los actos parlamentarios no materialmente administrativos. Por ello, no sólo los derechos fundamentales han de ser preservados por los jueces y tribunales ordinarios (art. 24.1 CE), sino la totalidad de la Constitución, eso sí, con la singular eficacia que cada precepto constitucional despliega y respetando los ámbitos materiales y formales cuyo control pertenece en exclusiva al Tribunal Constitucional.

Y en cuanto a la fuerza derogatoria de la Constitución frente al Derecho anterior a ella, la confluencia de las dos jurisdicciones es prácticamente plena, pues, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 4/1981 y 11/1981), la constatación de los efectos derogatorios de la Constitución pueden realizarla tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción constitucional, con la única diferencia de que la primera lo hará, como problema de inconstitucionalidad sobrevenida, con efectos generales, y la segunda, como problema de ineficacia, con efectos para el caso.

De todo lo dicho antes, lo que se desprende es que, por disposición del artículo 9.1 CE, toda la Constitución es Derecho, esto es, inmediatamente aplicable (unas veces con eficacia directa y otras con eficacia indirecta o interpretativa) desde su entrada en vigor, y además Derecho aplicable por encima de cualquier otra norma del ordenamiento (supralegalidad constitucional). No hay normas constitucionales que carezcan de esa cualidad y, en consecuencia, todas las que la Constitución contiene, sin excepción alguna, tienen garantizada su aplicabilidad por los órganos jurisdiccionales (ya sean el Tribunal Constitucional o los jueces y tribunales ordinarios). Esta pluralidad de intérpretes-aplicadores de la Constitución se reduce a unidad en cuanto que existe un órgano jurisdiccional supremo que tiene atribuida la interpretación-aplicación última y definitiva del ordenamiento constitucional: el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución (art. 1 LOTC9 y supremo intérprete de la constitucionalidad de la ley (art. 5.1. LOPJ y 40.2 LOTC), cuya doctrina vincula a todos los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

2.4 La validez universal del Estado de Derecho. En especial: Estado de Derecho y Unión Europea

La cultura jurídica del presente ha reconocido que el Estado de Derecho es un principio de validez universal, de manera que todos los países deben

acatar los contenidos sustanciales que de él se derivan, sin perjuicio de acomodarlos a las singularidades organizativas de sus estructuras políticas y jurídicas, que, sin embargo, nunca pueden desnaturalizar aquellos contenidos.

Esta convicción cultural ha recibido, además, el respaldo del Derecho internacional e incluso transnacional. Así, la validez universal del Estado de Derecho ha sido reconocida en numerosos instrumentos internacionales o transnacionales, entre otros, en el Acuerdo Mundial de Naciones Unidas de 2005, en el Acuerdo de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2015 sobre los Objetivos Mundiales de Desarrollo Sostenible, en el Tratado de la Unión Europea, en el Estatuto del Consejo de Europa, en la Organización de Estados Americanos (mediante la Carta Interamericana de la Democracia) y en el Acta Constitutiva de la Unión Africana. Y ha recibido el respaldo jurisdiccional de diversos tribunales de ámbito transnacional, entre ellos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pero, frente a la evidencia, teórica y formal de esta validez mundial, lo cierto es que, en la práctica, hay un buen número de países en los que el Estado de Derecho no existe, bien mediante su radical exclusión o bien a través de su desnaturalización o falseamiento. Más aún, cabe detectar, en los últimos tiempos, un retroceso de la vigencia completa del Estado de Derecho incluso en países con democracias que creíamos consolidadas. En suma, frente al panorama de hace varias décadas, en las que se abrió la esperanza de un avance global del Estado constitucional, democrático y social de Derecho, hoy asistimos a un innegable declive en su realización. Conjurar ese riesgo es, quizás, uno de los grandes problemas del presente y por ello es preciso reaccionar frente a los intentos (algunos, lamentablemente, logrados) de negación o de falseamiento que hoy se ciernen sobre el Estado de Derecho.

Ante ese panorama, al menos debe reconocerse que, para los Estados miembros de la Unión Europea, el Estado de Derecho se encuentra especialmente garantizado, en cuanto que el artículo 2 del vigente Tratado de la Unión lo recoge expresamente como seña de identidad constitucional, tanto de la propia Unión como de los Estados miembros, una identidad que, además, y como proyección del Estado de Derecho, incluye no sólo la imprescindible independencia judicial, sino también los principios democráticos y los derechos fundamentales). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea así lo ha confirmado reiteradamente en su doctrina.

El Estado de Derecho, en definitiva, no sólo lo tenemos garantizado en España por nuestra propia Constitución, sino por la «Constitución europea» (así cabe llamar a las normas fundamentales de la Unión).

Una vez formuladas las consideraciones que anteceden sobre el significado del Estado de Derecho procede ya entrar en la segunda y última parte de este trabajo, dedicada a la inserción en el Estado de Derecho del arbitraje privado.

3. LA VALIDEZ DEL ARBITRAJE PRIVADO EN EL ESTADO DE DERECHO. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1 **El arbitraje privado como alternativa a la solución jurisdiccional para resolver los conflictos entre particulares**

Aunque, con carácter general, el Estado de Derecho tiene, como uno de sus elementos estructurales, el de la existencia de un poder judicial independiente para la resolución de los conflictos entre los ciudadanos y los poderes públicos y entre los propios ciudadanos, ello no supone un obstáculo para que también existan instituciones no jurisdiccionales, como el arbitraje, a las que quepa, por libre acuerdo entre las partes, atribuir dicha resolución respecto de asuntos de Derecho privado. Ello sí, a condición de que dichas instituciones, en el desempeño de sus competencias, se atengan a los principios sustantivos del Estado de Derecho que en la parte anterior de este trabajo se señalaron. En tal sentido, el arbitraje privado no significa una negación de la jurisdicción, sino una alternativa a la misma.

La legitimidad del arbitraje privado en nuestro Estado constitucional y democrático de Derecho ya había sido proclamada por el TC en diversas resoluciones, así las SSTC 174/1995, 75/1996 y 176/1996, declarándose también que «la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo» (STC 1/2018, FJ 4).

Esa doctrina, pues, avala constitucionalmente la libre opción de los particulares, en uso de la autonomía de la voluntad, de no someter sus disputas jurídico-privadas a su solución por el poder jurisdiccional, sino a la decisión de un tercero ajeno a los tribunales de justicia. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se cumple, además, perfectamente, en tales casos mediante el derecho de impugnación ante los órganos judiciales del laudo arbitral, aunque eso sí, exclusivamente por motivos formales.

Pese a la claridad de esa doctrina, fue relativamente frecuente la anulación por la jurisdicción ordinaria de laudos arbitrales por motivos de fondo,

basándose en una posible contravención del «orden público» con apoyo en lo previsto en el artículo 41.1.f) de la Ley de arbitraje. Ese «activismo judicial» necesitaba, pues, de una respuesta del TC, ya que, como se advirtió en el ATC 231/1994, de 18 de julio (FJ 3) «la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiese ser objeto de revisión en cuanto al fondo».

Esa necesaria respuesta la dieron las SSTC 46/2020 y 17/2021, ya aludidas al comienzo de este trabajo (y otras más que les siguieron y que allí se citaron). Con ellas se puso coto, de manera tajante y correcta, a ese «activismo judicial» al que antes me he referido, y que cabría calificar incluso de «exceso de jurisdicción». Además, se aclararon algunos conceptos que, respecto del arbitraje privado, habían sido apuntados en SSTC anteriores, confirmándose, de modo definitivo, la validez del arbitraje en nuestro Estado de Derecho, no sólo en virtud del principio general de libertad, esto es, de la autonomía de las partes para someter sus discrepancias en Derecho privado a la resolución de un tercero ajeno al poder jurisdiccional, sino también a través de la proyección, inevitable, aunque delimitada, del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto sobre el desarrollo del arbitraje mismo y de su resolución mediante laudo, como de su control por la jurisdicción ordinaria. Al análisis, pues, de estas SSTC 46/2020 y 17/2021 se dedicará el resto del presente trabajo.

3.2 Las SSTC 46/2020 y 17/2021: arbitraje, derecho a la tutela judicial efectiva y concepto de «orden público»

3.2.1 LA STC 46/2020

Dictada en un recurso de amparo en el que se pedía la anulación de una sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por entender los recurrentes que dicha resolución judicial, anulando el laudo, había incurrido en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho a una resolución motivada no incurso en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente. Dicha vulneración se había producido, a juicio de los recurrentes, tanto por la negativa del órgano judicial al archivo del procedimiento solicitado por las partes, en virtud de que habían llegado a un acuerdo extrajudicial, como por la utilización abusiva, en la sentencia que se impugna, de la cláusula de «orden público» para fundamentar la anulación del laudo.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo y anuló aquella sentencia. Respecto del primer motivo del recurso, porque la decisión de «no dar virtualidad al acuerdo transaccional alcanzado por las partes [...] es cuanto menos, irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión [...] [puesto que] el proceso civil regulado por la Ley 1/2000, de 7 de enero [sobre control jurisdiccional del laudo] se inspira en el principio básico de disposición de las partes para regular sus intereses privados o, lo que es lo mismo, para iniciar la actividad jurisdiccional, determinar el objeto del proceso y ponerle fin en el momento que estimen conveniente, sin necesidad de esperar a la sentencia y siempre que la relación jurídica discutida responda a una naturaleza subjetiva-privada» (FJ 4).

Respecto del segundo motivo del recurso (encadenado al anterior), el del uso abusivo por la sentencia impugnada de la cláusula de «orden público» para no haber atendido la solicitud de archivo y haber llevado a cabo una revisión a fondo del laudo, el Tribunal Constitucional también entiende que ello supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Lo que sucede porque, incumpliendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la delimitación material del orden público, «el ensanchamiento del concepto de “orden público” que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia sólo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes en el proceso» (FJ 4).

Como puede observarse, tanto la decisión arbitral (el laudo) como su control jurisdiccional han de respetar el derecho a la tutela judicial efectiva. En el primer estadio, porque la voluntariedad del arbitraje está anudada a un procedimiento legal «razonable» respetuoso con los principios de imparcialidad y contradicción. En el segundo estadio, porque el control judicial de laudo no puede quebrantar el deber jurisdiccional de hacerlo mediante una motivación «razonable» y adecuada, sin que quepa eliminar el poder de disposición de las partes respecto del proceso, y menos aún, utilizar de manera abusiva el concepto de «orden público» para revisar el fondo del laudo arbitral.

De todos modos, sobre esto último, se extenderá más la siguiente STC que ahora se comentará.

3.2.2 LA STC 17/2021

Se trata de una STC que podría calificarse de modélica acerca del uso, pero también del abuso, del concepto de orden público como motivo de la revi-

sión jurisdiccional de fondo del laudo arbitral. Dictada en un recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de 8 de enero de 2018 que anuló un laudo arbitral por razones de fondo amparada en la cláusula del «orden público».

A juicio de los recurrentes, dicha anulación vulneró, por insuficiente motivación, el derecho a la tutela judicial efectiva al utilizar indebidamente la cláusula del «orden público» como elemento determinante de la decisión judicial.

El Tribunal Constitucional, en esta STC, otorgó el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, anuló la sentencia recurrida y realizó una serie de consideraciones de gran importancia sobre los límites al control jurisdiccional de los laudos.

Así, en primer lugar, y de modo general, en cuanto a la caracterización y funciones del arbitraje y de su control jurisdiccional, sentará una doctrina relevante y acertada, diciendo que:

«[...] que en la reciente STC 46/2020, FJ 4, a la que desde ahora nos remitimos, hemos señalado que la institución arbitral –tal como la configura la propia Ley de arbitraje– es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respecto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10.1 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción.

Igualmente recordamos que si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión de fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas –tampoco la relativa al orden público– pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación.

Ahora de nuevo, hemos de reiterar que la valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público, no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad del procedimiento del desarrollo del arbitraje.»

En segundo lugar, y en relación con el concepto de «orden público» y su proyección en el control jurisdiccional del laudo, aclarará (mismo FJ 2) que:

«[...] ha hemos dicho que “por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada” (SSTC 15/1987, de 11 de

febrero; 116/1988, de 20 de junio, y 54/1989, de 23 de febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público [...]. La acción de anulación, por consiguiente, solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución anterior firme.»

Como puede apreciarse, el anclaje del arbitraje en el Estado de Derecho es claro, tanto en cuanto a las garantías constitucionales que han de respetarse en el procedimiento arbitral y en su resolución, como en cuanto a los motivos de la posible anulación judicial del laudo. Lo que ya dijo el Tribunal en su STC 46/2020, acerca de la cláusula de «orden público» en relación con el control judicial del laudo se desarrollará aún más en este mismo FJ (el 2):

«También en [la] reciente STC 46/2020, advertimos de los riesgos de desbordamiento del concepto de orden público como causa de anulación de los laudos arbitrales [art. 41.1.f) LA] y de la necesidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva del mismo, so pena de vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE) y su renuncia puntual a la tutela jurisdiccional (art. 24 CE). Debe quedar, por tanto, firme la idea de que el motivo previsto en el apartado 1, letra f) del artículo 41 LA no permite sustituir el criterio alcanzado por el árbitro por parte de los jueces que conocen de la anulación del laudo, así como que la noción de orden público no puede ser tomada como un cajón de sastre o una puerta falsa —en palabras tomadas del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sentencia de 21 de mayo de 2013)— que permita el control de la decisión arbitral.

Dicho de otro modo, el posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del Derecho. Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en al laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público.»

La corrección de esta doctrina general se proyecta también sobre el contenido y límites de la motivación del laudo (una motivación exigida, sin duda, por el Estado de Derecho para cualquier resolución, judicial o arbitral). A ese

respecto son muy pertinentes las consideraciones que la STC contiene. De un lado, en su FJ 2:

«[...] respecto de la motivación de los laudos ha de aclararse que tan siquiera se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, pues el derecho a obtener una resolución fundada, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad y ello, en materia de arbitraje, implica que la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios [...] que fundamentan la decisión, que no deben ser arbitrarios.

[...] Aunque es obvio que, desde la perspectiva constitucional, la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es desde luego absoluta, ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control [pues] no cabe duda de que la operación de enjuiciamiento de la motivación de ambos tipos de resoluciones debe valerse de parecidos criterios, de modo que se puede afirmar que sólo a aquel laudo que sea irrazonable, arbitrario o haya incurrido en error patente podrá imputársele un defecto de motivación vulnerador del artículo 37.4 LA.»

Y también en su FJ 3:

«[...] conviene dejar sentado que el artículo 37.4 LA únicamente dispone que «el laudo será siempre motivado», pero no impone expresamente que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos, o motivar su preferencia de una prueba sobre otra. Las únicas precisiones legales sobre el contenido del laudo que se encuentran en la Ley de Arbitraje son negativas, en cuanto se refieren a las limitaciones que se imponen a la decisión arbitral, derivadas de lo establecido en el artículo 41.1 LA sobre los motivos de anulación del laudo, particularmente no resolver sobre cuestiones no sometidas a su decisión o no susceptibles de arbitraje, y no contrariar el orden público. Es decir, de la regulación legal tan solo se sigue que el laudo ha de contener la exposición de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que la motivación deba ser convincente o suficiente, o que deba extenderse necesariamente a determinados extremos. No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan solo que consten las razones de la decisión, sin que tampoco se obligue a que tales razones deban ser correctas, según el criterio del juez que ha de resolver la impugnación.

Para respaldar esta conclusión sobre la extensión del deber de motivación del laudo, basta considerar que, aunque, como hemos señalado anteriormente, ese deber de motivación de los laudos es un aspecto de pura determinación legal, y que no deriva del artículo 24.1 CE, quedaría fuera de toda lógica entender que esa escueta previsión legal [la del art. 37.4 de la LA, que únicamente dispone que «el laudo será motivado»] contiene un mandato más exigente que el que se impo-

ne a los órganos judiciales, en cuanto al deber de motivación de sus resoluciones, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en dicho precepto constitucional, en la medida que para la satisfacción de ese derecho no se les exige “un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener en la cuestión que se debate, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, la ‘ratio decidendi’, de manera que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial” (entre otras muchas, STC 3/2019, de 14 de enero, FJ 6).»

Sentada esa premisa sobre el sentido y contenido del deber de motivación del laudo, el Tribunal Constitucional (FJ 3) examinará si la sentencia anulatoria del mismo ha vulnerado o no el deber de motivación que, en cuanto resolución judicial, sí se desprende inmediatamente del artículo 24.1 CE.

«[...] debemos dilucidar ahora si la motivación dada por el órgano judicial para anular el laudo arbitral es conforme con nuestro canon de motivación “ex” artículo 24.1 CE. Dicho de otra manera, al igual que en otros supuestos semejantes, debe insistirse también ahora en que únicamente nos corresponde comprobar si la interpretación efectuada por las resoluciones impugnadas es o no respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes de amparo y, en particular, si esa interpretación revela un rigor o formalismo exagerado en relación con los fines que trata de preservar y el sacrificio que comporta y, en consecuencia, acaba por convertir en impracticable el arbitraje como modo heterónomo de resolución de conflictos, al que –recordemos de nuevo– es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido sustraer de la jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes.»

La conclusión es que sí se ha vulnerado en este caso el derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 3):

«A juicio de este tribunal, la decisión impugnada es, cuanto menos, irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE. En efecto, como ponen de manifiesto los demandantes de amparo y el fiscal, el órgano judicial al analizar el laudo concluye que los argumentos ofrecidos por el árbitro para imputarle al socio mayoritario una conducta abusiva son insuficientes por no haber ponderado toda la prueba practicada, especialmente, por no haber tenido en consideración los procesos judiciales preexistentes entre las partes, en los que se confirmó el derecho del socio al voto múltiple. Sin embargo, el laudo no niega en momento alguno tal derecho reforzado de participación, sino que afirma que se hizo un uso torticero del mismo, discrepando, definitiva [el órgano judicial]

de los motivos del árbitro para decidir como lo hizo. Del mismo modo, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no comparte la valoración de la prueba realizada por el árbitro, ni respecto a las previas decisiones judiciales relativas al derecho de voto reforzado, ni respecto a la falta de impugnación por los demandantes de amparo de aquellos acuerdos sociales que consideraban lesivos. Ahora bien, que no se obtengan las mismas conclusiones de la prueba practicada no significa otra cosa que la existencia de una mera discrepancia de pareceres entre el árbitro y el órgano judicial, pero en absoluto puede hablarse de una vulneración del deber de motivar el laudo o de una decisión irracional. De los autos queda acreditado con claridad que el árbitro practicó y valoró toda la prueba propuesta y extrajo determinadas consecuencias, lo que, como acertadamente recuerda el Ministerio Fiscal, pertenece a la exclusiva íntima convicción de quien debe acometer dicha labor, no pudiendo tacharse de insuficiente, ni irracional o ilógica. En definitiva, puede afirmarse con la sola lectura del laudo impugnado que en él se contiene una suficiente y lógica motivación, no apreciándose algún tipo de quiebra, incoherencia o contradicción.

En este contexto, este tribunal entiende que la decisión del órgano judicial de anular el laudo por insuficiente motivación (art. 37 LA), fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), conclusión que se refuerza además por el comportamiento de la Sala, que entró en el fondo del asunto sobrepasando los límites constitucionales del deber de motivación y congruencia. Con tal actuar la Sala en la sentencia de 8 de enero de 2018, ahora recurrida, ha anulado un laudo arbitral que, sin reproche formal alguno, entiende sin embargo que es contrario al orden público por no haber extraído determinadas consecuencias jurídicas de la prueba practicada.

[...] Como puede apreciarse, en el razonamiento de la sentencia impugnada tan solo se observa su discrepancia con la valoración jurídica que el árbitro ha realizado y, por ello, una vez más, habrá de recordarse que la anulación solo puede referirse a errores “in procedendo”, y no puede conducir a revisar la aplicación del Derecho sustantivo por los árbitros, es decir, que las resoluciones arbitrales sólo son susceptibles de anulación en función de la inobservancia de las garantías de la instancia arbitral. Igualmente hemos de reiterar que resulta vulnerador del artículo 24 CE, por manifiesta irrazonabilidad, extender la noción de orden público como motivo de anulación del laudo, más allá de los límites definidos por los derechos fundamentales, así como que le está vedado al órgano judicial revisar la prueba realizada motivadamente por el árbitro, porque a través de esta revisión probatoria o que se está operando es una auténtica mutación de la acción de anulación, que es un remedio extremo y excepcional que no puede fundarse en infracciones puramente formales, sino que debe servir únicamente para remediar situaciones de indefensión efectiva y real o vulneraciones de derechos fundamentales o salvaguardar el orden público español, lo que excluye que las infracciones de procedimiento, sin afectación material de los derechos o situaciones jurídicas de las partes, puedan servir de excusa para lograr la anulación de laudos. [Las negritas son nuestras].»

3.2.3 CONCLUSIONES: LA FUNCIÓN NUCLEAR DEL ARTÍCULO 24 CE EN EL ARBITRAJE PRIVADO

Creo que se trata de dos SSTC excelentes, por su pulcritud y acierto, que se integran en el grupo de las mejores que el Tribunal Constitucional ha dictado. En ellas se puso coto a los excesos de activismo de la jurisdicción ordinaria en el control judicial de los laudos, que venían a desfigurar la institución del arbitraje provocando el riesgo de su inutilidad. Pero también se perfiló muy acertadamente el significado del arbitraje privado, su función y sus capacidades, así como la naturaleza misma de los laudos y, por supuesto, el cometido y límites del control jurisdiccional sobre ellos. Todo eso encajado correctamente en los principios y reglas de nuestro Estado constitucional de Derecho.

Y aunque se diferencia bien lo que cabe exigir al desarrollo del procedimiento arbitral y a los laudos de acuerdo con la Ley de Arbitraje y lo que cabe exigir a su control judicial de acuerdo con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no por ello cabe derivar de estas SSTC que la Ley de Arbitraje tenga absoluta libertad para regular el procedimiento y resolución arbitral, puesto que en ese ámbito, como en el jurisdiccional, se imponen unos principios comunes que, obviamente, derivan del Estado de Derecho como son, entre otros, *el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba*, y el derecho a que la resolución del conflicto tenga una motivación *racional y congruente* y que no *infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución anterior firme* (en palabras repetidas en dichas SSTC). En consecuencia, cabe deducir de estas SSTC que tales condiciones han de estar aseguradas por el legislador del arbitraje.

Es cierto que lo más inmediatamente relevante de estas SSTC es que aclaran, de modo muy terminante, los límites de la potestad jurisdiccional para la anulación de los laudos, poniendo coto a unas repetidas actuaciones de los órganos judiciales que, de manera indebida, habían excedido sus competencias en esa función de control. Y a este respecto resulta muy importante la delimitación que el Tribunal Constitucional efectúa de la noción de orden público y de su aplicación al control judicial de los laudos, justamente para evitar que el uso desorbitado de ella prive al arbitraje de su genuina significación, fundada en el principio de la autonomía de la voluntad garantizada en el artículo 10.1 CE.

Pero también es cierto que no menos relevante, mediatamente, es la doctrina general sobre el arbitraje que en estas SSTC se contiene, matizando incluso la caracterización del mismo como «equivalente jurisdiccional». Esa caracterización, que el propio Tribunal Constitucional había acogido en anteriores SSTC y que ahora no renuncia a ella, queda mejor entendida, sobre todo

en la STC 17/2021, en la que se aclara, de un lado, que la función arbitral es bien distinta de la función jurisdiccional, y que por ello tiene unas características y condiciones propias, pero, de otro lado, que, sin perjuicio de esa distinción, ambas funciones tienen elementos comunes que se derivan de unas exigencias mínimas que el Estado de Derecho impone a toda resolución institucionalizada de los conflictos entre particulares.

Estas últimas consideraciones podrían conducir, incluso, a dar un paso más en el encuadre constitucional del arbitraje, un paso que las SSTC apuntan implícitamente pero que no concretan expresamente quizás porque era innecesario para resolver los problemas específicos planteados en los amparos que resolvieron. Me refiero al papel nuclear que en los arbitrajes ha de desempeñar el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24 CE. Las SSTC que se comentan (y las sucesivas SSTC 55/2021, 65/2021 y 50/2022, que aplican la doctrina sentada en aquéllas) circunscriben la proyección del derecho fundamental del artículo 24 CE a la revisión judicial del laudo, pero no asientan en él, sino en la propia Ley Arbitral, las exigencias de motivación y las demás condiciones que ha de revestir el procedimiento arbitral.

Sin embargo, a mi entender, si bien la legitimidad constitucional del arbitraje privado se asienta en el principio general de libertad que deriva del artículo 10.1 CE, el desarrollo del procedimiento arbitral (y no sólo el de su revisión judicial) también cabría extraerlo del artículo 24 CE, que el legislador del arbitraje debería respetar. Más atrás ya señalé que la exigencia de que en el procedimiento arbitral se garanticen, como el Tribunal Constitucional (en estas SSTC) recuerda, la «imparcialidad» del árbitro, el «derecho de defensa», la «igualdad entre las partes», la «bilateralidad», el «principio de contradicción» y el «derecho a la prueba», son condiciones que cabe extraer, en abstracto, de las reglas del Estado de Derecho. Ahora añado que, de manera más concreta, puede sostenerse que también se derivan de la regla central del Estado de Derecho: la tutela judicial efectiva.

A mi juicio, ese derecho fundamental, aunque dirigido principalmente y directamente a la actividad jurisdiccional, también debe proyectarse sobre todos los procedimientos institucionalizados (por legalmente regulados) de resolución de conflictos entre los particulares y, por ello, sobre el arbitraje. De ahí que, en la configuración legal del arbitraje privado, puesto que el legislador, en todas las materias, no puede estar ajeno a los principios del Estado de Derecho, aquellas condiciones antes aludidas habrían de respetarse, no sólo como principios derivados en abstracto del Estado de Derecho, sino como principios derivados, concretamente, de una de sus reglas sustanciales, la del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De manera que, aparte de que el dere-

cho del artículo 24 CE sea de obligatoria observancia en el proceso judicial de revisión de los laudos, también habría de serlo (en sus dimensiones básicas) en el procedimiento y resolución arbitral.

En consecuencia, las partes pueden acudir voluntariamente al arbitraje, en lugar de a la jurisdicción, pero si, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, optan por aquél, esa opción es constitucionalmente legítima no sólo por basarse en el principio general de libertad del artículo 10.1 CE, sino también porque, en el procedimiento arbitral (insisto, regulado por la ley) las partes han de gozar de las garantías básicas que configuran el derecho del artículo 24 CE. Es cierto que, de manera implícita, ello parece apuntarse en las SSTC que se han comentado, al reconocerse en ellas que los principios del procedimiento arbitral, incluida la motivación de los laudos, son «similares» a los que se exigen para los procesos y resoluciones judiciales. Pero quizás cabría, como antes he señalado, sostener también, de modo expreso, que tales exigencias para el procedimiento y resolución arbitral, aparte de derivarse de la Ley reguladora de los arbitrajes, también se deducen del derecho a la tutela judicial efectiva, si tal derecho se reconoce como la regla básica de toda resolución institucionalizada (legalmente regulada) de conflictos, y no sólo de los conflictos resolubles por la jurisdicción.

En definitiva, aparte de que el control judicial de los laudos ha de someterse a las exigencias que el derecho fundamental del artículo 24 CE impone, cabe sostener también que el arbitraje privado, y por ello su regulación legal, que ha de ser conforme con el Estado de Derecho, ha de respetar las reglas básicas que se derivan de ese mismo precepto constitucional: el derecho de defensa, la bilateralidad e igualdad entre las partes, el principio de contradicción y el derecho a la prueba y a obtener una resolución motivada y no incurso en indefensión, error patente, irrazonabilidad o arbitrariedad. Lo primero, como antes he repetido, está perfectamente expresado y razonado en las SSTC que he comentado. Lo segundo puede desprenderse también de ellas, si correctamente se las interpreta. Creo, por todo ello, como también he dicho más atrás y no me importa repetir, que se trata de dos grandes sentencias del Tribunal Constitucional, sin duda alguna.

LA APLICACIÓN DE LA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC (Y EN EL FUNDAMENTO DOCTRINAL DE LOS AMPAROS DE LOS EREs)

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

Catedrático de Derecho Constitucional, eurodiputado socialista, Portavoz
socialista de Asuntos Constitucionales en el Parlamento Europeo

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho fundamental a la legalidad penal. 3. La construcción doctrinal de la reserva de Ley penal en la jurisprudencia del TC. 4. El «*Código Penal de la Democracia*»: la concreción legislativa del *ius puniendi* del Estado. 5. Los principios operativos de la reserva constitucional de Ley en materia penal. 6. Un excursus sobre las SSTC de amparo en los casos EREs.

I. INTRODUCCIÓN

Los profesores de Derecho solemos explicar la historia del TC y de su jurisprudencia seccionando sus más de 40 años de servicio a la supremacía normativa de la Constitución en capítulos que explican su despliegue. Al menos durante sus primeros diez años –habitualmente recordada como su etapa áurea, tanto por el carácter innovador de su doctrina como, por la autoridad y calidad de sus primeros miembros–, buena parte de sus fallos consistieron en la elaboración de los múltiples alcances del artículo 24 CE, expandiendo ampliamente los contenidos normativos del derecho fundamental a la tutela judicial y del derecho a un juicio justo con todas las garantías con prohibición de

indefensión. Tan imponente ensanchamiento del radio del TC en la determinación del «contenido esencial» y alcance de los derechos fundamentales del artículo 24 CE fue acometido aquellos años con la declarada intención de vincular así, con su doctrina irradiadora de nuevos derechos capilares, a los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial.

En una fase posterior, el éxito de esta estrategia devino en una criticada «hipertrofia del amparo», por la que el TC dedicaba la mayor parte de sus fuerzas y recursos personales y materiales a reparar violaciones de derechos fundamentales perpetradas en el curso de un proceso judicial previo que, conforme a la CE (art. 53.2 CE) y a la LOTC (art. 44), pudieron e incluso debieron haber sido evitadas con anterioridad por la Justicia ordinaria (en lo que, durante años, la doctrina refirió como el «amparo ordinario» de los derechos fundamentales, en modo que, sólo agotada la vía judicial previa, en un procedimiento «preferente y sumario», cabía acceder al recurso «subsidiario» de amparo constitucional).

Por ello, una tercera fase arrancó con la LO 6/2007, que reforzó la «dimensión objetiva» («objetivación») del amparo, introduciendo el filtro de la «especial trascendencia constitucional» (para la interpretación de la Constitución, su general eficacia, o la delimitación del contenido y alcance de los derechos fundamentales), que deberá acreditarse para la admisión a trámite de su demanda (art. 50 LOTC). A partir de esta modificación, los recursos de amparo no han versado tan preponderantemente sobre la ramificación de las garantías procesales del artículo 24 CE como sobre otros derechos de carácter sustantivo a debatir en el proceso.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD PENAL

Es el caso, entre otros, del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25 CE). Su interpretación por el TC (desde sus tempranas SSTC 25/84, 140/86, y 137 y 159/87) ha fijado sus conceptos en conexión con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE: conforme a esta elaboración, toda condena penal requiere, en efecto, *Lex Certa, Scripta, Praevia*, de modo que, cualquier fallo que conculque los perímetros de lo racionalmente descrito como conducta prohibida y castigada por la Ley (que, por «desarrollar» un derecho fundamental, debe además revestir carácter orgánico, art. 81.1 CE), viola la Constitución. El primer precipitado de esta jurisprudencia constitucional reside, pues, en la garantía de reserva constitucional de Ley en materia penal (art. 25 CE), especificación del principio de legalidad y, con mayor al-

cance, del de juridicidad en cuanto atenuamiento al «imperio de la Ley» y al pleno «sometimiento a la Ley y al Derecho» (arst. 9.3, 103 y 117 CE).

La predecibilidad de la Ley Penal es, pues, singularmente exigente, toda vez que no cabe ni aplicación retroactiva de ninguna sanción desfavorable a la persona enjuiciada (siendo, *sensu contrario*, obligada la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable), ni cabe tampoco analogía *in malam partem*, excluyéndose, por tanto, cualquier lectura extensiva de un precepto penal que sustente una condena (STC 81/95).

A partir de este principio, la base jurídica de su juego internormativo –Ley Fundamental y leyes– y diálogo interjudicial –TC y ordinarios– la asienta meridianamente la propia naturaleza del TC (Título IX CE, arts. 159 a 165, y LOTC, arts. 1 a 4) como órgano constitucional revestido del monopolio jurisdiccional de control (y de eventual rechazo) de las normas que disfrutaban de «*fuera de ley* (art. 28 LOTC), *rango de ley* (art. 35 LOTC), o *valor de ley* (art. 42 LOTC)», expresiones todas ellas incrustadas en la redacción de la LOTC, LO 2/79 de 1 de octubre, y sus sucesivas reformas. Se complementa esta base en el Título VI CE («Del Poder Judicial»), con la cláusula que describe la función del TS (art. 123 CE) como «órgano superior en todos los órdenes jurisdiccionales excepto en materia de garantías constitucionales». Porque de lo que se trata es, efectivamente, de asegurar la supremacía de la Constitución (su jerarquía formal y su primacía material, *ex* arts. 1, 2, 9, 53, 159 a 165, 166 a 168, Disposición Derogatoria y Disposición Final CE) sobre la interpretación que de las leyes y normas con fuerza, rango y valor de Ley, hagan, en el ejercicio de sus competencias y por los procedimientos ordenados por las leyes, los Juzgados y Tribunales de la Justicia ordinaria (art. 5.1 LOPJ).

III. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL DE LA RESERVA DE LEY PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC

La afirmación de estos axiomas experimentó, no obstante, su claridad en el actual *status quaestionis*, un decurso complejo, no exento de vicisitudes, en el que se combinaron aportaciones doctrinales y la decantación de la jurisprudencia constitucional en la interpretación del alcance de la legalidad penal y de la consiguiente reserva constitucional de ley en materia penal. Para empezar, la reserva de ley requirió elaboración conforme al principio democrático (art. 1.2 CE), por el que todos los poderes del Estado constitucional («Estado social y democrático de Derecho», art. 1.1 CE) emanan de la soberanía nacional que reside en el pueblo español. De modo que, por mediación del principio democrá-

tico, se entiende el especial y preeminente significado de la Ley democrática legitimada por la representación de la voluntad popular en el Estado constitucional.

A partir de ahí, el siguiente paso consistió en residenciar el *ius puniendi* del Estado en la legislación estatal, resistente por lo tanto a lo que la doctrina explicó como «deconstrucción de la ley» en nuestro sistema de fuentes (la plurificación de formas normativas revestidas con fuerza, rango o valor de ley, tanto en el Estado central como en las CC.AA y en la integración de España en las CCEE, luego UE, dentro de un ordenamiento supranacional que dispone de fuentes propias caracterizadas por su primacía y eficacia directa sobre el Derecho interno). La clave de ese monopolio estatal del *ius puniendi* reside tanto la distribución constitucional de competencias (art. 149.1.6, legislación penal, entre otras, competencia exclusiva del Estado) como en la conexión entre los derechos a la legalidad penal (art. 25 CE) y a la libertad personal (art. 17.1 CE), derechos fundamentales cuyo desarrollo exige legislación orgánica (por definición reservada exclusivamente al legislador estatal, art. 81 CE).

Las cuestiones a dilucidar no eran menores. Partiendo de la necesidad de precisar la localización de la reserva de ley en materia penal en el sistema de fuentes constitucionalizado, se trataba no ya sólo de concretar el asiento y alcance de esa reserva en la pluralidad compleja de formas normativas revestidas de «fuerza», «rango» o «valor» de ley, sino de conectar esa reserva de ley con las garantías normativas de los derechos fundamentales mediante las modulaciones del poder legislativo (arts. 9, 53, 149.1.1, 149.1.5, 149.1.6, 149.1.8 CE). Anudando de inmediato la problemática delineación de reservas «absolutas» frente a las «relativas» (descartando las llamadas «normas penales en blanco» respecto del posible concurso de normas reglamentarias para completar el régimen jurídico del ejercicio de los derechos y de las potestades de las Administraciones públicas.

La reserva de ley penal reviste, a partir de ahí, un carácter formal (ley como presupuesto de la acción punitiva del Estado) y un carácter material (conexo al valor de la seguridad jurídica, como tipificación precisa de conductas reprobadas y de predeterminación y previsibilidad de sus penas (STC 127/90). Es ahí donde se manifiestan las exigencias constitucionales de la ley penal: la preexistencia de la ley (*Lex praevia*); el carácter de la ley (*Lex scripta*); y el contenido necesario (*Lex certa*). Cualquier remisión a una norma infralegal requiere también sus requisitos estrictos: a) reenvío previo, expreso y justificado en función de la naturaleza del bien jurídico protegido, b) que sea la ley la que, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición de acuerdo con los principios de certeza y concreción (STC 122/87).

Como se colige, el principio de legalidad adquiere en materia penal una dimensión particularmente estricta, que impide toda remisión a una «regulación independiente y no claramente subordinada a la ley» (STC 83/84). No en vano el artículo 25.2 CE se ocupa de prohibir expresamente sanciones administrativas que impliquen privación de libertad. Y esa dimensión restrictiva proyecta toda su exigencia sobre las normas posconstitucionales (modulando, por lo tanto, tal *standard* garantista sobre normas preconstitucionales y sanciones impuestas en ámbitos corporativos sujetos a normativas preconstitucionales). Asimismo, operan en este ámbito los principios hermenéuticos e integradores de las normas emanadas de Convenios internacionales de protección de derechos (art. 10.2 CE) y las especialidades del Derecho penal y procesal militar (LLOO 12/85 y 13/89).

IV. EL CÓDIGO PENAL «DE LA DEMOCRACIA»: LA CONCRECIÓN LEGISLATIVA DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO

Naturalmente, esta doctrina se proyecta en una fase decisiva del desarrollo constitucional: la que alumbró la elaboración y aprobación del llamado «Código Penal de la Democracia», LO 10/95, de 23 de noviembre (muchas veces reformado), que fue pretenciosamente explicado como una virtual «Constitución negativa».

La idea tras esta expresión gráfica (mucho más que descriptiva) es la de que la propia Constitución —como Ley Fundamental del Estado (Disposición Final CE)— se proyecta sobre la totalidad de la normativa penal mediante su prefiguración de las estructuras orgánicas y procedimentales para la realización del *ius puniendi* del Estado. En efecto, por un lado, predetermina, en el marco de un Estado profundamente descentralizado en sus competencias legislativas, en qué nivel de poder político se residencia exclusivamente la potestad de innovar el ordenamiento sustantivo en materia penal (arts. 81,1 y 149.1.6 CE); por otro, la Constitución encuadra la acción penal y su ejercicio procesal (arts. 24, 124, 125 y 149.1.6).

La Constitución es, quizá antes que ninguna otra cosa, Norma Suprema institutiva de un nuevo sistema de fuentes, lo que repercute en la comprensión y en el trabajo mismo del legislador penal. Pero la Constitución es también el asiento (*locus*) para la identificación de los más relevantes bienes jurídicos, requeridos por ende de protección penal. Es el caso del sistema de derechos y libertades, pero también de los poderes públicos y de las administraciones públicas por las que actúa el Estado. En anteriores escritos he explicado cómo,

a la luz del contexto histórico y político en que se alumbró el Código Penal (1993/1996), el legislador penal confiere un notable sobrepeso a las administraciones públicas como ámbito preferencial de comisión de delitos, señalando a los funcionarios públicos en todas las variantes hipotéticas de los distintos tipos de delitos (y faltas, en aquella primera redacción) contemplados en su sistemática.

Pero la Constitución es también, sobre todo, el indisponible marco en que se desenvuelven las opciones de las que dispone legítimamente el legislador democrático. Como Ley Fundamental establece, sí, un abanico de opciones, abiertas relativa pero permanentemente al cambio democráticamente dirimido en las urnas. Sus concreciones pueden evolucionar, pues, en un sentido regresivo («hacia atrás») o progresista («hacia adelante»), según las decisiones y designios de cada mayoría legislativa.

El Código Penal no es, pues, inmune ni indiferente a la propia dimensión proyectiva de la Constitución como una norma abierta al cambio, social y político, e incluso, jurídicamente, abierta a su propio cambio (Título X CE). Pero ello no disminuye –al contrario, la refuerza– la tarea del constitucionalismo a la hora de explicar el perímetro y los límites del margen de maniobra del legislador penal. El transcurso del tiempo históricamente vivido en la democracia española bajo la Constitución de 1978, Legislatura tras Legislatura, ha dado oportunidad para desplegar este espectro de posibilidades en cada uno de los planos que acaban de sugerirse.

a) Así, en primer lugar, en la reconstrucción del sistema de fuentes del Derecho, y en sus acepciones específicas sobre la materia penal (lo que incluye el tratamiento de las instituciones de la acusación penal y del procedimiento penal);

b) En segundo lugar, la doctrina constitucional se ha ocupado, acumulativamente, de desbrozar el impacto de la doctrina del Estado constitucional de Derecho sobre los principios de legalidad y de juridicidad, con especial detenimiento en la reserva de ley penal y en el derecho subjetivo al rango de la norma penal (esto es, en la construcción del derecho fundamental a la legalidad penal);

c) El derecho fundamental a la legalidad penal (*Nullum Crimine, nulla poena sine Lege*) reviste variante forma y variante material en conexión con el alcance de la reserva de Ley orgánica en materia penal (arts. 17, 25 y 81 CE). Pero asimismo la legalidad penal ha de entenderse conexa a principios constitucionales (arts. 9, 15, 25 y 149.1.1 y 149.1.6 CE).

Es en estas coordenadas que es posible comprender el impacto del Código Penal sobre el «desarrollo» de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución confía a la Ley Orgánica (art. 81.1 CE), junto a las modalidades de incidencia de la legalidad penal sobre el régimen de ejercicio (y legítimo disfrute) de los derechos fundamentales y libertades públicas (lo que incluye el tratamiento del derecho fundamental como bien jurídico «afectado» por la pena, como es el caso de la libertad personal, del derecho de sufragio o del acceso a cargos públicos; el derecho fundamental como bien jurídico «protegido» por la norma penal, como es el caso de los derechos de la vida, la integridad personal, la libertad sexual, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio o el honor personal y familiar); y la tipificación del delito de «abuso» o «exceso» en un pretendido (e ilegítimo) ejercicio de un derecho fundamental (caso de las injurias y calumnias, la reunión ilícita o la asociación ilícita), supuesto al que se refiere el artículo 54 de la *Carta de Derechos Fundamentales* de la UE/CDFUE.

Pero además de ello, como se ha anticipado, el Código Penal «de la Democracia» se detiene particularmente en la consideración penal de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la actividad de los poderes públicos, las administraciones públicas y los funcionarios públicos, alcanzando así a todos los sujetos que, ya sea por ministerio de la ley, ya sea por elección directa o indirecta, ya sea por designación de quien tuviere competencia para ello, participe del ejercicio de potestades o de autoridad de naturaleza pública (art. 24 CP). Baste pensar, a estos efectos, en los Títulos XIX («Delitos contra la Administración Pública»), XX («contra la Administración de Justicia») y XXI CP («contra la Constitución»). Este punto se ensancha con un tratamiento detallado de los «atentados contra la Administración, poderes públicos e instituciones del Estado»), delitos de «abuso» o «exceso» de los poderes públicos (prevaricación de funcionario público, cohecho en sus distintas modalidades, tráfico de influencias, malversación, enriquecimiento ilícito, delitos contra la Administración de Justicia, conductas discriminatorias o en violación de garantías, descubrimiento y revelación de secretos bajo deber de custodia...).

Es útil, además de oportuno, subrayar en este punto la proyección de la Constitución sobre las perspectivas de cambio de la Ley penal por medio de la Ley Orgánica. Suele asumirse que acaso la más relevante (y turbadora) consecuencia de la inserción de esta modalidad de actuación del legislador estatal a la hora de adoptar disposiciones con rango de Ley formal estribaría en una relativa «rigidificación» o «petrificación» (STC 5/81). De ahí que haya cobrado importancia —creciente, en el curso de los años— la debatida cuestión de la

determinación de las circunstancias y causas extintivas de la responsabilidad penal (así como, incidentalmente, la complementación de la normativa penal estatal por el legislador autonómico (con el consiguiente debate sobre la pervivencia de la «norma penal en blanco»). Alude esta sugerencia al debate doctrinal sobre las debatidas «leyes de punto final» y de amnistía decididas, en su caso, por el legislador penal para conmutar o extinguir responsabilidades penales contraídas de conformidad con las normas imperantes en el momento de producirse los hechos de que traen causa los delitos.

El punto de apoyo para una comprensión actualizada de esta problemática lo presta la constitucionalización de la «prerrogativa de gracia» (arts.62.i, 87.3 y 102.2 CE) y la diferencia conceptual que media entre la prohibición de «indultos generales» (arts. 62.i CE) y la institución de la amnistía disponible para el legislador penal en cuanto modalidad específica de legislación «singular» (SSTC 111/83, 166/86, 6/91, entre otras) en orden a subvenir a la pacificación de un conflicto político o social que haya sido trasladado al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y cuya constitucionalidad pende, tal y como corroboran nuestra experiencia y el Derecho comparado, de su conjugación con los principios de seguridad jurídica, proscripción de la arbitrariedad e igualdad ante la ley (arts. 9.3 y 14 CE).

V. LOS PRINCIPIOS OPERATIVOS DE LA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEY EN MATERIA PENAL

De la reserva de ley orgánica dispuesta, generalmente, en el artículo 81 CE se desprende no tan sólo una «reserva parlamentaria» en favor de las Cortes Generales sino un mandato de refuerzo de voluntad mayoritaria (mayoría absoluta en su votación definitiva en el Congreso) en la adopción de normas en materias tasadas por la Constitución (SSTC 76/83 y 25/84). En el transcurso del tiempo, la jurisprudencia constitucional nunca cerró enteramente la puerta al concurso normativo de otras normas integradoras del alcance de las normas penales y sancionadoras fijadas por la Ley estatal. Pero de todo este proceso de elaboración jurisprudencial resultan, sí, algunas líneas firmes, cuya síntesis sumaria puede exponerse como sigue:

1) En materia penal, sancionadora y restrictiva de derechos y ámbitos de libertad, la ley estatal es la única fuente del Derecho legitimada para establecer la perseguibilidad de determinadas conductas y para establecer contra ellas penas y sanciones, conforme a las exigencias de los principios democrático y de

seguridad jurídica, en garantía de derechos de ciudadanía frente al Estado y del principio penal de prevención general (SSTC 15/86 y 42/86).

2) La Ley formal estatal debe además delimitar concreta y exhaustivamente la conducta punible y la pena con la que se la conmina (SSTC 122/87, 133/87 y 159/87). 3) En materia penal, cualificado por la gravedad e intensidad de la sanción, operan principios cualificados del garantismo jurídico: a) prohibición de analogía; b) limitación estricta de toda interpretación extensiva de la norma contra el reo; c) prohibición de toda eficacia retroactiva de una norma contra el reo; d) proporcionalidad de la pena; e) prohibición de toda pena o trato objetivamente inhumano y degradante; f) exclusión de confluencia de sanción penal y administrativa para un mismo hecho (SSTC 65/86 y 131/86).

3) Con su elaboración doctrinal acerca del carácter «absoluto» o «relativo» de la reserva de ley, el TC ha refinado en el curso de sus trabajos el concepto de «legislación» del artículo 25.1 CE, en particular en lo que toca a la idea de «afectar» derechos fundamentales (efecto prohibido al Decreto Ley, art. 86.1 CE) respecto a la de «desarrollarlos» (reserva absoluta de ley orgánica, art. 81.1 CE) (STC 140/86). Lo que equivale a perfilar los ámbitos normativos recíprocamente excluyentes de los arts. 81 y 86 CE, incluyendo las medidas restrictivas de derechos que se ciernen sobre su carácter fundamental frente a aquellas que limitan derechos no considerados como fundamentales. Así, requieren ley orgánica aquellas que prohíben conductas calificándolas como delito y establecen para ellas penas criminales, quedando excluidas para esta materia otras fuentes revestidas de fuerza, rango o valor de ley (Decretos leyes y Decretos legislativos, leyes autonómicas), así como normas reglamentarias.

4) Un ulterior desarrollo de esta elaboración corresponde a la construcción supranacional de un (expansivo) *Espacio de Libertad, Justicia y Seguridad* (ELSJ, Título V TFUE, arts. 67 a 89), uno de cuyos avances es una legislación penal europea (art. 83 TFUE) contra diversas formas de criminalidad transfronteriza y grave, y una legislación procesal europea (arts. 81 y 82 TFUE), junto a la cooperación judicial europea (basada en la «confianza mutua» y en el «reconocimiento mutuo» de resoluciones judiciales adoptadas por los Poderes Judiciales de los EEMM). Es inevitable concluir que la ascendencia del Parlamento Europeo (en «pie de igualdad» con el Consejo) como legislador penal europeo, ha reconfigurado, en sus contenidos y alcances, el correcto entendimiento del principio de legalidad penal, del derecho fundamental a la legalidad penal y de la reserva constitucional de ley en materia penal, un proceso del que es especialmente ilustrativo, por todos, el *caso Melloni* (2013).

VI. UN EXCURSO SOBRE LAS SSTC DE AMPARO DE LOS CASOS EREs

Y, claro está, viene todo esto especialmente a cuento ante la afluencia de comentarios –de exégesis o de críticas– que ha suscitado la secuencia de las sentencias de amparo dictadas por el TC (con votos particulares) en los llamados *casos de los EREs de la Comunidad Autónoma de Andalucía*.

El fundamento de sus fallos descansa en la violación de la legalidad penal supuesta en los fallos judiciales previos –condenatorios– que obraron una lectura extensiva de los tipos de prevaricación para cubrir con ellos varios *actos de gobierno* (de naturaleza constitucional, no «administrativos», y por lo tanto, no enjuiciables por la jurisdicción penal) y decisiones políticas cubiertas por normas de rango de Ley (la iniciativa de elaboración e impulso de los sucesivos Proyectos de Ley anual de Presupuestos de la CA de Andalucía y, tras su correspondiente debate, enmienda y aprobación por el Parlamento Andalúz, su conversión en sucesivas Leyes de Presupuestos de la CA de Andalucía) que, bajo su reserva constitucional de rechazo, resultaban enjuiciables solo por el TC, por situarse extramuros de la jurisdicción ordinaria.

Pero, junto a este primer aserto respira aún otro punto, no menos desafiante para la reflexión del constitucionalismo entendido como compromiso civil (e intelectual, para el jurista) con los exigentes principios de nuestra Ley Fundamental, entre los que sobresale el *valor superior* de la Justicia (art. 1.1 CE).

Porque, más allá de los amparos frente a las violaciones del derecho a la legalidad penal (derecho fundamental, art. 25 CE), la doctrina así asentada por el TC –con una detenida lectura de la función constitucional de gobierno y de los actos que la integran en la elaboración e impulso de anteproyectos de Ley, extravasando el perímetro de su calificación como meros «actos administrativos»– pone además los cimientos para la refutación de una narrativa mendaz que, a la luz de los fundamentos jurídicos de cada una de las decisiones adoptadas por la mayoría decisiva del TC, procede desmontar desde ahora, punto por punto, y sin demora: entre ellas, y no menor entidad, la de que se habría producido un «fraude de 680 millones de euros» (en el curso de diez años, entre 2001 y 2010).

No hubo, en ninguno de los años de la entera década infamada por la investigación parlamentaria y judicial de los llamados «casos EREs» en la CA de Andalucía, una desviación sistémica de semejante cantidad. En su inmensa mayoría, esos montantes totales fueron administrados conforme a la Ley y al Derecho para la finalidad con la que fueron aprobados por el Parlamento Andalúz, siendo solo adicionales, a los efectos del esclarecimiento de la verdad

material, los argumentos basados en la evidencia fáctica de que tales Fondos continúan administrándose aún hoy por la CA de Andalucía bajo un Gobierno de signo distinto al que los promovió en origen. Estos continúan, cumpliendo su función social, y de que los presupuestados durante aquellos años (primera década del siglo) contaron con la aprobación de las mayorías parlamentarias constitucional y estatutariamente requeridas (y que no se opuso a ellos la oposición de entonces, el PP).

Queda, pues, sí –huelga decirlo–, mucho trabajo colectivo por hacer para superar un relato tan falaz como eficaz; estableciendo, en cambio, una verdad más modesta, y sin embargo incómoda: la que explica que, sí, en efecto, hubo en la prolongada vigencia y gestión de aquellos Fondos y EREs un ínfimo porcentaje de «intrusos» (falsos prestatarios, carentes de título legítimo para percibir ayudas, lo que sin duda constituye un ilícito penalmente relevante, cuyas responsabilidades deben ser depuradas) en el abultado número total de beneficiarios legítimos (más de 6400 personas) de las «ayudas sociales» cubiertas por las sucesivas leyes de Presupuestos aprobadas por el Parlamento de Andalucía a lo largo de una década. Ninguna de las cuales caía, ni podría haber caído –por su fuerza y rango de ley–, bajo el control penal de jueces y tribunales de la Justicia ordinaria, sino, exclusivamente, bajo el control de constitucionalidad que compete en exclusiva al TC. Tal y como certifica la doctrina establecida en las SSTC de amparo en los llamados «casos EREs» de la CA de Andalucía.

LA INFLUENCIA DE LA MAGISTRADA BALAGUER EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS

Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La divergencia en la doctrina del TC y del TEDH sobre libertad de expresión. 2.1 La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Constitucional. 2.2 La posición de la magistrada Balaguer en el conflicto sobre libertad de expresión entre el TC y el TEDH. 3. El ejercicio de la libertad de expresión en el entorno digital. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española contiene una declaración de derechos avanzada tanto en contenido como en garantías de esos derechos, como corresponde a una Constitución derivada, aprobada en el último tercio del siglo xx y que toma como referencia a las constituciones europeas de posguerra y al propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Así ocurre al menos en lo que se refiere a los derechos civiles clásicos y a los derechos políticos, reconocidos en el Capítulo II del Título I. Cuestión distinta son los derechos sociales del Capítulo III del Título I. El reconocimiento constitucional de derechos como la asistencia sanitaria, la prestación por desempleo, la asistencia social, la vivienda o el medio ambiente, entre otros, supuso una importancia novedad en 1978, siguiendo la estela de la Constitución portuguesa de 1976. Sin embargo, las ga-

rantías constitucionales de estos derechos fueron limitadas pues conforme al art. 53.3 CE informan «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» pero «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan». En definitiva, sus garantías jurisdiccionales son legales, no constitucionales, y, en consecuencia, dependen de la voluntad de la mayoría parlamentaria coyuntural. Esto no ocurre sin embargo, con los derechos incluidos en el Capítulo II, y, especialmente, con los de la sección primera de ese Capítulo, como el que aquí nos ocupa: la libertad de expresión del art. 20 CE. Para estos derechos, los dos primeros apartados del artículo 53 configuran un robusto sistema de garantías tanto normativas (reserva de ley orgánica, respeto al contenido esencial) como jurisdiccionales (ante los tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario y ante el Tribunal Constitucional). Además, el Tribunal Constitucional ha desarrollado desde sus orígenes el principio *favor libertatis* en la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución lo que conlleva tanto la interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental como la interpretación restrictiva de sus límites ¹.

A partir del amplio reconocimiento de garantías y la interpretación favorable al ejercicio de los derechos, España ha tenido pocas sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) desde que ratificó el CEDH en 1979. No sólo en comparación a los países que más vulneran el Convenio como Turquía o Rusia (hasta su exclusión del Consejo de Europa en 2022) sino también comparándolo con otros países de mejor calidad democrática como Francia o Italia ². La mayoría de las condenas han derivado de la excesiva lentitud de los procesos judiciales, que vulnera el derecho a un juicio en un plazo razonable (art. 6 CEDH). Sin embargo, en los últimos años, España está recibiendo reiteradas condenas por vulnerar la libertad de expresión, un derecho esencial en la configuración de una democracia pluralista ³. En general, se condena a España por vulnerar la libertad de expresión reconocida en el CEDH porque los tribunales ordinarios han hecho un uso desproporcionado de

¹ Cfr. CAMARA VILLAR, G. «El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución Española», en Balaguer Callejón, F. (coord.), CÁMARA VILLAR, G.; LÓPEZ AGUILAR, J.F.; BALAGUER CALLEJÓN, M.L.; MONTILLA MARTOS, J.A.; *Manual de Derecho Constitucional*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2024, p. 70.

² Según los datos de 2023, España había recibido 120 sentencias condenatorias mientras que las de Italia superan las 2000.

³ Aunque, como luego veremos, no todos tienen el mismo alcance, pueden mencionarse las siguientes: «Otegui Mondragón c. España» (2011); «Stern Taulats y Roura Capellera c. España» (2018); «López Mendoza c. España» (2018); «Etxeberria y otros c. España» (2020); Peruzzi c. España (2022); Frago Dacosta c. España» (2023).

las sanciones penales y, fundamentalmente, por criminalizar las expresiones críticas y de protesta en relación a símbolos e instituciones por parte de quienes rechazan el actual sistema institucional o la estructura del Estado. En nuestro modelo constitucional, esa inadecuada aplicación de la libertad de expresión conforme a la doctrina del TEDH debería haber sido corregida por el Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE). Sin embargo, no lo ha hecho, al menos hasta la actualidad, habiendo tenido oportunidad para ello. La STEDH de 8 de junio de 2023, asunto *Fragoso Dacosta c. España* es el último ejemplo pero en definitiva es la continuación de otros casos anteriores como la STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* o la STEDH de 15 de marzo de 2011, asunto *Otegui Mondragón c. España*. Lo relevante no es que nuestros tribunales ordinarios se hayan apartado de la doctrina del TEDH sino que el TC haya rechazado conceder el amparo a estas personas que habían sido condenadas por esos tribunales ordinarios por actuaciones que, conforme a una consolidada doctrina del TEDH, podían adecuarse al ejercicio de la libertad de expresión. Y es relevante dado que, al menos en *Stern Taulats* y, aún con más motivo, en *Fragoso Dacosta* eran reiteradas las advertencias de que al desestimar los recursos de amparo el TC se estaba alejando de la doctrina del TEDH y, por tanto, se iba a producir la condena del Estado español. Presno Linera, M.A., titulaba su comentario sobre la sentencia *Stern Taulats*, «Crónica de una condena anunciada»⁴, y en relación a *Fragoso Dacosta* el voto particular del magistrado Ollero Tassara, A., a la STC 190/2020 expresaba gráficamente que se pronunciaba de esa forma para ahorrar a España «una nueva condena, como las ya coleccionadas sobre cuestiones similares»⁵. Esta es la cuestión nodal. No podemos olvidar que nuestros órganos jurisdiccionales ordinarios y el Tribunal Constitucional están obligados a respetar esa doctrina del TEDH pues así lo exige el art. 10.2 de nuestra Constitución.

En estas líneas introductorias resulta inevitable preguntarse por los motivos de esta reiterada desobediencia a la doctrina del TEDH por parte del TC para proteger símbolos e instituciones, que el tribunal de Estrasburgo ni siquiera ha aceptado aplicando el amplio margen de apreciación nacional. Los motivos deben vincularse, a mi juicio, al proceso de consolidación de una cultura

⁴ PRESNO LINERA, M. A., «Crónica de una condena anunciada: el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* sobre la quema de fotos del Rey», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 2018, pp. 539-549.

⁵ En el capítulo «La libertad de expresión» del *Manual de Derecho Constitucional* (citado en nota 1) de las ediciones de los años transcurridos entre la sentencia del Tribunal Constitucional (2020) y la del TEDC (2023) ya apuntaba que se iba a producir esa condena de España.

democrática en España. La superación de la dictadura franquista no supuso, como es bien sabido, una ruptura con el régimen anterior sino el inicio de un proceso de reforma democrática que culminó con la aprobación y entrada en vigor de la Constitución de 1978. Para proteger ese proceso y el propio desarrollo constitucional se introduce una especial garantía de los pilares que lo garantizan como puede ser la jefatura de Estado monárquica o los restantes elementos simbólicos como la bandera, en cuanto dique frente a sus «enemigos», tanto a las posiciones reaccionarias, como a las separatistas o al fenómeno terrorista que, desde el inicio del proceso de consolidación democrática aparece como uno de los principales riesgos que podría provocar una involución. De ahí que la Constitución aplique a todo el Título II referido a la Corona un procedimiento de reforma, el del art. 168 CE, que, como se ha dicho tantas veces, es un procedimiento para evitar la reforma más que un procedimiento de reforma. Y también que se prevea un procedimiento de suspensión individual de derechos fundamentales vinculado a la actuación de banda armadas y elementos terroristas (art. 55.2 CE) que no encontrábamos en las constituciones que habían servido como referencia a la española. A partir de esa configuración constitucional, la legislación ordinaria, y en especial la legislación penal, brinda una especial protección a las distintas instituciones, especialmente a la Corona, y a los restantes símbolos de integración. Lo que ahora nos preocupa es que esto ha tenido consecuencias restrictivas sobre el ejercicio de la libertad de expresión. Ocurre que tras casi medio siglo de desarrollo constitucional no se puede seguir actuando como en su fase de consolidación. El cuestionamiento de la forma de Estado, tanto institucional como territorial, se desarrolla por cauces democráticos y cuando no lo hace el sistema constitucional ha demostrado ya que tiene instrumentos para abordarlo como se comprobó en 2017 con la aplicación del art. 155 CE ante la Declaración Unilateral de Independencia en el Parlamento de Cataluña. Además, el fenómeno terrorista tiene en la actualidad el mismo carácter episódico que en el resto de países europeos. Por ello, si en algún momento histórico tuvieron justificación tipos penales que limitaban la libertad de expresión en nuestro ordenamiento, en lo que el TEDH podría denominar «margen de apreciación nacional», es claro que en la actualidad no lo tiene, y es lo que recuerda el Tribunal de Estrasburgo cada vez que se aplican unas normas penales que criminalizan de forma desproporcionada la crítica y la protesta en ejercicio de la libertad de expresión. Precisamente, por tanto, una profunda revisión o, directamente, su supresión.

En un sentido distinto, se ha advertido otra diferencia entre el TC y el TEDH al interpretar la libertad de expresión en la que también debemos detenernos aunque tenga menor trascendencia para la garantía del ejercicio de los

derechos. Nos referimos a la incidencia del entorno digital en el que en la actualidad se desarrolla buena parte de su ejercicio. El TEDH ha reconocido esa influencia y ha adaptado su canon de enjuiciamiento desde hace años a ese contexto digital, al menos desde el asunto *Times Newspapers Ltd. c. Reino Unido* (2009). Sin embargo, el TC ha sido más reticente para adaptarse a esta realidad, como intentaremos mostrar. Aunque ha reconocido la necesidad de adecuar su doctrina a las particularidades de la era digital, con la difusión de información en internet o las redes sociales, en la práctica apenas lo ha estado haciendo hasta la actualidad.

Debemos destacar, en cualquier caso, que hay señales de cambio y se atisba que esas divergencias entre el TC y el TEDH pueden desaparecer. En concreto, hay pronunciamientos del TC que denotan una voluntad de acercamiento a la doctrina del órgano jurisdiccional europeo de garantía de derechos en la interpretación de la libertad de expresión. Y lo hace a través de la vía habitual para la evolución de su doctrina: la aceptación por la mayoría de las posiciones sostenidas previamente en los votos particulares, esto es, convirtiendo en posición de la mayoría lo que antes era de la minoría. Así está ocurriendo en los dos ámbitos mencionados.

En las sentencias del TC que protegen símbolos e instituciones frente a las protestas y críticas en ejercicio de la libertad de expresión, luego rebatidas por el TEDH ya hemos apuntado que los votos particulares habían cuestionado esta interpretación y habían alertado de que no se estaba respetando la doctrina del TEDH. Aún no se ha dictado una sentencia que suponga el efectivo cambio de doctrina, como ha ocurrido en otros ámbitos. De manera señalada recientemente en la distinción entre limitación y suspensión de derechos en relación al Estado de alarma (STC 148/2021 y STC 136/2024). No obstante, resulta relevante el ATC 85/2024 en el que se admite a trámite un recurso de amparo presentado contra los pronunciamientos de un Juzgado de lo Penal, la Audiencia Provincial de Madrid y finalmente la sala de la penal del Tribunal Supremo por la condena al recurrente como autor de un delito de injurias graves. Lo importante del caso es que la sala segunda del TC admite a trámite el recurso de amparo al apreciar una especial trascendencia constitucional porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna, uno de los motivos previstos en la STC 155/2009. Considera el Tribunal que, en línea con lo sostenido por el recurrente, resulta necesario distinguir entre las manifestaciones proferidas por una persona en el ejercicio de su libertad de expresión respecto a otra persona y aquellas que atañen a una institución. Nos recuerda que ya hay pronunciamientos del Tribunal sobre esa cuestión pero «son controvertidos y, a la

postre, diversos de los que luego ha adoptado el Tribunal Europeo de Derechos», es decir, reconoce el problema derivado de las reiteradas condenas a España por restringir de forma desproporcionada la libertad de expresión y la voluntad de acomodar su doctrina a la del TEDH. Incluso, se refiere a los dos asuntos emblemáticos ya mencionados en los que el TC se había apartado de la doctrina del TEDH: «tanto en el asunto de la condena por el delito de injurias contra la Corona (art. 490.3 CP) por la quema de la fotografía de los reyes de España (STC 177/2015, de 22 de julio y STEDH de 13 de marzo de 2018, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*) como en el caso de la condena por ultrajes a España (art. 543 CP) por los insultos a la bandera (STC 190/2020, de 15 de diciembre, y STEDH de 8 de junio de 2023, asunto *Fragoso Dacosta c. España*), este tribunal descartó que dichas condenas supusieran una vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), si bien de forma no unánime. Y en ambos casos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apreciado la violación del art. 10 CEDH por entender que se había restringido desproporcionadamente la libertad de expresión, para lo que resultó determinante que las expresiones cuestionadas no se dirigieron contra una persona, sino a un símbolo o una institución (*Stern Taulats*, & 32 y 36, y *Fragoso Dacosta*, & 26 y 30)». En ese contexto, continúa indicando el ATC 85/2024, «el presente recurso de amparo ofrece a este tribunal la oportunidad de reflexionar y precisar los criterios constitucionales que dilucidan los conflictos entre la libertad de expresión y la afectación al honor personal y al prestigio de instituciones y símbolos del Estado». En definitiva, parece apuntarse la voluntad del Tribunal de aproximarse a la doctrina del TEDH sobre la libertad de expresión, al menos en el aspecto que se indica: la distinción entre los supuestos en los que la expresión crítica que puede afectar al honor se refiere a personas o se refiere a símbolos e instituciones en cuanto el TEDH protege especialmente el primer supuesto mientras que nuestro TC ha dado una especial protección al segundo, con la consecuente vulneración de la libertad de expresión.

También en la adaptación al entorno digital se advierte una evolución en la doctrina del TC. En el voto particular a la STC 93/2021, la magistrada Balaguer Callejón, M.L., denunciaba la ausencia de un canon de enjuiciamiento específico cuando el mensaje se había producido en las redes sociales o en plataformas digitales, rechazando que se pudiera aplicar sin más matices el utilizado tradicionalmente y aludiendo a la doctrina del TEDH que ya había destacado la necesidad de un tratamiento específico cuando la libertad de expresión se ejerce a través de internet. En ese sentido, proponía los rasgos básicos de ese singular canon de enjuiciamiento. Pues bien, en la STC 8/2022, de la

que fue ponente la magistrada Balaguer Callejón, M.L., los rasgos básicos de ese parámetro para el ejercicio de la libertad de expresión en el entorno digital conforme al citado voto particular ya se recogen en el texto de la sentencia, aprobada por unanimidad, y fue utilizado para enjuiciar si se ha había producido vulneración de la libertad de expresión del recurrente. En cualquier caso, es un proceso abierto, que no parece plenamente asentado. De hecho, en la STC 83/2023 la magistrada Balaguer Callejón, M.L., incluye un voto particular en el que reclama precisamente la aplicación del mencionado canon a ese supuesto concreto en el que se enjuiciaba el amparo solicitado por una plataforma digital ante la condena por unos comentarios anónimos escritos en dicha plataforma.

En definitiva, aunque el proceso no ha culminado, se advierten síntomas de que está cerrándose la brecha existente entre el TEDH y el TC en la interpretación de la libertad de expresión. Y lo que queremos destacar en estas páginas es que para ello ha sido fundamental la actuación de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., en el marco del colegio de magistrados. Ha sido una magistrada especialmente crítica con la doctrina de la mayoría del Tribunal sobre libertad de expresión. En el momento de dictarse la STC 80/2015 sobre el asunto *Stern Taulats* no formaba parte del TC pero en la *Fragoso Dacosta* (STC 190/2020) firma un interesante voto particular junto al magistrado Xiol Ríos, J.A., y, como hemos visto, su voto particular a la STC 93/2021 se convierte poco después en el sustento de la STC 8/2022 para intentar configurar el canon de constitucionalidad sobre el ejercicio de la libertad de expresión en el espacio digital. Por ello, me parecía adecuado dedicar mi contribución a este *liber amicorum* para la profesora y magistrada Balaguer Callejón, M.L., a glosar, siquiera de forma somera, su influencia en la adaptación de la doctrina del TC sobre libertad de expresión a la del TEDH y, con ello, en el avance de los derechos fundamentales en España.

II. LA DIVERGENCIA EN LA DOCTRINA DEL TC Y DEL TEDH SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1. La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Constitucional

El TC ha ido configurando una doctrina sobre la libertad de expresión que se sustenta en tres ideas. La primera es que la libertad de expresión goza de especial protección al servir de fundamento al pluralismo político, valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y generar una opinión pública libre (STC 6/1981/3). Por ello, la libertad de expresión precisa gozar «de un

amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones» que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura, esto es, sin timidez y sin temor» (STC 112/2016/2). Por ello, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» y la libertad de expresión vale no sólo para la difusión de ideas «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (STC 177/2015). Y esto así, en tercer lugar, porque en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se impongan no ya el respeto sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución». En definitiva, sostiene el TC que el valor del pluralismo y la necesidad de libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendentes a controlar, seleccionar o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas.

En puridad, es una concepción similar a la sostenida por el TEDH. Este ha ido configurando una sólida doctrina sobre libertad de expresión al interpretar el art. 10 CEDH que reconoce el derecho de toda persona a la libertad de expresión. La sentencia clásica es *Handyside c. Reino Unido* (1976) en la que se establecen los dos pilares fundamentales para configurar la libertad de expresión: su fundamento y sus límites. En el primer sentido, «constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona». Y, en segundo lugar, en cuanto a los límites se establecen tres condiciones para su aceptación que se han mantenido desde entonces: que estén recogidos en la ley; que sean necesarios para conseguir un fin legítimo en una sociedad democrática y que los medios empleados resulten proporcionados en relación con dicho fin. Luego, ya en el siglo XXI se han producido una serie de sentencias que abordan la libertad de expresión, especialmente en relación al discurso de odio como límite: *Erbakan c. Turquía* (2006); *Gunduz c. Turquía* (2003); *Pavel Ivanov c. Rusia* (2007). En general, el TEDH ha hecho prevalecer la libertad de expresión salvo en aquellos supuestos en los que resulta nítidamente afectada la dignidad de la personas a través de un discurso de odio o cuando se ha advertido una incitación o llamamiento a la violencia con visos de ser real (*Medva c. Turquía* (2006); *Ozgur Gundem c. Turquía* (2000)).

Con esto, huelga recordar que el TEDH se acerca de alguna forma a la interpretación clásica de la libertad de expresión en Estados Unidos. El único

límite en el amplísimo margen de ejercicio de la libertad de expresión es el de incitación directa a una conducta que genere peligro claro y inminente, como se estableció en los clásicos asuntos *Schenck v. United States* (1919) o *Brandenburg v. Ohio* (1969). La libertad de expresión sólo resulta limitada cuando la apología de la violencia se dirija a incitar o producir una acción ilícita inminente y sea adecuada para producir esta acción. Es el denominado test de la «incitación a un peligro claro y presente» que en la práctica conlleva dejar impune el discurso de odio.

La diferencia con la doctrina sostenida por el TC no está en la configuración del derecho sino en la de sus límites. El TC ha mantenido una protección especial de las instituciones y sus símbolos que, en la práctica, limita la libertad de expresión. Por ello, como venimos relatando, en los últimos años se han producido algunos casos en los que el TEDH ha condenado a España por no respetar la libertad de expresión: asunto *Otegui Mondragón*: asunto *Stern Taulats y Roura Capellera* y asunto *Fragoso Dacosta*. Vamos a detenernos en ellos.

Otegui era portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak y, en ejercicio de su cargo afirmó en una conferencia de prensa: «¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español cuando es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?». En el proceso penal deducido en su contra, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declaró la libre absolución por el ámbito político de las expresiones, su consideración de portavoz de un grupo político y la condición política de las personas objeto de la crítica. Sin embargo, el Tribunal Supremo revocó la sentencia y lo condenó a un año de prisión. Otegui interpuso recurso de amparo ante el TC y el ATC de 3 de julio de 2006 inadmitió el recurso por falta de contenido constitucional. Considera el TC que «en un sistema democrático, con libertad ideológica y de expresión, tal caracterización no le hace inmune a la crítica en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de ésta [...], pero tal eventual crítica no puede implicar la imputación de actuaciones efectivas al titular de la institución como pretexto para menoscabar gratuitamente su dignidad o su estima pública». Sin embargo, el TEDH rechaza esta interpretación al aplicar su doctrina según la cual la interferencia en la libertad de expresión sólo es legítima si está prevista en la ley, se inspira en propósitos legítimos y «fue necesaria en una sociedad democrática para su logro». Es claro que la condena impuesta en España tenía sustento legal en cuanto el art. 490.3 CP castiga de forma expresa las injurias al Rey. También considera el TEDH que tiene un fin legítimo cual es la protección de la reputación o los derechos de los demás. La cuestión a debatir, por

tanto, era si la intromisión en la libertad de expresión era necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal dice que la libertad de expresión está especialmente protegida para un cargo elegido, que representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por tanto, la limitación de su libertad de expresión debe ser más estricta. Además la crítica admisible es más amplia en relación a un político, como es el jefe del Estado. Además, las expresiones se vinculaban a las denuncias de malos tratos que se habían producido en ese momento. En ese sentido, el TEDH considera que el lenguaje utilizado era provocativo. Aunque no debe exceder ciertos límites en relación a la reputación y los derechos de los demás, sí se le permite recurrir a una cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo immoderado en sus declaraciones. Por otro lado, ni los tribunales nacionales ni el Gobierno han justificado la condena del demandante por la incitación a la violencia o al discurso de odio. En relación al art. 490.3 CP dice el tribunal de Estrasburgo que una protección ampliada en relación a las ofensas mediante una ley especial no se ajusta, en principio, al espíritu del CEDH. Que el Rey no esté sujeto a responsabilidad según la Constitución no impide el libre debate sobre su eventual responsabilidad institucional. Las expresiones no se refieren a la vida privada ni a su honor personal sino a su responsabilidad institucional a la cabeza del aparato del Estado. Por tanto, las declaraciones se hicieron en el contexto de un debate que presentaba un interés público legítimo. Y, por tanto, no hay justificación para la imposición de una pena de prisión. Los motivos invocados no son suficientes para justificar que la inferencia denunciada era «necesaria en una sociedad democrática».

En definitiva, ya en 2011 el TEDH establecía los márgenes en los que debería haberse desarrollado a partir de ese momento el debate jurídico-constitucional sobre los límites de la libertad de expresión en España. El ejercicio provocativo de la libertad de expresión tiene cabida en el CEDH y, por ello, también en la interpretación del art. 20 CE a través del art. 10.2 CE cuando se cumplen tres condiciones: se refiere a una institución o sus titulares en cuanto responsables institucionales, no a la vida privada de estas personas; se desarrolla en el contexto de un debate público legítimo y, finalmente, sin que se advierta incitación al odio o a la violencia.

Sin embargo, el TC mantuvo su doctrina alejada de esa concepción de la libertad de expresión definida por el TEDH. Así, la siguiente condena del Estado español llegó en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera*. Con motivo de una visita institucional del Rey a Girona, Enric Stern y Jaume Roura quemaron una fotografía de los reyes en el marco de una concentración de protesta por su visita a la ciudad. La Audiencia Nacional los condenó como autores

de un delito de injurias a la Corona en cuanto «tenían la intención de menospreciar la figura del Jefe del Estado en el transcurso de una manifestación en la que la dinastía borbónica era presentada como una fuerza de ocupación en la Comunidad Autónoma catalana». En la STC 177/2015 el TC desestima el amparo solicitado por estas personas a partir de diversos argumentos. El primero es la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que a otras altas instituciones del Estado, al considerarlo un delito contra la Constitución. Además, en segundo lugar, considera que la protección brindada a las expresiones hirientes, como reflejo de la participación política de la ciudadanía, no es predicable cuando lo que se ha expresado, incluso simbólicamente, en un signo de vejación o ultraje. En definitiva, como la finalidad de la libertad de expresión es contribuir a la formación de una opinión pública libre, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural no puede encontrar cobertura en ese derecho.

El TC intenta diferenciar este caso del asunto Otegui en el que, como hemos visto, el TEDH había condenado a España por una restricción desproporcionada de la libertad de expresión. Así, ubica la quema de la foto de los reyes en el discurso de odio. Es consciente de que las expresiones más conocidas del discurso de odio son las que recaen sobre circunstancias étnicas, religiosas, sexuales o culturales pero aduce que «lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aún la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes». Además, considera que el contexto es distinto pues en aquel supuesto se expresó una opinión sobre un tema sujeto a debate político, al hilo de unas sospechas de torturas y en relación a un asunto de interés público, aunque fuera expuesto de manera provocativa y exagerada.

La debilidad de la argumentación y de la pretendida diferenciación del supuesto previo era evidente y, en consecuencia, se produjo una nueva condena a España. Todos los argumentos utilizados por el TC son rebatidos por el TEDH. La existencia de una protección penal especial para el monarca lejos de justificar la sanción penal es rechazada por el órgano europeo. Considera que una pena de prisión por un delito cometido en el marco del debate político sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales y que esa protección concedida por una ley especial a las instituciones no es, en principio, conforme con el espíritu del Convenio. Ciertamente, nuestro legislador debería ser consecuente con esta nítida admonición del TEDH. En cuanto al argumento del discurso de odio, considera la sentencia que «la inclu-

sión en el discurso de odio de un acto que, como el que se reprocha a los demandantes en el presente asunto, es la expresión simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión consiguiente del campo de protección garantizado por la libertad de expresión implicaría una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del Tribunal, lo que pondría en riesgo la pluralidad, la tolerancia y el espíritu aperturista sin los cuales no existe la sociedad democrática». Tampoco advierte el Tribunal europeo que hubiese incitación a la violencia contra la persona del Rey sino que más bien la puesta en escena de la protesta es la que llevó a la quema de la imagen del representante del Estado. Un acto de este tipo debe interpretarse como la expresión simbólica de una reclamación o protesta. La puesta en escena, pese a llevar consigo la quema de la foto, es una forma de expresión de una opinión en el marco de un debate sobre una cuestión de interés público cual es la institución de la monarquía. En definitiva, no se trataba de un ataque personal contra el Rey de España, con el objetivo de menospreciar a su persona, sino de una crítica contra lo que representa en cuanto símbolo del aparato estatal y de rechazo a la monarquía como institución.

En fin, con los antecedentes *Otegui* y *Stern Taulats* resulta difícilmente comprensible que el TC mantuviera incólume la restricción a la libertad de expresión para proteger en este caso los símbolos, pero así ha ocurrido en el asunto *Fragoso Dacosta*. La condena por parte del TEDH en este supuesto debe considerarse como más que anunciada. Pero vayamos al supuesto concreto. El señor Frago fue condenado por un delito de ultraje a los símbolos de España (art. 453 CP) por gritar «hay que prenderle fuego a la puta bandera» durante una protesta laboral en un acuartelamiento militar, coincidiendo con el izado de la bandera. En la STC 190/2020, el TC desestima el amparo con diversos argumentos que soslayan la consolidada doctrina del TEDH. Así, se sustenta en que los mensajes están desvinculados de la protesta sindical, sin que se entienda bien el motivo; que se ataca a un símbolo del Estado, con el daño que esto pudiera causar a los militares presentes, sin comprender que la bandera puede provocar un determinado sentimiento en quien la respeta pero también otro, igualmente respetable, en quien no lo hace; que los mensajes no fueron dirigidos contra personas con relevancia pública, en un intento vacuo de diferenciarse de los asuntos *Stern* y *Otegui*, y, finalmente, que no se enmarcaban en un contexto de disputa política, como si el debate sobre los símbolos no fuera un debate político. Frente a ello, los votos particulares hicieron hincapié, como resulta lógico, en la doctrina del TEDH. No hay incitación a la violencia o al odio y, por tanto, no se justifica la restricción de la libertad de ex-

presión, más allá de tratarse de actuaciones enmarcadas en el contexto de una reivindicación laboral.

En definitiva las sentencias del TC se alejan de la doctrina establecida por el TEDH en materia de libertad de expresión. El Tribunal de Estrasburgo considera que los actos simbólicos de protesta, aunque sean provocadores, deben ser protegidos como parte de la libertad de expresión, salvo que se refieran a las personas al margen del debate público o contengan una incitación real y efectiva al odio o a la violencia. Más allá de esto, los discursos y actos dirigidos a criticar o satirizar a las instituciones o sus símbolos deben gozar de una protección fuerte en el marco del art. 10 CEDH. Seguramente, la sentencia que mejor expresa esa posición del TEDH es la de 2 de febrero de 2010 en el asunto *Christian Democratic People's Party c. Moldova* cuando indica que sólo pueden ser objeto de condena «aquellas formas de expresión que impliquen un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no puedan ser contrarrestadas a tiempo con más expresión, con discusión y con debate».

2.2. La posición de la magistrada Balaguer en el conflicto sobre libertad de expresión entre el TC y el TEDH

Como ya hemos señalado, la magistrada Balaguer Callejón, M.L., no formaba parte del TC en 2015, cuando se pronunció sobre el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera* pero sí en 2020 cuando se dicta la sentencia sobre el asunto *Fragoso Dacosta*. En relación a ésta suscribe un interesante voto particular junto al magistrado Xiol Rios, J.A., en el que destacan dos ideas. En primer lugar, que el lenguaje simbólico también pertenece a quien se manifiesta contra el símbolo y, en consecuencia, manifestarse contra un símbolo forma parte de la libertad de expresión y, en segundo lugar, desmonta el débil intento de la mayoría del TC de vincular su posición a la doctrina del TEDH.

En relación al valor de lo simbólico, la sentencia parte del presupuesto de que la preservación de lo simbólico, asociado a la bandera y, por tanto, del sentimiento de adhesión a ese símbolo como elemento de integración merece mayor consideración que la garantía de la libertad de expresión. Sin embargo, el TEDH dice justo lo contrario: que la libertad de expresión tiene más alcance en relación a símbolos y a instituciones que cuando se refiere a personas concretas en su actuación al margen del debate público, aunque se trate de personajes públicos. El símbolo es considerado un elemento de integración para la mayoría pero debe respetarse a la minoría que no lo considera así y lo expresa

en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión y a la libertad ideológica: «los actos, gestos y palabras de ataque a la misma (a la bandera) tiene fuerza simbólica y, por ello, son manifestación de una posición ideológica distinta que la que se materializa en la protección penal del símbolo y del ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión cuando esa discrepancia ideológica se manifiesta públicamente». No se puede imponer a la sociedad una obligación de sometimiento y disciplina que impida la libertad de crítica.

Además, esa exigencia de adhesión a los símbolos de la que parte la STC 190/2020 nos sitúa en el contexto de una «democracia militante», que el TC ha rechazado en diversas ocasiones tanto al enjuiciar la ley de partidos políticos (STC 48/2003) como en relación a la crisis política de Cataluña y las resoluciones del parlamento autonómico (STC 42/2014). El TC ha sido tajante al afirmar que «en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante [...] esto es, un modelo en el que se imponga no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento». Por tanto, no se puede imponer la adhesión a los símbolos impidiendo la crítica política.

En consecuencia, en adecuada aplicación de la doctrina del TEDH, los magistrados Xiol Ríos, J.A., y Balaguer Callejón, M.L., consideran que «la oposición severa, crítica y no violenta a los elementos simbólicos, son ejercicio del derecho a la libertad ideológica y a la libertad de expresión y, por tanto, no debieran ser objeto de condena penal». Así, recordando las expresiones clásicas del TEDH, y antes del Tribunal Supremo americano, estiman que solo las formas de expresión que «conlleven un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no pudieran ser contrarrestadas a tiempo con más expresión, con discusión o con debate, pueden ser objeto de represión, y por tanto pueden ser consideradas como extra-muros del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión».

III. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL.

El otro ámbito en el que se han advertido divergencias entre la doctrina del TC y la del TEDH sobre la libertad de expresión en los últimos años es en la configuración de un específico canon de enjuiciamiento cuando esa libertad de expresión se ejerce en el entorno digital. En la STC 93/2021, el TC ha sostenido la «conveniencia de un ejercicio de reflexión sobre las nuevas formas de comunicación» pero ha concluido que ello no altera «desde un punto de vista sustantivo o material, los criterios asentados por nuestra reiterada doctrina [...]

para apreciar si ha existido una vulneración del derecho al honor, ni modifica el contenido y alcance de los derechos fundamentales que deben ser ponderados cuando se invoca una vulneración que resulta de la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor». En definitiva, considera innecesario establecer un canon específico para los sujetos en los que esa colisión de libertad de expresión y derecho al honor se produce en el entorno digital. Sin embargo, el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., no sólo reclama ese canon específico sino que enuncia los rasgos básicos de su contenido. Vamos a intentar explicar el estado de la cuestión.

La STC 93/2021 tiene su origen en una publicación en la red social Facebook de una exconcejala del Ayuntamiento de Catarroja tras el fallecimiento de un torero durante una corrida. En el mensaje, esta persona expresaba su alivio por la muerte del torero a quien califica de «asesino». La mayoría del Tribunal consideró que las expresiones vertidas en la red excedían los límites de la libertad de expresión y suponían una intromisión ilegítima en el honor del torero y de su familia.

Lo relevante del voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., no es sólo en este caso la referencia a la doctrina del TEDH sino su argumento de que no se había valorado adecuadamente el contexto en el que se había ejercido la libertad de expresión: las redes sociales. A su juicio, es necesario establecer un marco de análisis propio que reconozca la naturaleza espontánea, inmediata y a menudo emocional de las comunicaciones en este entorno. Aplicar el canon tradicional puede ser desproporcionado o descontextualizado, especialmente cuando el mensaje ha tenido escasa difusión. En este sentido, la sanción penal debe ser el último recurso, reservado para expresiones que constituyen una amenaza directa para la convivencia democrática. Frente a ello, la mayoría del TC niega que el hecho de producirse el mensaje en las redes sociales afecte a las bases del enjuiciamiento y se limita a aplicar la jurisprudencia clásica sobre el ejercicio de la libertad de expresión y los límites que impone a ésta el respeto al derecho al honor. De esa forma, se aleja también de la doctrina del TEDH.

A juicio del voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., en la STC 93/2021 para un adecuado juicio de proporcionalidad de los límites al ejercicio de la libertad de expresión en las redes sociales resulta imprescindible introducir los siguientes elementos de reflexión:

a) En primer lugar, resulta evidente que los derechos de la personalidad se ven afectados de forma particularmente intensa por el uso masivo de las tecnologías de la información y la comunicación y de los servicios de redes

sociales en internet (STC 27/2020). Por ello, algunos contornos de estos derechos fundamentales pueden quedar desdibujados y se añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales. En definitiva, resulta clara la necesidad de un canon de constitucionalidad específico.

b) En segundo lugar, debe tenerse presente que se ejerce las libertades de expresión e información en un contexto en el que los usuarios son a la vez creadores de contenidos, emisores, difusores y reproductores. Esto significa que contenidos difamatorios, odiosos o violentos se difunden como nunca antes en todo el mundo en cuestión de segundos, y pueden permanecer en línea durante mucho tiempo. Pero también significa que estos creadores de contenidos desarrollan una función muy próxima a la de los periodistas, lo que «conduce a replantearse la diferenciación jurisprudencial preexistente entre el ejercicio de las libertades informativas por los particulares y por los profesionales». Esto afecta a aspectos como la veracidad del mensaje, elemento diferenciar entre opinión e información que en el entorno digital resulta diluida, como se expone en la STC 8/2022.

c) En tercer lugar, las redes sociales actúan sobre los ejes de la inmediatez y la rapidez en la difusión de contenidos, la dificultad de establecer filtros a priori de esa difusión y la potencialmente amplia transmisión de sus contenidos. Ello supone una capacidad de influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales y un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad. Sin embargo, este efecto se mitiga o acrecienta en función de la cantidad de seguidores de un determinado perfil, el que corresponda a un personaje público o privado, el hecho de que medios de comunicación clásicos o perfiles sumamente influyentes puedan llegar a generar un efecto multiplicador del mensaje y la rapidez efectiva con que se propaga el mensaje. Pues bien, estos elementos han de ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el impacto que las expresiones o informaciones en redes sociales han podido tener en los derechos de la personalidad.

d) En cuanto al emisor del mensaje, debe tenerse en cuenta la autoría de las opiniones o informaciones al formular el juicio de proporcionalidad de las limitaciones al ejercicio de las libertades comunicativas. Y ello, en dos sentidos. Por un lado, son distintas las posiciones de quien crea el contenido, quien lo reproduce haciéndolo suyo, quien lo traslada sin más o la posición de la empresa que da soporte a la red social y puede, eventualmente, establecer algún tipo de filtro preventivo de supresión de contenidos o suspensión de perfiles, como se analizará posteriormente en la STC 83/2023. Por otro lado, también debe antes de tenerse en cuenta la naturaleza del emisor, el carácter de personaje público, que el perfil sea institucional o personal, que sea

anónimo o que actúe en las redes a cambio de una contraprestación económica o no lo haga, entre otras circunstancias.

e) En relación a los destinatarios, resulta relevante la amplitud de la difusión del mensaje. «Si bien la afectación del derecho al honor, por ejemplo del destinatario de una expresión injuriosa contenida en un tuit existe desde que el mensaje ha sido compartido, no es lo mismo que tal mensaje haya sido leído por una persona o por un millón, porque la imagen pública del titular del derecho al honor, y la percepción de esa imagen por terceras personas, no ha quedado afectada con la misma intensidad en uno y otro caso. Así, en el conflicto concreto de esta sentencia, en la que se inserta el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., el hecho de que la cuenta desde la que se lanzó el mensaje tuviera apenas unos centenares de seguidores debe ser tenido en cuenta para valorar la vulneración del derecho al honor.

f) Sobre el contenido de los mensajes, el TEDH ha establecido que los difundidos por internet se benefician de una protección equivalente a la que merecen los otros medios de comunicación, en lo que hace al respeto del debate político, en particular si quien emite el mensaje es un representante elegido por la ciudadanía. Por ello, en particular si actúan como opositores políticos se admite un lenguaje virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose los excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto de debate. Un límite se encuentra en los ataques personales que sobrepasen el marco de un debate sobre las ideas.

g) Finalmente, debe tenerse en cuenta el efecto desaliento, o efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión en redes sociales derivado de la intensidad de la sanción, sea civil o penal a la hora de examinar la proporcionalidad.

En el asunto concreto al que se refiere la STC 93/2021, a partir de este canon de enjuiciamiento, el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., considera que las expresiones de la exconcejala de Catarroja, sin duda desagradables y excesivas, podían tener cabida en el ejercicio del derecho fundamental y no vulneraban, por tanto, el derecho al honor. Lo sustenta en que era un mensaje de contenido político como es el debate sobre la tauromaquia y la protección de los animales, a partir del activismo animalista de la emisora del mensaje. Pero también en las características específicas de este mensaje en las redes sociales y su potencial lesivo. En este supuesto concreto, el perfil de la recurrente no era público y tenía apenas tres centenares de seguidores. Por tanto, el potencial lesivo por su efecto multiplicador había sido es-

caso. De hecho, la mayor difusión del mensaje se produjo después de la denuncia, y la controversia que conllevó.

En cualquier caso, la importancia del canon específico propuesto en este voto particular para enjuiciar el ejercicio de la libertad de expresión en el entorno digital deriva, como se ha indicado, de que la STC 8/2022 lo incorpora al texto y, por tanto, pasa a formar parte de la doctrina del Tribunal Constitucional. No deben olvidarse dos datos: la ponente de esta sentencia es la magistrada Balaguer Callejón, M.L., y la sentencia se adopta por unanimidad, esto es, no hay votos particulares. En este sentido, es emblemática de la influencia de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión. Por fin, existe un canon de constitucionalidad aplicable al ejercicio de la libertad de expresión en el entorno digital y ese canon es el que había propuesto la magistrada Balaguer Callejón, M.L., en su voto particular a la STC 93/2021.

La STC 8/2022 aplica ese parámetro al asunto concreto para dar una respuesta al recurso de amparo planteado. Así, el Tribunal parte de dos premisas ya establecidas por el TEDH pero que nuestro Tribunal no había reconocido con claridad. La primera es que la dificultad de distinguir entre libertad de información y libertad de opinión se acentúa cuando su ejercicio es a través de internet y, más concretamente en las redes sociales. La segunda que aunque la doctrina clásica elaborada en torno a las libertades de información y expresión se proyecta al ejercicio de estos derechos en la comunicación a través de internet, esa proyección no puede ser automática y debe tener en cuenta las particularidades que se identifican en la comunicación a través de estos medios y muy concretamente a través de las redes sociales. En el supuesto concreto de esta sentencia, destaca el Tribunal que el uso de herramientas digitales convierte a sus usuarios en creadores de contenidos, emisores, difusores y reproductores de estos contenidos. Por tanto, los usuarios pueden llegar a desempeñar un papel muy cercano al que venían desarrollando hasta ahora los periodistas en los medios de comunicación tradicionales (STC 8/2022/2). De ello resulta una exigencia de veracidad que se proyecta a la base fáctica que sustenta tanto la transmisión de hechos como la formulación de juicios de valor, esto es, se diluye la distinta consideración de la exigencia de veracidad. Por tanto, no se pueden trasladar hechos falsos y trasladar que tales afirmaciones constituyen una opinión personal. Cuando se han comunicado una serie de circunstancias fácticas y no fácticas, con conocimiento de que lo transmitido era falso o con manifiesto desprecio a la falsedad de la noticia prevalece el derecho al honor de la persona afectada, sin que pueda ampararse en la libertad de opinión. Es, sin duda,

un avance doctrinal muy importante que aún está por consolidar pero que abre una línea importante para luchar contra las *fake news*.

Ello no significa que ese canon esté definitivamente consolidado. Aun es necesario matizar las diversas singularidades que tiene el ejercicio de la libertad de expresión en el entorno digital en conflicto con el derecho al honor. Así lo considera la magistrada Balaguer Callejón, M.L., cuando en su voto particular a la STC 83/2023 entiende que no se está aplicando de forma correcta. En esta sentencia se condena a una plataforma digital por comentarios de los usuarios que afectaban al derecho al honor. El motivo de la condena fue un enlace subido a la plataforma por un usuario en el que se remitía a un artículo con afirmaciones que fueron consideradas difamatorias por la persona que presentó la demanda inicial, al afectar a su honor y reputación. Además, los comentarios efectuados al hilo de la publicación agravaban, a juicio del demandante, el contenido difamatorio. Tras la condena por los tribunales ordinarios a la plataforma *Menéame* como responsable de la difusión de contenidos que lesionaban el derecho al honor, al considerar que no había actuado con la diligencia debida para evitar la difusión de contenidos lesivos, esta persona jurídica interpuso un recurso de amparo constitucional. Consideraba que se limitaba de forma inconstitucional su libertad de expresión al imponerle una responsabilidad que no le correspondía. El Tribunal considera que no se había vulnerado la libertad de expresión y que *Menéame* había vulnerado el derecho al honor. La magistrada Balaguer Callejón, M.L., por el contrario, sostiene que se estaba imponiendo una carga excesiva sobre los intermediarios de internet y que ello podía tener un efecto disuasorio sobre la libertad de expresión en el ámbito digital. Sobre todo en supuestos en los que no se discute la veracidad de la información ni la relevancia pública del mensaje emitido en cuanto se ve involucrado un personaje público. En definitiva, en un entorno digital, en el que información y opinión aparecen imbricados la veracidad adquiere una mayor importancia junto a la relevancia pública del mensaje frente al carácter desagradable o hiriente de las afirmaciones de alguno de los actores que intervienen en este proceso de comunicación plural, y que no puede ser suficiente para limitar la libertad de expresión pues ese canon específico aplicable a los límites de la libertad de expresión cuando se canaliza a través de internet no puede acabar siendo más restrictivo en la práctica que el aplicado al mundo analógico.

IV. CONCLUSIÓN.

Hemos partido en estas páginas de una premisa: la doctrina del TC sobre la libertad de expresión es deficiente en cuanto se aparta de la doctrina del TEDH en dos aspectos nucleares. En primer lugar, el TEDH garantiza la libertad de expresión en el conflicto con otros derechos e intereses legítimos, especialmente en el marco del debate público, salvo en aquellos supuestos en los que se advierta una incitación al odio, vinculado a la dignidad de la persona, o a la violencia con posibilidad de certeza e inminencia. Sin embargo, en España, el TC ha dado prioridad a la protección de las instituciones y los símbolos, considerados elementos de integración, sin cuestionar los tipos penales que castigan de forma específica el ejercicio de la libertad de expresión en relación a símbolos nacionales, religiosos o las distintas instituciones del Estado, en el especial el Jefe del Estado. Esto ha provocado diversas condenas de España por parte del Tribunal Europeo, en algunos casos anunciadas, como ha ocurrido en el asunto *Fragoso Dacosta*. Tanto los votos particulares a la STC 190/2020 como la doctrina académica anunciaban que el TEDH iba a condenar a España en este supuesto, de la misma forma que lo hizo en los asuntos *Otegui Mondragón* o *Stern Taulats* por condenar penalmente el ejercicio de la libertad de expresión. Así ha ocurrido en lo que se ha denominado a menudo, recordando a García Márquez, G., la crónica de una condena anunciada.

El segundo aspecto en el que se advierten las deficiencias de la doctrina del TC en relación a la libertad de expresión es cuando se aborda su ejercicio en el entorno digital en cuanto había rechazado inicialmente, hasta la STC 8/2022, adaptar su interpretación a las particularidades de ese entorno.

En estas páginas hemos intentado explicar que esa brecha parece estar cerrándose, esto es, la doctrina del TC en ambos aspectos parece acercarse a la del TEDH, en un proceso todavía abierto. Y nos parece evidente la influencia de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., en esa necesaria adaptación a la doctrina del TEDH, simplemente para cumplir con la apertura internacional en la interpretación de los derechos derivada del artículo 10.2 CE.

En primer lugar, para adaptarse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con una protección más fuerte de la libertad de expresión cuando su ejercicio en la protesta política o en el humor irreverente se refiere a instituciones o personas enmarcadas en el debate público. Debe quedar claro que esa libertad de expresión sólo resulta excedida cuando se advierte un discurso de odio que vulnera la dignidad de la persona o cuando existe una incitación a la violencia de forma verosímil.

En segundo lugar, la doctrina del Tribunal tiene que adaptarse al ejercicio de la libertad de expresión en el entorno digital. En la STC 8/2022 han quedado reflejados los elementos básicos de ese canon de enjuiciamiento, recogiendo de forma prácticamente literal el contenido del voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., a la STC 93/2021.

Por ello, hemos sostenido en estas páginas que la huella de la Balaguer Callejón, M.L., quedará indeleble en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión.

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: UNA PROPUESTA DE REFORMA

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada
y Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo
jmporras@ugr.es

A María Luisa, en su lucha por la continua extensión de los derechos

SUMARIO: 1. El punto de partida: un estatuto constitucional débil. 2. Una titularidad y un contenido del derecho cuestionados. 3. Avances limitados en la tutela jurisdiccional extraordinaria del derecho. Su conexión directa con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). 4. Conclusiones y propuesta de reforma.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: UN ESTATUTO CONSTITUCIONAL DÉBIL

No resulta, en modo alguno, frecuente que las Constituciones europeas, redactadas de nueva planta o parcialmente reformadas tras la II Guerra Mundial, reconozcan, expresamente, el «derecho a la protección de la salud». La necesidad que en las mismas se advierte de garantizar prioritariamente los derechos que se reputan indispensables en una democracia liberal, recientemente reconstituida, tras un período de cuestionamiento o negación de su propia existencia, explica esa omisión. En este sentido, la Ley Fundamental de

Bonn, de 1949, se erige en el paradigma, más representativo, de lo indicado¹. No obstante, esa realidad no se aprecia unánimemente, ya que, de forma muy relevante, si bien excepcional, la Constitución de Italia de 1947, en su art. 32, tutela la salud «como derecho fundamental del individuo y en interés de la colectividad».

Sin embargo, sí es corriente observar la declaración del derecho de referencia, configurado, más bien, como derecho de crédito, en tanto que orientado a exigir a los poderes públicos prestaciones necesarias para preservar y restaurar la salud, en aquellas Constituciones de los Estados del Sur de Europa, como las de Grecia, Portugal y España, que fueron elaboradas en los años setenta del pasado siglo, certificando el acceso de aquéllos a la democracia. No en vano, durante ese período histórico, se juzgaba, ya, en Europa, consustancial a la forma democrática de Estado la obligación de amparar los llamados «derechos de justicia y solidaridad»², habida cuenta de la estrecha vinculación que aquéllos mantienen con la dimensión social que el constitucionalismo asume durante dicho período, favoreciendo el entendimiento del Estado constitucional como Estado material de derecho³.

Menos de dos décadas después, en la etapa fin de siglo, de ese reconocimiento del derecho a la protección de la salud se hacen eco las Constituciones de Polonia, Chequia, Eslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Ucrania y Albania; y, algo después, las Constituciones de los Estados que, en tiempos anteriores, integraban la antigua Yugoslavia, como son las de Eslovenia, Montenegro, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Macedonia del Norte y, últimamente, Kosovo. De forma más reciente, la Constitución de Suiza, de 1999, vino a sumarse a ese reconocimiento, si bien considerando a la protección de la salud, no un derecho, sino un objetivo que ha de orientar las políticas que debe desarrollar la Confederación⁴.

Además, el contexto internacional se muestra particularmente propicio. Así, en el ámbito de las Naciones Unidas, el derecho a la protección de la salud

¹ HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg. C.F. Müller, 3. Auflage. 1983, pp. 70 ss.

² RIEDEL, E. *Theorie des Menschenrechtsstandards*. Berlin, Duncker & Humblot, 1986, pp. 160 ss; y PÉREZ-LUÑO, A.E. «Las generaciones de derechos humanos», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10, 1991, pp. 203-217; en especial, p. 205.

³ GARCÍA PELAYO y ALONSO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza. 1977, p. 13; y BÖCKENFÖRDE, E.W. «Entstehung und Wandel des Staatsrechtsbegriff», en *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 143-169; en especial, p. 143.

⁴ HÄBERLE, P. «Verfassungsentwicklungen in Osteuropa –aus der sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre», en *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, pp. 75-113; en especial, pp. 75 ss.

es invocado con insistencia. De tal modo, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se refiere a aquél, acompañado de otros, como son los derechos a obtener alimentos, vestido, vivienda y a acceder a los demás servicios sociales necesarios, considerados imprescindibles para garantizar, a todas las personas, «un nivel de vida adecuado». Más específicamente, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12.1, reconoce «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental»; por lo que se insta a los Estados a que adopten medidas específicas, destinadas a asegurar la plena efectividad de ese derecho (art. 12.2). A este respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General n.º 14, de 11 de agosto de 2000, insistió en que se trata de un «derecho humano fundamental, indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos».

Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa, el artículo 11 de la Carta Social Europea hace hincapié en que los Estados adoptarán las «medidas adecuadas para eliminar, en lo posible, las causas de la salud deficiente, establecer programas educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y prevenir, en lo posible, enfermedades epidémicas, endémicas y otras».

En la Unión Europea el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales proclama que: «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria, en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales». Por eso, añade que «(A)l definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión, se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana». Pero, dado que la Unión carece de competencias propias en la materia⁵, corresponde a los Estados Miembros concretar el contenido material de la asistencia sanitaria que se dispense, por lo que serán aquéllos quienes establezcan los requisitos para acceder a dichas prestaciones. No obstante, la Carta configura la protección de la salud como un derecho subjetivo universal. De ahí que no establezca restricciones derivadas de la condición de ciudadano o de la situación administrativa concreta en la que se halle el demandante de asistencia. Mas la referencia a que el ejercicio del derecho se deba desarrollar «en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales», revela que su eficacia se limita a

⁵ El artículo 168 TFUE considera que la acción de la Unión se ha de limitar al *apoyo, coordinación y complemento* de las políticas nacionales desarrolladas por los Estados Miembros. Aun así, durante la pandemia de COVID-19, la Unión hizo un uso tan intenso como eficaz de esa competencia. Ello le permitió desempeñar un papel determinante en relación a la gestión centralizada de la compra y distribución de vacunas.

la condición de principio inspirador de la actuación de la Unión Europea y de los Estados Miembros; y no a la de derecho individual, susceptible de ser invocado, como tal, ante el Tribunal de Justicia de la Unión⁶.

Ese es el contexto en el que necesariamente se mueve la Constitución española de 1978, en la cual, conforme dispone su artículo 43, en su párrafo 1.º: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud»; añadiendo el párrafo 2.º del mencionado artículo: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto». Finalmente, el párrafo 3.º señala que «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio». Por tanto, la Constitución viene a asumir las dimensiones, tanto defensiva o negativa, como, sobre todo, prestacional o positiva, de un derecho, prefigurado en cuanto a sus contenidos mínimos indisponibles, cuya realización o configuración completa precisa de un conjunto de actuaciones, particularmente intensas, por parte de los poderes públicos⁷.

A ese respecto, cabe insistir, como nota característica del reconocimiento constitucional indicado, que el derecho a la protección de la salud, ni en España, ni en prácticamente ninguno de los Estados europeos, con la excepción, más semántica que real, de Italia y Portugal, recibe la consideración de derecho fundamental. De ahí que, al no presentar aquél esa consideración determinante, no vincule reforzadamente a todos los poderes públicos, ni vea asegurada su eficacia directa e inmediata. Tampoco se reservará su regulación a una ley orgánica, con la garantía de que su contenido esencial pueda ser aplicado, no sólo frente, sino, incluso, en ausencia del oportuno y, por lo demás, habitualmente necesario, desarrollo legislativo⁸. Ni podrá impugnarse su eventual vulneración, a través de un procedimiento preferente y sumario, ante los tribu-

⁶ MOYSE, F. «Article 35», EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Bruxelles, 2006, pp. 304-311. LÓPEZ ESCUDERO, M. «Artículo 35: protección de la salud», en Mangas Martín, A. (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, pp. 594-606; en especial, pp. 594 ss. GARCÍA PECHUÁN, M. «Artículo 35: Protección de la salud», en López Castillo, A. (Dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 1089-1115.

⁷ Lo considera, por ello, un «derecho materialmente fundamental», aunque no lo sea formalmente, cfr. DELGADO DEL RINCÓN, L. E. «Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia», en Biglino Campos, P., y Durán Alba, F. (Eds.), *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza. Colección Obras Colectivas. Fundación Manuel Giménez Abad, 2020. <https://doi-org/10.47919/FMGA.OC20.0017>

⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta. 1999, pp. 121 ss. También, SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Abogado, 2009, Décima edição, pp. 233 ss.

nales ordinarios; o hacerlo objeto, por sí solo, de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Ello obedece a que el derecho a la protección de la salud se ubica en el Capítulo III del Título I de la Constitución, lo que supone, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.3 de aquélla, unas menores garantías que, sin embargo, no implican su desprotección. Así, la condición que se le atribuye de principio rector de la política social y económica no supone, tal y como la STC 139/2016 vino a recordar, que su eficacia sea sólo la propia de una norma meramente programática, vacía de contenido, carente, en fin, de referencias que la informen, susceptibles de imponerse al legislador. No en vano, ya sea éste estatal, ya autonómico, deberá configurar el derecho conforme al tenor del mandato incluido en el párrafo segundo del artículo 43, concretando las prestaciones necesarias que garanticen su materialización, tal y como, por cierto, ha venido haciendo aquél, hasta el presente⁹.

Que no muestre, formalmente, el carácter de derecho fundamental suele, a veces, justificarse, aludiendo a la considerable dificultad estructural que conlleva hacerlo valer por sí mismo, con carácter previo a toda intervención legislativa de ordenación; argumento este que soslaya que otros, que sí se han hecho merecedores de ese estatuto constitucional, como el derecho a la educación, presenten unas características similares, lo que no ha sido, sin embargo, obstáculo para su garantía máxima. Ciertamente, la apertura manifiesta de la norma constitucional que lo enuncia, conduce a aquélla a expresar un programa constitucional, «prima facie», de distribución de bienes y servicios, que requiere un ineludible desarrollo, normalmente muy intenso, a cargo del Legislativo y del Ejecutivo, los cuales contarán con el margen de autodeterminación que de la Constitución se deduzca, por lo que nunca será pleno, siendo controlable en lo que a sus excesos se refiere¹⁰. Tal desarrollo configurador supone la creación de estructuras organizativas complejas y la necesaria apertura de cauces de participación activa a los sujetos y colectivos interesados, a fin de permitir la ulterior intervención o concesión de prestaciones a sus potenciales demandantes y el acceso a la tutela judicial efectiva. De ahí se derivarán derechos invo-

⁹ REY MARTÍNEZ, F. «Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 41, pp. 281-296. 2018; en especial, p. 282. También, JIMENA QUESADA, L. «Artículo 43: el derecho a la salud», en VV.AA, *Comentario a la Constitución española: 40 aniversario (1978-2018). Libro homenaje a Luis López Guerra*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 829-842.

¹⁰ BÖKENFÖRDE, E. W. «Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge», en *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 146-158, p. 156 ss. También, SARLET, I. W. *op. cit.*, pp. 317 ss.

cables ante los tribunales, si bien condicionados a la realización por parte de los poderes públicos de su presupuesto de hecho ¹¹.

Así, como sucede con todos los derechos de prestación, el derecho a la protección de la salud se configura, en la Constitución, como un derecho diferenciado a la ley, esto es, propiamente, como un «mandato de legislar», que requiere el concurso de acciones graduales de los poderes públicos, expresadas en normas de competencia, tendentes a realizar, «bajo la reserva de lo posible o de lo razonable», en palabras, ya clásicas, del Tribunal Constitucional Federal alemán ¹², el programa genéricamente prefigurado que determina la cláusula constitucional que lo reconoce. De ahí que sólo a partir de la regulación legislativa y, a menudo, administrativa, nazcan pretensiones jurídicas bien determinadas y exigibles ante los órganos jurisdiccionales, como derechos subjetivos individuales, esto es, dando forma a auténticas «posiciones jurídicas prestacionales», en sentido estricto ¹³.

Esa importante libertad de configuración con que cuenta, tanto el legislador estatal, como el autonómico ¹⁴, en el marco de la Constitución, faculta a aquél para extender o restringir los derechos y prestaciones concretas que conforman la protección de la salud, sin tener que atenerse al respeto o salvaguardia de un «contenido esencial», aquí inexistente. Aun así, actuarán como límites expresos, que restringirán sus posibilidades de actuación, ciertos contenidos básicos que el precepto constitucional incorpora de manera expresa. En consecuencia, el legislador habrá de establecer, en todo caso: un conjunto de «medidas preventivas»; un elenco o cartera de «prestaciones y servicios necesarios»; una relación de «derechos y deberes»; y un haz de acciones o iniciativas que fomenten la «educación sanitaria». Y, ciertamente, así ha procedido, hasta el punto de poderse afirmar que, a pesar de la débil consistencia normativa que, en la Constitución española, presenta el derecho a la protección de la salud, tal y como asimismo sucede en la mayoría de los Estados europeos, el alcance o

¹¹ HÄBERLE, P. «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Regensburg, Athenäum, 1980, pp. 163-186; en especial, pp. 163 ss. ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. (1986). (Trad. Esp., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 483 ss.). HESSE, K. «Grundrechte. Bestand und Bedeutung», en BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H. J., HESSE, K., HEYDE, W. (Hrs.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. (1994). (Trad. Esp., Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 83-124; en especial, pp. 93 ss.).

¹² BVerfGE, 43, 291.

¹³ PORRAS RAMÍREZ, J. M.^a «Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional», en F. Balaguer Callejón, (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 659-673; en especial, p. 663.

¹⁴ COBREROS MENDAZONA, E. «Artículo 149.116º», en Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*. Madrid, Wolters Kluwer, 2018, Tomo II, pp. 1355-1367.

extensión adquiridas por aquél haya llegado a ser, hoy, muy considerable. Todo lo contrario de lo que sucede en muchos países de Iberoamérica, en los que, pese a contar, aparentemente, con una garantía constitucional del derecho más reforzada, en la práctica, su materialización se encuentra rodeada de limitaciones muy significativas. De ahí que, en demasiados supuestos, solo el control de convencionalidad, efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haya colmado, en parte, esas carencias, dando así cuerpo o contenido a un derecho de, más bien, reducida o debilitada efectividad¹⁵.

En cualquier caso, que el derecho a la protección de la salud no merezca el reconocimiento propio de un derecho fundamental, genera un riesgo importante: permite que el legislador introduzca retrocesos significativos en la determinación de un alcance que se revela, así, lejos de quedar consolidado. Por tanto, aun cuando la acción involutiva o regresiva del legislador, amparada frecuentemente en situaciones de crisis económica, no pueda suponer el despojo del contenido mínimo o básico del derecho, prefigurado en la norma constitucional, lo cierto es que el amplio margen de autodeterminación de que goza aquél le ha llevado, en ocasiones, a efectuar redefiniciones «in pejus», a veces, muy notables, de los, en exceso, indeterminados contenidos de índole prestacional que aparecen ligados al derecho¹⁶.

Para evitar esas actuaciones sólo cabe plantear una reforma de la Constitución, a fin de que el derecho a la protección de la salud se acabe incorporando a la relación de los que merecen las sobresalientes garantías dispuestas en los artículos 53.1 y 53.2 CE. Así, se propone incluirlo, «de Constitutione ferenda», junto con aquéllos a los que se considera fundamentales en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, a fin de dotarlo de un «contenido esencial», vinculante para el legislador, y, a su vez, en orden a que se haga beneficiario, por sí mismo, de una garantía jurisdiccional, directa y máxima, también, de carácter extraordinario, ante el Tribunal Constitucional. A ese fin, la redacción del precepto puede seguir siendo la misma que presenta el actual artículo 43, si bien pasando a ubicarse en un nuevo párrafo, el 2.º, del artículo 15 de la Constitución.

En tanto en cuanto así se procede, se observa, en España, cómo, a fin de paliar la insuficiente protección que afecta a este derecho, al igual que sucede con la mayoría de los considerados de prestación, los Estatutos de las Comu-

¹⁵ FERRER MAC-GREGOR POISOT, E. «La exigibilidad directa del derecho a la salud y la obligación de progresividad (a propósito del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*)», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 52, n.º 154, 2019, pp. 1-16; en especial, pp. 13 ss.

¹⁶ MÜLLER, J. P. «Soziale Grundrechte in der Verfassung?». *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Band 114, págs. 853-894; en especial, pp. 900 ss.

nidades Autónomas, normas éstas material, ya que no formalmente equiparables a las Constituciones de los Estados miembros en los sistemas federales¹⁷, en atención a la función que realizan, han efectuado su reconocimiento, más preciso y específico, en el marco de la declaración de nuevos derechos, deberes y principios rectores. En todo caso, esas referencias suplementarias, asociadas al derecho a la protección de la salud, se vinculan necesariamente al ámbito competencial asumido por la respectiva Comunidad Autónoma. De este modo, vinculan, positiva y negativamente, al legislador territorial, ya que, de un lado, propician actuaciones tendentes al desarrollo del derecho, de acuerdo con el contenido concreto que a aquél se atribuye en la correspondiente norma estatutaria; y, de otro, limitan su libertad de configuración, lo que implica una prohibición de retroceso, respecto de ese núcleo básico de beneficios prestacionales, adicionales, así consolidado¹⁸.

De esta suerte, cabe comprobar el minucioso reconocimiento que se ha efectuado del derecho a la protección de la salud y de su extensión concreta, en especial, en los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía; regulaciones éstas que no pretenden reiterar lo que la Constitución ya dispone; sino avanzar con respecto a lo en ella establecido, afianzando posiciones jurídicas subjetivas, reclamantes de intervenciones o prestaciones concretas, ya a los poderes públicos, ya a terceros, las cuales encuentran así una cobertura y garantía jurídicas efectivas en el orden autonómico, que refuerzan lo prevenido, inicial y más débilmente, en la Constitución. De ahí que se proyecten en pautas directivas de normación jurídica que han de ser objeto de expreso y positivo desarrollo legislativo y de eficiente ejecución administrativa.

En particular, el Estatuto andaluz establece, como garantía institucional del derecho a la protección de la salud, la existencia de un «sistema sanitario público de carácter universal» (art. 22.1 EAA). Al tiempo, concreta los derechos derivados que asisten, indefectiblemente y con carácter mínimo, a los pacientes y usuarios del sistema de salud pública, en el territorio de la Comunidad Autónoma, los cuales ven, de ese modo, garantizado el acceso a todas las prestaciones que asume el sistema, entre las que sobresalen los derechos a la libre elección de médico y de centro sanitario; a recibir información sobre los servicios y prestaciones que se ofrecen; a ser adecuadamente informado sobre los procesos de la enfermedad que se sufre; y, antes de emitir el consentimiento-

¹⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J. Voz «Estatuto de Autonomía», en VV.AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid. Civitas. 1995, Volumen II, pp. 2932-2935.

¹⁸ CÁMARA VILLAR, G. «Derechos, deberes y principios rectores», en Balaguer Callejón, F. (Coord.), *Manual de Derecho autonómico de Andalucía*, Madrid, Tecnos, Segunda edición, 2022, pp. 27-44; en especial, p. 32.

to para ser sometido a un tratamiento médico, a que el paciente sea atendido con respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad; al consejo genético y a la medicina predictiva; a la garantía de no superar un tiempo máximo para acceder a los servicios y tratamientos; a disponer de una segunda opinión facultativa; a beneficiarse de cuidados paliativos; a la confidencialidad de los datos de salud, características genéticas y acceso al historial clínico; a recibir asistencia geriátrica especializada; y a ser destinatario de programas y actuaciones especiales y preferentes, en caso de sufrir una enfermedad mental, crónica, invalidante o pertenecer a un grupo de riesgo reconocido (arts. 22.3 y 22.4 EAA).

Es, así, que la ley determinará los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de estos derechos, de tal forma garantizados en su contenido básico (art. 22.4 EAA) ¹⁹. Por tal vía se contribuye a generalizar un sistema multinivel de protección de los derechos, de carácter social o prestacional, más intenso y completo, que mejora, sin duda, su eficacia, avanzando en pos de su realización plena.

Asimismo, ha de destacarse el esfuerzo efectuado para proteger, en los diversos órdenes jurisdiccionales ordinarios, la salud, en tanto que interés colectivo, en ocasiones considerado difuso, reclamado por una, a veces, vasta e indiferenciada masa de sujetos. Se reconoce con ello una situación jurídica activa, expresiva de un auténtico interés legítimo, que implica, por una parte, un derecho de participación de los colectivos implicados en su configuración; y, por otra, dada la potencial afectación lesiva que, ocasionada por un acto o disposición, pueda sufrir el mismo, en perjuicio de cuantos son sus particulares beneficiarios, el derecho reaccional de acceso de los afectados, articulado individual o grupalmente, a la jurisdicción ordinaria, aunque no así a la constitucional, para lograr la reparación del daño causado.

A tal fin, se legitima procesalmente para el ejercicio de la acción a todos los miembros de la colectividad afectada, en orden a que puedan deducir una pretensión común a todos ellos, que, de resultar acogida, aun habiéndola expresado sólo un miembro o una parte del colectivo interesado, beneficiará a cuantos componen aquél, al proyectarse los efectos de la resolución judicial, no sólo sobre el actor o actores, sino en relación con toda la comunidad de sujetos concernidos ²⁰.

¹⁹ GARRIDO CUENCA, N. «Derechos, principios y objetivos relacionados con el derecho a la salud», en Balaguer Callejón, F. (Dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, pp. 605-621; en especial, p. 610.

²⁰ CAPPELLETTI, M. *Access to justice in Welfare State*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 86; VV.AA., *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della coletività*, Rimini, Maggioli editore, 1982, *passim*.

2. UNA TITULARIDAD Y UN CONTENIDO DEL DERECHO CUESTIONADOS

Junto con el de su garantía, cuestión acerca de la cual se volverá más adelante, el principal problema que, hasta el presente, se ha planteado en España tiene que ver con la titularidad del derecho. Esto es, afecta a la determinación de quiénes son los beneficiarios del mismo. La fórmula impersonal utilizada por la Constitución, en el primer párrafo del artículo 43: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud», unida a la previsión del párrafo segundo, que hace mención a «... los derechos y deberes de todos», conduce inicialmente a pensar en el carácter indiscriminado y universal que implica su reconocimiento²¹. La pretensión de acceso al ejercicio del derecho por parte de cualesquiera personas, gocen o no del estatus de ciudadanos, se explica así en atención a que la Constitución no distingue a la hora de limitar o circunscribir la titularidad del derecho a los españoles, en detrimento de los extranjeros.

Dicha interpretación se vio confirmada por la creación, mediante la Ley 14/1986 General de Sanidad, de un sistema público de salud por el que se garantizaba la asistencia sanitaria, gratuita y universal, a la par que se declaraba, en su artículo 1.2, que son titulares del «derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional». Sin embargo, conforme al artículo 1.3, se determinó que «los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho, en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan»²²; consideración ésta que abre la posibilidad legal, tanto de incluirlos, como de excluirlos; o de restringir, ligándolo a la satisfacción de determinadas condiciones o requisitos, el acceso al ejercicio del derecho.

Aun así, la tendencia y la voluntad del legislador, que culmina en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, no fue otra que, en consonancia con el espíritu de la Constitución, de los convenios internacionales y de la importante ley fundacional del sistema, universalizar el derecho, negándose así a considerar que las ventajas que aquél comporta, suponen una

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, Aranzadi. 1999, p. 96.

²¹ CÁRCAR BENITO, J. E. «Una reflexión sobre el derecho a la asistencia sanitaria como derecho social y universal con financiación pública», *Revista de Derecho UNED*, 18, 2016, pp. 191-224; en especial, p. 201.

²² *Vid.*, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*. (BOE 128 de 29/5/2003).

contraprestación a lo cotizado²³; sino, más bien, una manifestación más de la intención de garantizar a todas las personas, de forma, por tanto, indiscriminada, el disfrute de un derecho asociado a una digna calidad de vida.

A pesar de ello, el Real Decreto 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, dictado al amparo de la grave crisis económico-financiera, iniciada en 2008, cuestionó esa interpretación, hasta entonces constante. Así, vino a limitar el alcance de la asistencia sanitaria pública, privando de acceso a aquélla a los miembros de determinados colectivos. En consecuencia, se dispuso que, para ser beneficiario de aquélla, se requería contar con la restrictiva condición de asegurado; o ser nacional español; o nacional de un Estado europeo con autorización de residencia en España, que acredite no superar el límite de ingresos determinado reglamentariamente. De este modo, los extranjeros en situación irregular o de estancia temporal, al no poseer permiso administrativo de residencia en el país, quedaron excluidos genéricamente del sistema, a menos que se acogieran a las «situaciones especiales» descritas por la ley, lo que les permitía: recibir asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente; por embarazo, parto y postparto; y, en todo caso, si eran menores de dieciocho años.

Al actuar de este modo, el legislador vino a propiciar una clara involución en la protección de la salud de las personas, revirtiendo la orientación gradual y progresiva que, desde un principio, marcó, en este aspecto, el desarrollo de la Constitución. Arrebató así la titularidad del derecho y la condición consiguiente de beneficiarios de prestaciones sanitarias a determinados grupos de personas, distinguiendo donde la Norma Fundamental, en principio, no lo hacía, por motivos de nacionalidad o residencia²⁴. De este modo, se generó un daño o perjuicio grave a colectivos numerosos, alguno especialmente vulnerable, como el de los migrantes en situación irregular, a los que se privó, en gran medida, del derecho, causando simultáneamente una afectación lesiva potencial a la salud pública. No en vano, al apartar a un sector de la población de la asistencia sanitaria ordinaria, se situó en posición de riesgo al conjunto de aquélla, al tiempo que se saturaban los servicios de urgencia hospitalaria.

Años más tarde, el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, suprimió, en buena medida, esas restricciones, volviendo a considerar titulares del derecho a la protección de la

²³ DELGADO DEL RINCÓN, L., *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 53.

²⁴ Aun así, el artículo 13.1 de la Constitución determina que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I, «en los términos que establezcan los tratados y la ley».

salud y a la atención sanitaria a todas las personas con nacionalidad española y a las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en territorio español. Asimismo, vino a determinar que los extranjeros que no gocen de residencia legal en España tendrán, también, reconocido el derecho, siempre que cumplan con una serie de requisitos²⁵. Igualmente, aquellos extranjeros que se encuentren en situación de estancia temporal (esto es, durante menos de noventa días), podrán acceder, también, a las prestaciones que conlleva el ejercicio del derecho, siempre que se emita un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas. De este modo, aun avanzándose en pos de su universalización, lo cierto es que la subsistencia de ciertas restricciones administrativas, que afectan, sobre todo, a los migrantes en situación irregular, lastran la recuperación de la concepción primigenia del derecho a la protección de la salud, dificultando su realización universal²⁶.

Además, no hay que olvidar que la polémica STC 139/2016, de 21 de julio, avaló, considerándola conforme a la Constitución, la pretensión del legislador, debidamente justificada, de estrechar o reducir el alcance subjetivo del derecho, cuando aquél así lo estime necesario u oportuno. Se vino así a reconocer a aquél una amplia capacidad de configuración, en relación a cuanto concierne a la organización de la salud pública y a disponer su procura a través de las medidas, las prestaciones y los servicios imprescindibles. A su vez, el Tribunal Constitucional se limitó a identificar, de forma cuestionablemente restrictiva, como contenido mínimo del derecho que ha de reconocerse a todas las personas, la atención en urgencias, vinculada a un riesgo grave para la salud y la vida. Pero más allá de eso, no estableció límites a la reversibilidad de la protección respecto al alcance de la asistencia sanitaria general.

Esta interpretación ignora que el riesgo o daño grave para la vida e integridad de la persona lo generará, de forma mediata, esto es, a medio y largo plazo, la restricción del acceso a las prestaciones sanitarias. Por tanto, la aplicación de una política legislativa como la desarrollada, abiertamente, entre 2012 y 2018, lejos de contribuir a la pretendida sostenibilidad del sistema, favorece, ciertamente, la reducción de gastos a corto plazo, si bien a costa de propiciar un más

²⁵ Tales requisitos son, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 ter.2 de la Ley 16/2003: a) no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el Derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable; b) no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia; y c) no existir un tercero obligado al pago.

²⁶ EUROPEAN AGENCY OF FUNDAMENTAL RIGHTS, *Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation*. Luxembourg. Publications Office of the European Union. 2015. <https://fra.europa.eu/en/publication/2015/cost-exclusion-healthcare-case-migrants-irregular-situation>.

que probable incremento de aquéllos, con el trascurso del tiempo²⁷. En cualquier caso, el resultado que ofrecen tales políticas no es otro que propiciar la desprotección de un derecho, asociado inextricablemente a la digna calidad de vida de las personas, a sectores poblacionales especialmente vulnerables, de una forma que no resulta, ni proporcional, ni razonable²⁸.

En cualquier caso, el Proyecto de Ley de Universalidad del Sistema Nacional de Salud, de 2024²⁹, que reitera los contenidos del decaído Proyecto de Ley de Equidad, Universalidad y Cohesión Sanitarias, garantiza el acceso universal a la sanidad pública, mejorando y ampliando los derechos de sus usuarios, con independencia de su condición administrativa. A tales efectos, modifica la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud³⁰, suprimiendo las restricciones, aún persistentes, que vinculaban el acceso al sistema sanitario a la exigencia de cotización a la Seguridad Social. De este modo, los colectivos de no nacionales cuya situación en España no estaba regularizada (incluyendo aquí al colectivo de solicitantes de protección internacional, a los peticionarios y beneficiarios de protección temporal y a las víctimas de trata) y el de los españoles residentes en el extranjero, y sus familiares, hasta entonces privados del acceso irrestricto e incondicionado a la sanidad, quedan incorporados plenamente al sistema. Se pretende así recuperar el espíritu de la Ley General de Sanidad de 1986, extendiendo el derecho a la protección de la salud a todos. Y se establece una cartera única y común de servicios en el territorio nacional para que puedan beneficiarse de ella los titulares del derecho, con independencia de cuál sea la Comunidad Autónoma en la que aquéllos demanden su prestación³¹.

Ciertamente, la pandemia de COVID-19 manifestó la importancia de garantizar la extensión universal, gratuita y homogénea del derecho a la protec-

²⁷ BALAGUER CALLEJÓN, A. «El derecho a la salud de los migrantes», en Porras Ramírez, J. M.^a (Dir.) y Requena de Torre, M.^a D. (Coord.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 411-442; en especial, p. 432.

²⁸ REQUENA DE TORRE, M.^a D. «La asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares y a solicitantes de protección: ¿un derecho universal a la salud?» en VV.AA., *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro homenaje a Jörg Luther*, Pamplona, Thomson Reuters, 2020, pp. 427-443; en especial, p. 431.

²⁹ [https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XV&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-15-A-21-1.CODI.\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-15-A-21-1.CODI.)).

³⁰ <https://planderecuperacion.gob.es/noticias/gobierno-aprueba-proyecto-ley-universalidad-sistema-nacional-salud-prtr>.

³¹ De este modo, además, se ejecuta el Componente 18, referido a la «Renovación y ampliación de capacidades del Sistema Nacional de Salud», del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, comprometido por el Reino de España con la Unión Europea, en el marco del *Programa Next Generation EU*. <https://Plan de Recuperación, Transformación y Resilienciaplanderecuperacion.gob.es>.

ción de la salud, habida cuenta de la necesidad que, hoy, se ha hecho tan presente, de fortalecer los sistemas sanitarios públicos para hacer frente a situaciones como la sufrida. Además, evidencia cuan necesarios son los esfuerzos supranacionales desplegados para coordinar la respuesta a amenazas imprevisibles y extraordinarias, tal que la experimentada, la cual requirió proporcionar atención hospitalaria a un número muy significativo de personas, junto con la exigencia de proveer de vacunas a prácticamente toda la población. Se pone así de manifiesto cómo la globalización ha irrumpido, también, en el ámbito del derecho a la protección de la salud, revelando la impotencia de los Estados para afrontar, por sí mismos, situaciones que superan su capacidad individual de actuación³².

3. AVANCES LIMITADOS EN LA TUTELA JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIA DEL DERECHO. SU CONEXIÓN DIRECTA CON EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL (ART. 15 CE)

Además del problema de la titularidad, la no consideración del derecho a la protección de la salud como derecho fundamental, sujeto a las garantías que ello comporta, ha supuesto que los particulares no puedan acudir al recurso extraordinario de amparo para articular subsidiariamente pretensión inmediata o directa alguna de restitución, en supuestos de menoscabo de aquél³³. No obstante, a fin de colmar esa carencia, se ha vinculado el derecho a la protección de la salud a otros que sí merecen esa calificación, lo que le permite contribuir decisivamente a la determinación de los contenidos de éstos. Mas, en tales casos, el derecho a la salud deberá supeditarse a las peculiaridades que revistan esos derechos fundamentales, cuya infracción se presupone que se habrá producido por aplicación de la ley³⁴.

Subyace a este interés por maximizar su protección jurisdiccional el entendimiento de que la salud, aun no gozando de un nivel máximo de protección en

³² Commission Decision of 18.6.2020 approving the agreement with Member States on procuring Covid-19 vaccines on behalf of the Member States and related procedures. C (2020) 4192 final. [https://www.google.com/search?q=Commission+Decision+of+18.6.2020+approving+the+agreement+with+Member+States+on+procuring+Covid-19+vaccines+on+behalf+of+the+Member+States+and+related+procedures.+C+\(2020\)+4192+final.&rlz=1C1CHBF_esES922ES922&oq=Commission+Decision+of+18.6.2020+approving+the+agreement+with+Member+States+on+procuring+Covid-19+vaccines+on+behalf+of+the+Member+States+and+related+procedures.+C+\(2020\)+4192+final.&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCTM1ODhqMGoxNagCCLACAQ&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=Commission+Decision+of+18.6.2020+approving+the+agreement+with+Member+States+on+procuring+Covid-19+vaccines+on+behalf+of+the+Member+States+and+related+procedures.+C+(2020)+4192+final.&rlz=1C1CHBF_esES922ES922&oq=Commission+Decision+of+18.6.2020+approving+the+agreement+with+Member+States+on+procuring+Covid-19+vaccines+on+behalf+of+the+Member+States+and+related+procedures.+C+(2020)+4192+final.&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBCTM1ODhqMGoxNagCCLACAQ&sourceid=chrome&ie=UTF-8).

³³ JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales...*, op. cit, p. 123.

³⁴ COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1989, pp. 185 ss.

la Constitución, ha devenido en nuestra cultura un derecho inherente a la dignidad humana³⁵, un requisito ineludible para alcanzar un nivel de vida adecuado, en tanto que «prius» o «conditio sine qua non», indispensable para el ejercicio de otros derechos. Se expresa así el anhelo de que todo ser humano tenga derecho a que se proteja su salud, con independencia de que goce, o no, del estatuto de ciudadanía; y sea cual sea su concreta situación administrativa. Ello comporta la exigencia de que se asegure el acceso, tanto a la prevención, como a una asistencia reparadora suficiente de su estado de bienestar físico, mental y social. Y a que se establezcan controles por parte de los poderes públicos, a fin de que aquél no sea puesto en peligro por medio de cualquier amenaza.

Partiendo de esta realidad, esto es, del hecho de que asistimos a un proceso, aun imperfecto o inconcluso, de reconocimiento y, sobre todo, de garantía plena del derecho a la protección de la salud, los Tribunales Constitucionales europeos, entre los que sobresalen el alemán y el español, han insistido en subrayar las «conexiones» existentes entre el mandato de protección de la salud y algunos derechos, indiscutiblemente fundamentales, con los que aquél entra en relación. Se pone así de manifiesto la fuerza expansiva e irradiante que ha adquirido contemporáneamente.

Algunas de estas conexiones son directas o inmediatas, como las que se aprecian en relación, sobre todo, con el derecho a la integridad física y moral. Atendiendo exclusivamente a las que se han establecido con ese cualificado derecho, el vínculo se advierte en atención al daño o peligro grave y cierto que sufre la salud en las ocasiones en las que, simultáneamente, aquel derecho se ve comprometido, hasta el punto de poder declararse su lesión, expresamente, «por motivos de salud». Es así que el derecho a la protección de la salud se relaciona, ante todo, con el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en la jurisprudencia constitucional española³⁶, partiendo de que este último precepto protege la inviolabilidad de la persona contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu; y cualquier otra modalidad de intervención sobre esos bienes, realizada sin el consentimiento de su titular. De ese

³⁵ BVerfGE 40, 121, (133). BVerfGE 78, 104. Vid., KÖNEMANN, B. *Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf das Existenzminimum*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac. 2005, p. 32; y STJUE (Gran Sala) de 12 de noviembre de 2019. Asunto C-233/18, *Zubair Haqbin y Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers*.

³⁶ Cfr., el exhaustivo estudio de SANTIAGO REDONDO, K. «Artículo 43», en Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018, Tomo I, pp. 1345-1359; en especial, pp. 1348 ss. También, TENORIO SÁNCHEZ, P. «Naturaleza y contenido del derecho constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa al mismo», en *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 27, 2018, pp. 1-33; en especial, p. 23.

modo, se determina que «el derecho a no dañar o perjudicar la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal», en las ocasiones en que se genere un «peligro grave y cierto» para la misma (SSTC 5/2000, FJ 3.º y 119/2001, FJ 6.º)³⁷.

En este sentido, las primeras sentencias que pusieron de manifiesto la conexión entre ambos derechos se refirieron a reclusos en establecimientos penitenciarios. En el marco de la relación de sujeción especial que vincula a aquéllos con la Administración Penitenciaria, y dada la obligación que asume ésta de velar por la vida y la salud de las personas sometidas a su custodia, el Tribunal Constitucional trató diversos supuestos en los que se planteaban posibles limitaciones de derechos fundamentales de los reclusos y de otros bienes constitucionalmente protegidos, relacionando el artículo 15 y el artículo 43.1 CE (SSTC 120/1990 y 35/1996). En tales casos se declaró que el derecho fundamental a la integridad física y moral podía verse afectado por actuaciones coactivas que, aun viéndose justificadas por las normas de seguridad penitenciaria, pudieran suponer una amenaza o daño grave, inmediato o futuro, para la salud. Así, se determinó que el derecho fundamental resulta lesionado si se impone a una persona asistencia médica coactiva en contra de su voluntad, a no ser que ello encuentre justificación constitucional. Semejante disculpa se advirtió, excepcionalmente, de forma polémica, en la STC 120/1990, al afectar a presos terroristas en situación de huelga de hambre, por lo que dio lugar a la desestimación del recurso de amparo en una sentencia que, no obstante, se vio contestada por importantes votos particulares. Mas lo importante, en lo que aquí toca, es que en ella vino a reconocerse, por vez primera, el vínculo existente entre la integridad física y la protección de la salud personal³⁸.

Y justo es reconocer, a ese respecto, que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, «reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», confirmó esa conexión, cuando vino a concluir que sólo la prestación del consentimiento por parte del titular del derecho faculta una intervención legítima en la integridad de la persona, sin menoscabo consiguiente de su derecho a la salud. No en vano, según establece el artículo 8.1 de esa Ley, «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado». Por tanto, una vez que éste haya recibido la información disponible, le corresponderá valorar las opciones propias del caso y prestar, en su caso, el

³⁷ CANOSA USERA, R. *El derecho a la integridad personal*, Madrid, Lex Nova, 2006, p. 34.

³⁸ CUEVA ALÉU, I. de la, «El derecho constitucional a la protección de la salud: jurisprudencia constitucional», en VV.AA., *Salud pública y Derecho administrativo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 13-79; en especial, p. 13.

pertinente consentimiento informado, que puede revocar libremente, por escrito, en cualquier momento³⁹.

A su vez, aun siendo, también, desestimatoria del recurso, la STC 35/1996 fue la primera en referirse al potencial impacto que tienen sobre el derecho a la integridad física y moral distintas actuaciones seguidas en el curso de un proceso penal, concebidas como actos de investigación o medios de prueba, ya que pueden suponer un daño a la salud. Así, dicha resolución dispuso que las exploraciones, con rayos X, a internos en un centro penitenciario, en contra de su voluntad, podían suponer una lesión del mencionado artículo 15, y un menoscabo de la salud del paciente, si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad carcelaria tenían excesiva intensidad, se repetían con demasiada frecuencia, o se practicaban de forma técnicamente inapropiada, o sin observar las garantías exigibles. En una misma línea, el Tribunal Constitucional se refirió, en la STC 207/1996, a que esas intervenciones corporales, orientadas a la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (sometimiento a escáner o TAC, resonancia magnética...) y así averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión de un delito, podían suponer una afectación lesiva del derecho a la integridad física, implicando un daño corporal, con riesgo para la salud, si se efectuaban sin las debidas garantías (STC 207/1996, FJ 4.º).

La jurisprudencia constitucional posterior insistió en el estrecho nexo existente entre el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la protección de la salud, en otros supuestos relevantes. Así, la STC 119/2001, alude a la vulneración del derecho que se produce por la exposición continuada de los individuos que habitan una vivienda, como consecuencia de las molestias generadas por establecimientos hosteleros existentes en la zona, a niveles intensos de contaminación acústica, que ponen en grave peligro o riesgo la salud de las personas. Aun así, el Tribunal Constitucional determinó que, si bien «no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo, cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a causa de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15»⁴⁰. El vínculo entre el derecho fundamental a la integridad física y el derecho a la protección de la salud se hace así patente.

³⁹ Artículo 8.5 de dicha Ley Básica 41/2002. Cfr., al respecto, Porras Ramírez, J. M.^a (Coord.), *De-recho de la Libertad Religiosa*, Madrid, Tecnos, 2024, Undécima edición, p. 74.

⁴⁰ SERRANO-SÚÑER HOYOS, G. y TENORIO SÁNCHEZ, P. «Salvaguarda de los derechos fundamentales frente al ruido», en *Revista de Derecho Político*, n.º 62, 2005, pp. 95-146; en especial, p. 95.

Otras sentencias han insistido en estos mismos planteamientos. No obstante, es importante aclarar que ambos derechos no se confunden, ya que el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho fundamental no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud. En consecuencia, se producirán intervenciones corporales indiferentes para la salud del sujeto pasivo, prohibidas, sin embargo, por el artículo 15; y otras que, por las circunstancias en que se desarrollan, se considerarán legítimas desde el punto de vista de ese precepto constitucional, pese a incidir sobre la salud u ocasionar algún grado de malestar a la persona afectada, y que no se consideren lesivas por no causar en ella un daño o un riesgo relevante, cierto o grave, que es lo determinante para que quede comprometido el artículo 43.1, en relación con el artículo 15 CE⁴¹. Así se observa, por ejemplo, en el ATC 57/2000, que inadmite el recurso de amparo presentado por una persona que fue requerida por su empleador para aportar el perfil biométrico de su mano, con la finalidad de implantar un sistema de control de permanencia de la empresa, al considerar el Tribunal Constitucional que no existía acreditación alguna de que dicho sistema causara daño para la salud del recurrente.

En cualquier caso, existe una notable confluencia del artículo 43.1 CE con el derecho fundamental a la integridad física en el ámbito de las relaciones laborales. En ese sentido, las SSTC 62/2007 y 160/2007 destacan notablemente.

En el primer supuesto, el Tribunal Constitucional, en la STC 62/2007, apreció la vulneración del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), en relación con el artículo 43.1 CE, al otorgar el amparo a la demandante, la cual se mostraba disconforme con el hecho de haber sufrido una reasignación de funciones en su trabajo, que implicaba un traslado de puesto. Se determinó así que, en su condición de madre gestante, los nuevos cometidos que se le habían asignado suponían un especial peligro para su salud y la de su futuro hijo, dado el evidente riesgo potencial de contagio de enfermedades existente en dicho puesto. No en vano, en sus instalaciones se hallaban animales portadores de enfermedades. De este modo, la sentencia ordenó la restitución de la trabajadora a su situación original, en evitación de que se produjera una lesión de su derecho a la integridad física, al afectarse lesivamente su salud. A tal fin, la STC 62/2007 alude a los preceptos relativos a la protección de la maternidad, recogidos en la Ley de Riesgos Laborales, para subrayar que dicho régimen legal viene a constituir el desarrollo de la

⁴¹ VILLA GIL. L. E. de la, «El derecho constitucional a la salud», en VV.AA., *Las transformaciones del Derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 969-1004; en especial, p. 972.

tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora gestante, por lo que la lesión del derecho fundamental se producirá si, desatendiendo esas concretas previsiones legales, relativas a la protección de la salud de la trabajadora y de su estado de embarazo, el empleador, aun así, le asigna una actividad peligrosa que pueda generar un riesgo grave para la salud o para la gestación, omitiendo las obligaciones de protección y prevención que le competen⁴².

En el siguiente caso, resuelto por medio de la STC 160/2007, se contesta a la demanda de amparo de una trabajadora que alegaba su temor fundado a sufrir un trato vejatorio, inhumano y degradante, causante de daños a su salud mental, por parte de su superior, si se la trasladaba a un puesto de trabajo que se encontrara bajo la dirección de aquél. La constatación de esos hechos permitió al Tribunal Constitucional subrayar, tras reiterar la conexión existente entre la protección de la salud y el derecho a la integridad física; que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino, únicamente, el que genere un peligro grave y cierto para la misma. De ese modo, se concluye afirmando que el artículo 15 CE no protege frente a cualquier daño o riesgo potencial o hipotético para la salud, sino que sólo cabe invocarlo frente a decisiones empresariales, como las que comportan el traslado forzoso o la orden de reincorporación al puesto de origen, las cuales tengan lugar «existiendo un riesgo constatado de producción cierta o potencial, pero justificado «ad casum», de la generación de un peligro para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta».

Desarrollando esta idea, cabe entender que el artículo 15 de la Constitución, declarativo del derecho fundamental a la integridad física y moral, se ve afectado, tanto si el riesgo ha quedado constatado, como si no se ha verificado aún, pero no puede descartarse que se produzca en vistas de las circunstancias del caso, ya que este hecho resulta suficiente para activar la protección constitucional. Por tanto, el derecho fundamental proyecta, también, su cobertura preventivamente, esto es, no sólo ante la confirmación de la producción del daño, ni siquiera ante su inminencia, al no ser necesaria la actualización del daño para que se desencadene la tutela constitucional. Si no fuera así, dicha protección sería sólo compensatoria o restitutoria, pero no inhibitoria, ni preventiva de la lesión. Por eso, en definitiva, el Tribunal Constitucional entiende

⁴² MARTÍN HERNÁNDEZ, M.^a L. «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y la salud en el trabajo: un estudio desde la perspectiva de género», en *Revista Española de Derecho del Trabajo-Civitas*, n.º 137, 2008, pp. 115-158.

que la vulneración del artículo 15 CE no requiere que la lesión de la integridad física de la persona se haya consumado, sino que basta con que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse para apreciarla. Así pues, es suficiente demostrar un riesgo cierto o previsible y grave para activar la cobertura constitucional del derecho fundamental⁴³. En todo caso, se exige un deber de acreditación del riesgo cierto o potencial, que ha de probar la parte actora. Por tanto, a aquélla le corresponde siempre demostrar la relación de causalidad existente entre las medidas impugnadas y las consecuencias lesivas que se pretenden impugnar. En consecuencia, no basta con acreditar, en abstracto, que una determinada actividad es peligrosa o puede llegar a serlo, sino que habrá de justificarse que la orden recibida puede llegar a causar el daño, en ese caso concreto, específicamente, a quien formula la denuncia.

Asimismo, tiene también interés subrayar que el derecho a la integridad física puede resultar comprometido, no sólo por acciones, sino también por omisiones del empleador en el marco de la relación laboral. De este modo se advierte en la primera sentencia comentada, en la que la Administración empleadora tuvo noticia del embarazo, que la trabajadora demandante hizo constar, por lo que fue la inactividad sucesiva de aquélla, pese a conocer el hecho del embarazo, la que generó un riesgo consiguiente para la salud de la mujer embarazada, vulnerando así el derecho fundamental. De este modo, se demuestra que cabe lesionar el derecho fundamental por omisión, como también ha expresado la STC 220/2005, en la que la Administración para la que trabajaba la denunciante denegó por dos veces a aquélla sus solicitudes de prórroga de baja por incapacidad laboral temporal, obligando a la recurrente a reincorporarse a la vida laboral. Así, aun desestimando el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional insistió en que el derecho a la integridad física puede verse lesionado, no sólo por acciones, sino también por omisiones de los poderes públicos, como cuando se aprecia una negativa injustificada a conceder una prórroga de baja por incapacidad laboral. No en vano, este hecho, en determinadas circunstancias, comporta un riesgo o daño para la salud del trabajador.

En este sentido, en el referido marco de las relaciones laborales, es importante tener en cuenta que el Tribunal Constitucional no ha definido la tutela constitucional del artículo 15 CE, en conexión con el artículo 43.1 CE, en referencia a una concepción abstracta o apriorística del riesgo para la salud; ni tampoco, en particular, midiendo lo que se considera objetivamente generador de riesgos para la salud en un trabajador. Más bien, lo que resulta constitucionalmente relevante es que se ocasione riesgo para la salud del denunciante, y

⁴³ SANTIAGO REDONDO, K. *op. cit.*, p. 1351.

que se acredite debidamente. Se trata, pues, de una aproximación caso por caso, aunque apreciando un doble requisito adicional: que el riesgo o daño para la salud no nazca de factores ajenos a los antecedentes laborales pretendidamente desencadenantes; y que la medida impugnada genere un riesgo cierto o potencial justificado en el caso concreto. Ambos requisitos propician la relación de causalidad que es necesario valorar. Así, el Tribunal Constitucional viene aplicando el criterio de la previsibilidad del riesgo, para comprobar si existe nexo causal entre los antecedentes y la situación patológica señalada, en el contexto de una situación concreta⁴⁴.

Otro elemento a tener cuenta que se deduce de esta importante doctrina jurisprudencial afecta al daño a la salud por anticipación. Así, el Tribunal Constitucional describe en la referida STC 160/2007 un doble escenario de protección del derecho fundamental. Primeramente, considera que, aun cuando la tutela ordinaria de este tipo de supuestos opera cuando se demuestren problemas sucesivos a los hechos previos que puedan repercutir en la salud del trabajador; también, en segundo lugar, se pone de manifiesto la cobertura del derecho fundamental, cuando se acredita una relación de causalidad entre los antecedentes y el cuadro psicopatológico, motivada por una vivencia anticipada acerca de cuál será el nuevo ambiente laboral posterior a la denuncia, generando estados de ansiedad, grave inquietud, error, angustia, sentimiento de inferioridad u otras perturbaciones psíquicas y trastornos similares que impliquen un menoscabo o riesgo grave para la salud⁴⁵. Por tanto, no sólo cabe invocar la protección del derecho cuando se constata riesgo cierto o posible para la salud, según las circunstancias del caso concreto, vinculado al problema laboral y ajeno a patologías previas del sujeto; sino también en aquellas situaciones en las que la persona vive o se representa de forma anticipada una situación futura, aunque ésta no haya llegado a producirse, ni exista certidumbre de que así vaya a ocurrir, tal y como la prevé o anticipa el afectado. Por tanto, se protege también la percepción subjetiva del sujeto, generadora de un daño o riesgo para la salud, según expresa la STC 160/2007, evidenciada en el hecho de que la trabajadora en cuestión sufrió una depresión por anticipación, antes de reincorporarse al puesto de origen, lo que no fue óbice para otorgarle la protección constitucional máxima requerida.

Finalmente, hay que subrayar la absoluta preponderancia del riesgo grave frente a las causas justificativas de la medida empresarial. Así, el Tribunal Constitucional entiende que, si el riesgo es cierto o posible, a la vista de las circuns-

⁴⁴ SANTIAGO REDONDO, K. *op. cit.*, p. 1353.

⁴⁵ SANTIAGO REDONDO, K. *op. cit.*, p. 1353.

tancias del caso, y resulta que está vinculado al problema laboral, siendo ajeno a patologías previas del sujeto, no importará que la decisión empresarial tenga soporte legal y fundamento objetivo y razonable. Prevalece la integridad personal del trabajador, en conexión con el derecho a su salud. Se demuestra así la existencia de una relación íntima entre el artículo 15 CE y el art. 43.1 CE. No obstante, de forma polémica, el Tribunal Constitucional resolvió desfavorablemente, mediante la STC 118/2019, una cuestión de inconstitucionalidad que discutía la facultad atribuida a un empresario, con fundamento en lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores [art. 52 d)], para extinguir un contrato laboral, por faltas de asistencia al trabajo, justificadas pero intermitentes, derivadas de enfermedades de corta duración del trabajador. De tal modo, el Tribunal Constitucional vino a afirmar que, frente a lo alegado por el recurrente, dicho despido por causas objetivas no supone una coacción al trabajador enfermo, al que se disuade de permanecer en situación de incapacidad temporal por temor a sufrir un despido, con daño para su derecho fundamental a la integridad física, en conjunción con su derecho a la protección de la salud (art. 43 CE); sino que se trata de un ejercicio legítimo del interés del empleador por paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, en defensa de la productividad de la empresa (art. 38 CE). La no existencia, a juicio del Tribunal, de afectación directa y grave, real o potencial, de la salud de la trabajadora despedida, ocasionada por la decisión empresarial, ni constatarse tampoco una merma de las prestaciones a recibir, llevó a descartar la lesión del derecho fundamental a la integridad física, en conexión con el derecho a la protección de la salud.

En suma, podemos comprobar cómo el derecho a la protección de la salud, pese a su ubicación constitucional en el Capítulo III del Título I, es objeto de una cada vez más intensa tutela constitucional, gracias a los relevantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la materia. En consecuencia, su naturaleza como principio rector no implica, tal y como la STC 139/2016 ha reconocido, que aquélla sea una norma meramente programática, vacía de contenido, sin referencias que la informen, especialmente con relación al legislador, que deberá, por tanto, configurar el derecho conforme al mandato incluido en el párrafo segundo del artículo 43, para establecer las prestaciones necesarias que garanticen su tutela efectiva.

Además, el derecho a la salud constituye un elemento que ayuda, de manera creciente, a conformar los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral. No obstante, tal y como se ha tenido ocasión de apreciar, analizando la jurisprudencia constitucional en la materia, no todo riesgo o daño para la salud vulnera el artículo 15 CE, sino sólo aquél que genera un peligro grave, cierto, o siquiera potencial, para la misma, extremo éste que el

actor deberá probar en cada caso. Y serán, tanto las acciones, como las omisiones del empleador las que, comprometiendo el derecho fundamental, generen el riesgo o daño para la salud y, consiguientemente, para la integridad, merecedoras de un justificado reproche jurisdiccional.

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE REFORMA

La *crisis pandémica* causada por la expansión del COVID-19 situó, como foco de atención, a la garantía constitucional del derecho a la protección de la salud. Un derecho cuyo aseguramiento y efectividad plena distan, sin embargo, de ser hoy satisfactorios, al carecer de la consideración de derecho fundamental. No en vano, el derecho a la protección de la salud se configura en España como un derecho diferido a la ley, esto es, propiamente, como un «mandato de legislar», que requiere el concurso de acciones graduales de los poderes públicos, expresadas en normas de competencia, tendentes a realizar, «bajo la reserva de lo posible o de lo razonable», el programa genéricamente prefigurado que determina la cláusula constitucional que lo reconoce. De ahí que sólo a partir de la regulación legislativa y, a menudo, administrativa, nazcan pretensiones jurídicas bien determinadas y exigibles ante los órganos jurisdiccionales, como derechos subjetivos individuales. Ello faculta al legislador para introducir retrocesos significativos en la determinación del alcance de un derecho que se revela así lejos de quedar consolidado.

Pese a ello, en el caso español, algunos Estatutos de las Comunidades Autónomas han introducido, en el ámbito de sus competencias, referencias suplementarias que amplían el contenido garantizado del derecho, vinculando, de ese modo, positiva y negativamente, al legislador. A su vez, la significativa renovación y mejora de la tutela jurisdiccional ordinaria de la salud, en tanto que interés colectivo merecedor de protección, se evidencia en el hecho de que cualquier persona o grupo se encuentra legitimado para ejercer la acción, deduciendo así una pretensión común, en solicitud de reparación de un daño eventualmente sufrido.

En cualquier caso, en la actualidad asistimos a la lucha por la extensión plena del derecho, a fin de conseguir el acceso libre y universal a la sanidad pública; y la mejora y ampliación de los servicios de los que se benefician sus usuarios. Se pretende así la incorporación al sistema de los colectivos de extranjeros cuya situación en España no esté, aún, regularizada, junto con el de los españoles residentes en el extranjero y el de los extranjeros en situación de

estancia temporal, a fin de asegurar que nadie quede, sea cual sea su situación administrativa, desprovisto de la protección necesaria.

También ha de subrayarse cómo la garantía jurisdiccional extraordinaria del derecho ha obtenido avances estimables, a pesar de que los particulares siguen sin poder acceder al recurso extraordinario de amparo para articular, de forma subsidiaria, pretensión inmediata o directa alguna de restitución. Así, a fin de colmar esa significativa carencia, se ha vinculado el derecho a la protección de la salud a otros que sí merecen la calificación de fundamentales, lo que permite a aquél contribuir decisivamente a la determinación de los contenidos de éstos.

En todo caso, aun admitiendo esos progresos, se hace necesario superar los obstáculos existentes, dado el riesgo, siempre presente, de retroceso con respecto a lo conquistado. Por eso, se insta a una reforma constitucional que suponga la reconfiguración de un derecho que sigue mostrándose débil. Así, se propone incluirlo en la relación de aquéllos a los que se considera fundamentales en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución, a fin, tanto de dotarlo de un «contenido esencial», vinculante para el legislador, como para hacerlo beneficiario, por sí mismo, de una garantía jurisdiccional directa y máxima, tanto ordinaria como extraordinaria ante el Tribunal Constitucional. A tales efectos, la redacción del precepto puede seguir siendo la misma que presenta el actual artículo 43, si bien pasando a ubicarse en un nuevo párrafo, el 2.º, del artículo 15 de la Constitución. Subyace a esa propuesta la clara conciencia de que estamos en presencia de un derecho inherente a la dignidad de todo ser humano. De ahí el empeño por alcanzar su plena realización.

CASOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

PEDRO TENORIO SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Constitucional. UNED. Madrid
Exletrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) por manifiesta irrazonabilidad de una sentencia civil. 2.1 Introducción. 2.2 Contexto y antecedentes de hecho. 2.3 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia. 2.4 Sentencia de la Audiencia Provincial. 2.5 Inexistencia inicial de «especial trascendencia constitucional» e inesperada solución de la cuestión. 2.6 Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. 2.7 La admisión del recurso de amparo no permitía esperar una estimación completa. 2.8 Sentencia del Tribunal Constitucional. 3. Medida cautelar adoptada por la jurisdicción ordinaria que vulnera un derecho fundamental y recurso de amparo. 3.1 Introducción. 3.2 Contexto y antecedentes del caso. 3.3 Solicitud de colaboración. 3.4 Estrategia a seguir. Puntos principales del planteamiento del caso desde la perspectiva de los derechos fundamentales. 3.5 Vulneraciones de derechos fundamentales argumentadas en el borrador. 3.6 Valoración de las vulneraciones argumentadas en el borrador. 3.7 Vulneraciones de derechos fundamentales que propusimos aducir. 3.8 Fragmentos de texto que propusimos añadir en el borrador recibido. 3.9 Desenlace del asunto. 4. Defensa contra condena por estafa a víctima de usurpación de identidad. 4.1 Antecedentes de hecho. 4.2 Dificultad para aportar la documentación exculpatória. 4.3 Condena del Juzgado de Instrucción. 4.4 Recurso de apelación. 4.5 Desestimación del recurso de apelación. 4.6 Escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones previo al recurso de amparo. 4.7 Inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones. 4.8 Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas y motivos de especial trascendencia constitucional. 4.9 Medidas cautelares solicitadas. 4.10 Incidente sobre medidas cautelares y resolución del mismo. 4.11 La documentación exculpatória figuraba en las actuaciones remitidas al Tribunal Constitucional. 4.12 Estimación del recurso de amparo y retroacción de las actuaciones.

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya casi 11 años publiqué una monografía acerca del recurso de amparo cuya principal finalidad era invitar a la invocación de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria proporcionando a dicha jurisdicción el embrión del eventual recurso de amparo. Desde entonces he colaborado en la docencia en el máster de la abogacía. En ese marco, se me ha pedido que ilustre con casos prácticos en que he colaborado cómo tiene sentido invocar los derechos fundamentales en los más variados litigios. Pues bien, en este trabajo homenaje a la querida profesora y magistrada del Tribunal Constitucional María Luisa Balaguer voy a recoger 3 supuestos de invocación y aplicación de derechos fundamentales en supuestos variados en los que a primera vista no se percibe la solución del fondo mediante la invocación de derechos fundamentales.

2. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA (ART. 24 CE) POR MANIFIESTA IRRAZONABILIDAD DE UNA SENTENCIA CIVIL.

2.1 Introducción

1. En el presente caso se ilustra cómo el problema planteado por la inclusión errónea de un bien privativo en una sociedad de gananciales puede resolverse por medio de la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El supuesto dio lugar a la STC 101/2015, de 25 de mayo, que estimó el recurso de amparo correspondiente.

2.2 Contexto y antecedentes de hecho

2. Para explicar el caso hay que hacer alguna consideración de Derecho civil. Como es sabido, el dinero es fungible y esto tiene la consecuencia de que si unos padres hacen a su hijo casado en régimen de gananciales una donación en dinero, dicho dinero pasa a formar parte de la sociedad legal de gananciales. Es decir, si unos padres donan a su hijo, casado en régimen de gananciales, una finca, como bien privativo, esa finca tendrá carácter privativo; en cambio, si donan a su hijo dinero y el hijo compra con ese dinero una

finca, como el dinero se convierte en ganancial una vez que ha sido donado, la finca será ganancial.

Ahora bien, si unos padres quieren donar a su hijo dinero para que se compre una finca y quieren que la finca sea privativa hay una fórmula de documentar la compraventa y la donación para conseguir que la finca sea privativa. Concretamente, se debe incorporar a la escritura de compraventa, fotocopia del cheque bancario, con cargo a una cuenta de uno de los padres, haciéndose constar que el dinero se dona por el padre al hijo para la compra de la finca y expresando que el precio de la compra es privativo. Es práctica conocida de notarios, registradores y jueces.

3. Y esto era lo que había ocurrido en el presente caso. Los padres del demandante de amparo habían donado a su hijo dinero para adquirir una finca rústica con carácter privativo. En la correspondiente escritura de compraventa constaba que el precio se abonó con dos cheques bancarios con cargo a una cuenta titularidad del padre del recurrente. Posteriormente, los padres del recurrente otorgaron un acta de manifestaciones ratificando la donación del dinero a su hijo para la compra de la finca y expresando que el precio de la compra era privativo.

4. El recurrente en amparo y su mujer se divorciaron.

2.3 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

5. El Juzgado de Primera Instancia que entendió del divorcio dictó sentencia declarando que procedía la liquidación de la sociedad legal de gananciales del matrimonio del recurrente en amparo correctamente, es decir, sin incluir en el activo de la misma, por considerarlo bien privativo del marido, la finca rústica, cuyo precio le habían donado los padres tomando las cautelas expuestas anteriormente.

2.4. Sentencia de la Audiencia Provincial

6. La esposa del recurrente en amparo recurrió en apelación y la Audiencia Provincial dictó sentencia estimando el recurso de apelación. Dicha sentencia, aludiendo a un error irrelevante de la escritura de compraventa, afirmaba que el negocio jurídico era una donación encubierta y que se había tratado de ocultar la situación real existente y de engañar a la esposa.

El error consistía en lo siguiente: la compraventa la había realizado la madre del recurrente como apoderada del hijo, y en la escritura de apodera-

miento a favor de la madre se decía que el recurrente estaba soltero y residía en Nueva York, cuando la realidad era que en la fecha de otorgamiento del poder el recurrente estaba casado su domicilio estaba en Alcobendas. Se trataba de un error de la escritura del poder irrelevante a los efectos de la compraventa y del carácter privativo de la finca, sin que la sentencia de la Audiencia mostrara la relación entre el error y los efectos que se le atribuían al mismo.

7. De modo que, en definitiva, la Audiencia había dictado una sentencia manifiestamente irrazonable, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.5 Inexistencia inicial de «especial trascendencia constitucional» e inesperada solución de la cuestión

8. Ahora bien, esta vulneración había sido cometida por la Audiencia y en consecuencia, en aplicación del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, era necesario presentar incidente de nulidad de actuaciones previo al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Adviértase que, si bien se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), no existía, hasta este momento, motivo de especial trascendencia constitucional, por lo que, hasta este momento, el incidente de nulidad de actuaciones era el único remedio del que se disponía.

9. Se interpuso el incidente de nulidad de actuaciones.

10. Y afortunadamente la Audiencia Provincial dio una contestación al mismo que nos abrió la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En efecto, la Audiencia Provincial dictó providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, en la que se limitaba a identificar el escrito que promovía dicho incidente y a añadir que «no hay lugar a su admisión a trámite».

Entre la abundante jurisprudencia que podría invocarse para fundamentar que tal respuesta vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la motivación de la resoluciones judiciales, cabe destacar la STC 9/2014, de 27 de enero, FJ 3.

11. De dicha sentencia se desprende, además, que cuando la falta de motivación vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se produce en una providencia de inadmisión de un incidente de nulidad actuaciones previa a un recurso de amparo, el asunto tiene especial trascendencia constitucional.

Adviértase que la especial trascendencia constitucional se predica del asunto en su conjunto, no de cada queja. Por tanto, aunque la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de la sentencia de apelación (irrazonable motivación de la inclusión del inmueble en la sociedad de gananciales) puede no tener, considerada aisladamente, especial trascendencia constitucional, el asunto en su conjunto pasa a tener esta última al contener la providencia de inadmisión una vulneración que se la confiere.

2.6 Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

12. En consecuencia, se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el que, tras exponer los antecedentes procesales y los antecedentes de hecho, se denunciaban dos vulneraciones de derechos fundamentales. En primer lugar, se denunciaba que la Sentencia de la Audiencia Provincial había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por no ser una resolución fundada en derecho, por cuanto negaba el carácter privativo del inmueble de manera manifestamente irrazonable. En segundo lugar, que la providencia de la Audiencia Provincial por la que se inadmitía el incidente de nulidad de actuaciones, al no ser motivada, no solamente confirmaba la anterior vulneración aludida, sino que incurría en una nueva y autónoma vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretamente del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. El recurso de amparo justificaba la especial trascendencia constitucional del asunto por falta de acatamiento de la doctrina constitucional sentada en la STC 9/2014, de 27 de enero, por parte de la Audiencia, al inadmitir inmotivadamente el incidente de nulidad de las actuaciones.

2.7 La admisión del recurso de amparo no permitía esperar una estimación completa

13. El recurso de amparo fue admitido por el Tribunal Constitucional. Esto hacía previsible, al menos, una estimación parcial, ya que el Tribunal Constitucional, en el trámite de admisión, entra en el fondo. Concretamente, entra en dos aspectos del fondo: vulneración del derecho fundamental y especial trascendencia constitucional.

14. Pero todavía era una incógnita cómo sería la Sentencia. En concreto, no se podía saber si el Tribunal Constitucional iba a apreciar la existencia

de las dos vulneraciones denunciadas o de una sola. La cuestión era relevante: si solo apreciaba la vulneración del derecho fundamental por parte de la Providencia de inadmisión, entonces, anularía solo esa resolución y retrotraería las actuaciones solo al momento anterior de dictar la misma, con lo que existía la posibilidad de que la Audiencia resolviera el incidente de nulidad de actuaciones inadmitiéndolo motivadamente, lo que implicaba que hubiéramos tenido la carga de volver a presentar un recurso de amparo ante del Tribunal Constitucional denunciando la vulneración por parte de la sentencia.

15. Y esta posibilidad no era nada desdeñable. En efecto, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesó el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE), por falta de motivación de la Providencia recurrida, con retroacción de las actuaciones al momento procesal anterior al dictado de la misma.

2.8 Sentencia del Tribunal Constitucional

16. Pero no había de ser esa la solución que daría al caso el Tribunal Constitucional. En efecto, este último, en el FJ 3 de su Sentencia, se plantea el orden del examen de las quejas y concluye que debe analizarse en primer lugar la dirigida contra la sentencia.

Esto no era una decisión casual o arbitraria, sino que es jurisprudencia del Tribunal Constitucional que si en un recurso de amparo se plantean varias quejas que en caso de ser estimadas, darían lugar a la retroacción de actuaciones, el examen de las mismas debe comenzar por aquella queja que da lugar a una mayor retroacción de las actuaciones. Esto viene exigido por la mejor tutela de los derechos fundamentales. Véase, por ejemplo, STC 107/2024, de 9 de septiembre.

17. En consecuencia, la STC 101/2015, que resolvió el asunto que nos ocupa, tras recordar la jurisprudencia acerca del alcance del derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta relativa a una resolución motivada y fundada en derecho, pasa, en el FJ 5, a analizar la motivación de la sentencia de la Audiencia, explicitando, los «presupuestos de hecho de que se parte y las conclusiones alcanzadas» y llega a su propia conclusión, según la cual «la motivación de la sentencia de apelación no permite identificar la *ratio decidendi*, esto es, los criterios esenciales sobre los que se funda la calificación del bien como ganancial».

18. Por tanto, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo, anuló la providencia y la sentencia recurridas y dispuso retrotraer las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia de la Audiencia, para que ésta

dictara otra conforme con el derecho fundamental a la judicial efectiva (art. 24.1 CE).

3. MEDIDA CAUTELAR ADOPTADA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA QUE VULNERA UN DERECHO FUNDAMENTAL Y RECURSO DE AMPARO

3.1 Introducción

1. En el presente caso se ilustra cómo la vulneración de derechos fundamentales puede ser cometida por una medida cautelar impuesta por la jurisdicción ordinaria y cómo cabe defenderse frente a ella aduciendo vulneración de un derecho fundamental.

2. En tal hipótesis, si la vulneración no puede ser reparada por resoluciones ulteriores del procedimiento, será posible intentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional como último remedio (a pesar de que, en principio, las resoluciones interlocutorias no son recurribles en amparo ante el Tribunal Constitucional, sino que por regla general hay que esperar a la resolución final del procedimiento del que se trate).

3.2 Contexto y antecedentes del caso

3. En este supuesto, con motivo de un proceso penal, las acusaciones particulares pidieron que se garantizara la responsabilidad civil aneja a los delitos cometidos. Como los informes periciales aportados a la causa indicaban una sobrefacturación de más de 150 millones de euros en determinados trabajos de urbanización, de los que debían restarse más de 9 millones de certificaciones no abonadas, el órgano judicial dictó auto disponiendo que los acusados responsables principales, debían garantizar conjunta y solidariamente la cantidad de 140 millones de euros. Subsidiariamente, debían garantizar esa cantidad determinadas empresas, solidariamente entre sí, por tratarse de las empresas que recibieron el beneficio de la sobrefacturación y en todo caso, empresas a cuyos trabajadores se acusaba de cometer delito de malversación de caudales públicos.

Una de las empresas afectadas por la medida, cuando se dispuso a prestar la correspondiente garantía, se encontró con que la mera prestación de la garantía suponía que tuviera que declararse en concurso de acreedores.

Además, descubrió que no podía recurrir en amparo ya la medida cautelar, porque se había pasado el plazo para interponer el incidente de nulidad de actuaciones previo al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (20 días, conforme al art. 241.1 LOPJ).

3.3 Solicitud de colaboración

4. El abogado de la empresa nos presentó un borrador de escrito dirigido al órgano judicial solicitando la suspensión de la medida cautelar o que se dejara sin efecto la responsabilidad civil subsidiaria. Como quiera que el abogado pensaba que su escrito sería insuficiente, nos pidió que lo revisáramos desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

3.4 Estrategia a seguir. Puntos principales del planteamiento del caso desde la perspectiva de los derechos fundamentales

5. Había que presentar un escrito al órgano judicial que mostrara el embrión de un recurso de amparo si el órgano judicial mantenía la medida cautelar.

6. Lo primero que había que resolver era identificar el acto que recurriamos ante el Tribunal Constitucional.

Como hemos visto, el auto que imponía la medida cautelar ya no era recurrible. Había que plantearse si sería recurrible ante el Tribunal Constitucional la denegación de la solicitud de suspensión, como parecía desprenderse del borrador que se nos proponía.

Sin embargo, la concesión o denegación de la suspensión de una medida cautelar impuesta por la jurisdicción ordinaria es considerada materia de legalidad ordinaria por nuestro Tribunal Constitucional, es decir, cuestión que corresponde dilucidar a la jurisdicción ordinaria, sin que corresponda al propio Tribunal Constitucional sustituir el juicio de dicha jurisdicción en este punto.

Ahora bien, la Ley Enjuiciamiento Civil, supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este punto (art. 4 Ley de Enjuiciamiento Civil), prevé modificación de las medidas cautelares en los artículos 743, 734 y siguientes, por circunstancias sobrevenidas. Esto es lo que en nuestra opinión convenía solicitar.

7. Siguiendo con el enfoque de la cuestión desde el punto de vista de los derechos fundamentales, lo primero que había que determinar era en qué momento debíamos sostener que se había producido la vulneración de los de-

rechos fundamentales. Desde el momento en que solicitáramos la modificación de la medida cautelar teníamos que tener claro en qué momento se produciría la vulneración del derecho fundamental. Porque de eso dependía cómo teníamos que agotar la vía judicial previa ante el Tribunal Constitucional. Dejando este aspecto oscuro o difuso, el Tribunal Constitucional no admitiría el recurso de amparo y le sería fácil decir que se había agotado incorrectamente la vía judicial previa.

En nuestra opinión, en este caso, lo que teníamos que sostener es que de acuerdo con la jurisprudencia de la STC 27/1997 (en la que se consideró que la fijación de una responsabilidad civil muy elevada a una central sindical, que la abocaba a su desaparición, era una vulneración de derecho fundamental solamente potencial), la lesión que produjo el auto que fijó la desproporcionada fianza podría considerarse potencial, como hizo en aquella ocasión (STC 27/1997) el Tribunal Constitucional. Sin embargo, esa lesión se convierte en efectiva desde el momento en que el auditor informa del concurso de acreedores y futuro cierre de la empresa. Por esta razón es absolutamente necesario un informe de auditor en este sentido.

Había que justificar y acreditar el carácter sobrevenido e intenso de la vulneración así como las consecuencias irreparables. Para ello era preciso aportar informe del auditor explicando que esta medida cautelar, de mantenerse, determinaría el concurso y este a su vez el cierre, que a su vez afectaría a un número muy elevado de trabajadores, número que había que especificar y acreditar. Este último aspecto, el número de trabajadores, es decisivo de cara al Tribunal Constitucional y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta que con base en ese documento (solicitud de modificación de la medida cautelar) se pediría la modificación de la medida cautelar, podríamos considerar que nuestros derechos fundamentales se vulnerarían a partir del momento en que se nos denegara la modificación de la medida cautelar. Aunque habría que seguir estudiando el tema a la vista de cómo quedara nuestro borrador y de qué contestara el juez, en principio, podríamos presentar incidente de nulidad de actuaciones contra esa denegación y posteriormente, contra la inadmisión o desestimación del incidente de nulidad de actuaciones, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Adviértase que si hubiéramos considerado que la vulneración la había producido el auto inicial que había fijado la desproporcionada fianza, se nos diría que para agotar la vía judicial previa frente a aquel auto, deberíamos haber interpuesto incidente de nulidad de actuaciones previo al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, para lo cual se había pasado el plazo.

3.5 Vulneraciones de derechos fundamentales argumentadas en el borrador

8. Continuando afrontando la cuestión desde la perspectiva de los derechos fundamentales, pero ya entrando a considerar las concretas vulneraciones, lo primero que decíamos es que, como hacía con gran acierto el borrador presentado por el abogado, era esencial destacar la vulneración del principio de proporcionalidad. Si bien tal vez se pudiera mejorar la explicación del mismo y su aplicación al caso, lo que intentaríamos hacer.

Concretamente, había que insistir en que para garantizar una responsabilidad civil determinada («X»), no se puede exigir que afiancen esa cantidad total («X»), a todos y cada uno de los responsables principales y a todos y cada uno de los responsables subsidiarios, porque se está garantizando la deuda irracionalmente. Es inexcusable o fragmentar las exigencias de afianzamiento o motivar por qué se pide el afianzamiento no solo a todos los responsables principales, sino también a los subsidiarios.

9. Por otra parte, repasando el escrito que nos proporcionaba el abogado pidiendo la suspensión, desde la perspectiva que nos correspondía, además del principio de proporcionalidad, se entreveía en el borrador que se incidía en las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales aunque algunas de ellas no se calificaran como tales:

1. Principio acusatorio.
2. Manifiesta irrazonabilidad.
3. Arbitrariedad (aunque no se usara la palabra).
4. Derecho a la vida de las personas jurídicas, que parece insinuarse.
5. Presunción de inocencia.
6. Indefensión.
7. Juez ordinario predeterminado por la Ley.

3.6 Valoración de las vulneraciones argumentadas en el borrador

10. Esas quejas estaban necesitadas de la aportación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero a nuestro juicio añadir jurisprudencia a todas estas quejas sería contraproducente. No nos convenía incluir quejas en las que no creyéramos, por lo que pasamos a considerar brevemente la prosperabilidad de estas quejas.

10.1 El principio acusatorio se habría vulnerado si se impusiera una pena no solicitada por el Fiscal. Pero en este caso lo que se fija era una respon-

sabilidad civil subsidiaria congruente con la solicitud que hacía una de las partes. Nos parecía poco probable que el Tribunal Constitucional reconociera que por ello se había vulnerado el principio acusatorio.

10.2 Irrazonabilidad. Quedaba absorbida por la argumentación que haríamos sobre la proporcionalidad.

10.3 Arbitrariedad. Ocurría lo mismo que respecto de la irrazonabilidad.

10.4 Derecho a la vida. La argumentación acerca de cómo se elimina a esta empresa evocando lo que ocurriría con una persona física nos parecía que podía dispersar la atención. Nos parecía imposible que el Tribunal Constitucional aceptara que se vulneraba el derecho a la vida de una persona jurídica.

10.5 Presunción de inocencia. No creíamos que prosperara. Es verdad que la STC 108/1994, que se citaba en el borrador, dice que una medida cautelar desproporcionada deviene punitiva y puede vulnerar la presunción de inocencia. Ciertamente, convenía traer esta jurisprudencia a colación. Pero se trataba de una línea jurisprudencial que, aunque no se ha rechazado posteriormente, tampoco se había insistido en ella. Además, aquí estábamos ante una acción civil acumulada y en este ámbito no es de aplicación la presunción de inocencia. Por otra parte, en definitiva, la argumentación de la STC 108/1994, giraba en torno a la desproporcionalidad, que reconduce no solamente a la presunción de inocencia, sino también al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Nosotros proponíamos reconducir nuestra queja a este último derecho fundamental y nos parecía que eso era coherente tanto con la STC 108/1994 como con la jurisprudencia posterior.

10.6 Indefensión. La medida se había impuesto *inaudita parte*. Esta vulneración nos parecía de gran interés y creíamos que había que insistir en ella y desarrollarla. Añadiríamos alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil se desprende que esta medida solo se puede imponer oyendo a la parte.

Esta queja resultaba especialmente importante desde el punto de vista del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Concretamente, a los efectos de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, que es requisito indispensable para la admisión desde la reforma de 2007. El Tribunal Constitucional ha dicho que hay que oír a las partes en el marco del recurso de queja, pero no se ha pronunciado sobre si esta regla es aplicable para el caso que nos ocupa, es decir, el auto de apertura del juicio oral. Es sabido que la oportunidad y necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional para perfilar la jurisprudencia de los derechos fundamentales es

un motivo de especial trascendencia constitucional de acuerdo con la STC 155/2009 (También es motivo de especial trascendencia constitucional la relevancia social y económica del caso, de donde la conveniencia de precisar el número de trabajadores a los que directa o indirectamente afectaría la desaparición de la empresa).

10.7 Se nos invitaba en el borrador a desarrollar la idea según la cual sobre este asunto debería pronunciarse la jurisdicción civil y no la penal. Pero no veíamos cómo reconducir esta idea desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Lo más parecido sería invocar el derecho al juez predeterminado por la Ley, pero en nuestra opinión no tenía sentido en este caso.

3.7 Vulneraciones de derechos fundamentales que propusimos aducir

11. Como recapitulación de lo dicho hasta aquí, pensábamos que el futuro recurso de amparo, cuyo embrión había de incluirse en el escrito solicitando la modificación de la medida cautelar, debería centrarse en las siguientes quejas:

11.1 Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque no se modificaba la medida cautelar a pesar de que la misma se había impuesto vulnerando el principio de proporcionalidad.

11.2 Vulneración de la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE), porque la resolución se había tomado sin oír a la parte.

11.3 Referencia a la STC 108/1994 y afirmación de que las medidas cautelares desproporcionadas devienen punitivas.

11.4 Pero además, no debíamos olvidar que, según reforma entonces reciente de la LOPJ, los pronunciamientos del TEDH ya se podían hacer efectivos en el ordenamiento interno mediante el recurso de revisión.

Pensando en la posible queja ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que implicaría una considerable presión sobre el Tribunal Constitucional), debíamos decir que esa vulneración del principio de proporcionalidad y del derecho de defensa no solo vulneraban la Constitución, sino el Convenio Europeo de Derechos Humanos en cuanto el mismo exige un proceso justo y en cuanto garantiza (en un protocolo adicional) el derecho de propiedad. Y ello a pesar de que el derecho de propiedad no tiene la garantía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Convenía pues, como cuarta línea, invocar el derecho de propiedad del CEDH. No porque el Tribunal Constitucional tenga que aplicar

el CEDH directamente, que no es su competencia, sino porque al aplicar la Constitución, lo debe respetar y el Tribunal Constitucional temería una Sentencia condenatoria del TEDH que además, en aquel momento, ya se podía hacer efectiva por medio de recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

3.8 Fragmentos de texto que propusimos añadir en el borrador recibido.

12. En consecuencia, proponíamos añadir en el escrito que nos había proporcionado el abogado, los siguientes fragmentos o textos (omitimos lo que proponíamos suprimir, que se limitaba a lo indispensable para que el escrito resultara inteligible).

12.1 En el encabezamiento del escrito proponíamos añadir lo siguiente:

«Que por medio del presente escrito, y por las razones que seguidamente se expondrán, esta parte se ve en la necesidad de interesar la MODIFICACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR IMPUESTA A LA SOCIEDAD QUE ENCABEZA EL PRESENTE ESCRITO [la razón por la que creíamos que había que pedir esto es que la suspensión de una medida cautelar es cuestión de legalidad ordinaria y en su día el Tribunal Constitucional puede considerar que no debe entrar a revisar el criterio de la jurisdicción ordinaria en ese particular].»

12.2 En la alegación preliminar proponíamos añadir lo siguiente:

«El objeto del presente escrito es solicitar, con base en el artículo 734 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es supletoria respecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 4 LEC) la modificación de las medidas cautelares por circunstancias sobrevenidas.

Ciertamente, ya en el momento en que se dictó el auto de 1 de marzo de 2016 resultaba patente la desproporción de la medida cautelar impuesta a esta parte. Sin embargo, en aquel momento, podría pensarse que se estaba ante una lesión solamente potencial de los derechos fundamentales de esta parte. Sin embargo, a fecha de hoy, habiéndose intentado la viabilidad de la empresa, ha resultado que según informe de auditoría, la mera exigencia de afianzamiento de esa responsabilidad civil hace que la empresa se encuentre en situación de concurso de acreedores y que esté abocada a su desaparición.»

12.3 Al final de la alegación tercera proponíamos añadir lo siguiente:

«Con los antecedentes citados y dada la gravedad de la medida cautelar a la que estamos sometidos, consideramos que no ha existido el juicio de ponderación que debe acompañar a toda resolución judicial limitadora de los derechos fundamentales y en particular a una resolución judicial del calado de la presente, lo cual nos traslada al debate sobre la razonabilidad y proporcionalidad de cualquier fianza cautelar como es ésta a la que nos enfrentamos.

Es decir, la resolución judicial cuya reconsideración se solicita no incluye un juicio de ponderación que tenga en cuenta, de una parte, los fines que intenta preservar la resolución cuestionada con la imposición a esta parte de esa enorme medida cautelar y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican (para el proceso civil, por todas, v. SSTC 6/2008, de 21 de enero, FJ 2; 110/2008, de 22 de septiembre, FJ 2).

El incumplimiento del principio de proporcionalidad vulnera, según consolidada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE. Igualmente vulnera el derecho a un proceso justo reconocido en el artículo 6 y concordantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

En la STC 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5, resume nuestro Tribunal Constitucional su doctrina sobre la proporcionalidad como requisito de las medidas restrictivas de derechos fundamentales:

“En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8]”»

12.4 En la alegación cuarta proponíamos intercalar dos textos, en primer lugar, el siguiente:

«En la STC 14/2000, de 17 de enero, FJ 7, se dijo, citando la STC 108/1984, que:

“[...] la imposición o mantenimiento de una medida cautelar como es la fianza, «supone una restricción a la libre disponibilidad de los bienes del actor, restricción que sólo puede ser compatible con la presunción de inocencia en cuanto sea una medida cautelar razonable, en atención a las circunstancias concurrentes, para la consecución de las finalidades contempladas en el artículo 5.3 del Convenio de Roma, 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 539, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.»

En caso contrario, como dijo la STC 108/1984 y posteriormente la 138/1990, de 17 de septiembre, FJ 5, la medida cautelar resulta tener un carácter punitivo contrario a los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).»

12.5 También, en la alegación cuarta intercalábamos el siguiente texto:

«En la STC 27/1997, de 14 de marzo, nuestro Tribunal Constitucional hubo de entender la posible vulneración de los derechos fundamentales de una central sindical porque se le había atribuido una responsabilidad civil muy elevada que la abocaba a la desaparición. El Tribunal Constitucional admitió el recurso de amparo, si bien el resultado de la Sentencia fue desestimatorio por considerar que la lesión era potencial. Sin perjuicio de advertir nuestra conformidad con el criterio que mantuvo en aquella Sentencia en su Voto particular discrepante el entonces magistrado Jiménez de Parga, ateniéndonos a la jurisprudencia que se deriva de aquel supuesto, debemos considerar que en el presente caso el Auto de ese Juzgado de instrucción número 1 de BURGOS de 1 de marzo de 2016, dicho sea con el máximo respeto y en estrictos términos de defensa, tal vez incurrió en una vulneración potencial de nuestros derechos fundamentales, pero lo que resulta incuestionable es que una vez que el auditor ha dicho que si no se suspende o modifica esa medida cautelar la sociedad que representamos entrará en concurso de acreedores y deberá cerrar, la vulneración no puede considerarse potencial [me parece completamente necesario un informe serio de un auditor serio, fechado días antes a la presentación de nuestro escrito en el que se explique la inviabilidad de la empresa en caso de mantenimiento de la medida cautelar. Creo que esto hay que decirlo y justificarlo y acreditarlo. Si no, no sabremos ni cómo debemos agotar la vía judicial previa.]»

12.6 En la alegación quinta, que versaba sobre la situación económico financiera de la empresa y los perjuicios irreparables, intercalábamos entre corchetes las siguientes observaciones:

«[No basta con los datos que queréis aportar. Si pensamos no solo en el órgano judicial, sino en el Tribunal Constitucional, podemos estar seguros de que el mismo, sin estar absolutamente seguro de que la empresa entra en concurso y se extingue no va a admitir ni mucho menos a estimar un amparo.

Aunque en sus resoluciones judiciales el Tribunal Constitucional habla de necesidad de justificar el perjuicio y de un principio de prueba, en la práctica se exige no solamente una justificación, sino además prueba, es decir, acreditación de lo que se afirma. Es más, yo añadiría que hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional no está integrado por economistas, sino por juristas, de manera que junto a la justificación y a la acreditación o demostración, considero que es necesario una explicación “con cucharón” de por qué la empresa deviene ya desde este momento inviable. Se dirá que ya se explica, y es verdad. Pero en mi opinión los datos tienen que ser más concretos y el escrito más convincente y, desde luego, hay que acompañar informe serio de auditor serio.

Comprendo que algunos datos serán muy sensibles, pero podéis estar seguros de que lo que os digo es muy necesario.

Con los datos que aparecen en puntos suspensivos no me parece en absoluto suficiente para que el Tribunal Constitucional pueda entrar en el asunto. Insisto: 1. Justificación; 2. Acreditación o prueba; y 3. Explicación con cucharón de la inviabilidad económica dirigida a juristas.]»

12.7 En la alegación quinta, en la que se aludía a las consecuencias económicas y sociales de la medida cautelar y a los efectos para los trabajadores, añadiríamos entre corchetes lo siguiente:

«[Efectivamente, este punto es importante. Supongo que la repercusión del cierre de esta empresa es muy grande sobre todo si tenemos en cuenta no solamente a los trabajadores que directamente son empleados suyos, sino, si hace subcontratas para las obras, el conjunto de trabajadores que además son contratados por esos subcontratistas. Yo creo que tal y como habéis subrayado esto, no basta, hay que ofrecer datos. Y acreditarlos y explicarlos. Insisto en que esto es muy importante de cara al Tribunal Constitucional (de hecho, y porque servirá para justificar la especial trascendencia constitucional) y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos].»

12.8 En la alegación sexta, titulada vulneración de derechos fundamentales, se proponía añadir el siguiente texto:

«6.1 Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incumplimiento del principio de proporcionalidad.

Por lo que hace referencia a la vulneración del principio de proporcionalidad de toda restricción de los derechos fundamentales, que supone violación del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, ya hemos traído a colación con anterioridad, y por su importancia ahora repetimos, lo que ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en la reciente STC 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5, en la que resume nuestro Tribunal Constitucional su doctrina sobre la proporcionalidad como requisito de las medidas restrictivas de derechos fundamentales:

“En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8]”

Concretamente, en el presente caso, la vulneración de principio de proporcionalidad resulta patente desde una doble perspectiva. En primer lugar, para garantizar una responsabilidad civil determinada (en nuestro caso, 140 millones de euros), no se puede exigir que afiancen esa cantidad total, todos y cada uno de los responsables principales y todos y cada uno de los responsables subsidiarios, porque se está multiplicando la deuda irracionalmente. Es inexcusable o fragmentar las exigencias de afianzamiento o motivar por qué se pide el afianzamiento no solo a todos los responsables principales, sino también a los subsidiarios. En el presente caso, es evidente que no se ha motivado por qué se exige afianzar esta cantidad no solamente a los responsables principales, sino también a los subsidiarios.

Además, y con ello entramos en la segunda perspectiva, la medida que se ha impuesto a esta parte como cautelar no es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, pues el concurso y posterior disolución de la sociedad hacen imposible la garantía de la responsabilidad civil, con lo que no supera la medi-

da el juicio de idoneidad. Además, la resolución judicial no justifica la necesidad de la medida en ningún lugar, naturalmente, en cuanto la medida afecta a esta parte. Y finalmente la medida ni ha sido objeto de juicio de proporcionalidad en sentido estricto ni se advierte cómo se podría fundamentar el mismo, pues del concurso de esta empresa y posterior disolución de la sociedad no se deriva ningún beneficio para el interés general ni para las partes en el proceso de que trae causa esta medida cautelar.»

12.9 También, en la alegación sexta, añadíamos lo siguiente:

«6.2 Vulneración de la prohibición de indefensión contenida en el artículo 24.1 CE.

[...]

En la STC 26/1990, de 19 de febrero, FJ 11, se dijo:

“Al no haber habilitado un trámite de alegaciones sobre la nueva dimensión considerada por la Sala merecedora de un pronunciamiento, resolvió sobre lo no debatido contradictoriamente y lesionó los derechos del art. 24.1 a no sufrir indefensión. Y es que según ha reiterado este Tribunal «el art. 24, en la medida en que reconoce en sus párrafos 1 y 2 los derechos a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la indefensión y a un proceso con las garantías debidas, impone a los órganos judiciales la obligación de promover el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y defensa» (STC 66/1989, fundamento jurídico 12; STC 27/1985; STC 109/1985 y STC 155/1988).”

En efecto, es conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que considera que resolver el recurso de queja sin dar trámite de alegaciones resulta vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, en la STC 8/2003, de 20 de enero, FJ 3, se planteó la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) «por no haberse dado traslado del recurso de queja a los entonces querellantes [...], ni, por consiguiente, habérseles concedido la posibilidad de intervenir en su tramitación, recurso de queja cuya estimación determinó el archivo de las actuaciones del procedimiento abreviado.»

Pues bien, la cuestión planteada, según el propio Tribunal, ya había sido resuelta en sus Sentencias 178/2001, de 17 de septiembre, y 179/2002, de 14 de octubre. En ambas ocasiones se había otorgado el amparo solicitado de acuerdo con la doctrina expuesta en el fundamento jurídico 4 de dichas resoluciones y que ahora resulta pertinente reproducir:

“Los preceptos que regulan el recurso de queja, si bien es cierto que no prevén dicho trámite (el de dar traslado a las partes personadas), no lo prohíben en forma alguna, y la necesidad del mismo resulta de una interpretación de tal normativa procesal a la luz de los preceptos y principios constitucionales, al ser obligado, en todo caso, preservar el derecho de defensa de las partes en el proceso, de modo que, a la vista de lo dispuesto en el art. 24 CE, procedía integrar tales preceptos legales de origen preconstitucional (arts. 233 y 234 LECrim) con las garantías que impone el artículo constitucional citado, que incluye la contradicción e igualdad de armas entre las partes y, por tanto, en este supuesto, haber dado traslado a la demandante de amparo del recurso de queja al objeto de que pudiera contradecir y rebatir los argumentos expuestos por la parte contraria y formular cuantas alegaciones tuviera por conveniente en defensa de sus derechos e intereses (en este sentido, SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 53/1987, de 7 de mayo, FJ 3; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 3; 16/2000, de 31 de enero, FFJJ 6 y 7; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 93/2000, de 10 de abril, FJ 4; 101/2001, de 23 de abril, FJ 3). La necesidad de tal intervención, además, aparece reforzada en casos como el presente por la propia configuración legal, como ya hemos tenido ocasión de señalar, del recurso de queja en el procedimiento penal abreviado, en el que ha perdido su caracterización inicial de medio de impugnación de la inadmisión de otros recursos o como recurso de tipo residual (arts. 218, 862 ss. LECrim), y se ha convertido en un recurso ordinario más, que procede contra todos los Autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal denegatorios del recurso de reforma, que no sean susceptibles de recurso de apelación, el cual únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados (art. 787.1 LECrim). La generalización del recurso de queja como un recurso ordinario más en el seno del procedimiento penal abreviado frente a las resoluciones interlocutorias del Juez Instructor y del Juez de lo Penal, y, por consiguiente, la trascendencia de las decisiones judiciales a adoptar con ocasión del mismo en orden a las pretensiones e intereses en juego de las partes, como acontecía en el presente supuesto, impone, de acuerdo con los arts. 24 CE y 5.1 y 7.2 LOPJ, una interpretación integradora de la normativa procesal reguladora de su tramitación con el fin de preservar las garantías de defensa de las partes personadas”.

En nuestra opinión, al fijar la medida cautelar tan desproporcionada sin dar oportunidad de hacer alegaciones a esta parte, también se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).»

12.10 Añadíamos un breve párrafo en lo que encabezábamos como subapartado 6.3.

«6.3 Presunción de inocencia.

[...]

Nuestro Tribunal Constitucional, desde la STC 108/1994, considera que una medida cautelar desproporcionada se convierte en una medida de carácter

punitivo que puede vulnerar la presunción de inocencia y el derecho a la tutela judicial efectiva.»

12.11 Añadíamos también un punto 6.4.

«6.4 Finalmente, ha de señalarse que la medida cautelar impuesta vulnera el derecho de propiedad de esta parte. Dicho derecho fundamental, como se sabe, está protegido en el art. 33 de nuestra Constitución y en consecuencia no es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero debe ser protegido por la jurisdicción ordinaria de acuerdo con los artículos 9 y 53 de nuestra propia Constitución. Además, viene reconocido en el protocolo adicional del CEDH, que en su artículo 1 dice lo siguiente: “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional”.

El artículo 10 de nuestra Constitución establece que los derechos fundamentales reconocidos en ella deben interpretarse de acuerdo a los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España, lo que significa aplicar no solamente el tenor literal de los tratados, sino que dichos tratados deben interpretarse de acuerdo con lo que dispone su órgano de garantía, es decir, en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pues bien, si en los comienzos de vigencia del CEDH el derecho de propiedad era poco aplicado en la jurisprudencia, con posterioridad ocupa un lugar muy destacado en la jurisprudencia del Tribunal, junto al derecho al proceso equitativo reconocido en el artículo 6 CEDH.

Concretamente, desde la STEDH de 23 de septiembre de 1982, caso *Sporrong y Lönnrot c. Suecia*, la jurisprudencia del TEDH es cada vez más abundante en este ámbito.

Ha de tenerse presente que sobre la base del precepto del Protocolo adicional al que hemos aludido, el TEDH protege no solo la propiedad de personas físicas, sino también de personas jurídicas (STEDH de 24 de octubre de 1986, caso *Agosi c. Reino Unido*; y STEDH de 8 de julio de 1986, caso *Lithgow y otros c. Reino Unido*, entre otras muchas). Además, no quedan protegidos los derechos solo sobre bienes corporales, sino también sobre otros activos (STEDH de 25 de marzo de 1999, caso *Iatridis c. Grecia*; y STEDH de 23 de febrero de 1995, asunto *Gasus Dossier – und Förder Technik GMBH c. Países Bajos*, entre otras muchas), siendo particularmente amplia la interpretación del derecho de propiedad a partir de esta

última Sentencia. Es más, se puede afirmar que en general se protegen todos los intereses patrimoniales (STEDH de 27 de mayo de 2010, *caso Saghinadze y otros c. Georgia*).

Son múltiples los aspectos en que se protegen estos derechos. Se protege no solamente la propiedad actual, sino la que pueda derivarse del ejercicio de acciones (STEDH de 20 de noviembre de 1995, *caso Pressos Compania Naviera c. Bélgica*). Se otorga protección frente a sanciones excesivas o exorbitantes (STEDH de 11 de abril de 2007, *caso Mamidakis c. Grecia*). Se otorga protección frente a la desaparición de toda forma razonable de explotar un bien, considerando que equivale a la privación del mismo (STEDH de 29 de noviembre de 1991, *caso Pine Valley c. Irlanda*). Se considera contraria al Convenio la privación de la propiedad por resolución judicial no susceptible de recurso (STEDH de 28 de octubre de 1999, *caso Brumarescu c. Rumanía* y STEDH de 10 de junio de 2003, *caso Paulescu*).

Cabe destacar que el Tribunal también ha considerado que una carga desproporcionada viola el derecho de propiedad: STEDH de 29 de abril de 1987, *caso Erkner y Hofauer c. Austria*.

Finalmente, y sin ánimo de ser exhaustivos en nuestra exposición de la jurisprudencia del TEDH, ha de señalarse que en ocasiones el derecho de propiedad ha sido protegido por el Tribunal Europeo de manera indirecta, considerando que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial del artículo 6 CEDH.

En suma, como hemos visto en los apartados precedentes y en otras partes de este escrito, en el presente caso se puede considerar que se ha vulnerado tanto el artículo 6 del CEDH como el artículo 1 del protocolo adicional del CEDH.»

3.9 Desenlace del asunto

13. El abogado que había solicitado nuestra colaboración nos dijo que había quedado muy satisfecho con nuestro trabajo, presentó la solicitud de modificación de medidas y el informe del auditor. El Juez oyó a todas las partes en el procedimiento y varias de ellas apoyaron nuestra solicitud. El órgano judicial redujo la cantidad a afianzar a solo €300.000,00, con lo que quedó resuelta la viabilidad de la empresa.

4. DEFENSA CONTRA CONDENA POR ESTAFA A VÍCTIMA DE USURPACIÓN DE IDENTIDAD

4.1 Antecedentes de hecho

1. En febrero de 2017, la que posteriormente sería recurrente en amparo, BMAR, se encontraba en una discoteca de Madrid del barrio de Salamanca, cuando sujetos hasta el momento no identificados le sustrajeron el bolso mediante la técnica del «tiron». Como consecuencia de ello, ya por la mañana, BMAR interpuso una denuncia ante las dependencias de la Comisaría local del Cuerpo Nacional de Policía de Pozuelo de Alarcón, por encontrarse en dicho municipio el domicilio en el que ésta reside junto con sus padres y hermanos. Tal y como consta en dicha denuncia, aunque pudo recuperar el bolso a la salida de la discoteca, el mismo se encontraba vacío de sus efectos personales, entre los que se encontraba su DNI.

Posteriormente, al cabo de unos meses, BMAR tuvo conocimiento de que sujetos hasta el momento no identificados por la Policía habían procedido, de manera reiterada, a estafar a multitud de personas a través de portales de internet mediante arrendamientos ficticios de apartamentos vacacionales. Las personas interesadas en arrendar dichos inmuebles contactaban con el sujeto que supuestamente había publicado el anuncio en el portal de internet. Éste les indicaba que, en orden a garantizar la reserva del apartamento, debían ingresar una determinada cantidad mediante transferencia bancaria a una cuenta que figuraba a nombre de quien decía ser su mujer y que respondía al nombre de BMAR. Las personas estafadas procedían a ingresar las cantidades solicitadas como señal en dos cuentas bancarias en las que constaba como titular BMAR.

De todo ello tuvo conocimiento BMAR en torno al mes de junio de 2017, a través de algunas de las personas estafadas, quienes, al no obtener respuesta de la persona con la que concertaron en un primer momento el arrendamiento, la localizaron introduciendo su nombre a través de la red social Facebook. BMAR acudió de nuevo a la Comisaría de Policía Nacional de Pozuelo de Alarcón e interpuso nueva denuncia en la que daba detalle de las personas que le habían contactado en orden a esclarecer y reclamar la estafa acaecida.

Tan pronto como tuvo conocimiento de que determinadas cuentas bancarias habían sido abiertas haciendo usurpación de su identidad, BMAR se personó en las entidades bancarias, puso de manifiesto las circunstancias descritas y solicitó de las entidades la cesación y bloqueo por parte de las mismas de

toda operación vinculada a su persona. Las personas afectadas ingresaban cantidades no muy grandes en concepto de señal por los arrendamientos ficticios, para seguidamente proceder los estafadores a retirar todo el saldo a través de cajeros automáticos.

A lo largo del verano de 2017, BMAR siguió recibiendo mensajes de personas afectadas por las estafas y en septiembre de 2017 acudió, de manera libre, a prestar declaración a la Comisaría de Alcobendas del Cuerpo Nacional de Policía, tras haber sido citada en calidad de denunciada en relación a las estafas cometidas en su nombre.

De la investigación instruida, hasta donde esta parte pudo saber, resultaba que se trataba de un complejo supuesto de estafa a gran escala en que los autores actuaban con gran habilidad, siendo harto complicada la identificación y detención de los mismos, que no se llegó a producir. Tan sólo con la identidad de BMAR, se había estafado a unas 70 personas.

2. Como consecuencia de lo anterior, BMAR venía padeciendo constantes denuncias ante comisarías del Cuerpo Nacional de Policía y de policías locales, ante comandancias de la Guardia Civil y ante juzgados de todo el territorio nacional.

A fecha 15 de junio de 2018 resultaba que, según los datos de que disponíamos, BMAR se había visto involucrada como denunciada o investigada en 30 procedimientos judiciales. En catorce de los procedimientos había recibido sentencia absolutoria; en dos de ellos sobreseimiento provisional. En dos de ellos había sido condenada en la instancia pero luego absuelta en la apelación. El resto de los procedimientos seguían en curso y se hallaban en diferentes fases.

3. Sin embargo, en el caso que ahora tratamos y que vamos a desarrollar a continuación, BMAR fue condenada en la instancia. Seguidamente, la apelación formulada contra esa sentencia fue desestimada, resultando confirmada la resolución de instancia. Frente a la sentencia de apelación se promovió incidente de nulidad de actuaciones que fue inadmitido por providencia. Veamos todo esto con más detenimiento.

4.2 Dificultad para aportar la documentación exculpatoria

4. En efecto, en el caso que aquí nos ocupa, se incoó juicio sobre delitos leves en determinado Juzgado contra BMAR por un delito de estafa. BMAR, que inicialmente había acudido personalmente a todos los procedimientos, y luego por medio de abogado, se valió de este último para su defensa, pues no podía viajar a todos los diferentes puntos de España a los que era

citada. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 970 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882), y ante la imposibilidad manifiesta de nuestra representada de comparecer en el órgano judicial por encontrarse cursando sus estudios universitarios en Madrid, el abogado de BMAR procedió a presentar a través del sistema de comunicación de la Administración de Justicia «Lexnet» el escrito de alegaciones procedente. En dichas alegaciones se hacía referencia a los hechos que hemos referido anteriormente y se unían al escrito una serie de documentos en orden a acreditar todos los hechos y circunstancias a que se hacía referencia en el mismo escrito.

Todos esos documentos acreditativos que acompañaban al escrito de alegaciones hubieran, sin duda, dado lugar a la absolución de BMAR respecto de los hechos denunciados. Sin embargo, debido al gran volumen digital de los archivos que contenían la referida documental, el sistema «Lexnet» imposibilitó el envío de los mismos al Juzgado por este medio. Ante esta situación, el abogado de BMAR se descargó el justificante de exceso de cabida que el sistema informático de la Administración de Justicia genera en estos casos y optó por enviar a través del referido sistema, únicamente, el escrito de alegaciones. Inmediatamente después, dada la inminencia del juicio oral, el abogado de BMAR contactó vía telefónica con la oficina judicial. Así, en conversación con la persona responsable de la tramitación de los autos, ésta le trasladó al abogado la posibilidad de remitir la documentación adjunta al escrito de alegaciones mediante fax. Acto seguido, el mismo día, el abogado procedió a remitir mediante fax todos los documentos relativos a las alegaciones de la denunciada.

No obstante lo anterior, la documental acreditativa de las alegaciones presentadas, según declarararía el órgano de instancia en su sentencia, no se hallaban en el expediente del procedimiento. Comoquiera que BMAR no pudo comparecer presencialmente al acto del juicio oral, éste se ventiló con el único medio de defensa para la denunciada BMAR constituido por el escrito de alegaciones efectivamente enviado a través de «Lexnet».

4.3 Condena del Juzgado de Instrucción

5. El Juzgado de Instrucción dictó sentencia por la que condenaba a BMAR a 90 días de multa a razón de una cuota diaria de 10 euros, y a indemnizar al denunciante, supuestamente estafado, con la cantidad de 250 euros, así como a abonar las costas del proceso. Tras una sucinta declaración de hechos

probados, la fundamentación jurídica de la misma sentencia motiva la decisión diciendo lo siguiente:

«Los hechos que se declaran probados resultan de la valoración en conciencia de la prueba desplegada en el acto juicio con observancia de los principios de inmediación, contradicción, oralidad y defensa.

Así, por un lado consta la firme, segura, seria y persistente declaración en juicio de la parte denunciante ratificando los términos de su relato.

La parte denunciada, en su escrito de alegaciones, negó en juicio los hechos que se le imputan, afirmando en su defensa haber sido víctima de un hurto en el interior de una discoteca hace tiempo y que desde entonces alguien está usando sus datos personales. En su escrito de alegaciones refiere una documentación acreditativa de tal extremo y puesta en contacto telefónico con este juzgado refirió que la iba a aportar sin que hasta la fecha haya sido aportada, lo que hace dudar de sus alegaciones de defensa».

4.4 El recurso de apelación

6. La actora interpuso recurso de apelación contra esta sentencia en el que alegó indefensión, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y del derecho a la presunción de inocencia, argumentando en síntesis que el Juzgado no pudo valorar la documentación que acompañaba al escrito de alegaciones presentado.

Con el recurso de apelación se aportó, junto a la documentación inicial que acompañaba al escrito de alegaciones, documentación complementaria que por su fecha era de conocimiento posterior al día del juicio oral, consistente en sentencias dictadas por juzgados de instrucción de varias localidades geográficamente dispersas que absolvían a la actora de imputaciones semejantes de delito leve de estafa con base en sus alegaciones de suplantación de identidad por tercera persona y falta de prueba de su autoría.

4.5 Desestimación del recurso de apelación.

7. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia de instancia.

Afirma la sentencia de la Audiencia que los principios de inmediación, contradicción y oralidad a los que se somete la actividad probatoria conducen a que por regla general deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de

las pruebas efectuadas por el juez en cuya presencia se practicaron. Añade que la revisión será menos posible cuanto más dependa la valoración de la percepción directa, pues el órgano de apelación carece de la intermediación necesaria. Concluye que en este caso la valoración probatoria realizada por el juez no es errónea ni arbitraria.

4.6 Escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones previo al recurso de amparo

8. BMAR promovió incidente de nulidad de actuaciones en el que se reprochó a la Sentencia de la Audiencia Provincial haber incurrido en dos vulneraciones de derechos fundamentales nuevas y autónomas (es decir, independientes de la confirmación de las cometidas por el Juzgado). Veamos.

(i) La vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por haber desestimado el recurso de apelación sin hacer referencia alguna ni valorar la documentación que le acompañaba, ni resolver la alegación de indefensión material que se había deducido en el mismo, y sin ofrecer motivación alguna de por qué adopta una postura contraria a la de varios órganos judiciales que habían absuelto a la actora de imputaciones similares. El escrito contrapone a esta resolución la doctrina sentada en la STC 148/2009, de 15 de junio, FJ 4, sobre control constitucional de la falta de valoración de las alegaciones y prueba de descargo.

(ii) La vulneración del derecho al recurso y al proceso con todas las garantías, al justificar la valoración de la prueba efectuada por el juez en la primera instancia basándose en una supuesta limitación de su cognición que es incompatible con la STC 184/2013, de 4 de noviembre y la STC 167/2002, de 28 de septiembre cuando se trata de revisar sentencias condenatorias.

Al escrito de promoción del incidente de nulidad de actuaciones se acompañaba prueba documental constituida por la ya aportada al proceso, un listado enumerativo de los treinta procedimientos que se habían abierto a la actora actualizado a la fecha de presentación del incidente, todos los cuales habían terminado en sentencia absolutoria –salvo el presente– o sobreseimiento provisional en virtud de las alegaciones y prueba sobre suplantación de identidad que habían sido aportados a los mismos, acompañando asimismo copia de nuevos pronunciamientos judiciales favorables a la actora.

4.7 Inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones

9. El escrito promoviendo el incidente de nulidad de actuaciones fue inadmitido por providencia de la Audiencia Provincial en la que se argumentaba que lo que pretendía la actora al utilizar dicha vía procesal era discrepar del contenido de la sentencia dictada en apelación, y que no existía vicio de nulidad alguno.

4.8 Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas y motivos de especial trascendencia constitucional

10. BMAR interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La recurrente afirmó en su demanda que se habían producido las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales:

a) Vulneración de la proscripción de la indefensión (art. 24.1 CE). Adujo que la sentencia del Juzgado de Instrucción, al ser dictada sosteniendo erróneamente que no había sido aportada la documentación que se anunciaba en el escrito de alegaciones, le causó indefensión y vulneró su derecho a la presunción de inocencia.

b) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la sentencia del Juzgado de Instrucción, reiterando el argumento de que la prueba documental de descargo que la actora intentó remitir infructuosamente al juzgado vía Lexnet, por defecto del sistema, y que remitió por fax, no se incorporó al procedimiento por razones que ignora y que por ello no se valoró. Cita doctrina del Tribunal Constitucional (STC 148/2009, de 15 de junio) que establece que no valorar la prueba de descargo vulnera la presunción de inocencia.

c) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia e incongruencia omisiva en la sentencia de la Audiencia Provincial. Aduce que la sentencia de apelación no valoró la prueba de descargo. No se pronuncia ni sobre el defectuoso funcionamiento del sistema Lexnet ni sobre las sentencias absolutorias cuya copia se aportó con el recurso.

d) Vulneración del derecho al recurso y del derecho a un proceso con todas las garantías, que la demanda de amparo atribuye a la sentencia de la Audiencia Provincial porque incurrió en un erróneo entendimiento de las limitaciones de cognición en la revisión de sentencias condenatorias. Aduce contradicción con la doctrina fijada en la STC 184/2013, de 4 de noviembre.

e) Vulneración del derecho a un juicio justo (art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) porque al limitarse la prueba indebidamente se ha vulnerado este derecho, pues según el artículo 10.2 CE los derechos reconocidos en la CE deben interpretarse conforme a dicho Convenio.

Con el fin de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, en cumplimiento de lo exigido en los artículos 49.1 y 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la demanda adujo en primer lugar que la inadmisión o desestimación del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial supuso un desconocimiento de la doctrina clara y explícita del Tribunal Constitucional contemplada, entre otras, en la STC 184/2013, de 4 de noviembre; afirma que hubo negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina fijada en dicha sentencia, porque fue invocada en el incidente de nulidad de actuaciones, en concreto, en relación con la valoración de la prueba de descargo. Asimismo, con cita de la STC 148/2009, de 15 de junio, FJ 4, se denunciaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque no se había procedido a valorar la prueba de descargo, así como la vulneración del derecho al recurso y al proceso con todas las garantías por haber resuelto el recurso de apelación partiendo de la base de que se debía actuar con cognición limitada. Esta última vulneración la fundamenta en la doctrina de las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, y 184/2013, de 4 de noviembre, invocadas ante la Audiencia y cuya doctrina tampoco había sido acatada por la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

Finalmente, en el suplico pidió al Tribunal Constitucional que dictara sentencia que reconociera que se habían lesionado los derechos de la recurrente a no padecer indefensión, a la presunción de inocencia, al derecho al recurso y a un proceso con todas las garantías, todos ellos reconocidos en el artículo 24 CE, y que en consecuencia se anularan la sentencia del Juzgado de Instrucción, la sentencia de la Audiencia Provincial, y la providencia del mismo tribunal, o bien, subsidiariamente, que se anularan dichas resoluciones y se retrotrajeran las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a la celebración del juicio oral en el procedimiento por delito leve ante el Juzgado de Instrucción a fin de que se permita a la demandante de amparo aportar de nuevo la documental adjunta al escrito de alegaciones, respetando así los derechos fundamentales vulnerados, y para que pueda valorarse la prueba de descargo presentada.

4.9 Medidas cautelares solicitadas

11. Por otrosí solicitaba, al amparo del artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la suspensión de los efectos de determinado auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción subsiguiente a la condena, para evitar los perjuicios irreparables que a su juicio le reportaría la inscripción de la condena en el Registro Central de Penados para la obtención de visado de entrada en Estados Unidos, donde tenía previsto desarrollar un período de prácticas de trabajo como docente en un programa de intercambio universitario.

4.10 Incidente sobre medidas cautelares y resolución del mismo

12. Admitido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y abierta pieza separada acerca de medidas cautelares, la representación de la demandante solicitó la suspensión cautelar de todos los efectos del fallo condenatorio, esto es, de la multa impuesta, responsabilidad civil y orden de anotación de condena, y como pretensión subsidiaria la suspensión de la anotación de condena. El Ministerio Fiscal apoyó la pretensión principal de suspensión de todos los pronunciamientos de la condena. La Sala Primera del Tribunal Constitucional, por auto, denegó la suspensión de la pena de multa y de la responsabilidad civil derivada del delito, por no reportar su abono un perjuicio irreparable a la recurrente, y acordó la suspensión parcial de la ejecución de la condena en lo relativo a su anotación en el Registro Central de Penados, a cuyo efecto dispuso que el Juzgado de Instrucción librase las órdenes oportunas para dejar sin efecto dicha inscripción hasta la resolución del proceso constitucional de amparo.

4.11 La documentación exculpatória figuraba en las actuaciones remitidas al Tribunal Constitucional

13. Por otra parte, es de destacar que la sentencia del Tribunal Constitucional señala que la documentación constitutiva del anexo al escrito de alegaciones aparece ahora incorporada al testimonio del procedimiento de delitos leves que el Juzgado de Instrucción había remitido al Tribunal Constitucional (concretamente en los folios 60 a 102) inmediatamente antes del testimonio de la sentencia condenatoria, lo que permite constatar que dicha documentación fue recibida en el Juzgado, si bien no era posible determinar el momento en que la misma se unió al expediente judicial.

4.12 Estimación del recurso de amparo y retroacción de las actuaciones

14. El Tribunal Constitucional decidió estimar el recurso de amparo interpuesto por BMAR y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión y a la presunción de inocencia.

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, y la providencia de esta última, con retroacción de las actuaciones al momento previo al enjuiciamiento de los hechos en la primera instancia.

LA DEFINICIÓN DE LA APARIENCIA PERSONAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA INCORPORACIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO DE UN NUEVO DERECHO¹

RAFAEL NARANJO DE LA CRUZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Propia imagen y apariencia personal. La STC 67/2022 en su contexto. 3. La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a definir la apariencia personal. 3.1 Delimitación del derecho. 3.2 Análisis de la conformidad al Convenio del límite impuesto. 3.2.1 Planteamiento inicial. 3.2.2 Previsión legal de la injerencia. 3.2.3 El control del fin legítimo de la medida. 3.2.4 El control de la necesidad de la medida. 3.3 Sobre los límites a la función interpretativa de la jurisprudencia del TEDH. 4. Fuentes del Derecho y apariencia personal. 5. El derecho a la apariencia en el ámbito laboral. 6. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La STC 67/2002, de 2 de junio, de la que es ponente la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, resuelve un recurso de amparo presentado por una per-

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

sona transgénero que afirmaba haber sido objeto de discriminación por su empresa como consecuencia del uso indistinto en el lugar de trabajo de faldas y pantalones. Se trataba de la primera ocasión en la que se planteaba una denuncia ante el Tribunal Constitucional por discriminación laboral por razón de la identidad de género. Aunque finalmente el recurso fue desestimado por una cuestión de prueba, esta sentencia resulta de especial importancia por dos motivos: el primero de ellos es por elaborar una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y de género, algo que hasta entonces no se había realizado por el TC; el segundo, que quizás haya pasado más desapercibido para la doctrina, consiste en la novedosa inclusión de una nueva faceta en el contenido del derecho a la propia imagen. En relación con este punto, el alto Tribunal incorpora en el derecho del artículo 18.1 CE la facultad de definir la propia apariencia personal.

El objeto de este trabajo es analizar algunas consecuencias que este cambio de naturaleza puede tener en nuestro ordenamiento para una actividad tan cotidiana como es la de decidir cómo una persona desea mostrarse en sociedad. En este sentido, veremos cuál ha sido hasta el momento la doctrina del TEDH sobre el nuevo derecho, y el papel que puede llegar a tener en nuestro ordenamiento sobre la base del artículo 10.2 CE. Posteriormente, analizaremos la cuestión desde el punto de vista de las fuentes del Derecho, haciendo hincapié en la aplicabilidad sobrevenida de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE. Por último, nos adentraremos en el ámbito en el que la apariencia personal ha mostrado una mayor conflictividad: el de las relaciones laborales. Antes, sin embargo, justificaremos brevemente el calificativo de «nuevo derecho» que se asigna aquí a esta facultad de la persona, mediante la exposición de la evolución que ha experimentado el derecho a la propia imagen en la jurisprudencia del TC desde sus inicios hasta la STC 67/2022, antes citada, con el fin de poner de manifiesto el cambio que esta implica respecto de su doctrina tradicional.

2. PROPIA IMAGEN Y APARIENCIA PERSONAL. LA STC 67/2022 EN SU CONTEXTO

La primera referencia al derecho a la propia imagen en la jurisprudencia del TC la encontramos en la STC 170/1987, de 30 de octubre. Allí se resolvía el recurso de amparo presentado por un barman que se había dejado barba, ante la petición de afeitarse la misma formulada por sus jefes. En la sentencia se podía leer, de manera genérica, que

«Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que

pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto» (f.j.4).

Más adelante, por relación al derecho que nos ocupa ahora, el TC descartaba en la mencionada sentencia que el supuesto abordara «una difusión o captación ilícita de su propia imagen contraria al artículo 18.1 C. E.».

De este modo, se comenzaba a perfilar la propia imagen protegida por el artículo 18.1 CE como un bien de la personalidad. El derecho correspondiente era tratado así como un derecho de la personalidad o derecho individual, en la medida en que el objeto de protección venía constituido por un bien perteneciente al patrimonio moral de la persona, absolutamente inherente a esta en virtud de la dignidad que a ella le corresponde. Esta idea aparecía nuevamente recogida en la STC 231/1988, de 2 de diciembre, en la que se afirmaba que

«Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo» (f.j. 3).

Habría que esperar hasta la STC 99/1994, de 11 de abril para que el TC se adentre más profundamente en el derecho que nos ocupa. En esta sentencia, relativa al despido de un trabajador por negarse a desarrollar su trabajo como cortador de jamón en un evento público ante el riesgo de captación y posterior reproducción de su imagen, el Tribunal Constitucional, tomando como base los mismos elementos ya vistos, sostuvo que

«el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. En este contexto, la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél» (f.j. 5).

De este modo, el alto Tribunal confirmaba la concepción tradicional del contenido del derecho a la propia imagen que antes había tan solo sugerido. Con ello, como sucediera con los derechos al honor o a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen quedaba abocado a encontrar en el interés público del mensaje su principal factor limitador². Muy significativo acerca del contenido atribuido al derecho a la propia imagen resulta aquí el siguiente inciso de la sentencia:

«No puede deducirse del art. 18 CE, que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, quedando desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda. Deben apreciarse, en este caso como en todos los de colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, los intereses en presencia, mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes» (f.j. 5).

En este proceso gradual de configuración de su contenido, la siguiente sentencia en pronunciarse sobre el derecho a la propia imagen fue la STC 117/1994, de 25 de abril, sobre la forma y condiciones de revocación del consentimiento prestado contractualmente por una actriz para la publicación de unas fotografías en las que aparecía desnuda. En ella se dio otro importante paso en la expansión del contenido del derecho, al afirmar el TC que

«El derecho a la propia imagen [...] garantiza el ámbito de libertad de una persona *respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona*. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de *su imagen, su identidad o su voz*» (f.j. 3; la cursiva es nuestra).

Esta extensión del ámbito de protección del derecho a la voz y al nombre puede tener relevancia, no solo en relación con su delimitación, sino además en el terreno de su ponderación con eventuales límites. En este sentido, más adelante, la STC 12/2012, de 30 de enero, sostuvo al respecto que «la captación no sólo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del

² Sobre este asunto, véase la STC 132/1995 de 11 septiembre, f.j. 6.

derecho a la propia imagen mediante la captación incontestada de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación» (f.j. 5)³.

La STC 81/2001, de 26 marzo, vino a confirmar los elementos básicos de la delimitación del derecho a la propia imagen vistos hasta ahora:

«el derecho a la propia imagen consagrado en el art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde» (f.j. 2)⁴.

En este sentido, como señalara posteriormente la STC 23/2010, de 27 de abril, el derecho asegura «en definitiva, la indisponibilidad ajena de aquello que socialmente evoca a la persona hasta constituirse en su representación». De esta forma,

«el bien protegido constitucionalmente no es tanto la mera reproducción gráfica de cualquier elemento corporal del individuo como la evocación social de la persona que habitualmente se plasma a través de aquélla. Así, hemos venido a exigir, como requisito previo para considerar afectado el derecho a la propia imagen, que, en los casos en que la publicación no identifique expresamente al aludido, los rasgos o la representación difundidos sin consentimiento de su titular permitan reconocer su identidad» (f.j. 4).

Otro aspecto importante de la configuración constitucional del derecho a la propia imagen es el de su relación con los demás derechos del art. 18.1 CE. Ciertamente, la sentencia 170/1987 no había abordado de manera afortunada el vínculo existente entre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen. La referencia allí al «ámbito de la vida privada» podía dar lugar a confusión, pues daba a entender que solo en este la persona podía ejercer su derecho a la propia imagen. De haberse continuado por este camino, la persona no hubiera podido ejercer este derecho en la esfera de la «vida pública». No es cierto, sin embargo, que el derecho a la propia imagen salvaguarde «un espacio de intimidad personal y familiar». Si fuera así, su mera existencia resultaría

³ Sobre el nombre y los apellidos como elementos integrantes del derecho a la propia imagen, véase también las SSTC 167/2013 de 7 octubre y 178/2020, de 14 diciembre.

⁴ Sobre el valor de la autorización para la reproducción de las fotografías publicadas por la propia persona en las redes sociales, véase la STC 27/2020 de 24 febrero.

de hecho prescindible, ya que su función quedaría absorbida por completo en el derecho a la intimidad personal y familiar contenido en el mismo artículo 18.1 CE. Sin embargo, intimidad y propia imagen son dos derechos distintos con un contenido diferenciado. La imagen garantizada no es la que pertenece exclusivamente al ámbito de la intimidad de la persona. Se protege la imagen de la persona, cualquiera que sea el ámbito en el que esta se encuentre⁵. Quizás la idea que no supo allí transmitir el TC es que, gracias al derecho a la propia imagen, la persona se encontraba protegida frente a la posibilidad de que su imagen alcanzara nivel alguno de circulación pública sin su consentimiento, al vedar *prima facie* toda acción de captación, difusión o reproducción de la misma no autorizada por ella. De esta forma, se lograba inicialmente mantener la imagen de las personas en el círculo más o menos amplio por ella misma definido. Posiblemente, fuera este el «ámbito de la vida privada» o «el espacio de intimidad personal y familiar» al que quería hacer referencia el fragmento reproducido de la sentencia 170/1987.

A esta cuestión se refirió la STC 81/2001, en la que se sostuvo que

«En la Constitución española ese derecho se configura como un derecho autónomo, aunque ciertamente, en su condición de derecho de la personalidad, derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad, proclamados ambos en el mismo art. 18.1 del Texto constitucional. No cabe desconocer que mediante la captación y publicación de la imagen de una persona puede vulnerarse tanto su derecho al honor como su derecho a la intimidad. Sin embargo, lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana» (f.j. 2).

La que hemos venido en llamar la concepción tradicional del contenido del derecho a la propia imagen es, en definitiva, la que aparece resumida en la STC 33/2023, de 18 de abril:

«se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, dirigido a proteger su vida privada y familiar, lo que engloba su dimensión moral y también social, atribuyéndole dos facultades primordialmente: la de decidir qué información gráfica formada por sus rasgos físicos puede tener difu-

⁵ Esta idea se desarrolló posteriormente en la STC 156/2001, de 2 de julio, f.j. 3.

sión pública y la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada, fuera cual fuese su finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) (STC 27/2020, de 24 de febrero). A estas dos facultades debe añadirse una tercera de carácter reactivo: la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona (por todas, STC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 5)»⁶.

A este contenido se venía ajustando la doctrina especializada en la materia de manera mayoritaria⁷, con prácticamente la única excepción de la laboralista, que, aunque con escasa profundidad de análisis, tras la STC 170/1987 se había expresado a favor de entender incluida en el derecho a la propia imagen la facultad de la persona de definir su apariencia, posiblemente influida por la mayor conflictividad que en este ámbito genera la cuestión⁸. Sin embar-

⁶ En la concepción tradicional ya expuesta se basan las SSTC 139/2001 de 18 junio; 156/2001 de 2 julio; 83/2002 de 22 abril; 14/2003 de 28 enero; 127/2003 de 30 junio; 300/2006 de 23 octubre; 72/2007 de 16 abril; 158/2009 de 29 junio; 176/2013 de 21 octubre; 208/2013 de 16 diciembre; 19/2014 de 10 febrero; 18/2015 de 16 febrero y 25/2019 de 28 febrero.

⁷ Una concepción clásica del derecho a la propia imagen, en, entre otros muchos, ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen. Actores y personas con notoriedad pública. Según Ley 5 de mayo de 1982*, Colex, Madrid, 1987, pp. 25 ss.; O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pp. 116 ss.; CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995, pp. 93 ss.; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 23 ss.; AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997; ROVIRA SUEIRO, M.E., *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada, 2000, p. 6; ROMERO COLOMA, A.M., *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 48 ss.; PASCUAL MEDRANO, A., *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 24 ss.; SANTOS VIJANDE, J.M., *La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005; PARDO FALCÓN, J., «Una aproximación al contenido constitucional del derecho a la propia imagen», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. II, Cortes Generales/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Universitat de Barcelona/Ajuntament de Mollet del Vallès, Madrid, 2008, p. 1339; VERDA Y BEAMONTE, J. R. de, «La protección constitucional del derecho a la propia imagen», en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista. Número monográfico de la Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 9, 2011, p. 23.

⁸ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J., «Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo», en Cruz Villalón, J., Garrido Pérez, E., y Ferradans Caramés, C. (coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, p. 71. En la doctrina laboralista, por todos, véanse PÉREZ DE LOS COBOS, F., «Sobre el derecho a la propia imagen», *Poder Judicial*, núm. 10, 1988, pp. 78-82; González Biedma, E., «La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación al problema», en Casas Baamonde, M.E., Durán López, F., y Cruz Villalón, J., (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, p. 685. Molina Navarrete, por su parte, menciona la «dimensión proactiva o positiva» del derecho [MOLINA NAVARRETE, C., «Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE y normas concordantes)», en Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., y Álvarez Cortés, J.C., (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, Granada, 2020, p. 284].

go, con el transcurso del tiempo algunas voces al margen del Derecho del Trabajo se fueron manifestando también en este mismo sentido⁹. Para ellas, la concepción tradicional, anteriormente expuesta, partía de una interpretación demasiado rígida y estricta del precepto constitucional¹⁰. Aunque la literalidad del precepto no resultaba definitiva en este punto, se sostenía que la adjetivación de la imagen garantizada iusfundamentalmente como «propia» apuntaba a este significado¹¹, así como el lenguaje cotidiano¹². La defensa de esta posición se justificaba también en la necesidad de adaptar el sentido de la norma a una nueva realidad social¹³. Se argumentaba la importancia que para la persona tiene la posibilidad de definir el modo en que aparecía ante los demás¹⁴. Con todo ello, se llegó a afirmar incluso que esta facultad formaba parte del contenido esencial del derecho¹⁵.

Este es el contexto jurisprudencial y doctrinal en el que aparece la STC 67/2002, de 2 de junio. Acerca del contenido delimitado del derecho a la propia imagen, afirma aquí el Tribunal Constitucional que

«Superando la consideración tradicional de que el derecho a la propia imagen concede a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación [...], es preciso entender que el derecho a la propia imagen integra no solo el control sobre su captación y reproducción, sino también la facultad de definición de la imagen que nos identifica y nos hace reconocibles frente a los demás, como forma de expresión, además, del libre desarrollo de nuestra personalidad y de la materialización del respeto a la dignidad de que somos titulares como seres humanos (art. 10.1 CE). La previsión expresa del derecho a la propia imagen en el art. 18.1 CE permite ampliar la comprensión de este a la definición de la propia apariencia física, en el sentido atribuido a este

⁹ Por todas, GÓMEZ CORONA, E., *La propia imagen como categoría constitucional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 57; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *Honor, intimidad y propia imagen*, Lisboa, Editorial Jurúa, 2017, p. 126. Expresamente en contra de la naturaleza iusfundamental de la definición de la propia apariencia, PARDO FALCÓN, J., «Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, p. 167 y Pascual Medrano, P., *op.cit.*, p. 65.

¹⁰ ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 90; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., «El derecho a la propia imagen en su dimensión subjetiva y los códigos de indumentaria laboral», *Revista de Derecho Político*, núm. 112, 2021, p. 85.

¹¹ CUERDA RIAZU, A., «El velo islámico y el derecho a la propia imagen», *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 11, 2008, p. 253; E. González Hernández, *op.cit.*, p. 86.

¹² CUERDA RIAZU, A., *op.cit.*, p. 253; González Hernández, E., *op.cit.*, p. 88.

¹³ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., *op.cit.*, p. 89.

¹⁴ BLASCO GASCÓ, F. DE P., «Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen», en VV.AA., *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 2008, p. 23; CUERDA RIAZU, A., *op.cit.*, p. 252-253; ARRÚE MENDIZÁBAL, M., *El derecho a la propia imagen de los trabajadores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 71 y 73; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., *op.cit.*, p. 88.

¹⁵ CUERDA RIAZU, A., *op.cit.*, p. 252; González Hernández, E., *op.cit.*, p. 87.

derecho por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» [f.j. 3.d)].

Concretamente, en relación con la expresión de género -entendida como «el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética»-, el alto Tribunal sostiene que esta

«se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como lo hacen la imagen física en términos generales, la voz o el nombre de las personas, definidos en la STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3, como atributos característicos, propios e inmediatos de una persona, y como cualidades «definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona». En relación con estos atributos, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho al nombre y los apellidos en dos ocasiones más [...], pero no ha abordado la cualidad de la imagen física o de la apariencia física, como imagen externa de cada individuo que permiten identificarlo, y *menos* cuando esa imagen tiene que ver con la expresión de género» [f.j. 3.d); la cursiva es nuestra].

De este modo, y dejando ahora a salvo la posibilidad de que una futura sentencia rectifique, aclare o precise lo dicho por la STC 67/2022, el derecho a definir la propia apariencia ha pasado a formar parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen. Ante este escenario, es conveniente adentrarse en diversas cuestiones relativas al régimen jurídico del nuevo derecho fundamental. Concretamente, en los próximos apartados analizaremos el marco interpretativo creado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este derecho, a tener en cuenta en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE. Veremos también más adelante algunas implicaciones de la sentencia en materia de fuentes del Derecho y, por último, haremos alguna reflexión sobre su proyección en el ámbito laboral.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL DERECHO A DEFINIR LA APARIENCIA PERSONAL

3.1 Delimitación del derecho

El derecho a la definición de la propia apariencia personal ha sido encuadrado por el TEDH en el ámbito de protección del derecho a la vida privada del

artículo 8.1 CEDH¹⁶. Esta inclusión se ha visto posibilitada por la amplitud con la que el contenido de este último derecho ha sido definido en su jurisprudencia. En este sentido, el Tribunal europeo ha reiterado en numerosas ocasiones que «no existe una definición exhaustiva de la noción de vida privada dentro del significado del artículo 8 del Convenio». Se trata, a su juicio, de un término amplio que comprende, entre otros, «aspectos de la identidad física, psicológica y social de un individuo, tales como el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal»¹⁷. «En términos generales –afirma el TEDH en otro lugar–, asegura el individuo una esfera en la que puede libremente perseguir el desarrollo y la realización de su personalidad»¹⁸.

A partir de esta premisa, no puede extrañar que el TEDH concluya que «las elecciones personales de un individuo respecto de su apariencia deseada, ya sea en lugares públicos o privados, se relacionan con la expresión de su personalidad y, por tanto, caen dentro de la noción de vida privada»¹⁹. Como puede verse, el derecho del artículo 8.1 CEDH alcanza también a las decisiones sobre la apariencia personal en espacios públicos. Al respecto, el TEDH ha señalado que «La noción de vida privada protege también un derecho a la identidad y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior. Existe, por tanto, una zona de interacción de una persona con otras, incluso en un contexto público, que puede caer dentro del ámbito de la “vida privada”»²⁰, incluso en supuestos en los que la conducta pudiera estar sancionada penalmente²¹.

La jurisprudencia del Tribunal europeo sobre el derecho que nos ocupa tan solo arroja dos posibles elementos reductores de su ámbito de delimitación. El primero de ellos está vinculado al fin de la acción desarrollada y se deriva de la relación, ya indicada, existente entre el derecho a la vida privada y la realización personal. En este sentido, en *Gough c. Reino Unido*, el TEDH sostuvo que se debía distinguir entre llevar a cabo una actividad por realización personal y hacer la misma por un propósito público, supuesto en el que no se podía afirmar estar actuando solo para realizarse personalmente (par. 184). De este modo, parece excluir del ámbito de protección del derecho a la vida privada actuaciones que tuvieran un propósito público.

¹⁶ Según el artículo 8.1 CEDH, «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

¹⁷ *Biržietis c. Lituania*, de 14 de junio de 2016, par. 32.

¹⁸ *Gough c. Reino Unido*, de 28 de octubre de 2014, par. 182.

¹⁹ *S.A.S. c. Francia*, de 1 de julio de 2014, par. 107; *Biržietis c. Lituania*, par. 33.

²⁰ *Gough c. Reino Unido*, par. 182, con cita de abundante jurisprudencia anterior.

²¹ *Gough c. Reino Unido*, par. 183.

El segundo elemento reductor del ámbito de delimitación del derecho objeto de estudio implica, por su parte, un examen de la concreta apariencia elegida. En efecto, en *Gough c. Reino Unido* el TEDH afirmó que «por lo que respecta en particular a una elección personal individual como su apariencia deseada en público (como se dijo en *S.A.S.*, antes citado), en analogía con la aplicabilidad del artículo 9 del Convenio a creencias religiosas [...], el artículo 8 no puede ser utilizado para proteger toda opción personal concebible en ese ámbito: tiene que haber probablemente un nivel *de minimis* de seriedad en cuanto a la elección de la apariencia deseada en cuestión²². Si el requerido nivel de seriedad se ha alcanzado en relación con la elección del demandante de aparecer totalmente desnudo en todas las ocasiones en todos los lugares públicos sin distinción es algo que puede ser puesto en duda, teniendo en cuenta la ausencia de apoyo para tal opción en ninguna sociedad democrática conocida en el mundo» (par. 184).

El criterio de seriedad en la apariencia elegida, establecido por el Tribunal europeo, suscita bastantes dudas. Su aplicación entra en directa contradicción con las ideas de autonomía y desarrollo personal que se encuentran precisamente en la base del derecho a la vida privada del artículo 8.1 CEDH. Estas nociones implican el reconocimiento de un ámbito de decisión al individuo que no debe quedar desde el inicio restringido por ideas de naturaleza no jurídicas acerca de cómo debe ser el desarrollo personal que se afirma proteger. Dicho de otra manera: no se puede sostener que la autonomía personal o el desarrollo de la personalidad solo se pueda expresar con seriedad. Ambos bienes jurídicos pueden llevar a la persona a elegir un modo de aparecer ante los demás que pudiera ser considerado por estos como no serio. En su fase de delimitación, la personalidad no se desarrolla de manera libre cuando las elecciones del individuo se ven condicionadas desde el inicio al seguimiento del patrón que ofrece lo socialmente aceptable. De otra forma, las decisiones sobre la apariencia minoritarias y alternativas podrían quedar excluidas en una fase inicial del análisis, y por tanto privadas de protección, simplemente por la mera circunstancia de ser distintas o contrarias a las adoptadas por la mayoría de la sociedad.

Por otra parte, el TEDH no ha aplicado siempre de manera coherente este criterio reductor del ámbito de delimitación del derecho. En efecto, en relación con la decisión de la mujer de usar el velo integral ha establecido en la sentencia *S.A.S. c. Francia* que «El hecho de que se trata de una práctica minoritaria

²² Cita, *mutatis mutandis*, en el ámbito del artículo 9 CEDH, las sentencias de los casos *Bayatyan c. Armenia*, 7 de julio de 2011, § 110 y *Eweida y otros c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, § 81.

y que parezca discutida [...] carece de pertinencia a este respecto» (par. 108), y ello a pesar de que el apoyo que pueda recibir dicha práctica en las sociedades democráticas occidentales no es anterior al reconocimiento del derecho, sino que se deriva precisamente del mismo. Parece, pues, que cuando la decisión sobre la vestimenta no solo se ve respaldada en el derecho a la vida privada y familiar, sino que es expresión de unas creencias religiosas la discusión sobre la seriedad de la misma no tiene cabida. Así pues, el derecho a la libertad religiosa podría operar en este punto, en sede de delimitación del derecho a definir la apariencia personal, como un factor de expansión del mismo.

Dentro del alcance de este derecho se han incluido hasta el momento elecciones relativas a la vestimenta. Destacamos aquí, por sus semejanzas con el supuesto planteado en la STC 67/2022, el caso *Kara c. Reino Unido* (decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 22 de octubre de 1998). La persona allí demandante es definida en la citada decisión como «un hombre bisexual travestido», que llevaba en su puesto de trabajo en el área de Educación del Ayuntamiento ropa que se consideraba convencionalmente consideradas «femeninas» para expresar su identidad y su sexualidad y lo que consideraba aspectos femeninos innatos de su personalidad (punto 1). También sobre esta cuestión relativa a la vestimenta se ha planteado la conformidad al artículo 8.1 CEDH de la imposición de uniforme a los presos en *Thomas McFeeley y otros c. Reino Unido*, decisión de admisibilidad de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 15 de mayo de 1980 (par. 83), así como, tal y como se ha indicado ya, en relación con la decisión de las mujeres de llevar el velo integral por razón de sus creencias religiosas (*S.A.S. c. Francia*, pars. 106 y 107).

Igualmente, se ha analizado desde este punto de vista en la sentencia del caso *Popa c. Rumanía*, de 18 de junio de 2013, el problema relativo al corte de pelo en prisión (par. 32). En este supuesto, el demandante fue obligado a cortarse el pelo, que entonces tenía una longitud de 45 cms., para dejarlo en unos 10 o 15 cms. (par. 29). Para el Tribunal, la posibilidad del preso de peinarse según la propia elección constituye «un modo de expresión de su personalidad» (par. 33). En el mismo sentido ya se había pronunciado la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión sobre el caso *Peter Sutter c. Suiza*, de 1 de marzo de 1979 (pár. 1 de los fundamentos jurídicos). En este supuesto, el recurrente era un estudiante suizo que fue sancionado, durante unos cursos de actualización que formaban parte de sus obligaciones militares, a cinco y siete días de arresto por su rechazo a cumplir con la normativa relativa al corte de pelo.

Idéntico tratamiento ha recibido la decisión de dejarse barba, en el caso *Biržietis c. Lituania*, donde viene a afirmarse que «la elección de dejarse crecer una barba constituye una parte de la personalidad e identidad individual del

demandante y cae dentro del ámbito de la vida privada, y el artículo 8 del Convenio es por tanto aplicable» (par. 33).

Más discutible es, por las razones anteriormente expresadas relativas a la seriedad de la decisión o de la existencia de un propósito público en el demandante, la inclusión en el derecho a la vida privada del desnudo público, a la vista de lo establecido por el TEDH en *Gough c. Reino Unido* (par. 184).

Siendo este el punto de partida, desde la perspectiva del derecho a la vida privada del Convenio cualquier norma sobre vestimenta puede suponer una «intromisión continuada» en el mismo, al situar al titular del derecho ante el dilema de, o bien cumplir la prohibición y abstenerse, por tanto, de vestirse (peinarse, etc.) de acuerdo con su elección, o negarse a cumplirla, arriesgándose con ello a una sanción²³.

3.2 Análisis de la conformidad al Convenio del límite impuesto

3.2.1 PLANTEAMIENTO INICIAL

Una vez establecido el alcance que el derecho a definir la apariencia personal tiene en el marco del artículo 8.1 CEDH, nos queda por ver los requisitos que el mismo Convenio impone a cualquier medida que lo restrinja. Para ello es necesario acudir al segundo párrafo del citado artículo, donde se establece que «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». En los siguientes apartados atenderemos a cada uno de estos requisitos.

3.2.2 PREVISIÓN LEGAL DE LA INJERENCIA

La exigencia de previsión legal ha sido interpretada de manera material, no formal, por el TEDH. Así, en *Biržietis c. Lituania*, el TEDH puso de manifiesto que «el término «ley» del artículo 8.2 del Convenio debe ser entendido en su

²³ Cfr. *S.A.S. c. Francia*, par. 110, con cita de las sentencias de los casos *Dudgeon* (par. 41), y *Norris* (par. 38), relativas a normas penales sancionadoras de la homosexualidad.

sentido sustantivo y no formal, por tanto comprendiendo no solo las normas escritas aprobadas por el Parlamento, sino también estatutos y medidas reguladoras de orden inferior aprobadas por cuerpos normativos profesionales bajo poderes normativos independientes delegados por el Parlamento, así como Derecho no escrito [...]. Aunque el Derecho interno puede exigir que la intromisión con el derecho a la vida privada se encuentre en un nivel específico de la legislación, el artículo 8 del Convenio no establece tal requisito» (par. 50). Ya con anterioridad, la Comisión había sostenido en el caso *Kara c. Reino Unido* que la restricción del Ayuntamiento sobre la elección del modo de vestir de sus empleados cumplía el requisito de ser conforme a la ley, al estar basada en una política interna, cuya legalidad había sido confirmada por el Tribunal Industrial (punto 1).

Esta concepción material de lo que por ley debe entenderse se mantuvo en *Biržietis c. Lituania* incluso ante la circunstancia de que el Tribunal Supremo Administrativo de Lituania, al examinar la demanda del actor, había sostenido que, aunque las restricciones de los derechos humanos y libertades fundamentales solo se podían imponer mediante ley aprobada por el Parlamento, el deseo de dejarse crecer barba no se podía considerar uno de estos derechos. Para el TEDH, «no es su función hacer frente a los errores de hecho o de Derecho presuntamente cometidos por los tribunales nacionales» (par. 51).

3.2.3 EL CONTROL DEL FIN LEGÍTIMO DE LA MEDIDA

En otro orden de cosas, desde el punto de vista del Convenio, el objetivo que puede perseguir una medida restrictiva de este derecho a definir la propia apariencia ha de poder ser reconducido a alguno de los fines legítimos dispuestos, con carácter exhaustivo, en el párrafo 2 del artículo 8 CEDH²⁴. La enumeración tiene carácter cerrado y se ha descartado la posibilidad de que en ella quepan fórmulas como, por ejemplo, «el respeto a los valores mínimos de una sociedad abierta y democrática», de manera que recae sobre el Estado que las invoca el deber de precisar cuál de los fines previstos en el artículo 8.2 se ve específicamente involucrado²⁵. En definitiva, como se afirma en la sentencia *Biržietis c. Lituania*, en relación con el artículo 8.2 CEDH, «Para ser compatible con el Convenio, una limitación de ese derecho debe, en particular, perseguir un fin que pueda ser vinculado a uno de los dispuestos en esa norma» (par. 53).

²⁴ Se afirma el carácter exhaustivo de dichos fines en, entre otras, la sentencia *Biržietis c. Lituania*, par. 53.

²⁵ *S.A.S. c. Francia*, par. 114.

En términos generales, el establecimiento de la conexión entre el fin de la medida y uno de los objetivos legítimos recogidos en el artículo 8.2 CEDH no presenta demasiada dificultad. En alguna ocasión, incluso, podría afirmarse que el vínculo requerido ha sido establecido de manera bastante poco rigurosa por el órgano de control del Convenio. Así sucedió en el caso *Kara c. Reino Unido*, donde, en el examen de una intromisión en la decisión del demandante sobre el modo de vestir por parte del ente público para el que trabajaba, el TEDH entendió que el objetivo de la política de indumentaria -permitir reforzar su imagen en sus relaciones con el público, la comunidad empresarial y los representantes del Gobierno-, estaba relacionado con «la protección de los derechos de los demás», «en el sentido de proteger su propio correcto funcionamiento y cumplimiento de sus obligaciones en nombre de los ciudadanos»²⁶.

Por su parte, el Tribunal europeo ha sostenido en el caso *Popa c. Rumanía* (par. 33) que la obligación de llevar el pelo corto en prisión podía considerarse necesaria «para la protección de la salud, por razones de higiene y de prevención de transmisión de enfermedades. Esta medida está tanto más justificada cuanto está destinada a aplicarse en un contexto de grandes colectividades, a saber, las prisiones cuyas condiciones de hacinamiento e higiene son impugnadas por el interesado». El Tribunal señaló aquí las diferencias de este caso con el resuelto en *Yankov c. Bulgaria*, de 13 de diciembre de 2003, en el que se decidió que la medida impuesta a un preso, consistente en el rasurado total del pelo de la cabeza, constituía una violación del artículo 3 CEDH. En un sentido parecido al caso *Popa*, en *Sutter c. Suiza* la Comisión había sostenido que la exigencia de pelo corto podía ser razonablemente considerada, en el contexto de los hechos, como necesaria para la protección de la salud, por razones higiénicas y para la prevención de accidentes, tal y como sucede con las aplicadas en grupos grandes y profesiones que presentan un riesgo específico parecido de accidentes industriales (punto 1 de su fundamentación jurídica).

Del mismo modo, la consecución de los fines de seguridad pública y prevención del delito justificaban, según la Comisión, la imposición a los presos de la obligación de vestir de manera uniformada (*Thomas McFeeley y otros c. Reino Unido*, par. 83). A su juicio, con esta medida se facilitaba la identificación de un preso con vistas a prevenir su huida o asegurar su captura en el caso de que esta se llevara a cabo, al tiempo que permitía a las autoridades de la prisión distinguir entre la comunidad de presos y los visitantes vestidos con ropas normales.

De la sentencia *Biržietis c. Lituania* puede deducirse la existencia de un deber que incumbe al Estado demandado de identificar las razones por las que la decisión

²⁶ *Kara c. Reino Unido*, par. 2.

sobre la apariencia puede entrar en conflicto con el fin legítimo. En el caso concreto, el Tribunal reprochó al Gobierno rumano el no haber justificado cómo permitir a un preso dejarse barba podría conducir al desorden y al delito (par. 54). Sin embargo, en esta fase del examen sí se ha aceptado que la intención declarada por parte del legislador, aun de manera genérica, de abordar cuestiones de «seguridad pública», permite apreciar la existencia de un fin legítimo en aquellas normas que prohíben el uso del burka, en una decisión que podría hacerse extensible de manera lógica a cualquier prenda que impida la identificación de una persona²⁷.

También en relación con la prohibición del uso del burka en los espacios públicos, el TEDH tuvo que pronunciarse sobre la alegación del Gobierno francés acerca de la vinculación existente entre el fin legítimo «protección de los derechos y libertades de los demás» y el «respeto a los requisitos mínimos de la vida en sociedad», o de la «convivencia mutua». Al respecto, el TEDH mantuvo una posición de equilibrio en sede de análisis de la existencia de un fin legítimo. Así, señaló, por un lado, que podía «comprender la opinión de que las personas que están presentes en lugares abiertos a todos puedan no desear presenciar prácticas o actitudes que cuestionen fundamentalmente la posibilidad de relaciones interpersonales abiertas, que en virtud de un consenso establecido, constituye un elemento indispensable de la vida comunicativa dentro de dicha sociedad. Por lo tanto, el Tribunal puede aceptar que la barrera levantada contra los demás por un velo que cubre el rostro sea percibida por el Estado demandado como una violación del derecho de los demás a vivir en un espacio de socialización que facilite la convivencia». Por otro, sin embargo, puso de manifiesto la flexibilidad de la noción de «convivencia mutua», con el consiguiente riesgo de su abuso, y se mostró partidario, ante esta circunstancia, de realizar un examen cuidadoso de la necesidad de la limitación fundada en este argumento.

3.2.4 EL CONTROL DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA

Finalmente, el control de necesidad en una sociedad democrática se ha hecho corresponder con la existencia de una «necesidad social acuciante» (*pressing social need*). Este requisito supone que la injerencia en el derecho tiene que ser proporcionada en relación con el fin legítimo que persigue²⁸.

En la valoración de la necesidad de la medida, los Estados parte disfrutaban de un cierto margen de apreciación, pero este va mano a mano con la supervi-

²⁷ Cfr. S.A.S. c. Francia, par. 115.

²⁸ Biržietis c. Lituania, par. 55; Kara c. Reino Unido, punto 1.

sión europea²⁹. Como el TEDH señala, «la amplitud de ese margen varía y depende de un número de factores, incluyendo la naturaleza de las actividades restringidas y los objetivos perseguidos por las limitaciones». No obstante, «En cualquier caso, corresponde al Estado demandado demostrar la existencia de la necesidad social acuciante que justifica la intromisión»³⁰.

El TEDH ha tenido en cuenta numerosos factores en el examen de necesidad y proporcionalidad de la medida realizado en los casos relativos al derecho a la definición de la propia apariencia incardinable en el artículo 8.1 CEDH. Así, por ejemplo, en *Biržietis c. Lituania* jugó en contra de la medida consistente en la prohibición de la barba en prisión el hecho de que esta tuviera un carácter absoluto, independientemente de su longitud, del carácter aseado de la misma, o de cualquier otra consideración³¹; su falta de idoneidad para los fines invocados³²; o su carácter arbitrario por una eventual incoherencia del Estado en su aplicación a supuestos homogéneos³³.

El análisis y la aplicación de los criterios que conlleva tiene un carácter casuístico, y depende, en buena medida, del hecho de que las autoridades nacionales aporten una justificación suficiente y razonable de la limitación³⁴. No sería correcto, por tanto, extrapolar precipitadamente las conclusiones obtenidas en cualquiera de los supuestos examinados a otros que, aunque parecidos, pudieran presentar elementos diferenciadores relevantes. En este sentido, por ejemplo, a pesar de conceder la razón al demandante en el caso *Biržietis c. Lituania*, el Tribunal aceptó allí mismo que los Estados parte pudieran en principio establecer ciertos requisitos relativos a la apariencia personal de los presos, si bien todas esas restricciones debían ser conformes con las exigencias derivadas del control de necesidad y proporcionalidad de la medida, a realizar en virtud del artículo 8.2 CEDH (par. 57).

Especial interés pueden tener para nuestro objeto de estudio las decisiones adoptadas por el TEDH en materia de necesidad de la medida relacionadas con el uso del burka en espacios públicos (*S.A.S. c. Francia*) y con las políticas de indumentaria vigentes en las empresas.

²⁹ *Kara c. Reino Unido*, punto 1.

³⁰ *Biržietis c. Lituania*, par. 55.

³¹ *Biržietis c. Lituania*, par. 55.

³² El Tribunal europeo tuvo en cuenta en este punto que, según una conclusión del Ombudsman parlamentario rumano relativa a supuesto similar, la prohibición no se justificaba por razones de higiene ni por la necesidad de identificar a los presos (par. 57).

³³ El TEDH observó que la prohibición que recaía sobre la barba no afectaba a otros tipos de vellos faciales, como los bigotes o las patillas (par. 57).

³⁴ Cfr. *Biržietis c. Lituania*, par. 58. En contra de este modo de proceder del Tribunal, véase allí mismo el voto particular discrepante del magistrado Wojtuczek (punto 2).

Respecto de las primeras de las cuestiones, el TEDH analizó la necesidad de la medida a partir de los dos fines que esta perseguían, esto es, protección de la seguridad pública, por un lado, y la «protección de los derechos y libertades de los demás», unida al «respeto de los requisitos mínimos de la vida en sociedad» o de la «convivencia mutua», por otro.

Por lo que hace a la necesidad de la prohibición por razones de seguridad pública, el TEDH sostuvo que, a la vista del impacto de la medida prohibitiva sobre los derechos de las mujeres que deseaban utilizar el velo integral como manifestación de sus creencias religiosas, «una prohibición general de llevar en lugares públicos ropa diseñada para ocultar el rostro solo puede considerarse proporcionada en un contexto donde existe una amenaza general a la seguridad pública», recayendo, además, la prueba de tal circunstancia en el Estado demandado³⁵. A esta conclusión contribuyó también, por otra parte, la existencia de medidas alternativas, a juicio del TEDH, que permitían lograr el objetivo perseguido, tales como establecer la obligación de mostrar el rostro e identificarse cuando exista un riesgo para la seguridad de las personas y los bienes, o ante sospechas fundadas de suplantación de personalidad (*ibidem*).

Más permisiva con el Estado francés fue la argumentación del Tribunal europeo en relación con la necesidad de la medida para la protección de los derechos y libertades de los demás. Aquí, el TEDH, tras poner de manifiesto los diversos argumentos esgrimidos por la demandante y por las organizaciones no gubernamentales en su apoyo, observó que el Gobierno francés consideraba el uso del velo integral una práctica «incompatible en la sociedad francesa, con las reglas básicas de la comunicación social y, más ampliamente, con las exigencias de la «convivencia mutua». Desde esta perspectiva –añadió el Tribunal– el Estado demandado busca proteger un principio de interacción entre individuos, que a su juicio es esencial para la extensión no solo del pluralismo, sino también de la tolerancia y la amplitud de miras sin las cuales no hay sociedad democrática [...]. Por lo tanto, se puede decir que la cuestión de si debe permitir o no llevar el velo integral en lugares públicos constituye una elección de la sociedad» (par. 153).

De este modo, el Tribunal optó por la autocontención a favor de la decisión del poder legislativo interno nacional, emanada a través un proceso democrático. Para el TEDH, «en cuestiones de política general, sobre las que las opiniones dentro de una sociedad democrática pueden diferir razonablemente de forma amplia, se debe dar especial importancia al papel del responsable de la política nacional» (par. 154). La atribución aquí al Estado de un margen de

³⁵ S.A.S. c. Francia, par. 139.

apreciación amplio (par. 155) se veía confirmada por la falta, a juicio del Tribunal, de un consenso sobre la materia entre los países miembros del Consejo de Europa (par. 156). La prohibición del velo integral en los espacios públicos franceses quedaba, de este modo, justificada como proporcionada de cara al objetivo de la preservación de las condiciones de convivencia, como elemento de «protección de los derechos y libertades de los demás» (par. 157)³⁶. No obstante, incluso en este supuesto, la respuesta pudo haber sido otra distinta si las sanciones previstas hubieran sido consideradas excesivas. El TEDH tuvo en cuenta, por el contrario, que eran las más leves que podían contemplarse³⁷.

Finalmente, en el ámbito de las políticas de indumentaria, la Comisión Europea señaló en el caso *Kara c. Reino Unido* que «los empleadores pueden exigir a sus empleados que se adecúen a ciertos requisitos de vestimenta que estén razonablemente relacionados con el tipo de trabajo desarrollado (p.ej.: cascos de seguridad, coberturas higiénicas, uniformes). Esto puede también implicar exigir a los empleados que entran en contacto con el público o con otras organizaciones que se ajusten a un código de vestimenta del que se pueda razonablemente considerar que mejore la imagen pública del empleador y facilite sus contactos externos» (punto 1). En este sentido, en el caso mencionado entendió la Comisión que la orden impartida a los empleados de «vestir de manera “apropiada” en relación con su género, puede razonablemente ser considerada por el empleador como necesaria para proteger su imagen pública» y, por tanto, no desproporcionada (punto 1).

En este mismo campo podrían ser de utilidad también los criterios utilizados, si bien en sede de libertad religiosa, por el TEDH en la sentencia *Eweida y otros c. Reino Unido*, respecto del uso de crucifijos en el trabajo. Aquí, frente al derecho a la libertad religiosa de las demandantes se situaron el deseo del empleador de proteger cierta imagen corporativa, en el caso de la primera de ellas (la Sra. Eweida), y la protección de la salud y de la seguridad de enfermeras y pacientes, en el supuesto de la segunda (la Sra. Chaplin).

La solución dada en ambos casos fue distinta y vino condicionada nuevamente por las circunstancias particulares de cada uno de ellos. Así, en el primero, respecto del uso de un crucifijo por parte de la recurrente, trabajadora de

³⁶ En contra puede verse el acertado voto particular, parcialmente en contra, de las magistradas Nussberger y Jäderblom.

³⁷ En este caso, multas previstas para faltas de segunda clase, que en el momento de redactarse la sentencia ascendían a 150 euros como máximo, con la posibilidad de que el tribunal impusiera, además de la multa o en lugar de ella, la obligación de seguir un curso de ciudadanía (par. 152). En contra de la posición mayoritaria en este punto, véase el voto particular, parcialmente en contra, de las magistradas Nussberger y Jäderblom, donde se pone de relieve que «cuando el uso del velo integral es una práctica recurrente, el efecto múltiple de sucesivas sanciones debe ser tenido en cuenta» (punto 22).

la plantilla del *check-in* de British Airways, tuvo en cuenta el tamaño de la cruz y que no restaba valor a su aspecto profesional; la falta de pruebas de que el uso previo de otras prendas de carácter religioso por otros empleados, tales como turbantes o hiyabs, hubiera tenido impacto negativo alguno en la marca o imagen de British Airways; y la escasa importancia de la prohibición, a la vista del hecho de que la propia compañía cambió ulteriormente su código de vestimenta para permitir el uso visible de joyería religiosa simbólica (par. 94). Todos estos elementos revelaban, según el Tribunal, en el fondo, la falta de una intrusión real en los intereses de otros (par. 95).

En sentido contrario, respecto de la Sra. Chaplin, el Tribunal europeo consideró que el motivo por el que se le pidió que se quitara la cadena, «especialmente la protección de la salud y seguridad en un pabellón hospitalario, era intrínsecamente de mayor alcance» que el de la primera demandante. Asimismo, sostuvo que este era un campo donde las autoridades internas tenían que disfrutar de un margen de apreciación, a la vista de que los directores del hospital se encontraban en mejor situación que el Tribunal para tomar decisiones sobre esta cuestión (par. 99)³⁸.

3.3 Sobre los límites a la función interpretativa de la jurisprudencia del TEDH

La inclusión de la definición de la apariencia personal en el ámbito protegido por el derecho fundamental a la propia imagen hace que sea de aplicación a esta faceta lo establecido por el art. 10.2 CE de nuestra Constitución: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Ciertamente, ello obliga a atender a lo dispuesto por el TEDH en su jurisprudencia sobre el derecho en cuestión para lograr que este no se aplique en nuestro país de manera contraria a lo dispuesto en el plano europeo.

Sin embargo, no debe perderse de vista que el recurso a la doctrina del Tribunal europeo sería viable en la medida en que se ajustara a lo establecido en el artículo 53 CEDH, por un lado, y no superara el marco propio de la fun-

³⁸ Los jefes de la demandante valoraron la posibilidad de que en determinadas situaciones el paciente pudiera tirar de la cadena, dañándose ella misma o a la recurrente, o que la cruz pudiera entrar en contacto con una herida abierta. Además, habían mantenido su posición de manera coherente ante otros casos homogéneos (par. 98).

ción interpretativa que le atribuye el precepto citado. En virtud del mencionado artículo 53, «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros». El nivel de protección ofrecido al derecho por el Convenio debe ser considerado, pues, un estándar mínimo de protección, por debajo del cual no puede España situarse, pero que puede ser mejorado en nuestro ordenamiento cuando la Constitución o las leyes de desarrollo lo permiten.

Por otra parte, el valor como criterio interpretativo que la Constitución atribuye a los tratados internacionales ratificados por España está expuesto, por su propia naturaleza, a ciertos límites, toda vez que excedidos estos la actuación en cuestión no podría ser ya considerada de índole interpretativa, sino creativa, algo que se sitúa al margen de lo dispuesto por el precepto constitucional. En este sentido, al importar a nuestro ordenamiento la jurisprudencia del TEDH debe tenerse en cuenta que el parámetro de control de las injerencias producidas en los derechos del Convenio es distinto al que rige para nuestros derechos fundamentales. Aquí, cualquier límite que se imponga al derecho a definir la apariencia personal ha de tener como fin la protección de otro bien o derecho constitucionalmente reconocido, además de respetar el principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y dejar intacto el contenido esencial del derecho. Este es el filtro por el que se debe pasar cualquier restricción aceptada por el TEDH sobre la facultad de definición de la propia apariencia para determinar su aplicabilidad en el ordenamiento español. De no cumplirse tal condición, prevalecería el estándar superior dado al derecho por nuestra Constitución, ya que la imposición de límites no amparados por nuestra Norma Fundamental excedería de lo que por «interpretación» puede entenderse.

Lo dicho es de interés en relación, precisamente, con el supuesto planteado por la STC 67/2002. Y es que lo establecido a nivel europeo sobre la vestimenta de una persona trans en su lugar de trabajo no es aplicable en nuestro país. La STC 67/2022 deja claro, a pesar de su contenido desestimatorio, que los tratos desiguales por razón de la expresión de género han de ser considerados discriminatorios, por lo que cualquier intento de apelar en sentido contrario a la doctrina generada por los órganos europeos sobre la materia debería ser descartado *ab initio*.

4. FUENTES DEL DERECHO Y APARIENCIA PERSONAL

El tratamiento que la definición de la apariencia personal ha recibido por nuestras fuentes del Derecho hasta el momento no ha sido el que corresponde a un derecho fundamental. Tampoco se ha considerado siquiera a esta facultad como un aspecto del derecho a la propia imagen. De hecho, la única Ley Orgánica que regulaba este derecho –LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen– partía claramente de la concepción tradicional de su contenido, expuesta anteriormente.

El régimen jurídico de este derecho se encuentra muy fraccionado en normas especiales dispuestas para colectivos, situaciones o ámbitos específicos. Así, por ejemplo, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI establece distintas medidas para la protección de la expresión de género frente a actos discriminatorios³⁹. También encontramos normas de este tipo en el ámbito autonómico, como es el caso de la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales, de la Comunidad Autónoma de Canarias, que en su artículo 32 dispone lo siguiente:

«Se reconoce expresamente el derecho del personal sanitario, de administración o de servicios a expresar libremente su identidad de género, así como los rasgos distintivos de su personalidad que formen parte de su proceso identitario, debiéndose respetar su imagen física, la elección de su indumentaria y el acceso y uso de las instalaciones del centro, incluidos aseos y vestuarios, estén o no segregadas por sexo, conforme a la identidad de género sentida. Si en el centro existe la obligatoriedad de vestir un uniforme diferenciado por sexos, se reconocerá el derecho a vestir con la persona que se sienta identificada.»

El artículo 34.g) de la misma ley menciona «El respeto de la imagen física del alumnado trans e intersexual, así como la libre elección de su indumentaria. Si en el centro –añade la norma– existe la obligatoriedad de vestir un uniforme diferenciado por sexos, se reconocerá el derecho a vestir con el que la persona se sienta identificada».

Fuera ya del ámbito de la expresión de género, encontramos disposiciones sobre vestimenta u otros aspectos incluibles en el nuevo derecho a la apariencia física en otras normas que no llegan a tener siquiera rango de ley. En este sentido, puede verse, por ejemplo, en relación con la indumentaria a utili-

³⁹ Véanse en este sentido, los artículos 4, 5, 6, 9 o 12, entre otros muchos.

zar por abogados y abogadas ante los tribunales, el artículo 56 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que dispone que «Los profesionales de la Abogacía tendrán derecho a intervenir ante los juzgados y tribunales de cualquier jurisdicción sentados en el estrado, preferentemente, al mismo nivel en que se halle instalado el órgano jurisdiccional ante el que actúen y vistiendo toga, adecuando su indumentaria a la dignidad de su función».

Por último, no resulta extraño ver la existencia de normas reguladoras de la apariencia de la persona en diversas ordenanzas municipales. Pondremos aquí como ejemplo la «Ordenanza para la Garantía de la Convivencia Ciudadana y la Protección del Espacio Urbano en la Ciudad de Málaga» que, tras su reforma aprobada por el Pleno del Ayuntamiento el 23 de febrero de 2023, pasó a disponer en su artículo 36.7 que «Salvo autorización municipal para lugares concretos, se prohíbe transitar o permanecer en la vía o espacios públicos: a) Sin ropa o únicamente en ropa interior. b) Con ropa o complementos que representen los genitales del ser humano. c) Con muñecos/as o elementos de carácter sexual». En estos casos, se dispone en la ordenanza que «los/as agentes de la autoridad informarán, en primer lugar, a las personas involucradas respecto a la existencia de la prohibición contemplada en la presente ordenanza y requerirán el cese de su conducta, y solo si se persiste en la actitud no permitida, se procederá a la formulación de la denuncia pertinente».

En la medida en que el nuevo derecho puede ser considerado claramente como derecho de libertad, su contenido no necesita desarrollo legislativo alguno. La posibilidad de libre desenvolvimiento en la vida social y personal que garantiza se impondría a partir del propio precepto constitucional. De este modo, cualquier norma que imponga, en la vida privada o pública, una determinada vestimenta o que recorte la posibilidad de elegir la apariencia deseada por la persona estaría limitándolo.

Pues bien: tanto la regulación global del derecho como el establecimiento de sus límites se encuentra reservado por nuestra Constitución a la Ley Orgánica, en virtud del artículo 81.1 CE. Como establece en su f.j. 2.c) la STC 135/2006 de 27 abril, con cita de jurisprudencia anterior,

«“requiere Ley Orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad pública que desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho”; esto es, “lo que está constitucionalmente reservado a la Ley Orgánica

es la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas”» (la cursiva es nuestra).

No habiendo sido considerada derecho fundamental hasta el año 2022, no es de extrañar que, como se ha podido comprobar, las normas sobre indumentaria y vestimenta existentes en nuestro ordenamiento no hayan respondido a la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE. Sin embargo, esta circunstancia no justificaría el mantenimiento de la actual situación en el caso de que se confirmara la atribución a la facultad discutida de naturaleza iusfundamental. En tal supuesto, pesaría sobre todas las normas de rango inferior a la ley, e incluso sobre aquellas que, conteniendo una regulación global del derecho o límites al mismo, se hubieran aprobado como leyes ordinarias, una causa de inconstitucionalidad sobrevenida por infracción de la reserva del citado precepto constitucional. Por este mismo motivo, cualquier sanción impuesta por norma distinta a la ley orgánica será lesiva del derecho contenido en el artículo 25 CE.

5. EL DERECHO A LA APARIENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

La última etapa en nuestro recorrido por las consecuencias que en nuestro ordenamiento puede tener el reconocimiento de la naturaleza iusfundamental del derecho a definir la propia apariencia personal inevitablemente pasa por el ámbito laboral. No existe duda alguna de que el derecho a la propia imagen, como todos los derechos fundamentales, no solo vincula a los poderes públicos, sino también a los particulares, y por ello mismo a la empresa. Este aspecto de la delimitación del derecho no suscita, por ello, problema alguno.

Más dudas surgen en relación con su extensión a las personas jurídicas privadas. Como afirma la STC 139/1995, de 26 de septiembre,

«Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas».

En este sentido, continúa diciendo el TC que

«debe existir un reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades

o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad».

En definitiva, el TC extiende a lo que viene a llamar «personas colectivas» «la titularidad de derechos fundamentales que protejan [...] su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas» (f.j. 4).

Los factores a valorar para decidir si un determinado derecho fundamental puede ser ejercido o no por una persona jurídica son, pues, los fines de esta y «la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta» (STC 139/1995, f.j. 5). En este sentido, por lo que a la definición de la propia apariencia se refiere, su extensión a las personas jurídicas puede basarse en los mismos argumentos que en la sentencia citada fueron utilizados para hacer lo propio con el derecho al honor. Allí se sostuvo como algo evidente que «a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad», sin que su «intima conexión con la dignidad de la persona» impidiera situar el honor de estas personas en la esfera del artículo 18.1 CE (f.j. 5).

De este modo, la consolidación de la doctrina de la STC 67/2022 supondría que la empresa tiene derecho a elegir la imagen que desea ofrecer a la sociedad. En el ámbito de delimitación de este derecho se encontraría la posibilidad de definir los criterios que deberían cumplir las personas que trabajan para ella en cuanto a su apariencia externa. Este derecho podría abarcar no solo cuestiones relativas a la indumentaria o vestimenta, sino también otras referidas a maquillaje, piercings, tatuajes o abalorios, así como incluso variables más vinculadas con la identidad de la persona y respecto de la que esta tiene una escasa, o nula, capacidad de decisión, como edad o peso. Esto es así, porque la apariencia que está en juego aquí no es la del trabajador, sino la de la empresa y todos los mencionados son factores que podrían influir en ella.

Antes de continuar, conviene aclarar que la posibilidad de elegir la apariencia externa de la empresa ya constituía un derecho de esta, a partir del derecho del artículo 38 CE (libertad de empresa), del que se ha deducido el poder de dirección de la persona –física o jurídica– empresaria. El derecho de propia imagen, del artículo 18.1 CE, lo que hace, por tanto, es reforzar las facultades incluidas en aquel, con la suma de las garantías y del peso de otro derecho de

la máxima protección. De este modo, no solo el trabajador se habría visto beneficiado por la elevación a iusfundamental de la naturaleza de esta facultad de la persona, sino que por el contrario la empresa habría ganado la posibilidad de acudir en amparo al Tribunal Constitucional, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que fuera condenada a la readmisión de una persona despedida por razón de cualquier circunstancia relativa a su apariencia externa, algo que hasta la STC 67/2022 resultaba imposible.

De este modo, las situaciones que pudieran darse en torno a la apariencia del trabajador (o de la empresa) se encontrarían abocadas a ser resueltas mediante una ponderación necesariamente casuística. Habría que atender a los elementos concretos del caso para decidir cuál de los dos derechos debe prevalecer, sin que sea posible establecer de entrada la prioridad de uno de ellos.

Para esta ponderación sería relevante la necesidad de la limitación del derecho para la organización y actividad productiva de la empresa. Dada la naturaleza del derecho como derecho de libertad, no cabría inmiscuirse en su parecer con criterios de oportunidad o de conveniencia. Corresponde en principio a ella la adopción de una decisión sobre la imagen que desea ofrecer a su público potencial y a la sociedad en general. Ahora bien, el criterio adoptado tendrá más fuerza cuanto más se justifique en la naturaleza de la actividad productiva misma e irá perdiendo esta cuanto más se aleje de este motivo para adentrarse en la mera arbitrariedad. Sin duda, razones de seguridad o salubridad tendrían un peso importante. Una eventual falta de coherencia a la hora de sostener el criterio por parte de la empresa sería, en sentido contrario, indicativa de ausencia de seriedad en la adopción de la medida.

El principal límite al derecho de la empresa vendría de la mano, sin embargo, de la prohibición constitucional de discriminación contenida en el artículo 14 CE. No es este, sin duda, el lugar para analizar aquí la jurisprudencia del TC sobre este asunto. Nos limitaremos por ello a poner el acento en que esta restricción solo entraría en juego cuando el criterio impuesto por la empresa tuviera un carácter odioso, esto es, convirtiera «en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)» (STC 62/2008, f.j. 5). En todo caso, la elevación a iusfundamental del derecho a definir la apariencia resulta irrelevante a estos efectos, toda vez que el límite procede aquí del artículo 14 CE y su aplicación no requiere de ulteriores soportes.

En definitiva, la STC 67/2022 parece haber dado al Tribunal Constitucional la última palabra en el tipo de conflictos al que se hace aquí referencia, lo

que muy probablemente, de verificarse esta situación, redundará en el uso por aquel de la cláusula de «especial trascendencia constitucional» para inadmitir los correspondientes recursos de amparo, salvo en aquellos supuestos en los que, por los motivos que sean, entienda conveniente pronunciarse sobre el concreto problema planteado.

6. CONCLUSIONES

La STC 67/2024 ha incorporado al derecho a la propia imagen un nuevo contenido que le era del todo ajeno hasta ese momento: el derecho a definir el modo en que la persona desea mostrarse en sociedad. Con ello, la naturaleza del derecho del artículo 18.1 CE ha adquirido un extraño carácter bicéfalo: por un lado, en su vertiente clásica, se trata de un derecho personalísimo o individual, y por otro, en su condición de derecho a definir la apariencia personal, posee todos los rasgos propios de un derecho de libertad.

Un derecho con este contenido ya se había hecho derivar en el marco del Consejo de Europa a partir del derecho a la vida privada del artículo 8.1 CEDH. Antes de la sentencia, la mera ratificación del Convenio obligaba internacionalmente a España a respetar la jurisprudencia del TEDH sobre este derecho, mientras que internamente este desplegaba todos los efectos que la Constitución anuda a los tratados internacionales en virtud del artículo 96 CE. La conversión en derecho fundamental de la facultad de definir la propia apariencia ha supuesto, sin embargo, que en este ámbito entre en juego lo dispuesto por el artículo 10.2 CE. De este modo, todos los operadores jurídicos tendrán que acudir a la doctrina del TEDH para interpretar cualquier norma de nuestro ordenamiento relativa a esta cuestión, sin perjuicio de la posibilidad de dotar a dicha facultad de un nivel de protección superior al concedido por instancias europeas.

Por lo que a las fuentes del Derecho se refiere, la creación del nuevo derecho fundamental conlleva un cambio importante, toda vez que hace que sea aplicable la reserva de ley orgánica contenida en el artículo 81.1 CE. Una regulación global del derecho o una parcial que afecte a aspectos importantes de su régimen jurídico, como su garantía o límites, solo puede ser realizada por dicho tipo de ley. Esto, tomado en serio, supone un raro fenómeno de inconstitucionalidad sobrevenida de todas las normas que con anterioridad regularan estas cuestiones, incluidas las ordenanzas municipales que se han adentrado en el tema de la vestimenta en espacios públicos.

Uno de los ámbitos en los que la elevación a iusfundamental de la facultad de definir la propia apariencia puede tener mayor repercusión es el laboral. Los casos suscitados podrán llegar en amparo hasta el TC sobre la base del derecho del artículo 18.1 CE. Aquí, sin embargo, podrá darse la paradójica situación de que el derecho del trabajador se oponga al mismo derecho, pero esta vez de la empresa, toda vez que su naturaleza lo hace aplicable también a esta. Los recursos que se planteen tendrán que ir siendo resueltos por el alto Tribunal sobre la base de una ponderación casuística que atienda a las circunstancias particulares del caso o, lo más probable conforme el tiempo vaya pasando, ser inadmitidos por falta de especial trascendencia constitucional.

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA Y EL CONTROL DE LAS DECLARACIONES, AUTORIZACIONES DE PRÓRROGA Y DECLARACIONES DE PRÓRROGA DEL ESTADO DE ALARMA (CAMBIO DE CRITERIO): UN ANTES Y UN DESPUÉS DE LA PANDEMIA PROVOCADA POR EL COVID-19

ANTONIA NAVAS CASTILLO

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UNED¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Posiciones doctrinales. 3. Controversia Jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica y el control de los actos y declaraciones del estado de alarma y de sus prórrogas en 2010: Tribunal Supremo vs Tribunal Constitucional. 4. Controversia Jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica y el control de los actos y declaraciones del estado de alarma y de sus prórrogas en 2020: Tribunal Supremo vs Tribunal Constitucional. 5. A modo de reflexión última: Cambio parcial de criterio.

1. INTRODUCCIÓN

Me parece que fue ayer cuando conocí a María Luisa Balaguer en aquel curso de verano que el Departamento de Derecho Constitucional de la UNED celebraba en Ávila, y, sin embargo, han pasado más de treinta años. Quien me iba a decir en ese momento que yo, una simple doctoranda, mucho tiempo después, iba a tener el privilegio de participar en el libro homenaje de una de las mujeres que, como ella, ha sido, es y continuará siendo referente de la doc-

¹ ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8874-2273>

trina constitucionalista española, habiendo alcanzado, a pesar de su condición de mujer, uno de los logros más preciados por todos los que nos dedicamos al estudio del Derecho Constitucional, esto es, formar parte como Magistrada del Tribunal Constitucional. Es por ello que, junto a las muy diferentes líneas de investigación por ella abiertas desde su magisterio como docente e investigadora, líneas de investigación a las que dedicó siempre mucho tiempo y esfuerzo, se suman sus aportaciones doctrinales a la jurisprudencia constitucional en aras de resolver cuestiones de especial relevancia constitucional, ya sea adhiriéndose a la posición mayoritaria del Tribunal, ya sea a través de sus votos particulares. De estos votos particulares especial mención merecen, en mi opinión, los que, apartándose de la opinión mayoritaria de los Magistrados del Tribunal Constitucional, María Luisa Balaguer formuló, al tiempo que otros cuatro Magistrados, respecto de un tema de indudable calado político-constitucional, esto es, respecto de la constitucionalidad de los Reales Decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, un tema del que me pronuncié hace ya muchos años² y que vuelvo a retomar aquí para modificar, parcialmente, el criterio que mantuve en aquella ocasión.

La magnitud de la pandemia provocada por la propagación del SAR-CoV-2 (COVID-19) en el primer trimestre de 2020, obligó a los Gobiernos a nivel mundial a tomar medidas³ dirigidas a evitar una expansión del virus todavía mayor de la que acaecía en aquel momento, y ello en aras de salvaguardar, de un lado, el derecho de acceso a la salud de la población, dado el colapso soportado por los centros sanitarios y hospitalarios como consecuencia del imparable contagio; de otro, y muy especialmente, el derecho a la vida de los ciudadanos, en tanto el número de personas fallecidas a causa del virus iba en aumento.

Ahora bien, la necesidad de afrontar una emergencia excepcional no puede, ni debe, entenderse como un cheque en blanco que habilita a la autoridad competente en cada caso a actuar al margen del ordenamiento jurídico, al contrario, requiere, de una parte, la diligencia debida de nuestros gobernantes, lo que, lamentablemente, no siempre se hace visible tal y como se ha puesto de

² Por mi parte, fue objeto de análisis la naturaleza jurídica y control de los «estados excepcionales» en tres ocasiones: «El Tribunal Constitucional en la declaración-autorización de los estados de alarma, excepción y sitio» en *Parlamento y Justicia Constitucional, IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Navarra, 1997, pp. 167-182. «Los estados excepcionales y su posible control por el Tribunal Constitucional» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 87, Madrid, 1997, pp. 158 ss. *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*, Colex, Madrid, 2000, pp.

³ Sobre las medidas adoptadas y el uso del derecho de excepción en los Estados de la Unión Europea véase, entre otros, DÍAZ GRECO, M., «Uso (y abuso?) del derecho de excepción en los Estados miembros de la Unión Europea durante la pandemia», *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, UNED, Madrid, 2021, pp. 399-431.

manifiesto, una vez cerrada esta publicación, el pasado nueve de noviembre de 2024 en las calles de Valencia tras la DANA que ha azotado fuertemente a algunos de los municipios de la Comunidad Autónoma; de otra, el sometimiento en su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como es propio de un Estado democrático de Derecho, como lo es el Estado español, para poder dar así cumplimiento al mandato constitucional previsto en el artículo 9.1 de nuestra Norma Suprema.

Y es que, si bien es cierto, como indicaba hace ya mucho tiempo Pérez Serrano⁴, que existen situaciones que desbordan la posibilidad de su regulación por el ordenamiento jurídico, siendo éste el límite de la previsión jurídica posible, no lo es menos, como constatará entre esos primeros comentarios a la Constitución Serrano Alberca⁵ que «dentro de estos límites el Estado de Derecho se caracteriza por la necesidad de prever la propia excepción y de regularla de forma jurídica».

En esta línea de entendimiento, el Texto Constitucional español viene a regular expresamente los instrumentos que con carácter excepcional puede utilizar el Estado cuando se produce una situación de emergencia cuya resolución es imposible solventar a través de los mecanismos ordinarios, sustituyéndose, en estos casos, la legalidad ordinaria por la legalidad excepcional.

A estos efectos, la Constitución opta, de entre los modelos posibles, por el modelo de los «estados excepcionales» que, en palabras de Cruz Villalón⁶, suponen «situaciones formalizadas en las que el régimen general de garantías de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes del Estado sufren modificaciones transitorias más o menos sustantivas, sin que las mismas impliquen, básicamente, una suspensión del Estado de Derecho», reconociendo expresamente en su artículo 116 los estados de alarma, excepción y sitio. Un precepto constitucional que junto a los artículos 55; 17.5 y 8, tras la aprobación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio, configuran el denominado, por Cruz Villalón⁷, «derecho cons-

⁴ PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976.

⁵ SERRANO ALBERCA, J. M., «Comentario al artículo 116 CE», en GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 1150. (En el mismo sentido en las ediciones de 1985 y 2001).

⁶ CRUZ VILLALÓN, P., Voz «estado de alarma, excepción y sitio», en González Encinar, J.J., (dir.) *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, p. 291.

⁷ CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)» *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, p. 94. La denominación «derecho de excepción» acuñada por Cruz Villalón ha sido empleada por la doctrina constitucionalista con carácter general, a ella se refiere, así mismo, el autor en «Encuesta sobre el derecho de excepción» *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, UNED, Madrid, 2021, p. 20.

titucional de excepción» en un derecho inmediatamente aplicable, conformando toda esta normativa el, por él denominado, «derecho de excepción».

A pesar de la aplicación inmediata del «derecho de excepción» su, por fortuna, innecesaria utilización durante décadas devino en su escaso análisis doctrinal pasando desapercibida la fragilidad de nuestra regulación para afrontar una situación excepcional como la vivida durante el COVID-19; una fragilidad que ha suscitado, durante y tras la pandemia, un fuerte debate entre la doctrina constitucionalista sobre cuestiones que parecían estar, hasta ese momento, perfectamente definidas y sobre las que, en su mayoría, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, con mayor o menor acierto, a través de las sentencias 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre, dictadas con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad número 2054-2020⁸ y número 5342-2020⁹, interpuestos por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados. Cuestiones, algunas de ellas, sobre las que, en cualquier caso, trataré de reflexionar a lo largo de estas páginas.

2. POSICIONES DOCTRINALES

El silencio constitucional y legislativo sobre la naturaleza jurídica de los actos parlamentarios de autorización, así como de los decretos declarativos de los «estados excepcionales» derivó, tras la aprobación de la Constitución, en la necesidad de su análisis por parte de la doctrina constitucionalista española a fin de establecer, especialmente, si dichos actos y declaraciones gubernamentales eran susceptibles o no de control jurisdiccional.

⁸ El recurso 2054-2020 interpuesto en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19.

⁹ El recurso 5342-2020 se interpuso respecto de diversos preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SAR-CoV-2; la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado Real Decreto, y el artículo 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres) distintos preceptos del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020

La Teoría de los «actos políticos del Gobierno» latente en España hasta la modificación en 1998 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁰, determinó, a estos efectos, que durante las dos primeras décadas de vigencia del Texto Constitucional, un importante sector de la doctrina constitucionalista española¹¹ mantuviera la consideración de las declaraciones gubernamentales del artículo 116 de la Constitución respecto de los estados de alarma y de excepción como «actos políticos» del Gobierno, esto es, como actos exentos de control jurisdiccional.

Ahora bien, la naturaleza «política» atribuida a estos actos, no impidió a algunos autores considerar la posibilidad de controlar los «elementos reglados» del acto por parte del Tribunal Constitucional, en tanto se trata de un tipo de acto «extraño a la esfera del Derecho administrativo en atención al órgano que lo dicta y a la función que en este caso está ejerciendo. Pero la jurisdicción constitucional tiene un significado distinto: emite un juicio de legalidad constitucional en el que entran en juego todos los elementos jurídico-políticos propios de las normas de una Constitución y al que debe reconocerse la máxima amplitud dentro del espectro de autorizaciones, aprobaciones, decisiones, actos políticos en suma que pueblan el universo constitucional»¹². Y es que, a pesar de la inmunidad jurisdiccional que, en aquel momento, ostentaban los «actos políticos» del Gobierno, la aproba-

¹⁰ El artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establecía la exclusión del conocimiento de esta Jurisdicción respecto de «Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa» (Boletín Oficial del Estado) núm. 363, de 28 de diciembre de 1956, páginas 8138 a 8158 (21 pp). Tras su modificación en 1998, el artículo 2. a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa incorpora la competencia de esta Jurisdicción respecto a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos». A partir de ese momento, los denominados «actos políticos» del Gobierno también quedarán sometidos al control jurisdiccional de la Jurisdicción. (BOE núm. 167, de 14/07/1998). GÓMEZ MONTORO, A.J., «El control jurisdiccional del Gobierno» en Aragón Reyes, M., y Gómez Montoro, A.J., (Coords.) *El Gobierno. Problemas constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 477-502.

¹¹ En este sentido se pronunciaron, entre otros, EMBID IRUJO, A., «La justiciabilidad de los actos del Gobierno. (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)», *Documentación Administrativa*, núm. 22, Madrid, 1989, pp. 20-66; FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio» *Revista de Derecho Político*, núm. 11, UNED, Madrid, 1981, pp. 98 y 99; SERRANO ALBERCA, J.M., «Comentario al artículo 116», edición 2001, pp. 1787-1788; MATEU-ROS CEREZO, R., «Estados de alarma, excepción y sitio», en VV.AA. *Gobierno y Administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, Vol.I, p. 195.

¹² MATEU-ROS CEREZO, R., cit, p. 195.

ción de la Constitución determinó un cambio doctrinal¹³ y jurisprudencial¹⁴, esto es, la teoría de los actos separables en conexión con la expresión «conceptos judicialmente asequibles»¹⁵ estableció la posibilidad de controlar los elementos reglados de la actuación gubernamental.

Frente a la exención jurisdiccional mantenida durante ese tiempo y, ante la necesidad, como corresponde en un Estado de Derecho, de someter a control jurisdiccional la actuación de los órganos del Estado, muchos de nosotros nos fuimos pronunciando desde diferentes posiciones respecto de la naturaleza jurídica y el control de las declaraciones gubernamentales de los «estados excepcionales» y, muy especialmente, respecto de la declaración del estado de alarma decretada en exclusiva por el Gobierno, de la declaración de prórroga del

¹³ Sobre el control jurisdiccional de los «actos políticos» o «actos de gobierno» ya me pronuncié en *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*, Colex, Madrid, 2000, pp. 90-124. La necesidad de controlar los actos de naturaleza política del Gobierno fue asumida por una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia, entre otros: SÁIZ ARNÁIZ, A., «Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994. PORRAS NADALES, A.J., «actos políticos y función de dirección política» en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 3, 1991, pp. 130-131. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997. GARRIDO CUENCA, N., «El episodio judicial de los papeles del CESID: las Sentencias del Tribunal Supremo de 1997. Paradojas y parallogismos de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva» en *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997, pp. 248 ss. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, Madrid, 1997, p. 8 ss. GÓMEZ MONTORO, A. J., «El control jurisdiccional del Gobierno», en Aragón Reyes, M., y Gómez Montoro, A.J., (Coords.) *El Gobierno. Problemas Constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 477-502.

¹⁴ El Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de julio de 1991, por la que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Unión General de Trabajadores contra el Real Decreto 2642/1986, de 30 de diciembre, sobre la determinación del salario mínimo interprofesional, si bien afirma la naturaleza política de la actuación gubernamental, admite, sin embargo, la posibilidad de impugnar los «elementos reglados del acto», como pudieran ser el procedimiento o la competencia. En la misma línea las SSTC de 22, de enero, de 1993, en relación sobre si el Gobierno se encuentra o no vinculado por el ordenamiento jurídico a autorizar la celebración del referéndum municipal denegado, o las de 4 de abril de 1997, relativas a los casos «Oñederra», «Lucía Urigotia» y «Lasa y Zabala», dictadas en la resolución de los recursos relativos a la protección de los derechos fundamentales contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que se denegó la desclasificación de determinados documentos requeridos judicialmente.

En esta misma línea argumental se inscribe STC 220/1991, de 25 de noviembre, que se dictó con motivo de un recurso de amparo presentado por varios Diputados del Grupo Parlamentario Euskadiko Ezquerria, del Parlamento vasco, frente a la respuesta que el Gobierno vasco dio a las preguntas parlamentarias realizadas por dos parlamentarios del mencionado Grupo, relativas al destino de los gastos reservados de los Departamentos de Interior y Presidencia de la Comunidad Autónoma, en tanto se denegó la información requerida invocando el carácter secreto de los gastos reservados, de conformidad con la Ley de Presupuestos de la Cámara. El TC conviene en admitir, por su carácter excepcional, la posibilidad de recurrir en amparo «actos políticos» del Ejecutivo sin necesidad de seguir el régimen procesal previsto por el artículo 43 de la LOTC.

¹⁵ En el Derecho francés se acude a la teoría de los actos separables –*actes détachables*– al objeto de delimitar la existencia de elementos de legalidad suficientes que hagan posible un control de legalidad. J. Jordano Fraga: «¿Jaque mate al acto político?» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95, Madrid, 1997, p. 442.

estado de alarma, así como de la declaración del estado de excepción y de la declaración de su prórroga.

En este sentido, partiendo de la forma jurídica en la que se expresan estas declaraciones, esto es, de su consideración de decretos del Gobierno, un sector doctrinal ha venido manteniendo que las declaraciones gubernamentales de los estados de alarma y excepción tienen naturaleza jurídica reglamentaria, correspondiendo, en tal caso, a la Jurisdicción Contencioso-administrativa¹⁶ el control de estas declaraciones, no así, sin embargo, la declaración congresual del estado de sitio, al que reconocen como disposición normativa con fuerza de ley, en tanto se encuentra «en una situación muy aproximada a la de un decreto-ley a partir del momento de su convalidación»¹⁷, susceptible, en consecuencia, de control por el Tribunal Constitucional a través de recurso o cuestión de inconstitucionalidad.

Otros, como es mi caso, en atención de la diferente intervención que al Congreso de los Diputados corresponde en la declaración del «estado de alarma gubernamental» respecto de la declaración de la prórroga del estado de alarma, de la declaración y prórroga del estado de excepción, y de la declaración del estado de sitio, convenimos en considerar una naturaleza jurídica distinta para estas declaraciones, una posición doctrinal de la que ahora me aparto modificando, así, mi criterio inicial por las razones que expondré más adelante. Y es que, a estos efectos, consideramos, de un lado, la naturaleza de acto sin valor y fuerza de ley de la declaración «gubernamental» del estado de alarma, sometida, en consecuencia, a un control político por parte del Congreso de los Diputados¹⁸, en tanto el Gobierno está obligado a «dar cuenta» de la declaración e informar a la Cámara en lo que se requiera, así como a un control jurisdiccional a través de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al tiempo que se hace factible la actuación y conocimiento del Tribunal Constitucional a través de la vía del recurso de amparo siempre que de la disposición gu-

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción», cit. pp. 113-116. También en *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984. LAFUENTE BALLE, J.M., «Los estados de alarma, excepción y sitio (I)» en *Revista Española de Derecho Político*, núm. 30, UNED, Madrid, 1989; «Los estados de alarma, excepción y sitio (II)» en *Revista de Derecho Político*, núm. 31, UNED, Madrid, 1990, pp. 34 y 42. Este autor ha modificado, sin embargo su criterio, manteniendo, en la actualidad, una diferente naturaleza jurídica del decreto de declaración gubernamental respecto del decreto de declaración de prórroga en «El Decreto de alarma: rango jerárquico y control de constitucionalidad (Un cambio de criterio)» *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, UNED, Madrid, 2021, pp. 343-374. REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Teoría vs. Práctica del estado de alarma en España», en *Constitución y democracia: ayer y hoy*. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral, Vol. 2, Universitas, Madrid, 2012, pp. 1499-1514.

¹⁷ CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción», cit. p. 115. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, cit. p. 140.

¹⁸ SERRANO ALBERCA, J.M., «Comentario al artículo 116 CE», cit. p. 1158.

bernamental declaratoria del estado de alarma se derive la vulneración de alguno de los derechos y libertades constitucionalmente amparables (art. 43 LOTC), así como; de otro, la consideración de actos con la fuerza y el valor de la ley de los actos de autorización parlamentaria, así como de las declaraciones de prórroga del estado de alarma, de excepción y prórroga del estado de excepción, y de la declaración del estado de sitio, siendo la intervención del Congreso de los Diputados la que determina, en estos supuestos, ese valor y esa fuerza, de ahí que se trate de actos sometidos a control por parte del Tribunal Constitucional [arts. 161.1 a) CE y 27.2 b) LOTC]¹⁹. Posición esta de la que, si bien en estos momentos me aparto, es una posición a la que se han venido recientemente a sumar otros autores²⁰ y que, así mismo, parece vislumbrarse en diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, tal y como se expondrá en un momento posterior²¹.

Junto a la naturaleza jurídica reglamentaria proclamada por algunos, y la parcialmente legislativa considerada por otros, se establece una tercera posición doctrinal que, en atención de los efectos que se derivan de las declaraciones gubernamentales en los estados excepcionales, proclama que tanto las decisiones parlamentarias como las declaraciones gubernamentales de los tres «estados excepcionales» gozan de la fuerza y el valor de ley, siendo, en consecuencia, residenciables, a efectos de control, ante el Tribunal Constitucional²². Esto es, será el Tribunal Constitucional el que debe asumir, en estos supuestos,

¹⁹ Sobre esta cuestión me pronuncié en tres ocasiones: «El Tribunal Constitucional en la declaración-autorización de los estados de alarma, excepción y sitio» en *Parlamento y Justicia Constitucional, IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Navarra, 1997, pp. 167-182. «Los estados excepcionales y su posible control por el Tribunal Constitucional» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 87, Madrid, 1997, pp. 158 ss. *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*, Colex, Madrid, 2000, pp. 198-217. En este mismo sentido ARAGÓN REYES, M., «Acto con fuerza de ley», en Aragón Reyes, M., (coord.). *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2001. SERRANO ALBERCA, J.M., (2001). «Comentario al art. 116», 3.ª ed. 2001, pp. 1791 y 1801, para quien la autorización del Congreso para declarar y prorrogar el estado de excepción o prorrogar el de alarma es comparable con los decretos legislativos en su relación con la delegación legislativa. RUIZ ROBLEDO, A., «Problemas constitucionales del estado de alarma por la COVID-19 en España» en *Revista de Estudios Jurídicos*, UNESP (Franca, Brasil) Vol. 23, núm. 38, 2019, pp. 83-104. Del mismo autor «El estado de alarma: donde quiere el gobernante». *El País*, edición del 5 de noviembre de 2020.

²⁰ Esta es la posición mantenida en la actualidad, modificando su criterio inicial, LAFUENTE BALLE, J.M., «El decreto de alarma: rango jerárquico y control de constitucionalidad (un cambio de criterio)», cit. p. 343-374.

²¹ AATS 99/2020, de 4 de mayo; 2478/2020, de 4 de mayo; 2508/2020, de 12 de mayo.

²² PORRES AZCONA, J., «La decisión sobre los poderes excepcionales» en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 6, 1983, pp. 9-72, en especial pp. 47-48. GARCÍA CUADRADO, J.A., «Aproximación a una teoría de los «actos constitucionales»» en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 46, Madrid, 1999, pp. 39-104, especialmente pp. 44-50. APARICIO PÉREZ, M.A., «¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?» en VV.AA. *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, 1985, p. 193

la competencia para establecer si los decretos declarativos y los de prórroga han vulnerado o no, las exigencias formales y/o materiales preceptuados por la Constitución y la LOAES en la declaración y prórroga del estado de alarma o para modificar sus condiciones²³. Una posición doctrinal a la que en este momento me adhiero, apartándome parcialmente de la posición mantenida con anterioridad, y a la que se han venido a sumar otras argumentaciones doctrinales a pesar de haberse manifestado en sentido contrario en un momento anterior²⁴, especialmente, tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión en el ATC 7/2012, de 13 de enero y la STC 83/2016, de 28 de abril, pronunciamientos que tuvieron lugar con ocasión del recurso de amparo interpuesto por los controladores aéreos afectados por la polémica declaración y prórroga del primer estado de alarma en España en 2010.

3. CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA Y EL CONTROL DE LOS ACTOS Y DECLARACIONES DEL ESTADO DE ALARMA Y DE SUS PRÓRROGAS EN 2010: TRIBUNAL SUPREMO VS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La declaración por primera vez en España del estado de alarma elevó al plano de la realidad el debate que, hasta ese momento, se había mantenido en el plano teórico por parte de la doctrina constitucionalista. Y es que, tras el masivo abandono de sus puestos de trabajo por parte de los controladores aéreos y la consecuente cancelación, también masiva, de vuelos, determinó la decisión del Gobierno de declarar el estado de alarma por quince días mediante Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo²⁵; una declaración que el Gobierno, con la autori-

²³ GARRIDO LÓPEZ, C., «Sobre la naturaleza jurídica de la declaración de los estados excepcionales previstos en el artículo 116 de la CE y su control jurisdiccional», en VV. AA. *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol. 2, Cortes Generales y Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 1248-1253. Del mismo autor, «Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, Madrid, 2017, pp. 43-73 doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.02>. También en «El problema de la justiciabilidad de los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma» en Garrido López, C. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 18. doi: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0007>.

²⁴ Frente a su posición anterior, ARAGÓN REYES, M., también admite la consideración de los actos y declaraciones de alarma y de su prórroga como actos o disposiciones con fuerza de ley. Véase ARAGÓN REYES, M., «Encuesta» en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, UNED, Madrid, 2021, p. 88.

²⁵ BOE núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, páginas 101222 a 101223 (2 págs.).

zación del Congreso de los Diputados, posteriormente prorrogó mediante el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre²⁶, en los mismos términos establecidos en la declaración inicial, por el periodo de un mes, alcanzando la declaración del estado de alarma hasta el 15 de enero de 2011.

3.1 Sobre la naturaleza jurídica y el control jurisdiccional de la declaración de alarma y su prórroga a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el decretado estado de alarma de 2010

En el contexto descrito, y ante la polémica declaración del estado de alarma²⁷, los controladores aéreos, entendiendo que la declaración de alarma carecía de presupuesto de hecho habilitante, que vulneraba sus derechos y que la prórroga carecía de justificación, interpusieron cuatro recursos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en atención de la naturaleza reglamentaria, en opinión de los recurrentes, de la declaración de alarma y de su prórroga, así como del acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010 mediante el que se solicitó la autorización del Congreso de los Diputados a efectos de prorrogar y decretar la declaración prorrogada. Los recursos, sin

²⁶ BOE núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, páginas 104354 a 104355 (2 págs.).

²⁷ La declaración del estado de alarma de 2010 planteó, entre la doctrina, un fuerte debate sobre la existencia o no de los presupuestos que habilitan su declaración y sobre su prórroga. Serias dudas de constitucionalidad plantearon, entre otros, VIDAL PRADO, C., y DELGADO RAMOS, D., «Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año núm. 31, núm. 92, Madrid, 2011, pp. 243-265. SIEIRA MUCIENTES, S., «Estado de alarma», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, pp. 275- 305. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5712>. De la misma autora «Los estados excepcionales» en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 104, Madrid, 2018, pp.376-380. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P., «Las emergencias constitucionales no regladas o insuficientemente regladas: una aproximación teórico-práctica» en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, UNED, Madrid, 2021, pp.510-513. REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «Teoría vs práctica del estado de alarma en España», cit. pp. 1502-1506. TUDELA ARANDA, J., «Parlamento y estado de alarma», GARRIDO LÓPEZ, C., (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 2. doi: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0006>. BLANCO VALDÉS, R., «Alarma por el estado de alarma», *La Voz de Galicia*, 6 de diciembre de 2010. LÓPEZ BASAGUREN, A., «Alarma activada», *El Correo*, 5 de diciembre de 2010.

En favor de la medida se manifestaron, entre otros, ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., «La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo» en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011, pp. 85-91. En esta misma línea de entendimiento se expresaron a través de medios de difusión, entre otros, BALAGUER CALLEJÓN, F., «El colectivo Eyjafjalla», *Público*, 8 de diciembre de 2010. DE CARRERAS, F., «Un claro supuesto de estado de alarma», *La Vanguardia*, 5 de diciembre de 2010. JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «La militarización de los controladores», *El País*, 13 de diciembre de 2010. En este mismo sentido ya se había pronunciado hace años GARCÍA CUADRADO, A.M., en «El estado de alarma y su ambigua naturaleza», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 8, Valencia, 1994, pág. 85-86. Para este autor «Una huelga de servicios esenciales, sin que se respeten los servicios mínimos, puede igualmente resolverse mediante la declaración del estado de alarma o el de excepción o el de sitio o ninguno de ellos, según la gravedad de los efectos que se produzcan en la sociedad y la respuesta de ésta ante la situación creada.»

embargo, fueron inadmitidos por el Tribunal Supremo²⁸, en tanto considera el Tribunal que la asunción por el Congreso del contenido íntegro del decreto de declaración gubernamental mediante su autorización otorga naturaleza parlamentaria a la declaración al tratarse de una decisión asumida por la Cámara, no siendo, en consecuencia, dicha actuación:

«una actuación administrativa que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo: porque está fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional en el artículo 106.1 CE, y tampoco tiene encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la jurisdicción contencioso-administrativa delimitan los artículos 1 y 2 LJCA» (F.J. 4 ATS 857/2011, de 10 de febrero).»

como tampoco es revisable la prórroga, pues:

«la asunción por la Cámara del contenido de la declaración, con lo que esto implica de aceptación de su necesidad y regularidad, ha de añadirse que la prórroga no es constitucionalmente posible sin dicha autorización» (ATS 3816/2011, de 5 de abril).»

En atención de las consideraciones manifestadas en el ATS 857/2011, se interpone recurso de reposición fundamentado en tres razones: la naturaleza administrativa de la declaración gubernamental; el hecho de que el Congreso fuese ajeno a la decisión adoptada por el Gobierno, al no adoptar la declaración inicial; la competencia para conocer del recurso de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. El Tribunal Supremo, sin embargo, vuelve a reiterar lo ya establecido en su pronunciamiento anterior, manifestando, a estos efectos, que:

«Ninguno de esos argumentos puede ser compartido por lo que seguidamente se expone.

Esta Sala debe insistir en que el Congreso de los Diputados, cuando autorizó la prórroga del estado de alarma en los mismos términos en que había sido declarado, lo que hizo fue asumir como decisión propia esa inicial declaración y, por tanto, le dio naturaleza y carácter parlamentario.

Es claro, pues, que no se está ya ante una actuación del Gobierno sino ante una resolución de la Cámara ejercitando una de las funciones que la Constitución le atribuye, como también lo es que esta resolución, como fue razonado en el auto que se recurre y ahora debe repetirse, está fuera del genérico ámbito delimitado

²⁸ El Tribunal Supremo inadmite los recursos planteados por los controladores aéreos a través de los AAT 857/2011, de 10 de febrero, y 2985/2011, de 9 de marzo; AATS 3816/2011, de 5 de abril y 6821/2011, de 8 de junio; AATS 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo, confirmándose el primero en reposición mediante ATS 6197/2012, de 1 de junio.

para el control jurisdiccional en el artículo 106.1 de la Constitución (CE) y tampoco tiene encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la jurisdicción contencioso- administrativa delimitan los artículos 1 y 2 LJCA.

[...]

Además de lo anterior debe añadirse lo siguiente:

1. La forma de Real Decreto no sólo está prevista para exteriorizar las disposiciones reglamentarias del Gobierno, pues el artículo 25 de la Ley del Gobierno establece que revestirán dicha forma también algunas de sus resoluciones y las disposiciones y actos cuya adopción venga atribuida al Presidente.

2. La decisión adoptada por el Gobierno en la declaración del estado de alarma no es ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 96 CE, sino de la competencia constitucional, diferente, regulada en artículo 116.2 CE.

3. La Comunicación al Congreso de los Diputados que impone este último precepto constitucional tampoco puede confundirse con el mero deber de información que a los efectos del control político se contempla en otros preceptos constitucionales, porque, frente a lo que ocurre en esos otros preceptos, el artículo 116.2 CE incorpora la previsión de que dicha Cámara no sea una simple receptora de información y pueda adoptar decisiones en esta materia (como aquí ha hecho).

4. La autorización de la prórroga en los mismos términos del Real Decreto del Gobierno, en contra de lo preconizado por el recurso, es una verdadera convalidación de la declaración inicial del estado de alarma, porque lo que hace es ratificar su validez y, en razón de esto mismo, disponer su continuidad» (F.J. 3 ATS 2985/2011, de 9 de marzo).»

En definitiva, el Tribunal Supremo vuelve a ratificarse en lo ya mantenido en el Auto 857/2011, haciendo depender la naturaleza jurídica de la declaración de alarma y de su prórroga de la autorización parlamentaria, lo que invita a considerar que el Tribunal mantiene, en estos supuestos, la existencia de una doble naturaleza jurídica de la declaración de alarma en función de si existe o no autorización por parte del Congreso de los Diputados, y de si esa autorización asume, en los mismos términos, la declaración gubernamental. Una argumentación jurisprudencial que el Tribunal Supremo volvería a reiterar, una vez más, en ATS 6821/2011, de 8 de junio, mediante el que resuelve el recurso de súplica contra el ATS 3816/2011.

3.2 Sobre la naturaleza jurídica y el control de la declaración y prórroga del estado de alarma en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el decretado estado de alarma de 2010

El Tribunal Constitucional también tuvo, en esta ocasión, la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica y el control que corresponde a la autorización parlamentaria y a la declaración y prórroga del estado de alarma,

en dos ocasiones, la primera, a través del ATC 7/2012, de 13 de enero²⁹, la segunda, mediante la STC 86/2016, de 28 de abril³⁰.

3.2.1 ATC 7/2012, DE 13 DE ENERO, MEDIANTE EL QUE SE INADMITE EL RECURSO DE AMPARO PRESENTADO EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DEL PLENO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE 16 DE DICIEMBRE DE 2010, DE AUTORIZACIÓN DE LA PRÓRROGA DEL ESTADO DE ALARMA

La inadmisión, en este caso, del recurso de amparo se basa, según la argumentación jurisprudencial manifestada por el Tribunal Constitucional, en la consideración de la autorización de la prórroga del estado de alarma como una decisión o acto parlamentario con valor de ley, por lo que dicho acto no es susceptible de ser impugnado a través del recurso de amparo *ex artículo 42 LOTC*, como pretenden los recurrentes.

Así es, de conformidad con el F.J 4 del ATC 7/2012:

«se trata de decisiones o actos parlamentarios que, aunque no dictados en el ejercicio de la potestad legislativa de la Cámara ni revestidos, en consecuencia, de la forma de ley, configuran el régimen jurídico del estado de emergencia en cada caso declarado, repercutiendo en el régimen de aplicabilidad de determinadas normas jurídicas, incluidas las provistas de rango de ley, normas a las que, como ya hemos señalado, pueden, con taxativas condiciones, suspender o desplazar durante el período de vigencia del estado de emergencia de que se trate». (F.J. 4)

Ahora bien, a pesar de que el ATC de 2012 atribuye el rango de la «ley» al acuerdo de autorización parlamentaria de la prórroga del estado de alarma, a las autorizaciones que requiere el Gobierno para declarar o pro-

²⁹ Pleno. Auto 7/2012, de 13 de enero de 2012. Inadmite a trámite el recurso de amparo 1598-2011, planteado por don Pedro María Gragera de Torres y 321 personas más, controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA, en relación con el acuerdo del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de diciembre de 2010, de autorización de la prórroga del estado de alarma. «BOE» núm. 36, de 11 de febrero de 2012, páginas 141 a 151 (11 pp.).

³⁰ Pleno. Sentencia 83/2016, de 28 de abril de 2016. Recurso de amparo 4703-2012. Promovido por don Pedro María Gragera de Torres y 326 personas más en relación con el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió su demanda frente al Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010, por el que se solicita del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma y el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): sometimiento al control jurisdiccional exclusivo del Tribunal Constitucional de los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de los estados de emergencia. «BOE» núm. 131, de 31 de mayo de 2016, páginas 35848 a 35871 (24 pp.).

rrogar el estado de excepción, así como a la propia declaración por la Cámara, a propuesta del Gobierno, del estado de sitio, no alude, sin embargo, en su argumentación a la declaración inicial del Gobierno que no requiere autorización parlamentaria, lo que ha sido interpretado, *a sensu contrario*, como la atribución por parte del Tribunal Constitucional de una naturaleza jurídica distinta a la «declaración gubernamental» del decreto de alarma que no requiere autorización parlamentaria, en tanto acto o disposición sin rango o valor de ley, frente a la autorización y a la declaración de la prórroga del estado de alarma autorizada por el Congreso, en tanto acto o disposición con rango o valor de ley³¹.

3.1.2 STC 86/2016, DE 28 DE ABRIL, MEDIANTE LA QUE SE DESESTIMA EL RECURSO DE AMPARO PRESENTADO CONTRA LA INADMISIÓN DE LOS RECURSOS FRENTE AL REAL DECRETO 1673/2010 POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA, EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010, POR EL QUE SE SOLICITA LA AUTORIZACIÓN DE PRÓRROGA AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y EL REAL DECRETO 1717/2010, DE 17 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE PRORROGA EL ESTADO DE ALARMA, EN ATENCIÓN, POR PARTE DE LOS RECURRENTES, DE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La inadmisión de los recursos precedida por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contra la declaración del estado de alarma, la autorización de la prórroga y la declaración de prórroga del estado de alarma determinó, de nuevo, la interposición, por parte de los recurrentes, de un recurso de amparo cuya resolución recabó para sí el Pleno a la Sala del Tribunal, dada la «especial trascendencia constitucional» de la demanda presentada.

³¹ En esta línea de pensamiento se inscribe Lafuente Balle, J.M., «El decreto de alarma: rango jerárquico y control de constitucionalidad (Un cambio de criterio)», cit. p. 352. En el mismo sentido se pronunció el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez en su Voto particular al ATC, Voto formulado por su discrepancia sobre la calificación del acuerdo del Pleno del Congreso como acto con valor de ley. A este Voto particular también se adhieren los Magistrados don Javier Delgado Barrio y don Pablo Pérez Tremps. Un análisis sobre el ATC puede verse en ALEGRE ÁVILA, J.M., «Una nota a propósito de los estados de alarma, excepción y sitio: la declaración gubernamental como acto político y la autorización/declaración parlamentaria como acto sin valor de ley», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, 2014, pp. 339-352.

A estos efectos y, tras asumir en su Fundamento Jurídico 9 lo ya establecido en el ATC 7/2012 (F.J. 4), establece a continuación en su Fundamento Jurídico 10 que:

«Esta doctrina constitucional es perfectamente trasladable y aplicable al supuesto que ahora nos ocupa, sin que constituya al respecto obstáculo la circunstancia de que haya sido elaborada con ocasión de la impugnación de un acto o decisión parlamentaria. Y ello porque las locuciones «valor de ley», «rango de ley» o «fuerza de ley» no quedan exclusivamente circunscritas en nuestro ordenamiento a actos o decisiones de origen parlamentario, pudiendo predicarse también la cualidad de la que son manifestación aquellas locuciones, sin necesidad de entrar ahora en consideraciones más detalladas, de actos, decisiones o disposiciones de procedencia gubernamental.»

Esto es, el Tribunal Constitucional desvincula el «valor» «rango» y «fuerza» de la ley de la intervención parlamentaria para establecer si determinados actos, decisiones o disposiciones plenamente gubernamentales, como es el caso de la declaración del estado de alarma inicial del Gobierno inferior a 15 días, por sus características, ostentan ese mismo «valor» «rango» y «fuerza» de la ley.

En esta línea de entendimiento, y en atención por parte del Tribunal Constitucional, en este supuesto, de que el Gobierno, de un lado, actúa como órgano constitucional en el ejercicio de una competencia que le atribuye expresamente con carácter exclusivo la Constitución (art. 116.2 CE); de otro, que la decisión gubernamental de declaración no se limita, ni en la declaración ni en su prórroga, a constatar el presupuesto de hecho habilitante, ni a declarar o prorrogar el estado correspondiente, sino que, al contrario, configura e integra el régimen jurídico del estado declarado durante su vigencia, desplazando «la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar» puede aseverarse que, aunque se trate de decisiones declarativas formalizadas mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar y de prorrogar el estado de alarma declarado «dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma». Resaltando, además, que en la prórroga de la declaración «el decreto de prórroga constituye una formalización *ad extra* de la previa autorización del Congreso de los Diputados, esto es, su contenido es

el autorizado por la Cámara, a quien corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma y fijar su alcance, condiciones y términos, bien haciendo suyos los propuestos por el Gobierno en la solicitud de prórroga, bien estableciéndolos directamente. Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización».

De conformidad con las argumentaciones manifestadas, el Tribunal Constitucional concluye en sus Fundamentos Jurídicos 11 y 12 sobre su propia competencia para conocer de los actos gubernamentales de declaración, autorización y prórroga de cada uno de los tres estados de emergencia *ex* artículo 116 CE «en razón de su condición de actos y disposiciones con fuerza y rango de ley», siendo, en consecuencia, impugnables mediante el recurso y la cuestión o la autocuestión de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional [arts. 161 y 163 CE; artículo 27.2.b) y 55.2 LOTC], lo que no impide, sin embargo, el control jurisdiccional por los Tribunales ordinarios de los actos y disposiciones que se dicten en su aplicación durante la vigencia de los «estados excepcionales» declarados, y «Asimismo, las personas afectadas podrán interponer recurso de amparo constitucional, previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, contra los actos y disposiciones dictados en aplicación de aquellos Reales Decretos cuando los estimen lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de protección a través de este proceso constitucional, facultad que le confiere el artículo 55.2 LOTC». Estableciendo, además, la naturaleza «política» y no la pretendida, por los recurrentes, naturaleza «administrativa» del acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010, por el que se solicita del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma declarado por el Real Decreto 167/2010, de 4 de diciembre, en tanto, aludiendo, de nuevo, a la doble naturaleza que corresponde al Gobierno subraya que en este supuesto «el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como «administrativa» cuyo control corresponda *ex art.* 106.1 de la Constitución y 8 LOPJ a los Tribunales de justicia» (STC 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 5).

En suma, frente a la doble naturaleza jurídica que, respecto de la declaración gubernamental del estado de alarma y la autorización y declaración de la prórroga del estado de alarma autorizado, se vislumbra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y frente a esa misma doble naturaleza jurídica que se pretende mediante la interpretación del ATC 7/2012, la STC 83/2016 de forma

clara y sin conducir a equívocos, otorga la misma naturaleza jurídica, esto es, la de actos, decisiones o disposiciones con «valor» «rango» y «fuerza» de ley, tanto a la declaración gubernamental del estado de alarma como a la autorización y declaración de la prórroga del estado de alarma autorizado.

4. CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA Y EL CONTROL DE LOS ACTOS Y DECLARACIONES DEL ESTADO DE ALARMA Y DE SUS PRÓRROGAS EN 2020: TRIBUNAL SUPREMO VS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A pesar de la claridad argumental y expositiva de la STC 83/2016 sobre la determinación de la naturaleza jurídica y el consiguiente control de constitucionalidad de la declaración gubernamental, autorización de prórroga y declaración de prórroga del estado de alarma, en tanto actos, decisiones o disposiciones con «valor», «rango» y «fuerza» de ley, su ineficacia jurídica *erga omnes*, al tratarse de una Sentencia dictada en amparo y no a través de un procedimiento de inconstitucionalidad (art. 38 LOTC), abrió de nuevo el debate sobre la naturaleza jurídica de estas declaraciones en 2020³², llegándose, como aconteció en 2010, a conclusiones muy distintas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4.1 Sobre la naturaleza jurídica y el control jurisdiccional de la declaración de alarma y su prórroga a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el decretado estado de alarma de 2020

El Tribunal Supremo volvió, de nuevo, a reiterar la doctrina ya establecida en su jurisprudencia anterior en atención de la resolución de los recursos

³² En contra de la naturaleza jurídica establecida en la STC 83/2016 como actos con «valor» y «fuerza» de las declaraciones del estado de alarma y de la declaración de su prórroga se pronunciaron DÍAZ REVORIO, J.; FLORES JUBERÍAS, C.; RUIZ MIGUEL, C.; RUIZ ROBLEDO, A., y VERA SANTOS, J.M., en el Dictamen en torno a la competencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para la tramitación y resolución del Recurso núm. 001/0000099/2020, en el que los firmantes afirman, junto a otras consideraciones, que: «Por último, también cabe sostener que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC83/2016 no debería entenderse como instauradora de un monopolio de control por su parte—o de una exclusividad, en el mismo—siquiera sea porque lo que tenemos ante nosotros es indudablemente un Decreto, de rango formal infralegal; y porque de no entenderlo así privaríamos de toda virtualidad —como ya se ha dicho— a la LO 4/1981.el rango de ley no siempre implica monopolio de control.

contencioso-administrativos interpuestos con ocasión de la huelga de los controladores aéreos. Y es que, la declaración del estado de alarma y de sus prórrogas para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 fueron también susceptibles de recurso contencioso-administrativo a pesar de su consideración, por el Tribunal Constitucional en 2016, como actos, decisiones o disposiciones con «rango» y «valor» de ley.

A estos efectos, contrastan los pronunciamientos del Tribunal Supremo a través de sus AATS 2505/2020, de 6 de mayo, 2529/2020, de 12 de mayo, en los que tras asumir la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su STC 83/2016, esto es, los efectos que se derivan de los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma «en la medida en que vienen a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley», así como su naturaleza jurídica, en tanto poseen «el rango valor de la ley» inadmiten los recursos interpuestos, pues «la impugnación ha de ajustarse al régimen previsto por nuestro ordenamiento jurídico, en lo que afecta a la posición de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, para las normas con rango y valor de ley» (*F.J. 4 y 5*)³³, con los efectuados mediante los AATS 2478/2020, de 4 de mayo, y 2508/2020, de 12 de mayo, en los que, a pesar, también aquí, de inadmitir los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, la inadmisión no encuentra su fundamento en los efectos que de las declaraciones de alarma y de su prórroga se producen respecto del ordenamiento jurídico, al contrario, vuelven a asumir la doctrina mantenida en la jurisprudencia de 2011, pues, si bien admiten que estas declaraciones se configuran en nuestro ordenamiento como «decisiones o disposiciones con rango o valor de ley» y, en consecuencia, susceptibles de control por el Tribunal Constitucional, añaden que:

«Lo que se acaba de expresar no excluiría que en aquellas situaciones en las que, no se haya producido la dación de cuenta al Congreso o no haya recaído la autorización de prórroga parlamentaria que exige el artículo 116.2 CE, la forma de decreto que revista la declaración de alarma pudiera recobrar su relieve a efectos de nuestro control jurisdiccional. Aunque el decreto de declaración de la alarma pro-

³³ Un completo análisis de los AATS puede verse en GARRIDO LÓPEZ, C., «El problema de la justiciabilidad de los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma», cit. pp. 27-32. También en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El estado de alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales», *Diario La Ley*, núm. 9655, Sección Tribuna, 17 de junio 2020, Wolters Kluwer, disponible en línea <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF-1CTEAAmNDQyNjI7WyIKLizPw8WyMDIwMDMwNjkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAA-y9MQQIAAAWKE>

ceda del Gobierno como órgano constitucional, su control correspondería a esta Sala, como permite el artículo 2 a) de la LJCA, respecto de lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado conceptos judicialmente asequibles» (por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2013 (rec. 13/2013) o sobre los hechos determinantes. La declaración «argumentativa de la STC 83/2016 que se ha transcrito no lo impide en cuanto ha sido formulada por el Tribunal Constitucional al resolver un recurso amparo (AdeH 12 de la STC 83/2016) y no en sede de tribunal de control de constitucionalidad de las leyes» (ATS 2478/2020, F.J.4, *in fine*).

En suma, según la jurisprudencia del TS, es la intervención parlamentaria mediante la dación de cuenta al Congreso o mediante la autorización de la prórroga que exige el artículo 116.2 CE, la que otorga el «valor» y la «fuerza» de la ley a las declaraciones del estado de alarma y a sus prórrogas, de tal modo que, una vez más, viene a considerar la existencia de una doble naturaleza jurídica de los decretos declarativos del estado de alarma³⁴, naturaleza jurídica que depende de la efectiva «dación de cuenta» o «autorización parlamentaria», según corresponda en cada caso.

4.2 **Sobre la naturaleza jurídica y el control jurisdiccional de la declaración de alarma y su prórroga a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el decretado estado de alarma de 2020**

La propagación, a nivel mundial, del SAR-CoV-2 (COVID-19), el colapso de los servicios sanitarios y el creciente aumento de personas que perdían la vida a consecuencia del virus, determinó la necesidad, por parte del Gobierno, de hacer frente a una pandemia sin precedentes cuya magnitud nunca antes se había conocido. Es por ello que el Gobierno, en atención de salvaguardar el derecho de acceso a la salud y el derecho a la vida y a la integridad física y moral de los ciudadanos, decretó, una vez más, el estado alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19³⁵, un Real Decreto que fue objeto de sucesivas prórrogas, y que supuso, como la situación exigía, la estricta restricción de determinados derechos al objeto de conseguir la finalidad perseguida por la

³⁴ Pone de manifiesto esta conclusión GARRIDO LÓPEZ, C., «El problema de la justiciabilidad de los decretos de declaración y de prórroga del estado de alarma», cit. pp. 32. También del mismo autor en «Encuesta», en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, UNED, Madrid, 2021, cit. p. 95.

³⁵ Sobre la sucesión de los hechos producidos durante la pandemia puede verse Y. Gómez Sánchez: *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, 6.^a edición, Sanz y Torres, Madrid, 2023, pp.280-294.

declaración de alarma, esto es, la contención de la propagación del virus y preservar la vida de los ciudadanos. En el contexto descrito, la estricta restricción de derechos, especialmente del derecho a la libre circulación (art. 19 CE), como consecuencia del confinamiento, provocó que se suscitara un debate doctrinal sobre si los efectos derivados de las medidas adoptadas por los decretos declarativos del estado de alarma y de sus prórrogas suponían una limitación de derechos, como es propio de un estado de alarma, o una suspensión de derechos, lo que únicamente es posible en el estado de excepción; un debate doctrinal, en definitiva, que pone en tela de juicio la idoneidad de la declaración del estado de alarma³⁶.

4.2.1 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 148/2021, DE 14 DE JULIO DE 2021

La supuesta «suspensión» y no «limitación» de derechos derivada de los efectos de las medidas adoptadas y la, en consecuencia, falta de adecuación de la declaración del estado de alarma en estos supuestos, fue pretendida mediante Recurso de inconstitucionalidad por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados respecto de determinados preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada

³⁶ Especial interés, por su trascendencia, adquirió el debate entre los constitucionalistas LÓPEZ BASANGUREN, A.; ARAGÓN REYES, M., y GARCÍA ROCA, J., en el *Diario El País*. En este sentido, y mientras LÓPEZ BASANGUREN, A., y GARCÍA ROCA, J., se postulan en favor de la idoneidad del estado de alarma en este supuesto, en tanto, en el decir de GARCÍA ROCA, las medidas impuestas no «suspenden» sino que «restringen» derechos, restricción, además, que cuenta con la conformidad del Congreso de los Diputados como consecuencia de las prórrogas autorizadas; ARAGÓN REYES invita a la reflexión indicando que el instrumento adecuado cuando procede la limitación de derechos es el «estado de alarma», si bien, la «suspensión» de estos mismos derechos exige la declaración del «estado de excepción», de ahí que, en el decir Aragón Reyes, la ley es la que debe de interpretarse conforme a la Constitución y no viceversa LÓPEZ BASANGUREN, A. «Estado de alarma: ¿Octavio y Catón en el Constitucional?», *El País*, 29 de junio de 2021. ARAGÓN REYES, M. «¿Alarma o excepción?», *El País*, 16 de julio de 2021. GARCÍA ROCA, J., «La constitucionalidad de la alarma», *El País*, 12 de julio de 2021. Otros autores, a pesar de considerar que las medidas adoptadas suponen «suspensiones» de derechos, debaten sobre la posibilidad o no de acudir a la declaración del «estado de excepción» como consecuencia de la interpretación que se haga del denominado «orden público» que habilita la declaración de este estado de anormalidad constitucional, en este sentido VIDAL PRADO, C., «Cuestión de forma, no de fondo» *Diario El Mundo*, 15 de julio de 2021. Pero, antes del 2021 el debate doctrinal fue muy intenso, así, entre los partidarios de la declaración de alarma como instrumento idóneo se encuentran las manifestaciones, entre otras, de CRUZ VILLALÓN, P., «La Constitución bajo el estado de alarma», *El País*, 17 de abril de 2020. TAJADURA TEJADA, J., «Derecho de crisis y Constitución», *El País*, 20 de marzo de 2020. Entre sus detractores, por entender que las restricciones de derechos no se correspondían con el estado de alarma: ARAGÓN REYES, M., «Hay que tomarse en serio la Constitución», *El País*, 10 de abril de 2020, entre otros.

por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Recurso de inconstitucional en el que los recurrentes alegaban la vulneración por el decreto de declaración del estado de alarma y sus prórrogas de los artículos 55.1 y 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981 en relación con los derechos fundamentales de los artículos: 19 CE, en tanto su artículo 7 supone una derogación de la libertad de circulación y de la libertad de residencia; de los artículos 17.1 y 25 de la CE pues, de conformidad con el artículo 7 del decreto de declaración «el confinamiento en todo el territorio nacional de la totalidad de la ciudadanía, que debe permanecer en su domicilio actual salvo razones de fuerza mayor o necesidad, constituye, por su rigidez e intensidad, una verdadera privación de libertad»; del artículo 21 en relación con los artículos 10.2 y 17 CE, en tanto el artículo 7 del decreto declarativo del estado de alarma y sus prórrogas determina una efectiva derogación de los derechos fundamentales de reunión, tanto en el ámbito público como privado, y de manifestación; del artículo 27 CE, al decretarse por el artículo 9 del decreto de declaración de alarma, la suspensión de la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, imponiéndose con ello una suspensión del derecho fundamental a la educación; de los artículos 35 y 38 CE, dado que el artículo 10 del decreto de declaración, determina la suspensión del derecho a elegir una profesión y oficio y de la libertad de empresa; artículos 16 y 10.1 CE, al derivarse de los artículos 7 y 11 del Decreto de declaración de la alarma y de la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, la suspensión de la dimensión externa de la libertad religiosa, y de los servicios religiosos fúnebres durante el estado de alarma.

En definitiva, es la supuesta, por los recurrentes, «suspensión de derechos», que se deriva de los efectos de las medidas impuestas por la declaración, la que determina «inadecuado» el instrumento jurídico utilizado, «estado de alarma», una cuestión que invita, de nuevo, al Tribunal Constitucional a establecer su propia competencia para conocer del recurso presentado, en atención de la naturaleza legislativa del decreto de declaración del estado de alarma y de la autorización del Congreso de los Diputados de su prórroga, así como de los decretos declarativos de la prórroga del estado de alarma autorizado, para, desde ahí, entrar a valorar el fondo del asunto.

Así es, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto se dirime por el Tribunal Constitucional mediante un procedimiento de constitucionalidad a través de la Sentencia 148/2021, de 14 de julio³⁷, en cuyo Fundamento Jurídico 2, el Tribunal Constitucional asume lo que ya había fundamentado en el ATC 7/2012, de 13 de enero (FFJJ 3 y 4), y la STC 83/2016, de 28 de abril (FJ 10), a saber:

(i) «[L]a decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma [...] viene [...] a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción», de modo que la «legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar».

(ii) En correspondencia con ello, «aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley» y «revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma».

(iii) «[P]or idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma»; hipótesis en la que, además, el decreto gubernamental constituye una formalización ad extra de la previa autorización del Congreso de los Diputados. Acto parlamentario al que corresponde fijar el alcance, condiciones y términos de la prórroga y que a su vez ostenta (ATC 7/2012, FJ 4) la condición de decisión con rango o valor de ley. De suerte que los reales decretos de declaración y prórroga de un estado de alarma «solo cabe impugnarlos, de acuerdo con el modelo de jurisdicción de nuestro ordenamiento jurídico, ante este Tribunal Constitucional a través de los procesos constitucionales [...] que tienen por objeto el control de constitucionalidad de las leyes, disposiciones y actos con fuerza o valor de ley».

³⁷ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021, páginas 93561 a 93655 (95 pp.).

Esto es, el Tribunal Constitucional mediante un procedimiento constitucional establece con eficacia *erga omnes* la naturaleza jurídica de los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, así como de la autorización congresual de la prórroga, entendiéndose comprendidos en la configuración de actos o disposiciones con rango o valor de ley, susceptibles, en consecuencia, de ser controlados por el Tribunal Constitucional (161 CE y 27 LOTC).

Ahora bien, el bloque de constitucionalidad y el parámetro para el control por parte del Tribunal Constitucional en estos supuestos se configura, a efectos de entrar en la valoración del objeto del recurso, por los artículos 116 y 55 CE así como por Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio³⁸, pues, el artículo 116.1 de la Constitución remite al legislador orgánico la regulación de los estados excepcionales, así como de las competencias y limitaciones correspondientes, parámetro que, sin embargo, no se vislumbra en algunas de las argumentaciones manifestadas por la mayoría del Tribunal Constitucional en esta sentencia.

Esto es lo que acontece, en mi opinión, en la argumentación que se expresa en el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia y que la Magistrada María Luisa Balaguer pone en cuestión en su Voto particular³⁹. Y es que, ante el silencio constitucional sobre las causas que habilitan cada uno de los «estados excepcionales» la sentencia incide en la idea de que son, de un lado, los procedimientos de adopción, de otro, los «efectos» que a cada uno de los «estados excepcionales» se asocia, lo que determina su diferenciación (alarma: limitación de derechos; excepción: suspensión de derechos), dejando en el olvido, como manifiesta la Magistrada, que el legislador «completó esa ausencia de regulación al redactar la LOAES»⁴⁰, un olvido que ha supuesto, por parte de esta opción interpretativa, la formulación «de un juicio abstracto que gira en torno a las ideas de limitación y suspensión de los derechos y de afectación o no de su contenido esencial, para concluir con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 impugnado, por inadecuación de la fórmula de declaración del estado de alarma»⁴¹.

³⁸ BOE núm. 134, de 05/06/1981.

³⁹ La Magistrada María Luisa Balaguer Callejón formula un Voto particular a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020 STC 148/2021, de 14 de julio de 2021, pp. 93650-93655. Véanse, así mismo, los Votos particulares formulados por el Presidente Juan José González Rivas; el Magistrado Andrés Ollero Tassara; Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos; Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón. Un análisis de los Votos particulares formulados a la Sentencia puede verse en REVENGA SÁNCHEZ, M., y LÓPEZ ULLA, J.M., «El dilema limitación/suspensión de derechos y otras «distorsiones» al hilo de la pandemia», en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 48, Madrid, pp.215-237.

⁴⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., cit. p. 93651.

⁴¹ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., cit. p. 93651.

Así es, la opción interpretativa de la mayoría se ha apartado de ese espíritu garantista al que responde la regulación de los «estados excepcionales» tanto a nivel constitucional como a nivel de legislación de desarrollo, pues, aunque si bien es cierto que nuestra Constitución no establece taxativamente cuáles son las circunstancias que legitiman la declaración, estas circunstancias han sido establecidas con carácter expreso en la LOAES, tanto desde un punto de vista genérico (art. 1.1)⁴², como particular de cada uno de los estados excepcionales, en tanto se trata de situaciones cualitativamente distintas, estableciéndose, además, diferentes requisitos formales cuyo cumplimiento se exige en toda declaración de una situación de anormalidad constitucional.

De ahí que, otro tanto pueda esgrimirse respecto de las afirmaciones de la fundamentación de la mayoría respecto del presupuesto de hecho que habilita las declaraciones de los estados de «alarma» y «excepción», pues mediante una interpretación más que forzada de lo que se puede entender como «orden público» afirma la Sentencia que: «cuando la gravedad y extensión de la epidemia imposibilitan un normal ejercicio de los derechos, impiden un normal funcionamiento de las instituciones democráticas, saturan los servicios sanitarios (hasta temer por su capacidad de afrontar la crisis) y no permiten mantener con normalidad ni las actividades educativas ni las de casi cualquier otra naturaleza, es difícil argüir que el orden público constitucional (en un sentido amplio, comprensivo no solo de elementos políticos, sino también del normal desarrollo de los aspectos más básicos de la vida social y económica) no se ve afectado, y su grave alteración podría legitimar la declaración del estado de excepción» (F. J. 11).

Es evidente, en mi opinión, que las afirmaciones manifestadas poco, o nada, tuvieron que ver con el sentir del constituyente y del legislador orgánico, pues, como advirtió el Senador Morán en atención de los diferentes «estados excepcionales» preceptuados constitucionalmente «... no se trata de etapas, de escaladas en una escalera con intensidad diferente del mismo proceso; se trata de situaciones cualitativamente distintas; el estado de alarma para unas situaciones que vienen de hechos naturales o sociales que ocurren en la historia; el estado de excepción para situaciones que afectan al orden público y que es previsible que no puedan atajarse por los medios ordinarios; y el estado de sitio ante procesos que afectan al orden constitucional»⁴³. Es por ello que, los efectos que se derivan de la declaración de un estado de alarma, como advierte

⁴² Esta cláusula general fue introducida en el texto legislativo como consecuencia de la enmienda núm. 230 del Grupo Parlamentario Socialista, en aras de orientar tanto al Gobierno como al Congreso de los Diputados sobre los supuestos de hecho que legitiman el recurso a los estados excepcionales.

⁴³ *Diario de sesiones del Senado*. Sesión Plenaria núm. 105, de 14 de mayo de 1981, p. 5321.

María Luisa Balaguer, no pueden, ni deben, alegarse como causa que habilite la declaración de un estado de excepción, ya que, en tal caso, se sucederían sistemáticamente «la declaración de uno y otro, porque la situación derivada del estado de alarma sería presupuesto para la adopción del estado de excepción»⁴⁴. Considero, en consecuencia, a diferencia de la posición mayoritaria del Tribunal, que en atención del artículo 4 de la LOAES, el instrumento adecuado, en esta ocasión, fue el utilizado por el Gobierno de la nación, esto es, la declaración del estado de alarma.

Por otra parte, y en cuanto a la limitación/suspensión de derechos se refiere, entiendo que frágil es la línea de su distinción, si bien comparto la opinión de la Magistrada, pues, tampoco en mi opinión, la libertad de circulación se vio suspendida al haberse decretado un «elevado número de excepciones y razones que justificaban la salida del domicilio» por lo que «si la sentencia hubiera aplicado al juicio de constitucionalidad sobre el artículo 7 del Real Decreto [...] un juicio clásico de proporcionalidad, la solución hubiera sido más comprensible y objetiva.

4.2.2 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 183/2021, DE 27 DE OCTUBRE DE 2021

Finalizado el denominado «primer estado de alarma» el 21 de junio de 2021 y tras la «desescalada» se dio paso a la etapa conocida como «nueva normalidad», una etapa en la que se continuaron adoptando medidas dirigidas a la contención del virus. De ahí que, ante el previsible aumento de contagios, se procedió, de nuevo, por parte del Gobierno de la nación, a declarar una segunda alarma, esta vez, mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por un plazo de quince días, Real Decreto que fue prorrogado, con la autorización del Congreso de los Diputados, mediante el Real Decreto 956/2020 hasta el 9 de mayo de 2021, es decir, por un plazo de seis meses. Esta circunstancia, entre otras, es lo que determinó la interposición de un nuevo recurso de inconstitucionalidad por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra la declaración del estado de alarma, la autorización congresual y la declaración del estado de alarma prorrogado.

⁴⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., cit. 93654. Sobre la interpretación que la mayoría hace sobre el concepto de «orden público», el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos mantiene que se efectúa en sentido de «orden institucional», no asociándolo a la idea de seguridad ciudadana o seguridad pública, una interpretación que no cabe desde una interpretación sistemática de la norma. Voto particular, cit., p. 93625.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional, asumiendo la argumentación mantenida en la STC 83/2016 (F.J. 10), el ATC 7/2012, de 13 de enero (F.J. 4) y STC 83/2016, de 28 de abril (F.J. 9) vino a confirmar, de nuevo, el «valor de ley» que ostentan las disposiciones impugnadas y, en consecuencia, la competencia, por parte del Tribunal Constitucional, del conocimiento de los procedimientos de inconstitucional a los que se puedan ver sometidas. Un recurso que el Tribunal Constitucional, como aconteció en el recurso precedente, estimó parcialmente, si bien su fundamentación fue objeto, una vez más, de la formulación de cuatro Votos particulares⁴⁵ respecto de cuestiones a las que, por su especial relevancia constitucional, dedicaré estudios posteriores.

5. A MODO DE REFLEXIÓN ÚLTIMA: CAMBIO PARCIAL DE CRITERIO

Los hechos acontecidos durante la pandemia provocada por el COVID-19 me han hecho trascender el plano teórico para situarme en el plano de la realidad jurídico-constitucional. Y es que, si bien es cierto, que el constituyente dispuso diferenciar, como así expuse en mis publicaciones anteriores siguiendo a Cruz Villalón, entre un «estado de alarma gubernamental» y un «estado de alarma parlamentario» en atención de la diferente intervención que el Congreso de los Diputados asume en cada uno de ellos, esto no es óbice para considerar que las declaraciones gubernamentales, en ambos supuestos, ostentan una misma naturaleza jurídica, esto es, la naturaleza de los actos, decisiones y disposiciones con «valor» y «fuerza de ley. Y así lo entiendo porque, junto a las motivaciones que ya expuse en mis argumentaciones anteriores⁴⁶ respecto de la autorización y declaración de prórroga del estado de alarma, a las que desde aquí me remito, y que, así mismo, hago extensivas en este momento al decreto de declaración del estado de alarma, considero que todos los decretos declarativos de los «estados excepcionales» conforman el «Derecho de excepción» aplicable durante la vigencia del «estado excepcional» declarado, des-

⁴⁵ Véanse los Votos particulares formulados a la sentencia por el Presidente Juan José González Rivas; el Magistrado Andrés Ollero Tassara; Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos; Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón. Un comentario sobre la problemática que plantea la prórroga por seis meses decretada GARCÍA BAHAMUT, R., «La problemática jurídico-constitucional que plantea el segundo estado de alarma y el final de su vigencia: ¿Una vulneración reiterada de derechos fundamentales en la España Autonómica?» en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 48, Madrid, 2021, pp. 239-264.

⁴⁶ «Los estados excepcionales y su posible control por el Tribunal Constitucional». *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley*.

plazando, en consecuencia, todos ellos por igual a la normativa vigente integrada por leyes, disposiciones normativas con rango de ley, y disposiciones normativas reglamentarias.

Dada su naturaleza jurídica, los decretos de declaración y sus prórrogas, así como las autorizaciones congresuales de los decretos de declaración prorrogados, son susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional, ya sea a través de recurso de inconstitucionalidad, de cuestión de inconstitucionalidad, o de la autocuestión que la Sala puede plantear al Pleno con motivo de un recurso de amparo. Procedimientos de constitucionalidad, sin embargo, que dada su lentitud y, tras la experiencia vivida, restan eficacia al control efectuado y ponen de manifiesto la necesidad de acometer reformas legislativas que agilicen el procedimiento en estos supuestos.

LA CREACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO: LA SENTENCIA VICKY HERNÁNDEZ Y OTRAS CONTRA HONDURAS DE 2021 ¹

MERCEDES IGLESIAS BÁREZ

Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Los derechos del colectivo LGTBI+ en América Latina: teoría y realidad. II. Normativa de reconocimiento de los derechos del colectivo LGTBI+. III. El verdadero motor de reconocimiento de los derechos del colectivo: la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana. IV. La creación del derecho a la identidad de género en la Sentencia Vicky Hernández y otras contra Honduras de 2021. V. La problemática extensión del sujeto político de la violencia contra las mujeres en los casos de identidad de género. El debate jurisprudencial en la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional español.

I. LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGTBI+ EN AMÉRICA LATINA: TEORÍA Y REALIDAD

La garantía de los derechos del colectivo LGTBI+ en América Latina es uno de esos tristes ejemplos donde se devela el hiato que puede existir entre lo

¹ Este artículo es el resultado de las investigaciones realizadas en el seno del GIR *Derechos y Libertades en la Sociedad actual* de la Universidad de Salamanca cuya Investigadora Responsable es la Dra. Ángela Figueruelo Burrieza; así como del Proyecto de Investigación *El Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el contexto europeo* (ESPAREU) Referencia: PID2021-124531NB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación. Agencia Estatal de Investigación. Cofinanciado por la Unión Europea) y cuya Investigadora Principal es la Dra. María Salvador Martínez. <https://orcid.org/0000-0003-4418-3980> Publons AGE-5336-2022

avanzado del dato normativo y jurisprudencial, y la realidad sociológica; en definitiva, entre la teoría y la realidad.

El reconocimiento de los derechos del colectivo en América Latina está atravesado por dos paradojas. Por un lado, algunos Estados latinoamericanos han sido pioneros en la garantía de los derechos de la diversidad sexual, incluso a nivel mundial, como es el caso de Argentina²; o bien han constitucionalizado los derechos de la diversidad sexoafectiva como ha sucedido en las Constituciones de Bolivia, Cuba, Ecuador (el tercero a nivel mundial) y México³. Además, la Corte Interamericana es la más progresista del mundo en el reconocimiento de la diversidad sexual. No obstante, este dato normativo y jurisprudencial (teoría) contrasta con los elevados índices de violencia ejercida contra el colectivo en la región. Una violencia no solo practicada por particulares, sino especialmente por agentes públicos, mostrando el carácter arraigado de una violencia institucional y estructural⁴.

Así, de conformidad al Observatorio Sin Violencia LGTBI y de su reciente Informe 2022: Ser LGTBI+ en la región más violenta del mundo, 344 personas fueron asesinadas en diez países de la región en 2022. Según este Informe, «al igual que en años anteriores, la mayor parte de los casos se registró en Colombia (148), México (85) y Honduras (43). A nivel sub-regional, la mayor parte de los hechos se concentraron en Centroamérica y el Caribe (177). El número de homicidios de personas LGTBI aumentó de manera significativa en varios países de esta región y, de hecho, 2022 fue el año más violento del que se tiene registro en Honduras, Guatemala y la República Dominicana desde que comenzó el trabajo de documentación de casos de la Red Sin Violencia. En la región Andina, en cambio, se registraron menos casos que en Centroamérica (167) y se redujo el número de homicidios de personas LGBT registrados en cada país (sobre todo

² CÁRDENAS CORDÓN, A. «El reconocimiento jurídico de la identidad de género en América Latina: Reflexiones y aprendizajes para el debate jurídico español», *Derechos y Libertades*, junio 2022, p 274. En 2002, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue la primera de América Latina en reconocer la unión civil entre parejas del mismo sexo. La Ley 26.743 de 2012 en Argentina, por su parte, estableció un procedimiento administrativo y sin requisitos patológicos para el cambio de sexo registral. Además, el Decreto 476/2021 quebró el binarismo sexo-genérico. Para un análisis del tratamiento de los derechos del colectivo en la región en los distintos países vid CÁRDENAS *op. cit.* 2022 y BASAURE MIRANDA, I. «Los estándares de protección de las personas LGTBI en el Sistema Interamericano de derechos humanos», en *Diario Constitucional.cl*, 2022, <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/05/28/los-estandares-de-proteccion-de-las-personas-lgbti-en-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos-por-isaac-basaure-miranda/> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.

³ BASAURE MIRANDA, I., *op. cit.*, 4.

⁴ BASAURE MIRANDA, I., *op. cit.*; RUÍZ URREA, L.A. y GUERRERO ANDRADE, I., «Los alcances de la orientación sexual y la identidad de género en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Boletín mexicano de Derecho comparado*, n. 162, 2021 y CHAVES GARCÍA, N. y BARBA, E., «Los derechos LGTBI+ en América Latina», en *Celag Data* 2021, <https://www.celag.org/los-derechos-lgbti-en-america-latina/> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.

en Colombia y, en menor medida, Ecuador y Perú)»⁵. En el mismo sentido, la Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans en su Primer Informe sobre las violaciones de derechos humanos de las personas trans durante la pandemia del Covid-19, publicado en 2020, destaca que la segunda causa de mortalidad de las personas trans en la región está vinculada con la violencia institucional, ejercida por los Estados a través de sus fuerzas de seguridad (12,6 %) ⁶. Y el Informe UNESCO de 2020 sobre la educación del colectivo LGTBI muestra también la violencia y el acoso en las aulas ejercidos sobre sus miembros ⁷.

Por otra parte, (y aquí hallamos la segunda paradoja) los derechos del colectivo LGTBI+ han sido reconocidos antes en la región que algunos de los derechos de las mujeres, como los derechos reproductivos y sexuales.

II. NORMATIVA DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO LGTBI+

Tanto en Europa como en América Latina (así como en Naciones Unidas) el reconocimiento de los derechos del colectivo no se asienta en un texto normativo vinculante, de *ius cogens* ⁸. Su regulación tiene lugar en normas de *soft law*, lo que ha generado un debate en relación a la determinación de su vinculación para los Estados y su alcance en el control de convencionalidad, en el caso interamericano, y el margen de apreciación del Estado, para el supuesto europeo.

Por ello, la normativa para sustentar las reclamaciones judiciales tiene lugar por medio de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante CADH o Convención), especialmente con fundamento en los artículos 1.1, 11 y 24, que regulan respectivamente las obligaciones de los Estados de

⁵ <https://sinviolencia.lgbt/informe-2022-ser-lgbti-en-la-region-mas-violenta-del-mundo/> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

⁶ Redlatrans, 2020 http://redlactrans.org.ar/site/wp-content/uploads/2020/08/PRIMER-INFORME-COVID19_REDLACTIONS.pdf consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

⁷ «El acoso al alumnado LGTBI ...está generalizado. Un estudio sobre el clima escolar en siete países de la región reveló que cuatro de cada cinco personas LGTBI en Chile se sentían inseguras en la escuela. En Colombia, el 15 % del alumnado había sido víctima de violencia escolar debido a su orientación sexual. En México, el 75 % de la juventud LGTBI sufría acoso verbal y había sido insultado en la escuela. En el Perú, casi el 17 % del alumnado LGTBI había denunciado ataques físicos el año anterior. En el Brasil, el 60 % del alumnado se sentía inseguro sobre su orientación sexual, y el 43 % señaló que esa inseguridad se debía a la expresión de género» (p. 89). <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374615> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.

⁸ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., «La construcción jurisprudencial del «derecho a la orientación sexual y la identidad de género» en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 283, mayo-agosto 2022, p 359.

respetar los derechos del Pacto de San José sin que exista discriminación, la protección de la honra y la dignidad y el derecho de igualdad.

No obstante, en el ámbito interamericano, como ocurre en otros territorios jurídicos, existen normas de *soft law*, informes y documentos donde se reconocen ampliamente los derechos de la diversidad sexual. Así, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante Asamblea de la OEA) ha emitido distintas resoluciones: la Resolución AG/RES, 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de 3 de junio de 2008 y la AG/RES. 2653 (XLI-O/11) Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011⁹.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha creado en 2014 la Relatoría de los derechos de las personas LGTBI que tiene como principal atribución controlar y vigilar la situación de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en la región. Entre sus funciones se encuentra la elaboración de informes y recomendaciones dirigidos a los Estados miembros en todos los ámbitos de las políticas públicas, ya sean legislativas como judiciales. Así, son especialmente interesantes el Informe sobre la violencia contra las personas LGTBI de 2015¹⁰ y el Informe Avances y desafíos hacia el reconocimiento de derechos de las personas LGTBI en las Américas de 2018¹¹. Por su parte, la Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) ha elaborado el Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de 2020¹².

La Relatoría de los derechos de las personas LGTBI ha destacado recientemente la labor que le corresponde desempeñar en la defensa de los derechos del colectivo en el Plan Estratégico 2023-2027 de la CIDH¹³. Así, ha manifestado que pondrá su atención en:

i. «responder al fenómeno de la violencia basada en los prejuicios y la discriminación, con especial atención a la situación de impunidad que se produce en estos casos;

⁹ Vid. respectivamente, https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2435_xxxviii-o-08.pdf y https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2653_xli-o-11_esp.pdf consultados por última vez el 9 de julio de 2024.

¹⁰ <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/violencia-lgbti.html> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

¹¹ <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

¹² <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

¹³ <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/planestrategico/2023/default.asp#1> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

- ii. impulsar el cumplimiento de los deberes vinculados al derecho a la identidad y la expresión de género;
- iii. fomentar el pleno reconocimiento de las familias conformadas por personas LGBTI y los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes LGBTI;
- iv. abordar los efectos de las prácticas encaminadas a modificar la orientación sexual y la identidad y la expresión de género;
- v. promover y defender los derechos de las personas intersex, en particular los niños, las niñas y los adolescentes;
- vi. examinar la exclusión social de las personas LGBTI;
- vii. analizar las causas estructurales de la discriminación desde la óptica de la necesidad de transformaciones socioculturales,
- viii. luchar contra la discriminación de las personas LGBTI mediante la promoción y la garantía de su libertad de expresión»¹⁴.

III. EL VERDADERO MOTOR DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO: LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA

Más allá de la normativa de *soft law*, el verdadero reconocimiento y protección de los derechos de la diversidad sexual en el sistema interamericano tiene una construcción pretoriana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH o la Corte) arranca su doctrina en 2012 con el Caso Atala Riffo y más contra Chile y hasta la actualidad ha emitido más de una decena de fallos, así como ha resuelto la consulta de Costa Rica en la Opinión Consultiva n. 24 de 2017. Uno de las decisiones más relevantes ha sido el Caso Vicky Hernández contra Honduras de 2021, que reconoce por vez primera el derecho a la identidad de género.

El sistema interamericano ha destacado especialmente en el desarrollo de una doctrina jurisprudencial de los derechos de la diversidad sexual, que incluso es más avanzada y progresista que la que procura el sistema europeo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). La principal diferencia entre el tratamiento de la diversidad sexual en el TEDH y la Corte Interamericana es que este último tribunal ha fundamentado la protección de la orientación sexual y la identidad de género en el principio de igualdad y no discriminación de los artículos 1.1 y 24 del Pacto de San José, mientras que el

¹⁴ <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/CIDH/r/DLGHTI/pe.asp> consultado por última vez el 9 de julio de 2024.

TEDH lo ha reconocido como un contenido principalmente derivado del derecho a la vida privada del artículo 8 del CEDH ¹⁵.

A continuación sintetizamos los principales avances de la Corte Interamericana en la garantía de los derechos LGTBI+. La razón de que se enmarque el Caso Vicky Hernández contra Honduras de 2021 en la doctrina general de los derechos de la diversidad sexual de la Corte es que, en realidad, solo es posible entender cabalmente el fallo a analizar como decantación de la jurisprudencia previa de la Corte.

Los primeros fallos de la Corte IDH abordan el reconocimiento de la orientación sexual. En el Caso Atala Riffo y más contra Chile de 2012 ¹⁶ se ventila la primera decisión de orientación sexual. Se trata del supuesto de una mujer chilena, jueza y lesbiana, que decide convivir con su pareja mujer y ello le cuesta la pérdida de la guarda de sus tres hijas menores en los tribunales chilenos, frente a la reclamación judicial de su exesposo. Los principales argumentos de los tribunales chilenos para fallar a favor del padre giran en torno a que la convivencia de una pareja de lesbianas con las hijas menores iba a provocar una discriminación social de las menores, que les generaría además una confusión de roles, así como la lesión del derecho de los menores a una «familia normal y tradicional».

La Corte condena al Estado chileno, entre otras cuestiones, por discriminar a la Sra. Riffo por razón de su orientación sexual. Así, Chile, fue condenado por vulnerar la igualdad (art. 24 en relación al art. 1.1 CADH) y por una lesión de la vida privada (art. 11.2 CADH), pues considera que la orientación sexual también es un elemento fundamental de la vida privada.

En el fallo la Corte IDH estima que la falta de un consenso a nivel regional entre los Estados en relación a la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación no es justificación suficiente para que los Estados miembros del sistema interamericano ignoren y violenten los derechos de las minorías sexuales. En este mismo sentido, tampoco esta falta de consenso legitima a los Estados para perpetuar una discriminación que es histórica y estructural.

La Corte deduce el derecho a la orientación sexual de la cláusula abierta del artículo 1.1 CADH «o cualquier otra condición social» ¹⁷. Para extender el

¹⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *op. cit.*, p. 359.

¹⁶ RUÍZ URREA, L.A., y GUERRERO ANDRADE, I., *op. cit.*, pp. 16 y ss; F. Rey Martínez, «Caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos «Atala Riffo y niñas contra Chile»», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n. 30, 2014.

¹⁷ «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

principio de no discriminación y reconocer la orientación sexual como categoría sospechosa de discriminación garantizada convencionalmente se apoya en tres argumentos principales¹⁸. En primer lugar, emplea el Derecho comparado, especialmente la STEDH Salgueiro Da Silva c. Portugal de 1999 –si bien en el caso europeo el reconocimiento de la orientación se deduce del artículo 8 CEDH– y la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México de 2010 sobre la adopción de parejas homosexuales, a la que cita también para determinar la falta de conexión negativa entre la homosexualidad y la protección de los derechos de las menores. El segundo gran argumento, que a la postre sustentaría la fundamentación principal para el reconocimiento generalizado de los derechos de la diversidad sexual –no solo para la orientación sexual, sino también para la identidad de género y la expresión de género– es el canon de la interpretación evolutiva¹⁹. Este criterio permite la adaptación de las normas a la realidad social sin necesidad de modificar los textos, y se ha convertido a la postre en la puerta de entrada en todos los sistemas regionales del reconocimiento de nuevos derechos o de nuevos contenidos de los derechos. Finalmente, la Corte IDH también se refiere al Derecho Internacional de los derechos humanos y al principio *pro homine*.

La Corte alude también al alcance de la prohibición de discriminación por orientación sexual, que abarca tanto el espacio privado e íntimo, como el público, es decir, su «expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas»²⁰. Esta cuestión es fundamental porque el reconocimiento de la orientación sexual puede hacerse exclusivamente desde la perspectiva de la privacidad o también desde la fundamentación de la igualdad y la prohibición de discriminación. En este último supuesto, las garantías de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual no tendrían solo su reflejo en el ámbito privado, sino también en el ámbito público con lo que el alcance de protección de los derechos del colectivo es mayor.

El Caso Duque contra Colombia de 2016 también versa sobre un supuesto de discriminación por razón de orientación sexual, pero resulta sumamente interesante porque, a diferencia del Asunto Atala Riffo –donde se sustanciaba el control de la Corte sobre decisiones judiciales–, plantea el control de convencionalidad de una ley colombiana que establecía un régimen jurídico des-

¹⁸ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, 2014.

¹⁹ Sobre interpretación evolutiva vid. NÚÑEZ MARÍN, R.F., «Estándares internacionales en materia de orientación sexual e identidad de género: interpretación evolutiva en el derecho interamericano», *Prolegómenos: derechos y valores*, n. 43, 2019, pp. 9 a 20.

²⁰ Párr. 133.

igual en el derecho de pensión cuando se trataba de parejas del mismo sexo, pues el derecho de pensión solo se permitía para parejas heterosexuales.

La Corte entiende que el Estado está obligado a respetar y garantizar sin discriminación los derechos reconocidos en el Pacto de San José y esta obligación se extiende también al propio legislador, no solo a los jueces, que debe respetar en la regulación interna los derechos convencionales. Así, la Corte entiende que para determinar el carácter discriminatorio de una diferencia de trato operada por el legislador se debe analizar, en primer término, si esa diferencia establecida por el legislador tenía una justificación objetiva y razonable, es decir, si perseguía un fin legítimo; y, en segundo lugar, si existía una relación de proporcionalidad. La Corte opera aplicando el principio de proporcionalidad mediante un test que construye y que refuerza mediante un escrutinio estricto. Así, para determinar si una ley interna vulnera el derecho de igualdad y no discriminación se deben aplicar tres criterios consecutivos: en primer lugar, analizar si la ley interna establece efectivamente una diferencia de trato; además, si esa diferencia de trato puede ser identificada con alguna de las categorías sospechosas de discriminación del artículo 1.1 de la Convención y, finalmente, si supuso un hecho discriminatorio, es decir, que esta diferencia de trato ni es razonable ni objetiva.

El Estado colombiano no probó estas exigencias y por ello la Corte dictaminó que la ley colombiana era discriminatoria por razón de orientación sexual y violaba los artículos 24 y 1.1 de la Convención.

En el Caso Flor Freire contra Ecuador de 2016 lo que la Corte IDH controla es una norma reglamentaria disciplinaria que discrimina por razón de orientación sexual a un militar presuntamente gay. El asunto trae causa de la retirada del Ejército del militar Flor Freire como consecuencia de haber sido acusado de mantener relaciones sexuales en dependencias militares con otro hombre. Ante estas acusaciones, el militar negó su homosexualidad.

La Corte aplica también en este caso su escrutinio estricto de proporcionalidad de la norma reglamentaria ecuatoriana para concluir que Ecuador no probó la proporcionalidad de la norma. Las grandes novedades de este fallo radican, por un lado, en que el Alto Tribunal entiende que tanto la discriminación real como la percibida (o bien errónea) están prohibidas por la Convención; y, por otro lado, en también refuerza y extiende la fundamentación de la orientación sexual como condición protegida mediante el derecho a la autodeterminación personal y el libre desarrollo de la personalidad, pues vincula este derecho con la noción de «libertad y la posibilidad de toda persona de autodeterminarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, con-

forme a sus propias opiniones y convicciones»²¹. Se reconocería así una suerte de derecho de autodeterminación sexoafectiva²², abriendo así la puerta al reconocimiento de otros supuestos como la identidad de género²³.

Además, el Estado ecuatoriano fue declarado responsable de la violación del derecho a la honra y la dignidad de Flor Freire, ya que la medida disciplinaria de separación de las Fuerzas Armadas, estaba íntimamente relacionada y afectaba de plano al contexto social de la víctima.

La Opinión Consultiva planteada por Costa Rica y resuelta en 2017, Opinión Consultiva OC-24/17, de Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo²⁴ (en adelante Opinión Consultiva o bien OC-24), aborda la discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género²⁵.

Lo que destacamos como principal fundamentación de los derechos de la diversidad sexual de la OC-24 al objeto de este estudio es que la Corte considera que la Convención es un instrumento vivo²⁶ y, por ello, extiende la argumentación empleada en la orientación sexual en sus decisiones anteriores a la identidad de género, mediante la aplicación del criterio de la interpretación evolutiva, al amparo del artículo 1.1, 11.2 y 24 de la Convención.

Ahora bien, el reconocimiento de la identidad de género no solo deriva de la no discriminación, sino que también tiene otros asientos convencionales: el derecho a la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad, y la autonomía de la personalidad²⁷. A su vez, la identidad de género se relaciona estrechamente con la dignidad humana, el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal.

Lo interesante también de la OC-24 es que la Corte reconoce el derecho a la identidad de género en su versión fuerte, es decir, como derecho a la autodeterminación de género -sin duda influida por los Principios de Yogyakarta- pues la concibe como «la vivencia interna e individual del género, como cada

²¹ Párr. 103.

²² Sobre el derecho de autodeterminación sexoafectiva *vid.* PRECIADO, P.B., *Yo soy el monstruo que os habla. Informe para una academia de psicoanalistas*, Nuevos Cuadernos Anagrama, n. 29, 2020; SALAZAR BENITO, O., «El reconocimiento jurídico constitucional de la diversidad afectiva y sexual», *Revista de Estudios Políticos*, n. 157, julio-septiembre de 2012.

²³ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *op. cit.*, p. 363.

²⁴ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf Consultado por última vez el 9 de julio de 2024. En la misma, la Corte Interamericana responde a la consulta de Costa Rica sobre cuestiones varias como las obligaciones estatales en materia de cambio de nombre en los registros, la identidad de género, así como los derechos que derivan de los vínculos entre parejas del mismo sexo.

²⁵ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *op. cit.*; A. Cárdenas, *op. cit.*

²⁶ Párr. 69.

²⁷ Párrs. 88 y 89.

persona las siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento»²⁸. Es decir, la identidad de género solo depende del sentimiento subjetivo de la persona y no debe estar sometida a exigencias externas, especialmente legales. Esto lleva a entender a la Corte que categorías de análisis como el sexo, el género o la identidad son categorías performativas²⁹, ya que «no son contenidos objetivos e inmutables, sino que a la postre terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de cada persona y que descansan en una identidad de género autopercebida, relacionadas con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada»³⁰.

Más allá de su carácter relacional con otros derechos como la dignidad humana, la Corte considera que el derecho a la identidad de género se conforma como un derecho propio y autónomo. Además, cuando analiza el derecho a la identidad de género destaca su valor instrumental, como presupuesto para el reconocimiento y ejercicio del resto de derechos de las personas trans. Así mismo, insiste en las obligaciones negativas de los Estados de protección a las personas trans contra la tortura, la violencia o los malos tratos; y sus deberes positivos de proporcionarles salud, educación, empleo, vivienda y un acceso a la Seguridad Social, así como que se proteja su libertad de expresión y asociación.

Una de las cuestiones más interesantes que aborda la Corte es el derecho al reconocimiento legal de la identidad de género autopercebida mediante la implementación de un procedimiento adecuado para el cambio de nombre y sexo en los documentos y registros oficiales. En este sentido, la Corte entiende que este derecho se halla garantizado por el artículo 18 de la Convención, que reconoce el derecho al nombre, el artículo 3 que establece el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el artículo 7.1 que recoge el derecho a la libertad y finalmente el artículo 11.2 del derecho a la vida privada. Establece como una obligación de los Estados la de reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para su reconocimiento y además construye una doctrina en relación a los principios que deben cumplir estos procedimientos: «estar enfocados a la adecuación integral de la identidad autopercebida; deben estar basados en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que se puedan exigir certificados médicos y/o psicológicos que puedan resultar irrazonables o patologizantes; deben ser confidenciales; deben ser expeditos y

²⁸ Párr. 94.

²⁹ BUTLER, J. *Gender trouble. Feminism and the subversion of identity*, Routledge, New York, 1999.

³⁰ Párrs. 95 y 101.

tender a la gratuidad; no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales»³¹.

La Corte reconoce un margen de apreciación a los Estados para que estos elijan bien la vía judicial o bien la vía administrativa para garantizar estos procedimientos; si bien, muestra una preferencia en el procedimiento por la vía administrativa o bien notarial³².

El Caso Azul Rojas Marín y otros contra Perú de 2020³³ es un asunto todavía de orientación sexual. Relata la violencia que sufre Azul Rojas Marín, un hombre gay al tiempo en que se sucedieron los hechos y que más tarde se autopercibe como mujer transgénero. Azul es detenida mediando violencia física y psicológica por el servicio municipal de vigilancia y seguridad pública (serenazgo) y agentes de policía. Es trasladada a comisaría y allí es violada sexualmente mediante un bastón policial por el ano, así como insultada y golpeada. Finalmente fue liberada. La Corte estimó que Perú había violado los artículos 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 11.1 y 25.1 de la Convención y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Es el primer caso en el que la Corte aborda un delito de odio con violencia sexual a un miembro de la comunidad LGTBI+. En este asunto la Corte estableció los siguientes estándares:

i. Un acto de violencia ejercido contra personas que pertenecen al colectivo LGTBI debe ser considerado un supuesto de violencia por prejuicio. Para ello, emplea la presunción *iuris tantum* en el sentido de que cuando la víctima de violencia es un miembro del colectivo se presume que es un acto de violencia por prejuicio. En este tipo de supuestos de violencia por prejuicio no solo nos encontramos ante un acto discriminatorio, sino también ante un acto de odio no solo individual, sino contra el colectivo, por lo que se tiene que tener en cuenta que este ataque también una finalidad simbólica, la de comunicar un mensaje de exclusión y subordinación³⁴.

ii. Un acto de violencia sexual cometido por agentes estatales contra personas que pertenecen al colectivo LGTBI tiene la consideración jurídica de acto de tortura. Y aplica a los hechos la doctrina del Caso Bueno Alves contra Argentina de 2007 donde a la hora de valorar la gravedad del acto se tienen en cuenta no solo factores exógenos, sino también endógenos, como las características personales de la víctima, en este caso, la orientación sexual. Y entre los

³¹ Párr. 160.

³² *Ídem*.

³³ BASAURE MIRANDA, I., *op. cit.*, pp. 8 y 9.

³⁴ Párrs. 92 y 93.

finés perseguidos en la práctica de la tortura se puede encontrar también el propósito de discriminar.

iii. La detención injustificada de una persona que pertenezca al colectivo LGTBI se presume como discriminatoria.

iv. Afina el deber del Estado de asegurar las garantías judiciales, así como el deber de debida diligencia en los casos de violencia practicada contra miembros del colectivo, extendiendo los deberes de investigación penal del Estado que expuso en el Caso Fernández Ortega y otros contra México en 2010 –que se refería a un caso de violencia sexual contra mujeres– a la orientación sexual³⁵. En aplicación de esta doctrina del deber de investigación penal la Corte requiere que: «i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del género que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso»³⁶.

La Corte constató que Perú no había cumplido con estos estándares y que, por tanto, incumplió su deber de debida diligencia.

La Corte introdujo a partir de este caso también el deber estatal de que en los supuestos de violencia por prejuicio donde esté presente la tortura se deban tomar todas las medidas posibles que sean razonables para descubrir si existen posibles motivos discriminatorios, lo cual va a implicar que se aplique a la investigación la perspectiva de violencia por prejuicio. En este sentido, ordenó un conjunto de medidas para evitar la repetición de actos de violencia por prejuicio:

1. Adoptar un protocolo sobre investigación y administración de justicia en casos de violencia contra personas LGTBI.

³⁵ Párrs. 178 ss.

³⁶ Párr. 180.

2. Sensibilización y capacitación de agentes estatales sobre violencia contra las personas LGBTI.
3. Diseñar e implementar un sistema de recopilación y producción estadística de supuestos de violencia contra personas LGTBI.
4. Eliminar el indicador de erradicación de homosexuales y travestis en los planes de seguridad ciudadana de las regiones y distritos de Perú.

IV. LA CREACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA SENTENCIA VICKY HERNÁNDEZ Y OTRAS CONTRA HONDURAS DE 2021

Finalmente, en el Caso Vicky Hernández contra Honduras de 2021³⁷ la Corte aborda el primer caso de identidad de género de una mujer trans. Se trata de una mujer trans, defensora de los derechos humanos y trabajadora sexual, que fue asesinada en San Pedro Sula durante el toque de queda que emitió el Gobierno hondureño el 28 de junio de 2009, existiendo indicios de participación de agentes estatales en su muerte³⁸.

Por un lado, la Corte considera que Honduras violó el derecho a la vida y la integridad personal (4 y 5 de la CADH) de Vicky Hernández al estimar que la violencia ejercida contra Vicky lo fue en razón de su «expresión o identidad de género»; así como que se ha producido también una violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, la libertad personal, la privacidad y la libertad de expresión y al nombre de Vicky Hernández, de conformidad a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 3, 7, 11, 13 y 18).

³⁷ ALTERIO, A.M., «La interpelación en clave feminista al sistema binario de protección de derechos humanos en América Latina», en <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/la-interpelacion-en-clave-feminista-al-sistema-binario-de-proteccion-de-derechos-humanos-en-america-latina/314C4547CBE2595020700C9884EB33CC>, 2022: 318-322, consultado por última vez el 13 de julio de 2024; REY ARAMENDÍA, M., «El género (sigue) en disputa. Algunas reflexiones a la luz de la sentencia Vicky Hernández et. al. vs. Honduras», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 24, 2023, pp. 118-136.

³⁸ Los hechos se sucedieron en la localidad de San Pedro Sula en la noche en que se promulgó el toque de queda del 28 de junio de 2009, motivado por el golpe de Estado en Honduras que ocurrió ese mismo día. Vicky se encontraría esa noche en la calle, junto con otras dos compañeras, presuntamente, ejerciendo la prostitución. Las tres mujeres fueron interceptadas en la calle por la policía, que intentó detenerlas, pero no lo consiguió porque huyeron. Al día siguiente agentes de la Dirección Nacional de Investigación Criminal recibieron una comunicación sobre el hallazgo del cuerpo de Vicky. La causa estimada de la muerte fue una laceración cerebral producida por una perforación con un arma de fuego. Las autoridades hondureñas iniciaron una investigación en relación a la muerte de Vicky, pero esa investigación no ha dado resultados fructíferos y los hechos permanecen impunes. Vicky pertenecía al Colectivo Unidad Color Rosa que defiende los derechos humanos de las personas trans en Honduras.

Además, este Caso sirve también para repensar sobre las categorías de sexo/género y la violencia de género y la violencia interseccional aplicadas a las mujeres trans, ya que la Corte estimó que Honduras había violado también la Convención de Belem do Pará (arts. 7 y 9). Por otro lado, la Corte estimó que su muerte no fue investigada con la debida diligencia por parte del Estado hondureño, por lo cual, se han vulnerado también las garantías del debido proceso y a la protección judicial de los artículos 8 y 25 de la Convención, así como la obligación establecida en el artículo 7.b de la Convención de Belem do Pará, en perjuicio de sus familiares. En el mismo sentido se falló sobre la violación del derecho a la integridad personal de sus familiares, por los efectos y consecuencias que para ellos tuvo la muerte de Vicky y porque las circunstancias de su muerte siguen sin aclararse. Honduras reconoció parcialmente su responsabilidad por la vulneración de los artículos 8 y 25 de la CADH.

Por un lado, la Corte aplica de nuevo el criterio de la interpretación evolutiva del artículo 1.1 CADH para reconocer la identidad de género como categoría sospechosa de discriminación³⁹. Estima que el colectivo LGTBI ha sido históricamente víctima de discriminación estructural y que sobre el mismo se ha ejercido de forma permanente diferentes tipos de violencia. Para el Tribunal, no solo la orientación sexual sino también la expresión de género y la identidad de género son categorías sospechosas de discriminación y, por tanto, están protegidas por la Convención Americana. Esta garantía implica el surgimiento de un deber negativo por parte del Estado de no atentar o violentar los derechos del colectivo. Además, como ya había reconocido previamente para los casos de orientación sexual, la violencia que se ejerce contra los miembros del colectivo LGTBI y, especialmente contra las personas trans, es una violencia cualificada y específica, pues tiene un fin simbólico: el de transmitir un mensaje de exclusión y subordinación con el objetivo de limitar y anular los derechos de las personas trans.

El sentido del fallo es consecuencia directa de la doctrina que la Corte ya expuso en la Opinión Consultiva de 2017 y que, como ya hemos apuntado, entiende la identidad de género como un derecho de autodeterminación, que deriva de la propia voluntad del sujeto. Concibe la identidad de género como «el derecho de cada persona a definir de manera autónoma su identidad sexual y de género»⁴⁰. En esta Opinión se refleja la crítica posmoderna del género,

³⁹ Párrs. 64 ss.

⁴⁰ Existe una confusión por parte de la Corte IDH entre los conceptos de identidad de género e identidad sexual. Párrs. 94 y ss de la Opinión Consultiva.

que además también recoge los estándares de los Principios de Yogyakarta⁴¹, por lo que podemos ver que en esta cuestión existe una circulación de modelos y un diálogo entre Naciones Unidas y la Corte IDH.

Además, la Corte entiende que el derecho a la identidad sexual y de género se encuentra protegido por la Convención por medio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los artículos 7 y 11.2, el derecho a la vida privada del artículo 11.2, el derecho de la personalidad jurídica del artículo 3, el derecho a la libertad de expresión del artículo 13 y el derecho al nombre del artículo 18. De ahí, que también se produjera la lesión de estos derechos en tres momentos diferentes: como consecuencia del homicidio de Vicky Hernández, donde no se tuvo en cuenta la conexión de su muerte con la identidad de género; en el transcurso de las investigaciones relacionadas con el homicidio, por no aplicar la perspectiva de la identidad de género y, finalmente, en lo que se refiere al marco jurídico hondureño por su falta de reconocimiento de los derechos del colectivo LGTBI, especialmente de los derechos de las personas trans y del derecho a la identidad de género. Así, la imposibilidad legal de que Vicky Hernández pudiera ser reconocida legalmente en Honduras como una mujer trans tuvo efectos directos en las investigaciones policiales y judiciales y, al menos, pudo fomentar o propiciar una forma de discriminación y de exclusión por expresar dicha identidad. Por la relación estrecha que existen entre las garantías judiciales y a la protección judicial y la identidad de género en este caso, Honduras fue condenado por la Corte como vulnerador del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, a la libertad personal, a la vida privada, a la libertad de expresión y el nombre.

Más allá de estas cuestiones, la otra gran novedad del Caso es que la Corte también estimó que Honduras violó el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará⁴². Es la primera vez que la Corte aplica este tratado en el caso de una mujer trans. Se extendió el ámbito de aplicación de esta Convención a las situaciones de violencia basada en su identidad de género que sufren las mujeres trans. Para la mayoría de la Corte la violencia ejercida contra Vicky Hernández tuvo su razón de ser en su identidad de género de mujer trans. La Corte inter-

⁴¹ Sobre el sistema de Naciones Unidas *vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, derechos humanos y Naciones Unidas», *Estudios de Deusto*, enero-junio, 2019. I. Álvarez Rodríguez, I., «La organización de las Naciones Unidas y el derecho a la no discriminación por motivos de orientación sexual identidad de género: apuntes para un debate», *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 17, 2013.

⁴² Párrs. 126 ss. En el Párr. 133 se establece que «de conformidad con lo anterior y atendiendo a una interpretación evolutiva, la Corte estima que el ámbito de aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer se refiere también a situaciones de violencia basada en su género contra las mujeres trans, como sucede en este caso.»

pretó el artículo 7 de la Convención en conjunto con los artículos 1 y 9 de la misma. El Estado hondureño fue declarado responsable de incumplir la Convención de Belem do Pará. En primer lugar, por infringir las obligaciones estatales que dimanaban del artículo 7.a en perjuicio de Vicky Hernández, con motivo del hecho de su muerte, y del artículo 7. b en perjuicio de los familiares de Vicky Hernández, debido a que el Estado incumplió el deber de debida diligencia reforzada de una investigación suficiente, adecuada, con la debida diligencia y libre de estereotipos de género.

La fundamentación que empleó la Corte para aplicar la Convención de Belem do Pará fue una vez más la interpretación evolutiva, aplicada en este supuesto, al concepto de mujer, género, violencia de género e interseccionalidad. Para el Tribunal, la Convención de Belem do Pará no está ligada a la genitalidad (sexo), así considera que «el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad»⁴³.

Esta sentencia refleja así la tensión actual en el seno del movimiento feminista y el enfrentamiento entre el feminismo radical y los movimientos de protección de los derechos de las personas trans. Por un lado, las llamadas feministas radicales, conocidas como transexcluyentes, se apoyan en el concepto biológico de mujer. Para estas, la mujer biológica sería la única posible víctima de la violencia de género, la única titular de los derechos reforzados de las mujeres y a las que se deberían dirigir las políticas públicas. El género es entendido y concebido para el feminismo radical como una dimensión o variable estructural y de asimetría y no como una mera cuestión individual. No sería, pues, aplicable ni a los hombres ni a las mujeres trans.

Para las feministas incluyentes y transfeministas, en cambio, el sexo es una categoría histórica, dinámica y no binaria y, por tanto, el sujeto político del feminismo tiene una dimensión social y no biológica. El término género abarcaría cualquier manifestación, ya sea identitaria o ya sea de expresión individual.

La mayoría de la Sentencia se adscribe a esta última posición. No obstante, la Sentencia de Vicky Hernández tiene dos votos disidentes: el de la Presidenta Elizabeth Odio Benito y el del magistrado Eduardo Vio Grossi.

Por otra parte, también la mayoría interpretó evolutivamente las situaciones de vulnerabilidad de la mujer que recoge el artículo 9 de la Convención de Belem do Pará y las extendió a las mujeres trans, al deducirlas de la cláusula

⁴³ Párr. 129.

abierta «entre otras»⁴⁴. Así, recoge estos supuestos de vulnerabilidad relacionados con la interseccionalidad, donde para la Corte también incluiría la identidad de género. Ello le lleva a aplicar de forma extensiva el artículo 7 en las letras a y b, que establece los deberes estatales de abstención de actos de violencia contra la mujer y la necesidad de tomar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar estos actos.

En relación a la lesión del derecho a la vida y a la integridad personal de Vicky (arts. 5 y 5 de la CADH)⁴⁵, la Corte conjuga los indicios que constan de la participación de los agentes estatales en los hechos con un elemento interpretativo trascendental como es el contexto. En Honduras está muy presente un contexto general de violencia contra el colectivo LGTBI, a lo que se une un contexto particular de violencia ejercida contra las mujeres trans que se dedican a la prostitución -contexto de violencia histórica y estructural-⁴⁶. En este caso, la Corte habla en concreto de un contexto generalizado de violencia, detenciones arbitrarias, homicidios y discriminación de las personas del colectivo en Honduras. Dentro del grupo más afectado se encontrarían las mujeres transexuales que trabajan en la prostitución⁴⁷. Además, se ha demostrado la participación en muchas ocasiones de la policía en el ejercicio de la violencia contra el colectivo y especialmente contra las mujeres trans trabajadoras sexuales. Por tanto, se añade como elemento interpretativo un contexto de violencia institucional, ejercida especialmente por la policía. En esas fechas se constató también el incremento desmesurado de la violencia, asociada a la identidad de género y la expresión de género.

En esta decisión, el Tribunal habla de nuevo de la violencia por prejuicio, pero ahora referida a la identidad de género y la expresión de género. Se trataría así de una violencia «basada en prejuicios, percepciones generalmente negativas hacia aquellas personas o situaciones que resultan ajenas o diferentes. En el caso de las personas LGBTI se refiere a prejuicios basados en la orienta-

⁴⁴ En este sentido, la Corte interpreta en los párrs. 128 a 133 el artículo 9 de Belem do Pará a la luz del Informe sobre violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América. El artículo 9 habla de raza, condición étnica, migrante, refugiada o desplazada, «entre otras». El Tribunal aplica el principio de la interpretación evolutiva al artículo 9, y lo extiende a la orientación sexual y a la identidad de género Párr. 129.

⁴⁵ Hay indicios de lesión del derecho a la vida del artículo 4.1, en relación con los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH. Por las circunstancias en las que se produjeron los hechos relatados la víctima, en opinión de la Corte debe haber experimentado dolor y angustia en los momentos previos al homicidio, por lo cual el Tribunal de deduce una lesión de la integridad física y moral de Vicky Hernández, de conformidad al artículo 5.1 CADH.

⁴⁶ Párrs. 30 ss.

⁴⁷ Vid. el Informe de fondo número 157/18 con fecha de 7 de diciembre de 2020 de 2018, sobre lesiones de derechos por parte de Honduras.

ción sexual, identidad o expresión de género. Este tipo de violencia puede ser impulsada por “el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género”»⁴⁸.

Por otra parte, la Corte señala la situación de impunidad generalizada que vive el colectivo de las mujeres trans frente a las agresiones que sufren. Se trataría, pues, de una violencia institucional donde el protagonismo lo tienen la policía y el aparato judicial.

Se constata también el incumplimiento por parte de Honduras de su deber de investigación suficiente del caso, por no atender el deber de diligencia debida y no investigar el caso en un plazo razonable, por lo que se produciría una lesión de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de los artículos 8.1 y 25 de la CADH⁴⁹, en perjuicio de los familiares de la víctima.

Así, la Corte IDH constató el incumplimiento de los siguientes estándares en el curso de la investigación: no se tuvo en cuenta el contexto de discriminación y violencia policial que existe en Honduras contra el colectivo y especialmente contra las mujeres trans que son trabajadoras sexuales; no se atendió tampoco el empleo en la investigación de la perspectiva de la identidad de género que hubiera sido necesario implementar para vincular el hecho con la identidad de género, con la condición de Vicky Hernández de prostituta y de activista de los derechos de las personas trans; no se tuvo en cuenta la eventual participación en los hechos de los agentes estatales, ni tampoco la posible agresión o violencia sexual que se ejerció sobre Vicky Hernández⁵⁰.

Además este deber estatal debe ser reforzado por pertenecer la Sra. Hernández a varios grupos vulnerables. Una cuestión interesante que refleja la Sentencia es el rol que desarrolla Vicky Hernández como activista o defensora de los derechos humanos. La Corte considera que los defensores de los derechos humanos en América Latina pertenecen a un grupo vulnerable y, por ello, el Estado tiene como obligación un deber reforzado de investigar los delitos cometidos contra estos activistas⁵¹.

⁴⁸ Párrs. 69 ss.

⁴⁹ Honduras reconoció al menos parcialmente el incumplimiento de su deber de llevar a cabo una investigación adecuada y suficiente.

⁵⁰ Párr. 108.

⁵¹ Párr. 98 «A lo expresado se suma la obligación reforzada que tienen los Estados de investigar las afectaciones a los derechos de las defensoras y defensores de derechos humanos como lo son los colectivos que defienden los derechos de las personas LGBTI y de las mujeres trans, más aún cuando esas vulneraciones a sus derechos se producen en el marco de un toque de queda en el cual la fuerza pública es la única autorizada a circular por las calles».

Este deber estatal reforzado es además cualificado por el contexto en el que se produjo el asesinato de Vicky Hernández, pues tuvo lugar durante el toque de queda declarado por el gobierno hondureño, donde por la propia naturaleza de este estado excepcional, la fuerza pública es la única autorizada para transitar por las calles.

La Corte exige también aplicar a los Estados en su valoración del cumplimiento del deber de vigilancia, la perspectiva de identidad género, tanto en el desarrollo de la investigación, como en el propio juzgamiento.

Otro elemento interesante es el despliegue de reparaciones⁵² ordenadas por la Corte:

1. En primer lugar, requiere que se mantenga la obligación de investigar penalmente de manera diligente, efectiva y dentro de un plazo razonable con el objetivo de esclarecer los hechos, depurar las responsabilidades, establecer sanciones y evitar así la impunidad. Estas investigaciones deben llevarse a cabo por medio de funcionarios capacitados en atención a víctimas de discriminación y violencia contra personas trans⁵³.

2. Como medidas de satisfacción incluye la publicación de la sentencia, un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, la concesión de una beca educativa a favor de Argelia Johana Reyes Ríos, sobrina de Vicky Hernández, la grabación de un documental audiovisual sobre la situación de discriminación y violencia que enfrentan las mujeres trans en Honduras y la creación de la beca educativa «Vicky Hernández» para mujeres trans.

3. Como medidas de rehabilitación se disponen medidas de atención en salud física y mental que ayuden a la rehabilitación de los familiares de Vicky Hernández.

4. Para cumplir con las garantías de no repetición se insta por parte de la Corte a la creación de programas de formación, sensibilización y capacitación para los cuerpos de seguridad del Estado en materia de violencia por prejuicio contra personas LGBTI⁵⁴; un procedimiento para el reconocimiento de la iden-

⁵² Párrs. 144 ss.

⁵³ Párr. 152.

⁵⁴ Párr. 167. «[...] esta Corte estima pertinente ordenar al Estado crear e implementar, en el plazo de dos años, un plan de capacitación permanente para agentes de los cuerpos de seguridad del Estado para: a) sensibilizar a los miembros de los cuerpos de seguridad del Estado en cuanto al respeto de la orientación sexual y expresión de género en sus intervenciones a civiles; b) capacitarlos sobre los estándares en materia de debida diligencia en la conducción de investigaciones relacionados con hechos de violencia contra personas LGBTI; c) insistir sobre el carácter discriminatorio que tienen los estereotipos de orientación sexual y expresión de género y el impacto negativo que su utilización tiene sobre las personas LGBTI, e d) instruir sobre los derechos de las personas que desarrollan actividades vinculadas con el trabajo sexual, con la labor de defensa de derechos humanos de la población LGBTI, y con las personas que viven con VIH, así como

tividad de género⁵⁵ de conformidad a los estándares establecidos en la Opinión Consultiva de 2017; la adopción de protocolos especiales de investigación⁵⁶; y el diagnóstico, recopilación de datos y elaboración de estadísticas⁵⁷.

5. Indemnizaciones compensatorias por los daños material e inmaterial producidos.

Mediante estas reparaciones, la Corte pretende superar una situación de discriminación estructural e institucional de las personas trans en Honduras, y propicia también que los organismos de la sociedad civil generen mecanismos para solicitar al Estado el cumplimiento de estas decisiones.

V. LA PROBLEMÁTICA EXTENSIÓN DEL SUJETO POLÍTICO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS CASOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO. EL DEBATE JURISPRUDENCIAL EN LA CORTE INTERAMERICANA Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El fallo de la Corte Interamericana en el Caso Vicky Hernández y otras contra Honduras de 2021 plantea el interesante problema de la extensión del

sobre la forma de desempeñar sus funciones en relación con esas mismas personas. Este plan de capacitación debe ser incorporado en el curso de formación regular de los cuerpos de Policía».

⁵⁵ Párrs. 170-173.

⁵⁶ Párrs. 174-176. «En consecuencia, la Corte considera conveniente ordenar al Estado adoptar, en el plazo de dos años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, un protocolo de investigación y administración de justicia durante los procesos penales para casos de personas LGBTI víctimas de violencia. El protocolo debe tener carácter vinculante de acuerdo con la normativa interna. Este protocolo deberá estar dirigido a todos los funcionarios públicos que intervengan en la investigación y tramitación de procesos penales en casos de personas LGBTI víctimas de violencia, así como al personal de salud público y privado que participe en dichas investigaciones. Dicho protocolo deberá incluir la obligación de que los agentes estatales se abstengan de hacer uso de presunciones y estereotipos discriminatorios al momento de recibir, procesar e investigar las denuncias. En la elaboración del protocolo, el Estado deberá tener en cuenta los criterios desarrollados en esta Sentencia y en la jurisprudencia de la Corte. El mismo deberá ser conforme con los estándares desarrollados en los párrafos 106 a 109 de la presente Sentencia».

⁵⁷ Párrs. 177 a 179. «la Corte ordena al Estado que diseñe inmediatamente e implemente en un plazo de un año, a través del organismo estatal correspondiente, un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra las personas LGBTI, con el fin de evaluar con precisión y de manera uniforme el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI, desglosando los datos por comunidades, el origen étnico, la religión o las creencias, el estado de salud, la edad, y la clase o la situación migratoria o económica. Además, se deberá especificar la cantidad de casos que fueron efectivamente judicializados, identificando el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Esta información deberá ser difundida anualmente por el Estado a través del informe correspondiente, garantizando su acceso a toda la población en general, y deberá garantizar la reserva de identidad de las víctimas. A tal efecto, el Estado deberá presentar a la Corte un informe anual durante tres años a partir de la implementación del sistema de recopilación de datos, en el que indique las acciones que se han realizado para tal fin».

sujeto político de la violencia contra las mujeres de la Convención de Belem do Pará a las mujeres trans⁵⁸. Hemos abordado ya cómo la Corte aplica el criterio de la interpretación evolutiva a los artículos 7 y 9 de la Convención; no obstante, esta decisión no fue unánime. Junto al fallo de la mayoría se emitieron tres votos particulares: dos votos parcialmente disidentes, uno de la Presidenta, la juez Elizabeth Odio y otro del juez Eduardo Vio Grossi, y un voto concurrente del juez L. Patricio Pazmiño Freire⁵⁹.

El juez Pazmiño muestra su conformidad con la aplicación de la Convención de Belem do Pará a las mujeres trans, si bien difiere en la argumentación asumida por la Corte para proceder a su aplicación. Así, en su opinión, la mayoría que sustenta el fallo opera un salto argumentativo, al entender que la Corte debería haber estimado, en primer término, que las mujeres trans están sujetas a la Convención por el mero hecho de ser mujeres. En este sentido, la mayoría debería haber aplicado sin más la jurisprudencia ya asentada y contenida la Opinión Consultiva OC-24 que concibe la identidad de género como un derecho de autodeterminación de género, que no depende de la genitalidad⁶⁰. Por lo cual, «[...] que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad»⁶¹. Por tanto, la Opinión Consultiva quebró ya la cisnormatividad al considerar que se ha disuelto la concepción de que “todas las personas son cisgénero, y que aquellas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer

⁵⁸ Vid. para aproximarse a la argumentación sobre el denominado «borrado de mujeres» <https://contraelborradodelasmujeres.org> consultado por última vez el 13 de julio de 2024.

⁵⁹ Párr. 10.

⁶⁰ Párr. 11. «[...] la identidad de género (es) la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales. En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad», Opinión Consultiva OC-24/17 párr. 94.

⁶¹ Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 párr. 95.

siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres»⁶².

Por el contrario, el voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi discrepa de la mayoría en relación al ámbito de aplicación de la Convención y de su decisión de extender el sujeto político a la mujer trans. En su opinión, la Convención es solo aplicable a las mujeres biológicas. No habría, pues, incumplimiento por parte del Estado de Honduras de las obligaciones dimanantes de los artículos 7. a y 7.b de la Convención. No obstante, debemos destacar que el análisis de este voto discrepante no interesa tanto al debate teórico que plantea la extensión del sujeto político en temas de violencia contra las mujeres a las mujeres trans. El juez básicamente se centra en el incumplimiento por parte de la Corte del respeto y seguimiento de los parámetros de interpretación de los tratados de conformidad al artículo 31.1 de la Convención de Viena: la buena fe, el sentido habitual de los términos en su contexto y la interpretación teniendo en cuenta el objeto y el fin. Si aplicamos estos estándares de interpretación a la Convención de Belem do Pará tendríamos que concluir que la Convención fue pensada y solo es aplicable para las mujeres biológicas⁶³ y que, por tanto, no existe ningún elemento contextual que permita el uso de la interpretación evolutiva. Por ello, los derechos de las personas trans deben ser protegidos empleando el instrumento del Pacto de San José, pero no la Convención de Belem do Pará que, en su caso, solo sería aplicable si se enmendara previamente⁶⁴. Por otra parte, también advierte que la Corte debe distinguir cuándo en su proceso de fundamentación de su decisión hace uso del Derecho comparado, aludiendo a normativas que son de *soft law*, o bien normas vinculantes⁶⁵.

El voto particular más interesante para nuestro objeto de estudio, porque es el que aporta más al debate teórico, es el de la Presidenta, Elizabeth Odio Benito.

Se muestra favorable al reconocimiento de los derechos del colectivo, pero no a que la vía que se utilice para esta finalidad sea la sustitución de la categoría del sexo por la del género. En este sentido, para la Presidenta no sería

⁶² «Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)». Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 32.

⁶³ Párrs. 31 ss.

⁶⁴ Párr. 32.

⁶⁵ Párr. 24. Con ello se refiere especialmente a cuando la Sentencia alude a ciertas resoluciones como la Recomendación General número 28 de 2010 de la CEDAW.

aplicable a este caso la Convención de Belem do Pará. Así, considera que Honduras no ha incumplido los artículos 7.a y 7.b de la Convención, tal y como se sentencia en el punto resolutivo 6 del fallo. También discrepa de las medidas establecidas en las reparaciones que compelen al Estado hondureño a promulgar una ley de identidad de género en la que se establezca un procedimiento que permita el cambio registral de sexo, sin que se requiera ningún tipo de exigencia; así como de la obligación del Estado de elaborar estadísticas sobre la violencia ejercida contra las personas trans, pues sería imposible para el Estado, en su opinión, hacer frente simultáneamente a ambas obligaciones⁶⁶.

En opinión de la Presidenta buena parte de la confusión de la mayoría proviene de la ausencia en ciertos ámbitos académicos y especialmente judiciales de un marco teórico-conceptual adecuado para encuadrar este problema.

Así, en primer lugar, sería necesario distinguir entre el concepto de sexo, con un contenido y configuración biológica, del concepto de género, una construcción social y jerárquica. El sexo no lo determina una construcción social, ni tampoco es una cuestión meramente subjetiva o un sentimiento personal. Por el contrario, el género, al ser una construcción social, es un concepto más flexible y que tiene una impronta histórica, por lo que podría mutar si la sociedad y los estereotipos se modificaran.

De la misma forma, habría que disolver la muy extendida errónea equiparación entre la categoría de la identidad de género y el sexo. La identidad de género como categoría sospechosa de discriminación está protegida por la Convención Americana y por la Opinión Consultiva OC-24. Para la jueza buena parte del problema que plantea la Sentencia viene derivado de la posición que tomó la Corte en 2017 con la Opinión consultiva al concebir la identidad de género en su versión fuerte, bajo el criterio del derecho a la autodeterminación de género. Esta asunción teórica, que ahora lamenta la jueza⁶⁷, ha provocado en la práctica que la identidad de género sustituya al sexo biológico y borre a las mujeres⁶⁸. No se habla ya de hombres ni mujeres, sino solo de personas. Incluso también el concepto de género como construcción social, que constataba la subdiscriminación de las mujeres frente a los hombres, también ha sido sus-

⁶⁶ Párr. 3.

⁶⁷ Párr. 7.

⁶⁸ Párrs. 5, 12 y 13 «Pero lo ocurrido de un tiempo a esta parte, y a ello se inclina la sentencia de la Corte en el caso de *Vicky Hernández*, es radicalmente diferente. Sin fundamento científico alguno, se pretende que «identidad de género», un sentimiento que incluso puede cambiar de un día al otro, sustituya y borre el sexo con el cual se nació. Ya no se hablará más de mujeres y hombres con sus características propias, sino de «personas». En neutro, en indefinido. Parece que «género» -construcción cultural- también desaparece. Todo se vuelca a que solo exista la «identidad de género», vivencia individual y personal de cada uno de nosotros y nosotras. Con el agravante de que el género nunca fue considerado una identidad».

tituido por el de la identidad de género. Esta sustitución no es gratuita y supone la pérdida del sujeto político de la lucha feminista, que es la mujer, por lo que puede implicar también la propia desaparición del propio feminismo. Además, esta acotación de la concepción del sujeto político «mujer biológica» es esencial también para la lucha contra la violencia de género porque permite detectar las violencias históricas, que han estado asociadas al sexo. La jueza destaca a mayor abundamiento que el origen y las causas de la violencia sufrida por la mujer, que tienen su fundamentación o razón de ser en el sexo, son muy diferentes de las causas de la violencia que sufren los miembros del colectivo trans, una violencia que se asienta en su propia identidad de género. No realizar un diagnóstico certero de estos dos diferentes tipos de violencia tendrá una repercusión trascendental a la hora de construir por parte de los Estados políticas públicas efectivas para la disolución de estos fenómenos violentos⁶⁹.

A continuación la jueza Elizabeth Odio explica las razones concretas de su disenso en la extensión de la aplicación de la Convención de Belem do Pará a las mujeres trans. La argumentación de su rechazo se fundamenta en una razón teleológica, a la vez que práctica, y en dos razones de naturaleza más técnica.

La finalidad de la Convención es luchar contra la violencia que sufren las mujeres por razón de su sexo, es decir, por el hecho de ser mujeres. En el caso sentenciado, sin embargo, la violencia sufrida por Vicky Hernández difiere del tipo de violencia protegida por la Convención pues tal y como señala la Sentencia la violencia sufrida por Vicky Hernández tiene su razón de ser en la identidad de género, es decir, en su condición de persona trans y no en su condición de mujer.

En lo que se refiere a las razones técnicas del empleo erróneo de la Convención, la jueza estima, por una parte, que la mayoría aplica la Convención al caso, remitiéndose al artículo 9, que prevé los supuestos de interseccionalidad, por entender que dentro de los mismos se garantiza la condición de interseccionalidad de la identidad de género. Ahora bien, para la jueza este artículo solo es aplicable siempre y cuando se cumpla la premisa principal de que el

⁶⁹ Párrs. 16 y ss párrs. 22 ss. Y especialmente el párr. 34 «Entender las causas de la violencia contra colectivos en situación de vulnerabilidad (en este caso, mujeres y personas trans) es esencial para poder atacar la raíz del problema. Mezclar o incluso fusionar estas diferentes realidades lo único que produce es una confusión –y, por tanto, una obstaculización– que no beneficia a ninguno de los dos colectivos. Es por ello que la sentencia, al equiparar el «género» con la «identidad de género», comete el error de ignorar los elementos diferenciadores de estos tipos de violencia y distorsiona por completo el análisis de las causas y consecuencias de dichas violencias. En suma, es opinión de quien suscribe el presente voto que la sentencia objeto de este análisis crítico debería haberse centrado en la violencia que recibió la señora Hernández por ser percibida por sus agresores como una persona trans, y no por ser mujer».

sujeto es una mujer, por lo que la Sentencia también incurre en una tacha lógico-jurídica, al incluir la categoría identidad de género como categoría protegida por la Convención⁷⁰.

No cabe duda de que el sistema interamericano de la diversidad sexual es el más progresista jurídicamente y su estudio es imprescindible en Derecho comparado. El camino a recorrer, en mi opinión, no está tanto en rankinizar la doctrina de la región; sino en, por una parte, trabajar más profundamente en los marcos teóricos y sus implicaciones, es decir, en construir un fuerte Derecho antidiscriminatorio de la diversidad sexual y, por otra, en hacer realidad los derechos del colectivo atajando la violencia, especialmente la institucional, para evitar que el modelo deje de ser mera retórica.

En España, el Tribunal Constitucional también se ha enfrentado a este problema. En dos decisiones, la STC 67/2022, de 2 de junio y en la reciente STC 44/2024, de 12 de marzo, la magistrada María Luisa Balaguer Callejón ha contribuido a plantear el debate de la extensión del sujeto político de la violencia a las mujeres trans⁷¹.

La decisión de la STC 67/2022⁷², resuelve el recurso de amparo constitucional presentado por D. Serge Christian M. Scevenels contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Madrid, de 10 de octubre de 2017; la Sentencia de 24 de julio de 2018 de la Sección Tercera, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Auto de 11 de julio de 2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que avalaron el despido del demandante por parte de la empresa Thea System, S. A. El recurrente entiende que el despido trae causa de su expresión de género pues acudía en ocasiones a la empresa con falda, por lo que se trataría de un acto discriminatorio por razón de su identidad de género, por su condición de transgénero, que habría lesio-

⁷⁰ Párrafo 38 en relación al párr. 129 de la Sentencia, «Tal y como se puede observar, tras indicar que las categorías protegidas en el artículo 9 no constituyen un *numerus clausus*, una mayoría conformada por mis compañeros jueces concluye, sin el deseable ejercicio interpretativo (más allá de la referencia a un criterio «evolutivo»), que la categoría *trans* debe incluirse en el ámbito de protección de dicho artículo y, por tanto, también es cubierta por el paraguas de la Convención de Belém do Pará en su totalidad. Así, si bien las categorías señaladas en dicho artículo 9 no constituyen una lista taxativa de ejes de opresión, lo cierto es que no se está incluyendo una categoría adicional, lo cual es perfectamente aceptable, sino que lo que hizo la sentencia es incluir a una persona que no está contemplada en el artículo 1 de la Convención cuando estipula que «violencia contra la mujer es cualquier acción o conducta, basada en su género, ...», es decir, cualquier acción o conducta contra una persona de sexo y género femenino».

⁷¹ También puede consultarse su extensa obra sobre estudios de género y especialmente la monografía BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *El feminismo del siglo XXI. Del MeToo al movimiento Queer*, Ediciones Huso, 2021.

⁷² FERNÁNDEZ RIVERA, P., «Sexo y Género: de la tradicional intercambiabilidad de los términos a la necesaria precesión conceptual de la STC 67/2022, de 2 de junio», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n. 15, 2022, pp. 173-195.

nado su derecho a la igualdad del artículo 14 CE, así como su derecho a la propia imagen del artículo 18.1 CE. Por su parte, la empresa alega que el despido responde a la no superación por el trabajador del período de prueba en el empleo. La ponente de la Sentencia es la magistrada Balaguer.

La especial trascendencia constitucional del caso, que permite al Tribunal admitir a trámite el recurso de amparo constitucional, es que no existe doctrina del mismo sobre la discriminación por razón de identidad de género en las relaciones laborales. Por lo tanto, este asunto permite al Tribunal resolver nuevas cuestiones interpretativas, como la de determinar si la identidad de género se integra dentro de las categorías sospechosas de discriminación del artículo 14 CE, y en concreto en cuál de ellas y qué efectos despliega en las relaciones laborales. Además, este caso es interesante desde la perspectiva o dimensión objetiva, porque el Tribunal tampoco se ha pronunciado ni tiene una doctrina sobre el derecho a la expresión de género, vinculado al derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución, así como el libre desarrollo de la personalidad.

En opinión del Tribunal este problema «tiene relevancia constitucional y está íntimamente relacionado con la definición y construcción constitucional del sexo y el género como categorías jurídicas diversas sobre las que habrá de proyectarse, en el modo que definamos, la interdicción de discriminación prevista en el artículo 14 CE»⁷³.

La Sentencia denuncia la carencia de un marco teórico definido y asentado sobre el concepto y las diferencias entre las categorías del sexo y género, que provoca que tanto el legislador como los propios jueces las intercambien. La determinación del significado de estos conceptos no es meramente retórica o de puro interés académico, sino sumamente trascendental pues se proyecta de forma directa sobre los derechos fundamentales y sus distintos aspectos dogmáticos.

Por ello, en primer lugar, el Tribunal considera que es necesario determinar qué marco conceptual afecta al demandante. Y para ello se sirve de la necesaria distinción entre tres supuestos de discriminación: la discriminación por razón de sexo, la discriminación por razón de identidad de género y la discriminación vinculada a la expresión de género. En segundo término, el Tribunal entiende que es imprescindible dilucidar si la situación que afecta al demandante –el tipo de discriminación que se le aplicaría en base al marco conceptual– está reconocida como cláusula antidiscriminatorias dentro del artículo 14 CE, o no. En tercer lugar, si está protegida constitucionalmente,

⁷³ FJ 2.

entonces entraría en juego la garantía de su eficacia no solo frente a los poderes públicos, sino también en su dimensión horizontal, en las relaciones entre particulares, lo que provoca la aplicación de la inversión de la carga de la prueba *inter privados*.

A continuación, la Sentencia distingue entre las nociones de sexo y género⁷⁴. El sexo se asocia con una cuestión biológica referida a las características primarias y secundarias de las personas. Estas características son por regla general excluyentes –salvo excepciones como es el caso de los intersexuales– y sobre las mismas se ha construido una clasificación binaria –y solo excepcionalmente terciaria–. Por su parte, el género tiene que ver con una construcción social, y si bien no está desconectado con las características biológicas, ni se opone a ellas, debemos tener en cuenta que es una categoría que supera estas características. Lo que aporta el concepto de género es «identificar fundamentalmente la identidad social de una persona asociada a una construcción social, que por medio de roles y estereotipos atribuyen al hombre y a la mujer una posición diferenciada»⁷⁵. Por ello, el sexo describe características que son objetivamente identificables y medibles, mientras que el género se asocia a caracteres que son relativos y coyunturales y que, por tanto, pueden variar de una sociedad o otra, o bien se pueden modificar a lo largo del tiempo. Esta diferenciación conceptual es importante porque conlleva diferencias jurídicas. Ahora bien, «no podemos hablar al menos en un sentido estricto de que ambas nociones sean concebidas como derechos»⁷⁶, sino como condiciones que tienen su reflejo en el ejercicio de derechos fundamentales y que «pueden conformar el derecho de autodeterminación, o a desarrollar, con pleno respeto a la dignidad humana, la propia identidad sexual»⁷⁷.

A continuación el Tribunal define dos tipos de discriminación asociadas a la diversidad sexual que suelen confundir: la orientación sexual y la identidad de género, también como dos condiciones personales diferentes que generan dos tipos de discriminación diversas. Esta distinción permite al Tribunal establecer que el caso a resolver debe ser enmarcado conceptualmente en la identidad de género al autodefinirse el demandante como persona transgénero –si bien el Tribunal opta por la expresión de persona trans–⁷⁸, y su

⁷⁴ FJ 3.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ FJ 3. «Una cuestión también problemática es la diversidad de identificaciones personales que se engloban dentro de la noción de identidad de género; por ello, el tribunal opta por la expresión trans, que es omnicomprendensiva, consciente de que esta expresión ha sido sometida a crítica por la doctrina. «Acudir al término trans asume un cierto riesgo de imprecisión técnica, porque puede incluir una amplia diversidad

manifestación a través de la expresión de género⁷⁹, en las relaciones entre particulares.

En esta decisión el Tribunal en ocasiones habla de identidad de género, en otras se refiere a la identidad de género y su manifestación por medio de la expresión de género, y en otras directamente a la discriminación por expresión de género. En realidad, nos encontraríamos en el supuesto de la expresión de género, que se entiende «como el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética»⁸⁰.

Una de las grandes aportaciones de la Sentencia es que vincula directamente la expresión de género con el derecho a la propia imagen del artículo 18.1 CE, pues considera, en una interpretación ampliada del precepto constitucional, que la expresión de género forma parte del derecho a la propia imagen⁸¹.

El Tribunal Constitucional entiende que la identidad de género debe ser catalogada como causa sospechosa de discriminación prohibida por el artículo 14 CE⁸², que además protege a las personas no solo transexuales, sino también a las personas trans, tal y como es entendido este concepto en la propia Sentencia. Por todo ello, la prohibición de discriminación por razón de identidad de género rige en la relaciones laborales entre particulares, donde operaría también la inversión de la carga de la prueba. No obstante, de la aplicación de esta doctrina al caso concreto el Tribunal estimó que la empresa no discriminó al demandante por razón de identidad de género.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre esta cuestión en la STC 44/2024, de 12 de marzo, donde el Pleno falló sobre el recurso de inconstitucionalidad núm. 1719-2021 interpuesto por 84 diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra los artículos 1, 2, 3 y 16 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

Más allá de los problemas competenciales que se suscitan en la Sentencia, y que no interesan al objeto de estudio de este trabajo, los demandantes alegan que el artículo 1 de la Ley 17/2020, al modificar el artículo 2.2 de la Ley 5/2008

de situaciones (transexuales hombres y mujeres, personas no binarias, travestis, queer, personas de género fluido, asexuales, polysexuales, quienes definen su género como «otro»).»

⁷⁹ FJ 3.

⁸⁰ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

⁸¹ FJ 3.

⁸² FJ 4.

e incluir a las «mujeres, niñas y adolescentes transgénero», lo que hace en realidad es integrar a este grupo en la condición de sujetos pasivos de la violencia de género. Así, la norma equipara jurídicamente a estos efectos a las mujeres biológicas y las mujeres que han rectificado su mención registral del sexo —que ya eran víctimas de la violencia de género— con las mujeres transgénero, que no han llevado a cabo esta rectificación registral del sexo, y que pasarían tras la reforma legislativa a ser también víctimas de la violencia de género, en los términos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante LOVG); y, por ello, sujetos pasivos de los tipos penales que castigan las diversas formas de violencia de género. En su opinión, mientras que el legislador estatal ha utilizado la categoría del sexo para determinar el sujeto pasivo de la violencia de género, en la ley catalana lo que se opera es una sustitución de la categoría conceptual de sexo por la de identidad de género, incluso por la de expresión de género.

La Abogada del Gobierno de la Generalitat de Cataluña defiende la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 17/2020, pues a su entender es una proyección del reconocimiento internacional de la autodeterminación de género, que conlleva la falta de necesidad de cumplir exigencias para reconocer la nueva identidad de género⁸³ sin que, por otra parte, estas modificaciones legislativas tengan alcance penal. También en defensa de la constitucionalidad de la reforma se pronuncia la Letrada del Parlamento de Cataluña, al entender que el artículo 1 no modifica ni sustituye el criterio del sexo como fundamento de la normativa sobre violencia machista, ya que para que incluya a las niñas, adolescentes y mujeres transgénero, estas deben cumplir la obligación de rectificar registralmente su sexo; tratándose además de una legislación a efectos meramente administrativos⁸⁴.

El Tribunal Constitucional⁸⁵, a la hora de analizar la constitucionalidad de la reforma operada por el artículo 1 de la Ley 17/2020, diferencia entre la violencia ejercida contra la mujer y la violencia de género. Para que nos hallemos en el supuesto de violencia de género, «el agresor debe ser un hombre que haya sido, o sea cónyuge, o que esté o haya estado ligado a la mujer por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia, además de que la violencia ha de ser «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»»⁸⁶. Por otra parte,

⁸³ Antecedente 6. Especialmente se refiere a los Principios de Yogyakarta y a la adaptación a la legislación autonómica del Convenio de Estambul.

⁸⁴ Antecedente 7.

⁸⁵ FJ 3.

⁸⁶ *Ídem*.

la víctima de la violencia de género tiene que ser una mujer en sentido legal, es decir, que tenga la condición de mujer cisgénero o bien que haya rectificado registralmente su sexo (condición de transexual), pero no cuando no existe rectificación registral y sea una mujer transgénero. Por ello, para la mayoría del Tribunal, la previsión del artículo 1 no es inconstitucional en tanto en cuanto no produce una ampliación del sujeto pasivo de la violencia de género desde la perspectiva penal, pues no solo no contiene un tipo penal, sino que una mujer transgénero no se consideraría sujeto pasivo penalmente. La reforma, por tanto, solo opera en materias de políticas públicas de género sin relevancia penal⁸⁷. Esta misma argumentación sirve al Tribunal para rechazar las tachas de inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 17/2020, que recoge diversas formas de violencia machista, pues entiende que no implica la tipificación de nuevos ilícitos penales; o bien se emplea también para desestimar la impugnación relativa a la vulneración de la competencia exclusiva del Estado, en relación con la ordenación de los registros públicos, al entender que solo se pretende el reconocimiento y extensión a las mujeres transgénero de su condición de ser víctimas de violencia machista solo en el sentido de que accedan a un conjunto de medidas de carácter asistencial.

A esta Sentencia se formulan dos votos particulares: el de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón y el del magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla. Este último entiende que se debería haber estimado el recurso de inconstitucionalidad en estos aspectos porque el problema competencial lo resuelve el Tribunal confundiendo materia y competencia, y no teniendo en cuenta que en las políticas de género hay competencias que concurren. En su opinión, se debería haber aplicado, en todo caso, una interpretación conforme de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 17/2020⁸⁸.

Como es habitual en los casos de sexo y género, la magistrada Balaguer incide, no tanto en la cuestión competencial, sino en la dimensión material del problema, que en este supuesto es el debate sobre el sujeto político al que se destina la norma impugnada y que incide sobre el ámbito subjetivo de las violencias machistas. La cuestión de fondo de la ley catalana estriba en determinar si esta nueva normativa ha supuesto una variación en el concepto de vícti-

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ «[...] declarando, en consecuencia, en el fundamento jurídico correspondiente, que esos preceptos legales impugnados se entienden conformes con la Constitución siempre que se interprete que las definiciones contenidas en los mismos lo son a los efectos de la aplicación de las medidas de carácter asistencial establecidas por el legislador autonómico en el ámbito de las políticas de género y en el ejercicio de sus competencias, sin interferir en modo alguno en las potestades reservadas a la jurisdicción penal ni afectar, por tanto, a la competencia estatal exclusiva en materia de legislación penal. Interpretación de conformidad que, como ya se dijo, habría debido llevarse al fallo de la sentencia».

ma de las violencias machistas, y si la ley ha modificado la definición y alcance de las violencias machistas.

Para la magistrada, la normativa autonómica implica un cambio en el alcance del concepto de víctima de las violencias machistas, ya que incluye a las mujeres biológicas, las mujeres transexuales y las mujeres transgénero. Así, en su opinión, lo que ha avalado el Tribunal en su sentencia y no ha sido suficientemente meditado «es que una ley autonómica redefine el sujeto al que van dirigidas las políticas de prevención de la violencia machista y de la protección y tutela frente a la misma, aumentándolo y asumiendo una conceptualización de mujer como sujeto político y de personas trans (tanto sexual como género) muy controvertida, respecto de la que este tribunal todavía no se ha pronunciado»⁸⁹. El régimen jurídico autonómico se asienta en una conceptualización que muchas ocasiones incurre en la confusión de términos; que emplea conceptos que no son propiamente jurídicos como el de las mujeres cis y que, por otra parte, son seriamente discutidos por la doctrina. De tal forma que «este tribunal de garantías de los derechos y libertades fundamentales no debería haber pasado por alto que la ley impugnada incorpora una ampliación del concepto de víctima que supone alterar, como se ha dicho, el concepto mismo de mujer como sujeto político»⁹⁰.

La cuestión que se suscita no es la de negar o no reconocer los derechos de las mujeres transgénero, sino la de determinar si este reconocimiento tiene que venir de la mano de una determinada cobertura jurídica, como es la redefinición o rectificación del sujeto político mujer. Y esta cuestión, en realidad, todavía no ha sido enfrentada directamente por el Tribunal Constitucional español, que tendrá que abordarla a la hora de resolver los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por Vox y el Partido Popular contra la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI⁹¹. En ese momento, el Tribunal español, como la Corte IDH, tendrá que posicionarse por fin sobre el debate que es hoy uno de los mayores problemas en los estudios de género y diversidad sexual: la tensión entre las feministas radicales y el movimiento trans.

⁸⁹ Voto particular.

⁹⁰ Voto particular.

⁹¹ Para BALAGUER hubiera sido deseable que el Tribunal hubiera resuelto previamente estos recursos con la finalidad de establecer un marco conceptual aclaratorio y luego aplicarlo a este supuesto. Voto particular.

LA EDUCACIÓN PARA LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA EN EL CONTEXTO EUROPEO E INTERNACIONAL ¹

AMALIA BALAGUER PÉREZ

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. Introducción. 2 La protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. 3. Educación ambiental en la Unión Europea. 4. La educación ambiental en España. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la preocupación ambiental se ha convertido en un objetivo importante de las políticas nacionales e internacionales. En 2005 se firmó el Protocolo de Kioto y en 2015 el Acuerdo de París, en el ámbito de la ONU, cuyo objetivo es «reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático», para lo que establece una serie de medidas a las que se comprometen los Estados Parte. En su preámbulo se afirma la importancia de la educación y formación. Y en el artículo 12 establece la obligación de cooperar para adoptar medidas para «mejorar la educación, la formación, la sensibilización y participación del público y el acceso público a la información sobre el cambio climático».

En 2015 la ONU aprobó la agenda 2030 para el desarrollo sostenible, dentro de la que se encuentran los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible. El

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco 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.

propósito de la Agenda es «poner fin a la pobreza en todas sus formas, reducir la desigualdad y luchar contra el cambio climático»². Por ello, entre los objetivos de desarrollo sostenible está la acción por el clima, que implica «adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos», siendo una de las metas de esta acción «mejorar la educación, la sensibilización y la capacidad humana e institucional respecto de la mitigación del cambio climático, la adaptación a él, la reducción de sus efectos y la alerta temprana». El objetivo 4 supone «garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos», siendo una de sus metas asegurar el conocimiento necesario para la promoción del desarrollo sostenible mediante, entre otras cosas, la educación sobre estilos de vida sostenibles³.

La educación ambiental es fundamental para la sostenibilidad, ya que mediante esta se pueden comprender los problemas medioambientales y la manera en que las personas pueden contribuir al deterioro o la protección del medio ambiente y a la resolución de estos problemas. En nuestra Constitución, la protección del medio ambiente se concibe como un derecho y deber de la persona, recogido en el artículo 45⁴. Para que se pueda cumplir con ese deber de conservación se tienen que conocer los problemas medioambientales y sus causas.

En lo que respecta a la educación ambiental en España, esta se introdujo como formación en el respeto y la defensa del medio ambiente con la LOGSE. Posteriormente, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, no introdujo grandes modificaciones. Con la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (LOMLOE)⁵ se ha incorporado la educación para la sostenibilidad, introduciendo conceptos como la educación para la transición ecológica y la educación para el desarrollo responsable y sostenible, e incluyendo la perspectiva de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible de la ONU (ODS).

² Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, disponible en: <https://www.un.org/es/impacto-académico/page/objetivos-de-desarrollo-sostenible>.

³ «Asegurar que todos los alumnos adquieran los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para promover el desarrollo sostenible, entre otras cosas mediante la educación para el desarrollo sostenible y los estilos de vida sostenibles, los derechos humanos, la igualdad de género, la promoción de una cultura de paz y no violencia, la ciudadanía mundial y la valoración de la diversidad cultural y la contribución de la cultura al desarrollo sostenible».

⁴ «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

⁵ Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

2. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

El Objetivo de Desarrollo Sostenible de acción por el clima⁶ tiene como una de sus metas la mejora de la educación en lo relacionado a la mitigación del cambio climático, la adaptación a este y la reducción de sus efectos⁷. Y, como hemos visto, el objetivo 4 implica garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad⁸. En relación con la conexión de la educación con otros ámbitos, Negrín Medina y Magrero Galván relacionan cada ODS con el ODS de educación, de lo que se puede destacar, concretamente en cuanto a la sostenibilidad, el objetivo 6, agua limpia, pues «la educación aumenta la actitud y la capacidad para utilizar los recursos naturales de manera más sostenible», el objetivo 7, energía asequible y no contaminante ya que la educación «puede promover una mejor conservación de la energía y el uso de fuentes energéticas renovables», el 9, industria, innovación e infraestructuras («industrialización más sostenible»), el 14 y 15, vida submarina y vida de ecosistemas terrestres⁹.

Se ha definido en el ámbito de la ONU el desarrollo sostenible (desarrollo duradero) como «la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades»¹⁰, que contiene «la idea de limitaciones impuestas por la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras»¹¹. Se trata de la protección del medio ambiente como derecho del ser humano, donde el objetivo de no destrucción del medio natural está fundamentado en que las generaciones futuras tendrán que seguir utilizando ese medio natural y sus recursos.

La LOMLOE se refiere numerosas veces al «desarrollo sostenible». La «educación para el desarrollo sostenible y para la ciudadanía mundial», indica el

⁶ «Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos».

⁷ «Mejorar la educación, la sensibilización y la capacidad humana e institucional respecto de la mitigación del cambio climático, la adaptación a él, la reducción de sus efectos y la alerta temprana».

⁸ «Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos».

⁹ NEGRÍN MEDINA, M. A., y MARRERO GALVÁN, J. J. (2021). «La nueva Ley de Educación (LOMLOE) ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 y el reto de la COVID-19». *Avances en Supervisión Educativa*, 35, p. 9.

¹⁰ Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU, «Nuestro futuro común», p. 59.

¹¹ *Ibidem*, p. 59.

preámbulo, incluye la educación para la transición ecológica y el conocimiento de las consecuencias de las acciones de las personas en el entorno ¹².

Respecto a los ODS, aunque la mayoría de los objetivos están relacionados con el medio ambiente y la sostenibilidad, algunos se encuentran más directamente relacionados, como, por ejemplo: 15, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras, detener la pérdida de biodiversidad; 14, conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos; 12, garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; 11, lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles; 7, garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna; 6, garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.

La educación para la sostenibilidad debería incluir todos los ámbitos anteriormente mencionados. Todos ellos se encuentran a su vez parcialmente relacionados con el objetivo número 12, el consumo y la producción, que influyen en la biodiversidad, los océanos, y el gasto de energía y de agua, como se puede extraer de las mismas metas de este objetivo ¹³ y de los datos de la ONU, que indican que:

La extracción y el procesamiento de los materiales, los combustibles y la comida son responsables de la mitad de las emisiones de gases de efecto invernadero mundiales totales y de más del 90 % de la pérdida de biodiversidad y el estrés hídrico. Estamos utilizando el equivalente a 1,6 Tierras para mantener nuestro actual modo de vida, y los ecosistemas no pueden seguir el ritmo de nuestras demandas ¹⁴.

¹² «[...] la educación para la paz y los derechos humanos, la comprensión internacional y la educación intercultural, así como la educación para la transición ecológica, sin descuidar la acción local, imprescindibles para abordar la emergencia climática, de modo que el alumnado conozca qué consecuencias tienen nuestras acciones diarias en el planeta y generar, por consiguiente, empatía hacia su entorno natural y social».

¹³ De las que destacamos: De aquí a 2030, lograr la gestión sostenible y el uso eficiente de los recursos naturales, De aquí a 2030, reducir a la mitad el desperdicio de alimentos per cápita mundial en la venta al por menor y a nivel de los consumidores y reducir las pérdidas de alimentos en las cadenas de producción y suministro, incluidas las pérdidas posteriores a la cosecha, de aquí a 2020, lograr la gestión ecológicamente racional de los productos químicos y de todos los desechos a lo largo de su ciclo de vida, de conformidad con los marcos internacionales convenidos, y reducir significativamente su liberación a la atmósfera, el agua y el suelo a fin de minimizar sus efectos adversos en la salud humana y el medio ambiente, Racionalizar los subsidios ineficientes a los combustibles fósiles que fomentan el consumo antieconómico eliminando las distorsiones del mercado, de acuerdo con las circunstancias nacionales, incluso mediante la reestructuración de los sistemas tributarios y la eliminación gradual de los subsidios perjudiciales, cuando existan, para reflejar su impacto ambiental, teniendo plenamente en cuenta las necesidades y condiciones específicas de los países en desarrollo y minimizando los posibles efectos adversos en su desarrollo, de manera que se proteja a los pobres y a las comunidades afectadas.

¹⁴ Naciones Unidas, Datos y cifras, disponible en: <https://www.un.org/es/actnow/facts-and-figures>.

Por ello, es importante que la educación proporcione las herramientas necesarias para comprender los efectos de las acciones humanas cotidianas en el medio.

Respecto a la educación para el desarrollo sostenible que se establece como meta del objetivo 4 (garantía de la educación), el documento de la UNESCO «Educación para el Desarrollo Sostenible. Hoja de ruta» establece orientaciones para la educación para el desarrollo sostenible (EDS), indicando que el objetivo de la EDS es «aumentar el conocimiento, la conciencia y la acción» para «promover la conservación y restauración de la biodiversidad como la base fundamental para la supervivencia y prosperidad del ser humano», «proteger los océanos y recursos marinos a través de la educación sobre la interrelación entre los océanos y las acciones individuales», «luchar contra el cambio climático», «transformar la cultura de producción y consumo», «promover energía limpia y asequible, junto a estilos de vida sostenibles», entre otros¹⁵, por lo que la educación para la sostenibilidad debería abarcar estos ámbitos. Se pone énfasis en la «acción transformadora», indicando que «la EDS debe hacer hincapié en la manera en que cada educando puede emprender acciones transformadoras en favor de la sostenibilidad». Aunque es importante que se adquiera una comprensión de las consecuencias en el medio ambiente de las acciones de las personas, deben reconocerse también las limitaciones de la acción individual. En ese sentido, se destacan también los «cambios estructurales», y que es necesario que haya un equilibrio entre el crecimiento económico y el desarrollo sostenible.

Respecto a este último punto, algunos autores hablan de decrecimiento: Caride y Meira indican que «no hay en los ODS referencias explícitas a la necesidad de considerar los límites biofísicos del planeta o las causas estructurales, fundamentalmente económicas, que nos llevan en rumbo de colisión hacia ellos, sin que los recursos naturales y las cargas resultantes de su transformación se distribuyan equitativamente» y destacan «una EA que incorpore en su discurso y sus prácticas la idea de decrecimiento o, si se quiere, de un decrecimiento ambientalmente sostenible y socialmente justo»¹⁶. En este sentido, al analizar los ODS y la Educación para el desarrollo sostenible, así como la educación ambiental en este contexto, debe tenerse en cuenta que el objetivo de la Agenda 2030 es el desarrollo, y la protección del medio ambiente se entiende como una necesidad para este en el futuro. Por otra parte, el objetivo de

¹⁵ UNESCO. (2020). «Educación para el Desarrollo Sostenible. Hoja de ruta, p. 17.

¹⁶ CARIDE, J. A., y MEIRA, P. A. (2019). «Del ecologismo como movimiento social a la educación ambiental como construcción histórica». *Historia De La Educación*, 37, 165–197, pp. 195 y 197. <https://doi.org/10.14201/hedu201837165197>

la protección del medio ambiente como derecho de la persona es, en última instancia, la protección de esta contra las consecuencias del deterioro del medio ambiente¹⁷.

Se establecen en la hoja de ruta cinco ámbitos de acción prioritarios en los que los Estados miembros deben centrar sus iniciativas: «el fomento de las políticas, la transformación de los entornos de aprendizaje, el fortalecimiento de las capacidades de las y los educadores, el empoderamiento y la movilización de las juventudes, y la adopción de medidas en las comunidades». Por otra parte, el documento «Educación para los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivos de aprendizaje» de la UNESCO establece objetivos de aprendizaje para cada ODS; dentro del objetivo de Educación y en relación con el medio ambiente destaca: «el/la alumno/a comprende el importante rol de la cultura para alcanzar la sostenibilidad»¹⁸, no habiendo objetivos muy específicos respecto al medio ambiente entre estos. Otros objetivos específicos de aprendizaje relevantes son el conocimiento del impacto negativo de la energía no sostenible y «cómo las tecnologías de energía renovable pueden ayudar a impulsar el desarrollo sostenible»¹⁹, dentro del objetivo de energía asequible y no contaminante, así como la comprensión de la interrelación entre producción y consumo, la asunción de responsabilidad respecto al impacto que tiene la producción y consumo, a nivel individual, en el medio ambiente y la necesidad de cambios sistémicos para una producción y consumo responsables²⁰, dentro del ODS de producción y consumo responsable. El ámbito de la producción y el consumo destaca pues es quizás el ámbito en el que las personas pueden tener más influencia individualmente y que, como se ha visto, tiene un gran efecto sobre el medio ambiente.

¹⁷ En el ámbito español, en relación con el derecho al medio ambiente protegido por la Constitución citamos la STC 233/2015: «Ya constatamos en la temprana STC 64/1982, de 4 de noviembre, que «el art. 45 [CE] recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la ‘utilización racional’ de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida» (FJ 3).

En definitiva, el ordenamiento medioambiental no es neutro, no se entiende si se olvida que nace con esta impronta, con el sello de identidad de esta finalidad tuitiva, para hacer frente a los fenómenos de degradación y a las amenazas de todo género que pueden comprometer la supervivencia del patrimonio natural, de las especies y, en último término, afectar negativamente a la propia calidad de vida en los hábitats humanos, dada la interdependencia entre unos y otros».

¹⁸ UNESCO, «Educación para los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivos de aprendizaje», p. 17.

¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

²⁰ *Ibidem*, p. 34.

En el ámbito educativo español, el Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria incluye entre las competencias clave que se pueden adquirir la «competencia ciudadana» y dentro de los descriptores operativos se indica que al terminar la educación primaria el alumnado comprenderá «las relaciones sistémicas entre las acciones humanas y el entorno», y empezará a adoptar estilos de vida sostenibles que ayuden a conservar la biodiversidad. También la temática de la energía sostenible es parte de la educación para la sostenibilidad pues la participación en actividades que promuevan «un uso sostenible del suelo, el aire, el agua, la energía» entre otros es una competencia específica de los criterios de evaluación del área de «Educación en Valores Cívicos y Éticos». Se incluye el consumo responsable dentro del aprendizaje en diversos ámbitos, así, el artículo 6 del Real Decreto, que establece los principios pedagógicos, indica que la educación para el consumo responsable y el desarrollo sostenible se promoverá desde todas las áreas, siendo por tanto el consumo responsable una enseñanza prioritaria en la educación. Igualmente, el Anexo I, que establece el perfil de salida del alumnado al término de la enseñanza básica, que identifica «las competencias clave que se espera que los alumnos y las alumnas hayan desarrollado al completar esta fase de su itinerario formativo», incluye la identificación de lo relacionado con el consumo responsable, así como la valoración de sus consecuencias²¹. Por tanto, tanto en la EDS planteada por la UNESCO como en el ámbito nacional se hace bastante énfasis en la acción individual.

3. EDUCACIÓN AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Ya en 1972 el Consejo Europeo declaró la «necesidad por una política medioambiental comunitaria que flanqueara las políticas económicas», y en 1993 el Tratado de Maastricht incluyó el medio ambiente como un ámbito político de la Unión Europea²². De acuerdo con Hey, «desde 1985 varias conferencias internacionales han instado cambios de política dramáticos» y «al final de

²¹ «Identificar los diferentes aspectos relacionados con el consumo responsable, valorando sus repercusiones sobre el bien individual y el común, juzgando críticamente las necesidades y los excesos y ejerciendo un control social frente a la vulneración de sus derechos».

²² Parlamento Europeo, La política de medio ambiente: principios generales y marco básico, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/71/la-politica-de-medio-ambiente-principios-generales-y-marco-basico>.

los años 80, el debate sobre los riesgos medioambientales globales, especialmente aquellos relativos al cambio climático, alcanzó la agenda oficial»²³.

La preocupación por el medio ambiente ha sido parte importante de las políticas de la Unión Europea en los últimos años, siendo el medio ambiente una de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros. En los últimos años se ha aprobado el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática, el Pacto Verde Europeo (2019), la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030 (2021), y, más recientemente, el Reglamento (UE) 2024/1991 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2024, relativo a la restauración de la naturaleza. En lo que respecta a la educación medioambiental, la actuación de la Unión Europea es más limitada pues la competencia en educación de la Unión Europea es de apoyo.

Tanto en el ámbito internacional como en el ámbito europeo las políticas de protección del medio ambiente tienen un enfoque centrado en el ser humano, puesto que, como hemos indicado, esta protección y conservación del medio ambiente es necesaria para las personas y un derecho humano. Así, también en la Unión Europea se puede apreciar por ejemplo en el Pacto Verde Europeo, «una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva», que «aspira también a proteger, mantener y mejorar el capital natural de la UE, así como a proteger la salud y el bienestar de los ciudadanos frente a los riesgos y efectos medioambientales» y que «debe dar prioridad a la dimensión humana»²⁴.

La Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de mayo de 2018, relativa a las competencias clave para el aprendizaje permanente incluye la sostenibilidad ambiental en la competencia matemática y competencia en ciencia, tecnología e ingeniería, que precisa «una inquietud por las cuestiones éticas y el respaldo a la seguridad y la sostenibilidad medioambiental» y en la competencia ciudadana, que se define como «la habilidad de actuar como ciudadanos responsables y participar plenamente en la vida social y cívica, basándose en la comprensión de los conceptos y las estructuras sociales, económicos, jurídicos y políticos, así como la sostenibilidad

²³ HEY, C. (2007). *EU Environmental Policies: A short story of the policy strategies*. *EU Environmental Policy Handbook*. [EU Commission - Working Document], p. 21, traducción propia.

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo. COM/2019/640 final.

y los acontecimientos mundiales»²⁵. Los considerandos de la Recomendación se centran más en las capacidades de lectura, escritura y matemáticas, en los idiomas, y en la necesidad de que las personas adquieran más competencias digitales y no se hace mención específica a la sostenibilidad o el medio ambiente; sí hay una referencia a la meta 4.7 de los ODS y a la educación para el desarrollo sostenible²⁶. Se incluye en este texto la recomendación de que se incorporen los ODS, especialmente el 4.7, «incluso intensificando la adquisición de conocimientos relativos a la limitación de la naturaleza polifacética del cambio climático y utilizando recursos naturales de un modo sostenible»²⁷.

El reflejo de esta normativa europea se ha incorporado a la normativa española en el Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, en el que se parte de esta recomendación para «definir las competencias recogidas en el Perfil de salida»²⁸ y que establece, con alguna variación mínima, las mismas competencias, si bien la sostenibilidad se incluye en más competencias que en la recomendación, aunque donde más se desarrolla es en la competencia ciudadana. También en educación secundaria el Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria recoge las mismas competencias clave. En los Reales decretos hay una mayor transversalidad en lo referente a las cuestiones medioambientales, pues como decimos estas se incluyen en más competencias que en la Recomendación.

4. LA EDUCACIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA

Como hemos visto, en España la educación ambiental se introdujo con la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)²⁹, aunque de manera diferente y menos desarrollada que en la última reforma. Se puede apre-

²⁵ Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de mayo de 2018, relativa a las competencias clave para el aprendizaje permanente, ANEXO.

²⁶ Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de mayo de 2018, relativa a las competencias clave para el aprendizaje permanente, considerando 13.

²⁷ *Ibidem*, punto 4.

²⁸ Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, Anexo I.

²⁹ RODRIGO-CANO, D.; GUTIÉRREZ BASTIDA, J.M., y FERRERAS TOMÉ, J. (2019). «35 años de éxitos en la Educación Ambiental en España». *Res, Revista de Educación Social*, 28, p. 35.

ciar en la evolución en el ámbito nacional la influencia internacional pues, de acuerdo con Navarro-González y Gavari-Starkie:

Las referencias a la educación sostenible en las sucesivas leyes educativas de nuestro país son contemporáneas a las recomendaciones internacionales. Desde esta perspectiva, hasta que el desarrollo normativo no ha aparecido en el marco internacional, la educación sostenible no ha tenido una repercusión en el sistema educativo nacional³⁰.

Como hemos indicado, el artículo 45 recoge un derecho y un deber de conservación del medio ambiente, que implica la necesidad de la educación ambiental para la concienciación sobre esta conservación del medio ambiente y también para conocer los mayores disruptores de este en la sociedad actual. De acuerdo con Bellver Capella, en relación con el artículo 27.2 de la CE y artículo 45 de la CE:

Educación y medio ambiente aparecen como elementos que contribuyen al desarrollo de la persona. Aunque se trate de elementos con dinámicas propias, tienen importantes puntos de contacto. Por un lado, la educación abarca el conocimiento y respeto del medio ambiente (educación para el medio ambiente) y, por otro, el medio ambiente natural y social es el soporte que hace posible y condiciona cualquier proyecto educativo (medio ambiente para la educación): ambas dimensiones deben orientarse al desarrollo de la persona³¹.

La Constitución establece el derecho a la educación en el artículo 27, disponiendo en su apartado 2 que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». De acuerdo con Vidal Prado, «por lo que se refiere a los contenidos relativos a nuestra democracia constitucional, la educación para la ciudadanía democrática debería consistir en la transmisión objetiva de conocimientos, para enseñar lo que es nuestra Constitución y su “corolario indispensable”»³².

El contenido de la educación ambiental ha tenido que evolucionar a lo largo de los años pues las preocupaciones ambientales han cambiado³³. La

³⁰ NAVARRO-GONZÁLEZ I.; y GAVARI-STARKIE E. (2024). «La educación sostenible y resiliente en el currículum de la LOMLOE». *Revista Española de Educación Comparada*, 45, pp. 376-397, pp. 381.

³¹ BELLVER CAPELLA (2000). «El contenido del derecho al medio ambiente». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 34, 199-219, P. 210

³² VIDAL PRADO, C. (2023). «La educación cívica en la última reforma educativa. Una (nueva) oportunidad perdida». *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 39, pp. 499-523, p. 519.

³³ Sin que esto deba resultar en los «tratamientos reduccionistas e inconexos» a los que se refieren VILCHES, A., GIL, D. y CAÑAL, P.: «siguiendo las urgencias del momento, la última noticia y los correspondientes titulares mediáticos, la atención pasa de la destrucción de la capa de ozono al agotamiento del petróleo, para saltar al cambio climático y de ahí a las pandemias [...] En consecuencia, ni en los medios

última modificación de la ley educativa (LOMLOE) reconoce en su preámbulo la «importancia de atender al desarrollo sostenible de acuerdo con lo establecido en la Agenda 2030». La ley se refiere a «educación para la transición ecológica»³⁴ y «educación para la sostenibilidad»³⁵. La Ley Orgánica 2/2006 de Educación hace referencia a «la adquisición de valores que propicien el respeto hacia los seres vivos y el medio ambiente, en particular [...] el desarrollo sostenible» entre los fines del sistema educativo español³⁶, un fin que permanece. Ha habido una evolución en la terminología, siendo actualmente más amplia y centrándose más en la sostenibilidad y el desarrollo sostenible; a este último concepto se refiere la ley en numerosas ocasiones³⁷, en contraste con la única referencia que contenía la ley de 2006 con anterioridad a la reforma, lo que refleja la creciente importancia de este ámbito y la inclusión en la Ley de la Agenda 2030.

La Ley Orgánica 3/2020 también añade a los principios del sistema educativo español «la educación para la transición ecológica con criterios de justicia social como contribución a la sostenibilidad ambiental, social y económica»³⁸. Entre los objetivos de la Educación secundaria obligatoria se encuentra la valoración crítica de los hábitos relacionados con el respeto a los seres vivos y al medio ambiente y la contribución a la conservación y mejora de este³⁹.

Entre los fines del sistema educativo español se encuentra la formación para adquirir valores de respeto hacia el medio ambiente, haciéndose énfasis en los espacios forestales y el desarrollo sostenible⁴⁰. Se enfoca la protección del medio ambiente no sólo en el contexto del desarrollo sostenible y desde la

de difusión ni, en general, en las organizaciones políticas, sindicales o gobiernos, se manifiesta una visión de conjunto de la problemática, su origen y posibles soluciones y líneas de actuación globales». VILCHES, A., GIL, D., y CAÑAL, P., «Educación para la sostenibilidad y educación ambiental». *Investigación en la escuela*, 71, p. 2.

³⁴ Preámbulo y artículo único, Uno.

³⁵ Artículo único, diecisiete.

³⁶ Artículo 2.

³⁷ Preámbulo, Artículo único: uno bis, diez, once, diecisiete, veinticinco, treinta y seis, cuarenta y ocho bis, sesenta y dos, Disposición adicional cuarta, Disposición adicional sexta.

³⁸ Artículo Único, uno y artículo 1.º de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

³⁹ Artículo Único, catorce bis y artículo 23.k de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

⁴⁰ Artículo Único, uno bis y artículo 2.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

«La formación para la paz, el respeto a los derechos humanos, la vida en común, la cohesión social, la cooperación y solidaridad entre los pueblos, así como la adquisición de valores que propicien el respeto hacia los seres vivos y los derechos de los animales y el medio ambiente, en particular al valor de los espacios forestales y el desarrollo sostenible».

perspectiva humana, sino que también incluye el respeto hacia los seres vivos, los animales y el medio ambiente ⁴¹.

Para ver de manera más específica como se ha desarrollado la educación para la sostenibilidad en la normativa se puede examinar el Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, que establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria. En el Anexo I, que describe el Perfil de salida del alumnado al término de la enseñanza básica se indica que se han incorporado los ODS.

El perfil de salida incluye el conocimiento de las causas que provocan, agravan o mejoran la degradación del medioambiente para el desarrollo de una actitud responsable al respecto y la identificación de los aspectos relacionados con el consumo responsable, de manera que se puedan valorar sus repercusiones ⁴². Como hemos visto, la sostenibilidad se incluye en los descriptores operativos de algunas de las competencias, siguiendo la idea de que «la transversalidad es una condición inherente al Perfil de salida, en el sentido de que todos los aprendizajes contribuyen a su consecución». Así, en la competencia matemática y competencia en ciencia, tecnología e ingeniería se establece que al completar la Educación Primaria se participará en acciones para la preservación del medio ambiente, practicándose el consumo responsable y que al com-

⁴¹ Aunque según la definición ya vista de desarrollo sostenible, en el ámbito de la ONU, como «la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» y aunque gran parte de los objetivos de desarrollo sostenible tienen relación con el medio ambiente y su protección, estos no se refieren sólo al medio ambiente. Por ejemplo: «El Objetivo 16 pretende promover sociedades pacíficas e inclusivas, facilitar el acceso a la justicia para toda la población y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles» (disponible en: Objetivo 16: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>). O el Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas. Dentro de los ODS que tienen metas relacionadas con el medio ambiente también hay otras que no tienen relación, como es el caso del Objetivo 3, Salud y bienestar.

Debemos por tanto distinguir entre «educación para la sostenibilidad» y «educación para el desarrollo sostenible». CARIDE y MEIRA, sobre la terminología, han destacado que «el uso indiscriminado y polisémico del concepto de «desarrollo sostenible» por parte de organismos internacionales, gobiernos, ONG, empresas y otros grupos de interés no hace más que acrecentar el desconcierto en el ámbito en el que han de contrastarse y ponerse a prueba todos los discursos: en el terreno de la acción socioeducativa». CARIDE, J. A. y MEIRA, P. A. (2019). «Del ecologismo como movimiento social a la educación ambiental como construcción histórica». *Historia De La Educación*, 37, 165–197, pp. 184–185. <https://doi.org/10.14201/hedu201837165197>.

⁴² «Desarrollar una actitud responsable a partir de la toma de conciencia de la degradación del medioambiente y del maltrato animal basada en el conocimiento de las causas que los provocan, agravan o mejoran, desde una visión sistémica, tanto local como global» e «identificar los diferentes aspectos relacionados con el consumo responsable, valorando sus repercusiones sobre el bien individual y el común, juzgando críticamente las necesidades y los excesos y ejerciendo un control social frente a la vulneración de sus derechos».

pletar la enseñanza básica se valorará el impacto global en la realización de proyectos que transformen el entorno de forma sostenible⁴³.

También hay referencias al medio ambiente en la competencia digital, pues se dispone que al completar la Educación Primaria el alumnado deberá adoptar medidas preventivas, al usar las tecnologías, para proteger el medio ambiente.

No obstante, la competencia ciudadana es la que incluye de manera más desarrollada y completa esta materia, pudiéndose considerar la educación ambiental o la educación para la sostenibilidad un instrumento para proteger el derecho al medio ambiente y ya que la competencia ciudadana «contribuye a que alumnos y alumnas puedan ejercer una ciudadanía responsable y participar plenamente en la vida social y cívica» e «incluye la adopción consciente de los valores propios de una cultura democrática fundada en el respeto a los derechos humanos». De acuerdo con esta competencia se comprenderán «las relaciones sistémicas entre las acciones humanas y el entorno» y se empezarán a adoptar estilos de vida sostenibles, de manera que se contribuya a la conservación de la biodiversidad. Igualmente, al completar la enseñanza básica, se comprenderá la interdependencia que hay entre lo local y lo global⁴⁴.

Además de las competencias se introducen las áreas de educación primaria y en estas también se incluye la educación por la sostenibilidad; así, en el área de Conocimiento del Medio Natural, Social y Cultural se incluye entre las competencias específicas del área la competencia 5, que consiste en la identificación de las características de los elementos del medio natural, social y cultural y las relaciones entre estos, de manera que se pueda valorar y conservar el patrimonio cultural y natural⁴⁵, y la 6, que consiste en «identificar las causas

⁴³ «Al completar la Educación Primaria, el alumno o la alumna... Participa en acciones fundamentadas científicamente para promover la salud y preservar el medio ambiente y los seres vivos, aplicando principios de ética y seguridad y practicando el consumo responsable» y «al completar la enseñanza básica, el alumno o la alumna... Emprende acciones fundamentadas científicamente para promover la salud física, mental y social, y preservar el medio ambiente y los seres vivos; y aplica principios de ética y seguridad en la realización de proyectos para transformar su entorno próximo de forma sostenible, valorando su impacto global y practicando el consumo responsable».

⁴⁴ «Al completar la Educación Primaria, el alumno o la alumna [...] Reflexiona y dialoga sobre valores y problemas éticos de actualidad, comprendiendo la necesidad de respetar diferentes culturas y creencias, de cuidar el entorno, de rechazar prejuicios y estereotipos, y de oponerse a cualquier forma de discriminación o violencia [...] Comprende las relaciones sistémicas entre las acciones humanas y el entorno, y se inicia en la adopción de estilos de vida sostenibles, para contribuir a la conservación de la biodiversidad desde una perspectiva tanto local como global» y «al completar la enseñanza básica, el alumno o la alumna [...] Comprende las relaciones sistémicas de interdependencia, ecodpendencia e interconexión entre actuaciones locales y globales, y adopta, de forma consciente y motivada, un estilo de vida sostenible y ecosocialmente responsable».

⁴⁵ «Identificar las características de los diferentes elementos o sistemas del medio natural, social y cultural, analizando su organización y propiedades y estableciendo relaciones entre los mismos, para re-

y consecuencias de la intervención humana en el entorno» para «poner en práctica estilos de vida sostenible» que sean respetuosos con el planeta⁴⁶. En el primer ciclo es criterio de evaluación de esta última «mostrar estilos de vida sostenible y valorar la importancia del respeto, los cuidados, la corresponsabilidad y la protección de los elementos y seres del planeta, identificando la relación de la vida de las personas con sus acciones sobre los elementos y recursos del medio como el suelo y el agua».

También entre los saberes básicos del primer ciclo⁴⁷, dentro de esta misma área de Conocimiento del Medio, se encuentra «cultura científica» que incluye «estilos de vida sostenible e importancia del cuidado del planeta a través del conocimiento científico presente en la vida cotidiana». Y en el saber básico «sociedades y territorios», también dentro de esta área, se incluye la «Conciencia ecosocial». Esta se divide en: conocimiento de nuestro entorno, responsabilidad ecosocial y estilos de vida sostenible. En esta última se incluye el uso del agua, movilidad, prevención y gestión de residuos.

Respecto a los saberes básicos del segundo ciclo, en «cultura científica» se incluye la relación del ser humano con los ecosistemas y ejemplos de usos

conocer el valor del patrimonio cultural y natural, conservarlo, mejorarlo y emprender acciones para su uso responsable».

⁴⁶ «Identificar las causas y consecuencias de la intervención humana en el entorno, desde los puntos de vista social, económico, cultural, tecnológico y ambiental, para mejorar la capacidad de afrontar problemas, buscar soluciones y actuar de manera individual y cooperativa en su resolución, y para poner en práctica estilos de vida sostenibles y consecuentes con el respeto, el cuidado y la protección de las personas y del planeta».

⁴⁷ Conviene consultar las definiciones:

Artículo 2. Definiciones.

A efectos de este real decreto, se entenderá por:

a) Objetivos: logros que se espera que el alumnado haya alcanzado al finalizar la etapa y cuya consecución está vinculada a la adquisición de las competencias clave.

b) Competencias clave: desempeños que se consideran imprescindibles para que el alumnado pueda progresar con garantías de éxito en su itinerario formativo, y afrontar los principales retos y desafíos globales y locales. Las competencias clave aparecen recogidas en el Perfil de salida del alumnado al término de la enseñanza básica y son la adaptación al sistema educativo español de las competencias clave establecidas en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de mayo de 2018 relativa a las competencias clave para el aprendizaje permanente.

c) Competencias específicas: desempeños que el alumnado debe poder desplegar en actividades o en situaciones cuyo abordaje requiere de los saberes básicos de cada área o ámbito. Las competencias específicas constituyen un elemento de conexión entre, por una parte, el Perfil de salida del alumnado, y, por otra, los saberes básicos de las áreas o ámbitos y los criterios de evaluación.

d) Criterios de evaluación: referentes que indican los niveles de desempeño esperados en el alumnado en las situaciones o actividades a las que se refieren las competencias específicas de cada área en un momento determinado de su proceso de aprendizaje.

e) Saberes básicos: conocimientos, destrezas y actitudes que constituyen los contenidos propios de un área o ámbito y cuyo aprendizaje es necesario para la adquisición de las competencias específicas.

f) Situaciones de aprendizaje: situaciones y actividades que implican el despliegue por parte del alumnado de actuaciones asociadas a competencias clave y competencias específicas y que contribuyen a la adquisición y desarrollo de las mismas.

buenos y malos de los recursos y en «sociedades y territorios» se incorpora el patrimonio natural y los espacios protegidos, así como su uso y cuidado y un apartado de «conciencia ecosocial», en la que se incluye en este segundo ciclo el cambio climático y los estilos de vida sostenible, que comprenden «el consumo y la producción responsables, la alimentación equilibrada y sostenible, el uso eficiente del agua y la energía, la movilidad segura, saludable y sostenible, y la prevención y la gestión de los residuos».

Por último, en el tercer ciclo se pone más énfasis en la alimentación al incluirse en saberes básicos, «cultura científica», las «pautas para una alimentación saludable y sostenible». También se introducen las fuentes de energías renovables y no renovables y, de nuevo en «sociedades y territorios», se encuentra el uso, cuidado y conservación del patrimonio natural como recurso. La «conciencia ecosocial» en este caso se amplía también a otros aspectos como la agenda urbana, la economía verde y, en estilo de vida sostenible, la huella ecológica, entre otros.

Otra área que desarrolla la educación en sostenibilidad y medio ambiente es Educación en valores cívicos y morales. Entre los saberes básicos se incluye el «desarrollo sostenible y ética ambiental», entre los que se encuentra también el cambio climático, y el consumo responsable, así como el deber ético y legal de proteger el planeta, entre otros.

En primer lugar, podemos apreciar claramente un énfasis en la acción individual cuando el Real Decreto se refiere a «uso responsable», a «buscar soluciones y actuar de manera individual y cooperativa» y a los estilos de vida sostenible en varias ocasiones, incorporándose también la responsabilidad en el consumo y la producción. También, como vemos, la educación en sostenibilidad y medio ambiente en educación primaria se trata de una manera transversal.

En relación con la primera afirmación y analizándolo desde el punto de vista de la inclusión de los ODS, especialmente vemos reflejado en el Real Decreto el ODS 12, producción y consumo responsable pues, como hemos visto, el consumo responsable es parte de la competencia en ciencia, así como el estilo de vida sostenible es parte de la competencia ciudadana. Igualmente, en el área de Conocimiento del medio se incluye entre las competencias la capacidad de poner en práctica estilos de vida sostenibles. El uso del patrimonio natural y de los recursos naturales es también parte de los saberes básicos, así como las fuentes de energía renovables y la alimentación sostenible. En el área de Educación en valores cívicos y morales se encuentra entre los Saberes básicos el cambio climático y el consumo responsable, que están en línea con el ODS 13 de Acción por el Clima y el 12, producción y consumo responsables.

Entre las metas del ODS 12 están reducir el desperdicio de alimentos y las pérdidas de alimentos, gestionar ecológicamente los productos químicos y desechos y reducir estos, lograr la gestión sostenible de los recursos naturales, alentar a las prácticas sostenibles en las empresas, asegurar la información y conocimientos de las personas para el desarrollo sostenible y estilos de vida, lograr un turismo sostenible, entre otros. Sin embargo, aunque se hace mención, tanto en el objetivo 12, como en el Real Decreto, a los estilos de vida sostenibles, no se especifica de manera más concreta. Como se ha indicado anteriormente, quizás esta meta de los ODS sea una de las más importantes, pues está estrechamente relacionada con el resto de los objetivos.

5. CONCLUSIONES

En los últimos años la protección del medio ambiente ha adquirido una gran importancia en las políticas nacionales, europeas e internacionales. Para garantizar la protección del medio ambiente es necesaria una educación ambiental que enseñe como las personas pueden, en diversos ámbitos, contribuir a esta protección y evitar conductas que sean perjudiciales para el medio. Además de esta perspectiva individual es importante que exista también una visión global, así como conocer las limitaciones de la acción individual. En España, la educación ambiental ha evolucionado de manera paralela a la protección del medio ambiente en el ámbito internacional, reflejando las preocupaciones medioambientales más actuales en la última modificación de la ley educativa.

En esta, la educación para la sostenibilidad se ha regulado de manera más extensiva y transversal. La nueva regulación refleja los ODS establecidos por la ONU. En la Constitución española la conservación del medio ambiente es un derecho y un deber. La protección del medio ambiente como derecho conlleva necesariamente el deber de conservación de este, y, en este sentido, la educación ambiental es fundamental para cumplir con esta obligación.

Es importante que la educación refleje el vínculo que existe entre los modos de vida individuales y su efecto colectivo en el medio ambiente, para que el alumnado pueda entender como sus estilos de vida individuales y el consumo afectan a la sostenibilidad. También es importante la transversalidad, que la educación en sostenibilidad no se limite a un tema o a una asignatura, sino que en el estudio general de las asignaturas relacionadas con el medio se incluyan de manera transversal estos contenidos.

En el contexto del desarrollo sostenible, el objetivo es que el desarrollo no dañe el medio ambiente de manera que se perjudique a las generaciones

futuras. La protección del medio ambiente como derecho implica proteger a la persona de los efectos nocivos de los daños al medio ambiente, pero la interrelación de los factores del medio significa en todo caso que deben conocerse todas las temáticas medioambientales y que aquellas que en principio no tienen una relación aparente tan directa con el desarrollo también pueden afectar a este. En la educación ambiental debe haber, por tanto, una perspectiva integrada de las temáticas medioambientales. Existe una interrelación entre los factores del medio e, igualmente, hay una relación entre producción y consumo y el medio ambiente, que se debe conocer.

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO¹

MARTA LEÓN ALONSO

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca
martala@usal.es

*«Rien n'est jamais définitivement acquis.
Il suffira d'une crise politique, économique ou religieuse pour que
les droits des femmes soient remis en question.
Votre vie durant, vous devrez rester vigilantes»
Simone de Beauvoir*

SUMARIO: 1. Avances y retrocesos en el reconocimiento jurídico de los derechos sexuales y reproductivos. 2. La legislación estatal sobre la interrupción voluntaria del embarazo. 2.1 La despenalización parcial del aborto. La introducción en 1985 del sistema de indicaciones. 2.2 El sistema de plazos previsto en la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. 2.3 Crónica de una sentencia postergada. 3. La nueva jurisprudencia constitucional sobre la interrupción voluntaria del embarazo. 4. Las discrepancias sobre el aborto en el seno del Tribunal Constitucional. Los votos particulares de las magistradas Balaguer Callejón y Espejel Jorquera. 5. La interrupción voluntaria del embarazo, ¿derecho o libertad? A propósito de la reforma constitucional francesa de 2024 y el reconocimiento de la «libertad garantizada» a abortar. 6. La interrupción voluntaria del embarazo como «derecho de libertad» con una significativa vertiente prestacional.

¹ El presente capítulo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación «Derecho correcto. Criterios de corrección en la práctica jurídica» (PID2023-146061NB-I00), cuyo investigador principal es Juan Antonio García Amado.

1. AVANCES Y RETROCESOS EN EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

(i) El 24 de junio de 2022 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos emitió su sentencia en el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* en la que, mediante una interpretación originalista de la Constitución, se determina que no existe un derecho constitucional al aborto, anulando de manera explícita las decisiones previamente adoptadas en los casos *Roe v. Wade* (1973) y *Planned Parenthood v. Casey* (1992). Con este fallo el Tribunal Supremo da por finalizado un periodo de casi cincuenta años en el que la interrupción voluntaria del embarazo se había considerado un derecho constitucional al amparo de la decimocuarta enmienda. Como resultado de esta revocación, el derecho al aborto ya no está protegido a nivel federal, sino que son los estados quienes tienen ahora la potestad legislativa en esta materia.

Mientras esto sucede en Estados Unidos, Francia inicia los debates parlamentarios que concluyen en 2024 con una reforma destinada a reconocer en la Constitución la «libertad garantizada» de la mujer a interrumpir su gestación.

En el mes de abril de ese mismo año, el Parlamento Europeo, ante los retrocesos en materia de derechos sexuales y reproductivos, insta al Consejo Europeo a poner en marcha una convención para la revisión de los Tratados, con el fin de añadir la atención sanitaria sexual y reproductiva y el derecho al aborto legal y seguro en el artículo 3 la Carta de derechos de la Unión Europea en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho a la autonomía física, al acceso libre, informado, pleno y universal a la salud y los derechos sexuales y reproductivos y a todos los servicios de salud conexos sin discriminación, incluido el acceso al aborto legal y seguro artículo»².

En España, un Tribunal Constitucional recién renovado y con una mayoría de magistrados «progresistas», dicta la sentencia 44/2023, de 9 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado trece años atrás contra la *Ley Orgánica Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Se trata de una decisión que, partiendo de la existencia de un conflicto de derechos resuelto mediante ponderación, consi-

² Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de abril de 2024, sobre la inclusión del derecho al aborto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE [2024/2655(RSP)], disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0286_ES.html. Además de solicitar la revisión de los tratados al Consejo y a la Comisión, el Parlamento dirige una serie de peticiones a los Estados de la Unión Europea. Entre esas peticiones está la despenalización total del aborto de acuerdo con las directrices de la OMS de 2022, y la eliminación de los obstáculos que impidan un aborto seguro. Por último, el Parlamento hace un llamamiento a Polonia y Malta para que deroguen la normativa y las medidas que prohíben o restringen el aborto.

dera que el derecho de la gestante a interrumpir su embarazo encuentra anclaje constitucional fundamentalmente en el derecho a la integridad personal (art. 15 CE). Sin embargo, ese derecho puede verse limitado en determinadas circunstancias para asegurar la defensa de la vida prenatal, entendida ésta como un bien constitucionalmente protegido.

La STC 44/2023 de 9 de mayo, abre un nuevo ciclo en el que el Tribunal Constitucional a través de varios pronunciamientos se muestra favorable al reconocimiento de la dimensión constitucional de la interrupción del embarazo. Ahora bien, a la vista de lo ocurrido en Estados Unidos, un cambio de criterio en esta materia no sería descartable, sobre todo teniendo en cuenta que las renovaciones periódicas del Tribunal Constitucional podrían llevar a una mayoría «conservadora» a tomar el control del órgano. El único modo de evitar estos giros jurisprudenciales sería mediante una reforma constitucional, tal y como se ha hecho en Francia, y así blindar la libertad de la mujer gestante para decidir qué hacer ante un embarazo no deseado.

(ii) La interrupción voluntaria del embarazo forma parte de los denominados derechos sexuales y reproductivos. El sustrato constitucional de estos derechos está en la libertad y en la autonomía personal. Así lo expresa el legislador en el preámbulo de la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*:

«El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información».

Los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos en el sentido definido por Pérez Luño como «[...]un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»³. Sin embargo, estos derechos se han incorporado tardíamente a las normas de

³ PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, 7.ª ed., p. 41.

Derecho internacional⁴ y su reconocimiento por los ordenamientos jurídicos nacionales es una de las cuestiones pendientes en la mayoría de los estados debido a la polarización política y social en torno a esta materia.

Como señala Durán Febrer los derechos sexuales y reproductivos no son medidas de acción positiva, sino auténticos derechos. Las acciones positivas pretenden facilitar la igualdad de oportunidades (igualdad de salida), mientras que el objetivo de los derechos de género es lograr una sociedad igualitaria (igualdad de llegada). En este sentido, Durán Febrer propone incluir en el artículo 43 de la Constitución española (en adelante CE) el derecho de la mujer a decidir sobre su sexualidad y reproducción⁵. A mi parecer, esta propuesta sería un error desde el punto de vista de su eficacia y tutela. Por su íntima conexión con algunos de los principales derechos y libertades del Capítulo I del Título I de la CE, los derechos sexuales y reproductivos deberían de disponer de las mayores garantías que se han previsto en el artículo 53 CE: eficacia directa y vinculación para todos los poderes públicos y para el resto de la ciudadanía (en conexión con el art. 9.1 CE); el legislador, que debe de respetar su contenido esencial, podría acometer su desarrollo sólo mediante Ley Orgánica, que necesita para ser aprobada el acuerdo de la mayoría absoluta de los votos en el Congreso (art. 81.2); por último, además del control de constitucionalidad mediante el recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1.a) CE], la vulneración de alguno de estos derechos daría lugar a la utilización del recurso de amparo (art. 53.2 CE).

Al margen de su posible reconocimiento en la Constitución mediante la preceptiva reforma, lo cierto es que algunos de los derechos y libertades sexuales y reproductivos forman parte del contenido esencial de derechos que sí están en el texto de 1978: el derecho a la integridad personal (art. 15 CE) –física y mental– y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) en su doble vertiente, como derecho prestacional y como libertad individual, en su conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En esa dirección apunta la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se inaugura con la STC 44/2023, de 9 de mayo.

⁴ El reconocimiento a nivel internacional de los derechos sexuales y reproductivos se produce, por primera vez, en los documentos fruto de las Conferencias de la Organización de Naciones Unidas (ONU) sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995). Considera ELÓSEGUI ITXASO, que, aunque estos textos no sean normas jurídicamente vinculantes, sin embargo, contribuyen a crear cierta opinión y a propiciar un cambio de mentalidad que acaba traducándose en un cambio legal. *Vid.* ELÓSEGUI ITXASO, M., «Los derechos reproductivos: un término de origen anglosajón», *Diez temas de género*, Ediciones Internacionales Universitarias, 2011, p.132.

⁵ *Vid.* DURÁN FEBRER, M., «La constitucionalización de los derechos de género», en FREIXES SAN-JUÁN, T., y SEVILLA MERINO, J.: *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, p. 285.

(iii) Aunque no aparezcan explícitamente en la Constitución, esto no ha sido un impedimento para que el legislador haya procedido a la ordenación del régimen jurídico de los derechos sexuales y reproductivos.

Dentro de las normas reguladoras de estos derechos hay que mencionar el *Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización*, que fija las prestaciones que el sistema sanitario público debe ofrecer a la ciudadanía en todo el territorio estatal, dentro de la denominada atención primaria y atención especializada⁶.

También ha tenido un impacto relevante para estos derechos la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida*, pionera entre las legislaciones de los países de nuestro entorno cultural y geográfico. En esta ley, mediante un sistema de lista cerrada, se enumeraban las técnicas de reproducción que se podían aplicar, quedando sin cobertura jurídica los nuevos avances científicos en esta materia. Para paliar esta y otras deficiencias de las que adolecía la ley de 1988, se aprueba la nueva *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, que deja la puerta abierta para que se utilicen en un futuro todos los medios que prevea el estado de la ciencia y la práctica clínica, con el informe previo de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y la posterior autorización por parte del Gobierno. Tal y como se establece en el artículo 6, toda mujer mayor de dieciocho años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas previstas, siempre que haya prestado su consentimiento escrito de manera libre, consciente y expresa, y con independencia de su estado civil y orientación sexual.

El último de los logros en este terreno ha sido la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del*

⁶ Los servicios previstos en la *atención primaria* son, en primer lugar, la detección de grupos de riesgo y diagnóstico precoz de cáncer ginecológico y de mama de manera coordinada y protocolizada con la atención especializada. En segundo lugar, se establece como prestación sanitaria la indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos no quirúrgicos y el asesoramiento sobre otros métodos anticonceptivos e interrupción voluntaria del embarazo. Aquí estarían incluidos los anticonceptivos de emergencia. En tercer lugar, la atención primaria incluye la asistencia durante el embarazo y el puerperio. Por último, se reconocen como servicios sanitarios la prevención, detección y atención a los problemas de la mujer en el climaterio. La *atención especializada* también ha previsto una serie de prestaciones cuya destinataria es la mujer y que tienen como objetivo asegurar el buen estado de la salud sexual y reproductiva. De manera coordinada con la atención primaria se hará el seguimiento del embarazo. Forma parte de la atención especializada la planificación familiar que incluye, a su vez, el consejo genético en grupos de riesgo, la información, indicación y seguimiento de métodos anticonceptivos, incluidos los dispositivos intrauterinos, la realización de ligaduras de trompas y de vasectomías, de acuerdo con los protocolos de los servicios de salud, excluida la reversión de ambas y la reproducción humana asistida cuando haya un diagnóstico de esterilidad o una indicación clínica establecida, de acuerdo con los programas de cada servicio de salud.

*embarazo*⁷. La Ley Orgánica 2/2010, de 4 de marzo ha sido reformada en dos ocasiones. La primera de ellas mediante la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. La segunda de las reformas se efectuó mediante la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que introdujo algunas cuestiones relevantes que se verán en las páginas que siguen.

(iv) Si bien la titularidad de los derechos sexuales y reproductivos corresponde tanto a hombres como a mujeres, lo cierto es que las diferencias biológicas entre ambos sexos –y la mayor repercusión que, por razones obvias, tienen el embarazo y la maternidad en las mujeres–, han justificado una especial protección de la salud sexual y reproductiva de éstas últimas. A las diferencias biológicas hay que añadir otros factores que justifican un trato diferenciado que se materializa en la adopción de la perspectiva de género en este terreno. Así lo ha entendido la Organización Mundial de la Salud que en su *Declaración de Madrid* de 2001 afirma lo siguiente:

«[...] Los factores determinantes de la salud y la enfermedad no son los mismos para las mujeres y los hombres. El género interactúa con las diferencias biológicas y los factores sociales. Las mujeres y los hombres desempeñan roles diferentes en contextos sociales diferentes. Estos roles son valorados de manera diferente y los asociados con los hombres son generalmente valorados más positivamente. Esto afecta a la situación en la que las mujeres y los hombres acceden y controlan los recursos y afecta también al desarrollo del proceso personal y necesario de toma de decisiones para proteger la propia salud; de esta manera se producen situaciones no equitativas en los patrones de riesgo para la salud, en la utilización de los servicios sanitarios, y en los resultados de salud».

(v) En cuanto a su contenido, bajo la genérica denominación de derechos sexuales y reproductivos se incluye un amplio abanico de situaciones jurídicas de muy diversa naturaleza, ya que comprende, por un lado, libertades de hacer, un *agere licere* que se manifiesta en el ejercicio efectivo de facultades sobre el propio cuerpo y la sexualidad personal, reclamando un margen amplio para la autonomía individual. Por otro lado, algunos de esos derechos tienen naturaleza prestacional y necesitan una mayor intervención del Estado como garante mediante el establecimiento y conservación de prestaciones públicas para, además, garantizar el cumplimiento del mandato constitucional que obli-

⁷ Esta norma ha sido desarrollada por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y por el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo.

ga a los poderes públicos a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la igualdad real y efectiva en el ejercicio de esos derechos.

Si bien existe una estrecha vinculación entre todos ellos, es importante insistir en que se trata de una categoría heterogénea, en la que confluyen derechos y libertades que inciden en diferentes bienes jurídicos que han de ser delimitados para asegurar su adecuado tratamiento por el sistema normativo y las políticas públicas que se vayan a adoptar sobre los mismos. Por último, hay que subrayar que su protección jurídica se impone no sólo en las relaciones de la ciudadanía con los poderes del estado, sino también en las relaciones entre particulares, lo que implica un desarrollo de los mecanismos jurídicos de tutela del Derecho constitucional y del Derecho ordinario.

2. LA LEGISLACIÓN ESTATAL SOBRE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

2.1 La despenalización parcial del aborto. La introducción en 1985 del sistema de indicaciones

(i) La interrupción voluntaria del embarazo es una de las cuestiones más complejas y controvertidas relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Hasta el año 1985, la práctica del aborto en España constituía un delito tipificado por el Código Penal en todas sus modalidades. A partir de esa fecha se inicia un largo proceso de despenalización, cuyo último hito ha sido la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 4 de marzo.

La historia de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo comienza en 1985. En ese año se modifica el Código Penal y se introduce el artículo 417 *bis* en el que se declara no punible la práctica del aborto en los supuestos de grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada (aborto terapéutico), en los casos de delito de violación (aborto ético) y cuando exista la presunción de que el feto pueda nacer con graves taras físicas o psíquicas (aborto eugenésico). Asimismo, se exige el consentimiento expreso de la mujer embarazada y la realización del aborto por personal médico o bajo su dirección en centros o establecimientos públicos o privados acreditados.

(ii) Como es sabido, esta despenalización parcial fue objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad presentado por cincuenta y tres diputados contra el proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 *bis* del Código Penal. Entre otras alegaciones, los miembros del Grupo Popular en el Congre-

so consideraban que la despenalización del aborto era contraria a la Constitución, ya que el tenor literal del artículo 15 CE establece que todos tienen derecho a la vida y bajo la expresión «todos» se debe incluir también al *nasciturus*, al concebido y no nacido.

Este recurso se resuelve con la STC 53/1985, de 10 de abril, en la que Tribunal Constitucional afirma que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, pues este derecho corresponde sólo a las personas humanas. Persona humana, desde el punto de vista jurídico y según la redacción de ese momento del artículo 30 del Código civil, es el nacido con forma humana y que sobreviva al menos veinticuatro horas fuera del seno materno. Ahora bien, aclara el Tribunal Constitucional que el hecho de que el *nasciturus* no sea titular del derecho a la vida no quiere decir que carezca de protección, pues el estado tiene la obligación de amparar la vida humana en formación. En caso de colisión entre la vida humana en formación del *nasciturus* y otros bienes jurídicos, como la vida o la salud de la madre o su libertad sexual, es constitucionalmente admisible que se protejan estos últimos y que se permita la despenalización parcial del aborto.

El Tribunal Constitucional hace hincapié en el hecho de que su papel no es el de sustituir al legislador. Sin embargo, critica el proyecto porque no establece, en primer lugar, las garantías suficientes para verificar que concurren los supuestos de hecho en los casos del aborto terapéutico y del eugenésico y, en segundo lugar, porque no se contemplan los medios para proteger la vida y la salud de la embarazada. En el FJ 12 de la STC 53/1985, de 10 de abril, realiza una serie de sugerencias. En el supuesto del aborto terapéutico, el Tribunal echa en falta la exigencia de un dictamen emitido por un médico de la especialidad correspondiente que diagnostique el riesgo para la salud física o psíquica de la embarazada y que, por tanto, resulte conveniente la interrupción del embarazo. En segundo lugar, para el aborto eugenésico, el Tribunal Constitucional también considera oportuno la solicitud de un dictamen de dos médicos especialistas corroborando la grave tara del feto. En ambos casos, se recomienda por el Tribunal que los informes sean elaborados por facultativos que no vayan a participar en la intervención médica y que se emitan siempre con anterioridad a la misma. Todas estas consideraciones fueron tenidas en cuenta por el legislador.

2.2 El sistema de plazos previsto en la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

(i) Los abortos voluntarios que se practican en España desde la entrada en vigor de la modificación del Código penal en 1985, son objeto de segui-

miento a través de un sistema de vigilancia epidemiológica. Esto implica la existencia de una obligación por parte del personal médico responsable de cada interrupción voluntaria de notificarla a las autoridades sanitarias de la comunidad autónoma correspondiente. Las comunidades autónomas transmiten toda la información disponible a la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad que anualmente elaborará un informe. Los últimos datos facilitados por el Ministerio de Sanidad antes de la reforma de 2010 ponían de manifiesto que la mayoría de las interrupciones voluntarias del embarazo que se realizaron en nuestro país se encuadraban en el supuesto del aborto terapéutico, para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada.

Con el objetivo de elaborar una norma que se adaptase a la realidad española del siglo XXI, así como dar cumplimiento a las recomendaciones de los organismos internacionales, se aprobó la *Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*⁸. Recordemos que esta norma ha sido reformada en dos ocasiones: en 2015, bajo el gobierno del Partido Popular, para reforzar la protección de las menores (Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre); y en 2023, bajo el gobierno del Partido Socialista, para reforzar el sistema de garantías, así como reducir algunos de los requisitos en el acceso a la prestación, además de fijar los dieciséis años como la edad necesaria para prestar consentimiento (Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero).

(ii) Conforme al artículo 14 de la Ley 2/2010, en su redacción actual, podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada⁹.

⁸ El 15 de mayo de 2009 se presentó el anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, redactado sobre la base de un informe redactado por un comité de personas expertas elaborado a petición del entonces Ministerio de Igualdad. Superado el trámite parlamentario de enmiendas a la totalidad, la Comisión de Igualdad, reunida el 11 de diciembre de 2009, aprobó por veintiún votos a favor, dieciséis en contra y una abstención el Proyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo. Su aprobación definitiva por el pleno del Congreso de los Diputados se produjo el 17 de diciembre de 2009, con el voto en contra del Grupo Popular, Unión del Pueblo Navarro, Unión, Progreso y Democracia, y Unió Democràtica de Catalunya. Convergència Democràtica de Catalunya y el Partido Nacionalista Vasco dieron libertad de voto a los miembros de sus respectivas formaciones. El resultado de la votación fue de ciento ochenta y cuatro votos a favor, ciento cincuenta y ocho en contra y una abstención. Enviado al Senado para su tramitación, el pleno de esta cámara aprobó definitivamente el Proyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo el 24 de febrero de 2010; al no haberse aceptado modificación alguna del texto original remitido por el Congreso, no hizo falta realizar ningún trámite adicional. El resultado de la votación final fue de ciento treinta y dos votos a favor, ciento veintiséis en contra y una abstención. La *Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* se publicó en el BOE, núm. 55, de 4 de marzo de 2010, y entró en vigor el 5 de julio de ese mismo año.

⁹ Según se establecía en el artículo 17.2, antes de ser reformado por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, en los casos en que las mujeres optasen por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 debían recibir un sobre cerrado con la siguiente información: ayudas públicas disponibles para las mujeres

Pasadas esas catorce semanas se prevé que la mujer pueda interrumpir su embarazo en dos supuestos y bajo las siguientes condiciones. Primer supuesto, que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen (art. 15.a). Segundo supuesto, que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija (art. 15.b).

La Ley 2/2010 también permite la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en situaciones excepcionales que se puedan plantear después del plazo fijado de veintidós semanas de gestación, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico, al que corresponderá en este caso autorizar la interrupción a solicitud de la embarazada (art. 15.c)¹⁰.

(iii) Cualquiera de los supuestos planteados en la Ley Orgánica 2/2010 ha de cumplir con tres requisitos de carácter general que determinan la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo: el consentimiento informado de la mujer embarazada –salvo en los supuestos de urgencia por riesgo vital–, o de su representante legal cuando se trate de incapaces o de menores de dieciséis años; en segundo lugar, que la intervención sea practicada por personal médico o bajo su dirección y, en tercer lugar, que se haga en un centro público, concentrado o privado acreditado.

De estos tres requisitos, el que ha suscitado mayor polémica es el que tiene que ver con el consentimiento informado de la mujer embarazada. La

embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento, etc. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, elimina como requisito para poder acceder a la prestación la entrega de información sobre ayudas al embarazo y maternidad, así como el plazo de al menos tres días de reflexión entre la entrega de la información mencionada y la realización de la intervención.

¹⁰ El comité clínico (art. 16) estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra, uno de ellos elegidos por la mujer. En cada comunidad autónoma habrá al menos un comité clínico en un centro de la red sanitaria pública. Los miembros designados por las autoridades sanitarias competentes lo serán por un plazo no inferior a un año.

Ley Orgánica 2/2010, desde su reforma en 2023, reconoce a las mujeres mayores de dieciséis años la plena capacidad para consentir la práctica del aborto, en consonancia con la mayoría de edad sanitaria establecida en la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*¹¹. El consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas, de acuerdo con el régimen general aplicable a las personas mayores de edad.

Ahora bien, esto no siempre ha sido así. En la redacción de 2010 se incluía una garantía en el artículo 13.4 al indicarse que, tratándose de mujeres de dieciséis y diecisiete años, debía ser informado de la decisión de la gestante al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las personas comprendidas en esas edades. Sin embargo, se permitía prescindir de esta información, decía la norma, cuando la menor alegase fundadamente la existencia de un peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o situación de desarraigo o desamparo.

Esta normativa fue modificada por la *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*. En la exposición de motivos se dice que es fundamental que las menores de dieciséis y diecisiete años se encuentren acompañadas por sus representantes legales, padre y/o madre, personas que ostenten la patria potestad o tutores en situaciones de vital importancia e impacto futuro, como es la interrupción voluntaria del embarazo. Por ello se suprime la posibilidad de que las menores de edad puedan prestar el consentimiento por sí solas, sin informar siquiera a sus progenitores. Así, desde 2015 hasta la reforma operada por Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, para la interrupción voluntaria del embarazo de mujeres menores dieciocho años se ha requerido además de la manifestación de su voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad.

(iv) La Ley Orgánica 2/2010 establece un conjunto de garantías relativas al acceso efectivo a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y a la protección de la intimidad y confidencialidad de las mujeres, con el fin de paliar las desigualdades territoriales y evitar la vulneración del derecho a la intimidad. El órgano encargado de verificar que, efectivamente, se

¹¹ Se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad (dieciocho años) la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida (art. 9.5 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente). A estas excepciones hay que añadir la donación y extracción de órganos obtenidos de un donante vivo y la hemodonación.

cumplen los derechos y prestaciones contempladas en esta norma será la Alta Inspección. Estas garantías se han reforzado en la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

Con el fin de asegurar la equidad y calidad asistencial de la prestación en todo el territorio del estado, las administraciones sanitarias competentes garantizarán los contenidos básicos que el Gobierno reglamentariamente determine, asegurando por igual a todas las mujeres el acceso a la prestación con independencia del lugar donde residan. La prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma. Si los servicios sanitarios públicos no pudieran facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación.

Por otro lado, la Ley Orgánica 2/2010 tutela y garantiza el derecho a la intimidad y confidencialidad de los datos de carácter personal de las mujeres. Los centros prestadores del servicio deberán acreditar la existencia de sistemas de custodia activa y diligente de las historias clínicas de las pacientes e implantar medidas de protección máxima para el tratamiento de los datos de carácter personal. En cuanto al tratamiento de los datos personales de la paciente, la Ley Orgánica 2/2010 establece que éstos vayan asociados a un código que se le asignará y se utilizará para identificarla durante todo el proceso. El acceso a los datos codificados de la historia clínica de la paciente sólo será posible en los casos previstos en las disposiciones legales reguladoras de los derechos y obligaciones en materia de documentación clínica.

En la Ley se añade una última garantía para proteger la intimidad de la paciente: los centros que hayan procedido a una interrupción voluntaria de embarazo deberán cancelar de oficio la totalidad de los datos de la paciente una vez transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención. No obstante, la documentación clínica podrá conservarse cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso se procederá a la cancelación de todos los datos identificativos de la paciente y del código que se le hubiera asignado.

(v) Otra cuestión polémica que aborda la Ley Orgánica 2/2010 es la objeción de conciencia. Conforme al artículo 19 bis¹² «los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo

¹² Se añade por el art. único.18 de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia». En la norma se insiste en la naturaleza individual del derecho a la objeción de conciencia «que debe manifestarse anticipadamente y por escrito». Este precepto trata de solucionar –garantizando, en todo caso, el acceso y la calidad de la atención médica–, el conflicto que pueda surgir entre el personal médico, que desee ejercer su derecho a la objeción de conciencia frente a la interrupción del embarazo, y las usuarias del Servicio Nacional de Salud, titulares del derecho a la asistencia sanitaria, que incluye esta prestación en su cartera de servicios. La norma de desarrollo tendrá que precisar el contenido de la declaración de la objeción; habrá de delimitar el ámbito subjetivo del derecho y decidir quiénes se incluyen bajo la denominación de «personal sanitario» (médicos, enfermeras, matronas, etc.); por último, se tendrá que aclarar qué actos están exentos de realizar los objetores de conciencia a la interrupción del embarazo y regular las garantías para su ejercicio efectivo.

(vi) La aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, y de su reforma en 2023, ha hecho necesaria la modificación del Código Penal. En primer lugar, se deroga el artículo 417 *bis* del Código Penal introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, y cuya vigencia fue mantenida por el Código Penal de 1995. En segundo lugar, se da una nueva redacción al artículo 145¹³, además de añadir un nuevo artículo 145 *bis* del Código Penal¹⁴. Estas modificaciones siguen las recomendaciones internacionales y europeas de atenuar la punición de la mujer embarazada que causa su propio aborto o consien-

¹³ El artículo 145 queda redactado de la siguiente manera:

«1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. 2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley, será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. 3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación».

¹⁴ El tenor literal del nuevo artículo 145 *bis* del Código Penal señala que

«1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que, dentro de los casos contemplados en la Ley, practique un aborto: (a) sin contar con los dictámenes previos preceptivos; (b) fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior. 2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación. 3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto».

te para que otro se lo provoque, y, en todo caso, suprime la pena privativa de libertad para las interrupciones voluntarias del embarazo que se practiquen al margen de los requisitos establecidos por la ley ¹⁵.

2.3 Crónica de una sentencia postergada

(i) La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, supuso un importante avance en la protección de los derechos sexuales y reproductivos, aunque dejó planteados algunos desafíos, como la protección de las menores, el acceso equitativo a la prestación o el ejercicio de la objeción de conciencia.

Como era de prever, contra esta ley se interpuso un recurso de inconstitucionalidad promovido por setenta y un diputados del grupo parlamentario Popular del Congreso que fue admitido a trámite por el pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 30 de junio de 2010 ¹⁶. La demanda se fundamenta en dos tipos de cuestiones. Primeramente, se refiere a la impugnación de los preceptos legales relativos a la interrupción voluntaria del embarazo que se consideran lesivos del artículo 15 CE en la interpretación que del mismo realizó el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, de 11 de abril, y contrarios a la garantía de la seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 CE. Sostienen los recurrentes que la ponderación de valores y bienes constitucionales en conflicto realizada por el legislador no se ajusta al canon de constitucionalidad establecido en dicha sentencia y deja completamente desprotegida la vida del *nasciturus*, a pesar de que su protección viene exigida por el artículo 15 CE. También se cuestiona la regulación del consentimiento de las mujeres mayores de dieciséis y menores de dieciocho años por infracción de los artículos 27.3 y 39.1 y 4 CE, así como la regulación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios por vulneración de los artículos 16.1 y 2, y 18.1 CE.

¹⁵ En este sentido se ha pronunciado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 1607, de 16 de abril de 2008, en la que se invita a los Estados miembros a «despenalizar el aborto si no lo han hecho aún, allí donde sea delito, y garantizar el derecho de las mujeres a esta práctica y levantar las restricciones existentes».

¹⁶ Los recurrentes solicitaron la suspensión de la vigencia de los preceptos objeto de recurso hasta que el Tribunal resolviera el asunto. Sin embargo, mediante el Auto 90/2010, de 14 de julio, se deniega la medida cautelar ya que ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la contemplan respecto de las leyes estatales. El Auto va acompañado de cuatro votos particulares de los magistrados que discrepan de la denegación de la suspensión por considerar que durante la pendencia del proceso se podría producir una extinción de vidas, lo que daría lugar a un evidente perjuicio irreparable.

Además de las impugnaciones relativas a la interrupción del embarazo, se objetan, en segundo lugar, aquellos preceptos que, según los recurrentes, pretenden imponer la perspectiva de género en la enseñanza e investigación en materia de salud sexual y reproductiva, quebrantando los principios, valores y derechos constitucionales que protegen la libertad ideológica, conciencia y enseñanza.

(ii) Desde la interposición del recurso hasta su resolución en 2023 han pasado trece años. Un tiempo excesivo que no se justifica en modo alguno y que ha afectado al prestigio del Tribunal Constitucional. Aun tratándose de un asunto delicado sobre el que existían dificultades para alcanzar una sentencia consensuada, lo cierto es que el Tribunal Constitucional tenía la obligación de asumir su responsabilidad y afrontar el debate, por muy incómodo que éste resultase. Sin embargo, el Tribunal pospuso su decisión a la espera de que el legislador resolviera el asunto mediante la aprobación de una nueva normativa que derogase la legislación objeto de impugnación. Esto nunca se produjo.

(iii) Muchas han sido las vicisitudes internas y externas que han jalonado la resolución de este asunto. En primer lugar, hay que señalar el nombramiento de hasta cuatro ponentes a los que se les encargó en distintos momentos la redacción de la sentencia. La primera de ellas fue la magistrada Pérez Vera, cuya propuesta de resolución ni siquiera llegó a debatirse en el pleno. A partir de 2012, asumió la ponencia el magistrado Ollero Tassara hasta que, una vez concluido su mandato como magistrado en 2021, pasara a ocuparse del caso el magistrado Arnaldo Alcubilla, quien fue sustituido en este encargo por la magistrada Montalbán Huertas en 2023, redactora de la ponencia que, finalmente, fue aprobada por el pleno.

(iv) Entre los factores externos que han contribuido al retraso en la resolución del recurso contra la Ley Orgánica 2/2010, hay que destacar la situación política. En noviembre de 2011 se celebraron elecciones generales que dieron la victoria al Partido Popular con una mayoría absoluta que permitió al Gobierno, a través del ministro de Justicia, Ruiz Gallardón, presentar el 20 de diciembre de 2013 el *Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y derechos de la mujer embarazada*. En la exposición de motivos se señala la intención por parte del ejecutivo de retomar el sistema de indicaciones en el que se basaba la ley del aborto de 1985, derogando el sistema de plazos introducido por la Ley Orgánica 2/2010¹⁷.

¹⁷ En el anteproyecto de ley se preveía que cuando el embarazo fuera consecuencia de un delito contra la libertad o indemnidad sexual, prevaleciera el derecho de la mujer a interrumpir la gestación en las doce primeras semanas tras interponer la correspondiente denuncia. El otro supuesto en el que el aborto no sería punible tenía que ver con la existencia de un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la

Este anteproyecto generó una gran controversia tanto social como política que terminó con la dimisión de ministro Ruíz Gallardón. Del anteproyecto fallido sólo se salvó la propuesta de elevar a dieciocho años la edad requerida a la mujer gestante para prestar consentimiento. Esta propuesta se plasmó en la *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*.

(v) Tras una incidentada renovación del Tribunal Constitucional¹⁸ y con una mayoría de magistrados progresistas, el pleno se reúne en febrero de 2023 para debatir el texto presentado por quien era el ponente en ese momento, el magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla, quien, recordemos, en 2021 pasó a ocuparse de las ponencias que dejaba pendientes el magistrado saliente Andrés Ollero Tassara. Arnaldo en su propuesta estima inconstitucional sólo el precepto referido a la información que debía proporcionarse a la mujer, en concreto, el artículo 17.5, por considerar que la forma de informar a la mujer mediante un sobre cerrado no garantiza que se preste un consentimiento verdaderamente informado. La ponencia del magistrado fue rechazada por la mayoría del Tribunal al entender que la norma debía ser declarada constitucional en su totalidad. El presidente Conde-Pumpido designa como nueva ponente a la vicepresidenta Inmaculada Montalbán para que proceda a elaborar una resolución que desestime el recurso de inconstitucionalidad. El 12 de junio de 2023 se publica en el Boletín Oficial del Estado la STC 44/2023, de 9 de mayo.

(vi) Unos meses antes de publicarse el fallo del Tribunal Constitucional, se aprueba la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que modifica algunos aspectos relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo inclui-

mujer. En estos casos, la interrupción de la gestación debía realizarse en las veintidós primeras semanas. Para acogerse a este supuesto sería necesario un informe previo emitido por dos médicos especialistas en la patología que genera el grave peligro para la vida o la salud de la mujer y ajenos al centro donde se practicara el aborto. Si el peligro tenía su origen en anomalías incompatibles con la vida del feto, el informe sobre la madre solo tendría que estar firmado por un médico y no dos, siendo necesario otro informe sobre el feto. El Gobierno, alegando para ello las recomendaciones del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, acordó en su Anteproyecto de Ley no incluir como causa para interrumpir voluntariamente el embarazo la existencia de malformación o discapacidad en el feto. El ejecutivo explicó que la eliminación del aborto eugenésico, que sí se contemplaba en la legislación de 1985, trata de evitar que no se cometa algún tipo de discriminación por motivos de discapacidad. Ahora bien, esta circunstancia —la discapacidad en el feto— podría ser tenida en cuenta para justificar el aborto más allá de las veintidós semanas cuando exista un peligro vital para la mujer o que el peligro para la salud de la madre derive de una anomalía del feto incompatible con la vida que no se hubiera detectado antes.

¹⁸ La crisis institucional provocada por el bloqueo partidista en la renovación del Consejo General del Poder Judicial desde diciembre de 2018 hasta julio de 2024, ha afectado a la elección de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional. Finalmente, en enero de 2023 tomaron posesión los magistrados designados por el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.

dos en la Ley Orgánica 2/2010. Con esta reforma, como hemos visto, se eliminan dos requisitos que la ley establecía para poder interrumpir la gestación dentro del plazo de las primeras catorce semanas, referidos a la información preceptiva que se debía suministrar a la mujer embarazada sobre derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y el plazo de reflexión de tres días.

Por otro lado, como ya se expuso en páginas anteriores, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, fija la mayoría de edad sanitaria, los dieciséis años, como edad mínima necesaria para prestar válidamente el consentimiento¹⁹. En el caso de las menores de dieciséis años, será de aplicación el régimen previsto en el artículo 3.c) de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. El citado precepto establece que procederá el consentimiento por representación «[...] cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención»; *a sensu contrario* se aplicará la doctrina del menor maduro (aquel que sí tiene capacidad intelectual y emocional). En el caso de que haya discrepancia entre la menor y los llamados a prestar el consentimiento por representación, corresponderá a la autoridad judicial la resolución del conflicto.

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero prevé una serie de nuevas garantías para asegurar el acceso a la prestación. En los casos en los que las administraciones sanitarias no puedan ofrecer dicho procedimiento en su ámbito territorial remitirán a las usuarias al centro o servicio autorizado más próximo a sus domicilios (art. 18). Se añade, que «si, excepcionalmente, la administración pública sanitaria no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación. En este supuesto, las autoridades competentes de las comunidades autónomas o del Estado asumirán también los gastos devenidos por la mujer, hasta el límite que éstas determinen» (art.19.5).

Asimismo se prevé la protección jurisdiccional de la mujer gestante en los siguientes términos «La usuaria del Sistema Nacional de Salud podrá recurrir en vía jurisdiccional, mediante el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el caso de

¹⁹ Esto conlleva la modificación del apartado 5 del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que queda redactado como sigue: «La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación».

que el Comité clínico no confirmase el diagnóstico a que alude la letra c) del artículo 15 y la usuaria considerase que concurren los motivos expresados en el referido apartado» (art. 19.4).

Otra de las novedades que introduce la Ley Orgánica 1/2023 tiene que ver con el ejercicio de la objeción de conciencia. Para empezar, se reconoce el ejercicio de este derecho sólo a los profesionales sanitarios directamente implicados en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. La objeción de conciencia es un derecho individual, no atribuible a personas jurídicas, que deberá ser manifestado con antelación y por escrito (art. 19 bis). Para ello se prevé la creación de un registro de objetores de conciencia que dependerá de cada comunidad autónoma y del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (art. 19 ter).

(vi) Recapitulando lo dicho hasta ahora, hay que tener en cuenta que el fallo que resuelve el recurso contra la Ley Orgánica 2/2010 se votó (aun cuando la sentencia se publicó en junio), en el pleno de 9 de febrero de 2023, tres semanas antes de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero. Es decir, mientras el Tribunal Constitucional estaba discutiendo el contenido de la STC 44/2023, las Cortes Generales aprobaban la reforma de la ley orgánica contra la que se había recurrido trece años antes. A esto hay que añadir que tan sólo unos días después a la publicación de dicha sentencia («BOE» núm. 139, de 12 de junio de 2023), el Grupo Parlamentario VOX interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que fue resuelto mediante la STC 92/2024, de 18 de junio de 2024, que desestima el recurso en su totalidad.

En opinión de un sector de la doctrina, el Tribunal Constitucional podría haber esperado a resolver este último recurso para plantear su «teoría completa sobre la interrupción voluntaria del embarazo[...]. Sin embargo, el Tribunal no quiso esperar, ni demorar más un pronunciamiento explicativo de la posición que ocupa la interrupción voluntaria del embarazo en el marco del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales». Como acertadamente ha señalado Gómez Fernández «se sacrificó la técnica frente a la pedagogía constitucional. Y ello sólo se explica pensando en los trece años transcurridos desde la interposición del recurso»²⁰.

²⁰ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023: Una jurisprudencia nueva sobre la interrupción voluntaria del embarazo». *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 11(2), 257–261. Disponible en <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/31861> p.258.

3. LA NUEVA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

(i) En un breve espacio de tiempo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado hasta en cuatro ocasiones sobre la interrupción voluntaria del embarazo. A las SSTC 44/2023, de 9 de mayo y 92/2024, de 18 de junio, que resuelven, respectivamente, el recurso contra la Ley Orgánica 2/2010 y su reforma mediante la Ley Orgánica 1/2023, hay que sumar la STC 78/2023, de 3 de julio y la sentencia STC 75/2024, de 8 de mayo. A todas ellas nos referiremos a continuación.

Este conjunto de resoluciones choca con el clamoroso silencio que durante trece largos años mantuvo el Tribunal Constitucional. Es indiscutible que la actual composición del órgano y el perfil académico de algunas de las magistradas ha favorecido la nueva jurisprudencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Por otro lado, el nombramiento en 2023 de cuatro magistrados –dos a propuesta del Gobierno y otros dos por parte del Consejo General del Poder Judicial– ha propiciado que la mayoría del Tribunal esté ahora en manos del llamado «bloque progresista» integrado por siete magistrados frente a cinco del «bloque conservador».

Aunque estas sentencias y los votos particulares que en ellas se incluyen se ocupan de más cuestiones, me centraré exclusivamente en el debate sobre la dimensión constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo.

(ii) La STC 44/2023, de 9 de mayo, ha supuesto un hito, ya que el Tribunal Constitucional ha declarado que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del «contenido esencial» del derecho a la integridad personal (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).

La técnica del contenido esencial de los derechos fundamentales «[...] consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador [...]» (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.º). La identificación del contenido esencial de los derechos es una tarea primordial del Tribunal Constitucional porque le permite mantener a salvo el sistema de derechos constitucionalizados.

La garantía del contenido esencial como límite a la actuación del legislador ha sido utilizada en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional. Sobre qué se entiende por contenido esencial y cómo delimitarlo, baste recordar

la sentencia 11/1981, de 8 de abril (FJ 8). Para fijar cuál es el contenido esencial de un derecho se pueden seguir dos caminos compatibles entre sí. El primero de ellos consiste en «[...] acudir a lo que se suele llamar la *naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho*. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho.[...]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». La segunda vía para definir el contenido esencial de un derecho trata «[...] de buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos*. Se puede 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».

(iii) Para justificar que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido esencial del derecho a la integridad personal, el Tribunal Constitucional en STC 44/2023, de 9 de mayo, utiliza el siguiente argumento. El derecho reconocido en el artículo 15 CE protege, de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal, «la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular». Junto a esta dimensión negativa, «enunciada en términos de incolumidad o derecho de defensa», existe una «dimensión positiva del derecho a la integridad física y moral en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad». Explica el Tribunal que «[e]n esa vertiente positiva, el derecho a la integridad personal presenta un significado primordial como derecho de autodeterminación individual que protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda

persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5)». En consecuencia, «la decisión de la mujer relativa a la interrupción voluntaria del embarazo se sitúa *prima facie* dentro de esa doble vertiente protectora, y ello tanto en lo que concierne a su integridad corporal como a su integridad psíquica o moral».

El Tribunal Constitucional considera, por lo tanto, 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)» (FJ 3B).

(iv) Llegados a este punto, es necesario aclarar que en ningún momento el Tribunal Constitucional crea *ex novo* un derecho constitucional al aborto, como se le ha acusado en varios foros. Incluso en alguno de los votos particulares de la propia sentencia STC 44/2023 se le ha atribuido un «exceso de jurisdicción». Así lo han entendido los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño en su voto particular:

«En efecto, la sentencia de la que disintimos no se limita a analizar si la concreta opción regulatoria plasmada por el legislador en el texto legal sujeto a enjuiciamiento respeta o desborda los límites constitucionales, sino que, excediendo el alcance y los límites del control de constitucionalidad que corresponde a este tribunal, viene a reconocer un nuevo derecho fundamental, que identifica como «derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo», anclado en el art. 15 CE (en conexión con el art. 1.1 CE y el art. 10.1 CE), del que se sigue el deber constitucional de los poderes públicos (singularmente, del legislador) de garantizar su efectividad, lo que no es sino un modo de afirmar el carácter prestacional de este nuevo derecho construido *ex novo* por la sentencia».

[...]

«[U]n derecho fundamental es un derecho creado por la Constitución (un derecho constitucional, pues) y vinculante por ello para todo poder público. Es decir, un derecho que, por su definición en la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, se impone incluso al legislador, y desde luego también al intérprete supremo de la norma fundamental. No le corresponde al Tribunal Constitucional, por tanto, reescribir la Constitución para crear, descubrir o deducir nuevos derechos fundamentales, sustituyendo al poder constituyente permanente. La realidad social puede conducir a que se manifieste incluso la conveniencia de reconocer nuevos derechos fundamentales, pero para ello está prevista la reforma constitucional. El Tribunal Constitucional debe limitarse, al llevar a cabo el enjuiciamiento de una ley, a examinar si la concreta opción legislativa plasmada en la ley impugnada respeta o contradice la Constitución. Cualquier

otra operación excede el alcance y los límites del control de constitucionalidad que corresponde a este tribunal».

Sobre este asunto se ha generado, en mi opinión, una polémica innecesaria, pues de una lectura reposada de la STC 44/2023, de 9 de mayo, no se infiere que el Tribunal haya creado un nuevo derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Lo que ha hecho el Tribunal, con mayor o menor acierto, es afirmar que la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo forma parte del contenido esencial de derechos que sí están expresamente reconocidos en la Constitución.

(v) Ahora bien, el derecho a la integridad personal no es absoluto y puede limitarse legítimamente. Son ilustrativas al respecto las palabras del Tribunal Constitucional en la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, en la que invocando anteriores pronunciamientos²¹ afirma que los derechos fundamentales pueden ceder sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que se infieran de manera mediata o indirecta de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. En todo caso, para el Tribunal Constitucional, las limitaciones que se dispongan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable, de modo que todo acto o resolución que restrinja derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, han de tener presente la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone y, por supuesto, deben respetar su contenido esencial.

Argumenta el Tribunal Constitucional que los derechos de la mujer gestante que desee interrumpir su embarazo encuentran su límite en el deber del Estado de proteger la vida humana en formación. Deber que se deriva del artículo 15 CE. Ahora bien, como recuerda el Tribunal Constitucional (FJ 3C) la vida prenatal es un bien jurídico constitucionalmente protegido, pero no un derecho fundamental. El legislador ha de reconocer,

«[...] un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente, 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. Respetando ese ámbito mínimo que garantice a la mujer un razonable ejercicio de sus derechos, corresponde al legislador determinar el modo en que han de limitarse los derechos constitucionales de la mujer con el fin de tutelar la vida prenatal, como bien constitucionalmente protegido, siempre teniendo en cuenta que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido [...] ha de atender a la proporcionalidad entre

²¹ Así SSTC 11/1981, 2/1982 y 110/1984.

el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone [...] y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial [...]» (FJ 3D).

Es decir, el Tribunal Constitucional acaba resolviendo el recurso ponderando entre dos bienes jurídicos supuestamente en conflicto (la autodeterminación de la mujer y la vida humana en formación). Desde mi punto de vista, y en esto coincido con la magistrada Balaguer aquí no hay un enfrentamiento entre dos derechos siendo innecesaria la ponderación. Si se admite que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido esencial del derecho a decidir sobre la propia integridad personal y la salud, lo que procede hacer es averiguar si esa conducta está limitada por otro derecho o por un bien jurídico protegido, como la vida humana en formación. A una solución parecida llega Presno Linera, pues en su opinión «no hay que introducir argumentos ponderativos, como hace la STC, sino llevar a cabo una delimitación de hasta dónde puede llegar la facultad de decidir sobre la continuidad del embarazo por parte de la mujer titular del derecho a la integridad física y moral y dónde comienza la protección constitucional del feto»²². Presno Linera defiende que no es necesario establecer una jerarquía de derechos basada en un orden de valores o intereses predominantes en cada situación, sino analizar los límites mutuos de los derechos en cuestión y determinar cuál de las expectativas de comportamiento superpuestas conserva su protección²³.

(vi) A partir de la STC 44/2023, de 9 de mayo, el Tribunal Constitucional ha completado esta nueva jurisprudencia con otros pronunciamientos, como la STC 78/2023, de 3 de julio, que otorga el amparo a una usuaria del Servicio Murciano de Salud que fue derivada a una comunidad autónoma distinta a la de su lugar de residencia para que se le practicase un aborto en la semana veinticuatro de gestación al haberse detectado graves malformaciones en el feto²⁴, acogiéndose al artículo 15 c) de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

²² PRESNO LINERA, M., «Las «pautas interpretativas» de la STC sobre la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo», 24 de mayo de 2023. *El derecho y el revés*. Disponible en <https://presnolinera.wordpress.com/2023/05/24/las-pautas-interpretativas-de-la-stc-sobre-la-ley-organica-2-2010-de-salud-sexual-y-reproductiva-y-de-interrupcion-voluntaria-del-embarazo/>.

²³ PRESNO LINERA, M., «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, 2016, pp. 575-587.

²⁴ Sobre este asunto, véase el comentario de TORRES DÍAZ, M.^a C., «La naturaleza jurídica del derecho de las mujeres a decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo: aspectos constitucionales. Comentarios a la STC (Pleno) 78/2023, de 3 de julio de 2023 (Recurso de amparo 2669-2019)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2024, núm. 1. También resulta de interés el trabajo de LOMAS HERNÁNDEZ, V., «Derivación de la gestante a un centro sanitario privado de otra Comunidad Autónoma para la interrupción voluntaria del embarazo (STC 78/2023, de 3 de julio)», *Diario La Ley*, 2023, núm. 10383.

Para asegurar el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo existe una garantía de proximidad geográfica (introducida por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero), de manera que las usuarias deben ser atendidas en el centro o servicio autorizado más próximo a sus domicilios (art. 18). En circunstancias excepcionales, si la administración pública sanitaria no pudiera facilitar en tiempo la prestación, se reconoce a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional (art. 19.5).

Señala el Tribunal Constitucional que no toda infracción de la ley conlleva la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer. Dicha vulneración sólo se dará cuando la previsión legal incumplida incida directamente en el ámbito tutelado por este derecho fundamental. Así sucederá, precisa la STC 78/2023, en los supuestos 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, y en aquellos supuestos en los que se dificulte de manera relevante el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción del embarazo o su práctica (FJ 5). En este punto, el Tribunal determina que la derivación a una clínica privada en Madrid vulnera lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/2010, ya que no se acreditó que concurriesen circunstancias excepcionales que impidiesen a los servicios públicos de salud de la región de Murcia llevar a cabo la interrupción del embarazo. Explica el Tribunal que las garantías previstas en la ley tratan de asegurar que la interrupción del embarazo se lleve a cabo del modo menos gravoso para la mujer, evitando desplazamientos y que pueda contar con los apoyos de sus allegados para hacer frente a esta difícil situación del modo menos traumático posible.

(vii) El tercero de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo es la STC 75/2024, de 8 de mayo, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta y un diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso, contra el artículo único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal con el fin de castigar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para abortar. Los recurrentes entienden que con esta modificación se ha vulnerado el principio de legalidad penal, las libertades ideológicas y de expresión, así como los derechos de igualdad, intimidad, reunión y manifestación.

En la STC 75/2024, de 8 de mayo, el Tribunal Constitucional avala la normativa penal aprobada en 2022²⁵. Según el Tribunal, esta regulación respeta tanto el principio de taxatividad como el de tipicidad. Además, concluye que no se han vulnerado derechos fundamentales como la libertad religiosa, de expresión, de reunión y manifestación, ni el derecho a no ser discriminado por creencias religiosas. La mayoría de los magistrados coincide con los argumentos de la Abogacía del Estado, sosteniendo que el legislador penal ha actuado dentro del marco constitucional, al proteger «el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo».

El Tribunal Constitucional estima que la penalización de la conducta consistente en la obstaculización del ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos no representa un sacrificio innecesario o desproporcionado de los derechos fundamentales concernidos. Como se señala en esta sentencia el legislador debe proteger

«[...] un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar de forma autónoma “y sin coerción de ningún tipo” la decisión de ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo o de no hacerlo. Y resulta obvio que tal garantía normativa se puede alcanzar no solo desde el desarrollo de un modelo de despenalización, más o menos amplio, de la interrupción voluntaria del embarazo, sino también desde la tipificación de conductas limitativas de la libre decisión de ejercer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, supuesto este en el que se encuadraría el tipo penal sometido en el presente proceso a juicio de constitucionalidad».

Argumenta el Tribunal «que el conjunto de intereses con relevancia constitucional protegido por el art. 172 *quater* CP ni está constitucionalmente proscrito, ni es socialmente irrelevante, pues conecta con el pleno desarrollo del principio de igualdad entre hombres y mujeres a través de la garantía plena de los derechos sexuales y reproductivos de estas últimas, en conexión con su derecho a la salud (art. 43 CE) y su integridad física y moral (art. 15 CE). Pero, además, está conectado con el ejercicio de derechos fundamentales por parte de los sujetos pasivos del tipo penal». En conclusión, según el Tribunal Constitucional se ha identificado un problema social, como es el acoso a los profe-

²⁵ Ha sido ponente de esta sentencia la magistrada María Luisa Balaguer Callejón. La sentencia cuenta con dos votos particulares, uno suscrito por el magistrado Ricardo Enríquez Sancho al que se adhiere el magistrado CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, y otro firmado por los magistrados Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera. Un comentario crítico sobre esta sentencia puede leerse en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «Rezar es delito: comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo» *Diario LA LEY*, núm. 10538, Sección Comentarios de jurisprudencia, 3 de julio de 2024.

sionales sanitarios y a las mujeres que desean abortar, y se han previsto «unas consecuencias punitivas para corregir ese problema social en la medida en que ello sirva como instrumento idóneo y necesario para la protección y garantía de intereses con relevancia constitucional» (FJ 5).

(viii) El último de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la interrupción voluntaria del embarazo es la STC 92/2024, de 18 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra varios preceptos 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*. El Tribunal Constitucional ha rechazado todos los motivos de impugnación presentados por el Grupo Parlamentario de Vox en el Congreso. Revisemos algunos de los aspectos más relevantes de este fallo.

La inclusión de la perspectiva de género en la Ley Orgánica 1/2023 es uno de los asuntos objeto de impugnación. En opinión de los recurrentes la perspectiva de género constituye «una visión ideológica de concebir la realidad» que las administraciones públicas no deberían nunca asumir como propia ya que vulnera la libertad ideológica (art. 16 CE). En respuesta a esta objeción, el Tribunal Constitucional asevera que la incorporación obligatoria de la perspectiva de género en las políticas públicas responde a una decisión del legislador que no busca imponer una visión ideológica específica ni contradecir los valores de libertad, pluralismo político, legalidad, libertad ideológica o el principio de objetividad que debe guiar la labor de las administraciones públicas. Por el contrario, su objetivo es fomentar el respeto y la realización plena de estos valores y principios consagrados en la Constitución, garantizando su aplicación efectiva. Por lo tanto,

«[...] nada cabe reprochar desde un punto de vista constitucional al legislador por haber incluido la perspectiva de género dentro del catálogo de principios rectores de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 2/2010 [art. 3.1 f)], en el marco de la educación sanitaria sobre salud sexual y reproductiva [art. 5.1 f)], la atención psicológica y sexológica [art. 7 bis k)], la educación menstrual (art. 10 ter), la elaboración de la Estrategia Estatal de Salud Sexual y Reproductiva (art. 11, apartados tercero y cuarto) y la investigación en materia de salud, derechos sexuales y reproductivos (art. 11 bis, apartados primero y segundo)» (FJ 3).

(ix) Otro de los aspectos impugnados de la Ley Orgánica 1/2023 tienen que ver con la posibilidad de que las menores de entre dieciséis y dieciocho años puedan abortar sin necesidad de contar con autorización paterna. La STC 92/2024 reconoce la capacidad de las jóvenes para decidir sobre su maternidad

«teniendo en cuenta el carácter trascendental que la gestación y la maternidad tienen para la vida de las mujeres, en tanto que condicionan el libre desarrollo de su personalidad y afectan a su integridad física y a su derecho a la intimidad». La legislación española a partir de los dieciséis años «va ampliando las esferas en las que los menores pueden ejercitar válidamente sus derechos y realizar determinados actos jurídicos por sí mismos, siendo especialmente destacable –por su relación con la interrupción voluntaria del embarazo– la relativa a las intervenciones médicas». En definitiva, el precepto recurrido aplica el régimen general de la mayoría de edad sanitaria conforme al art. 9.4 de la Ley 41/2002 y, por lo tanto, la decisión del legislador resulta constitucionalmente admisible (FJ 6).

(x) Tampoco la STC 92/2024, de 18 de junio, aprecia la inconstitucionalidad de la eliminación del periodo obligatorio de reflexión de tres días antes de la práctica del aborto y la supresión del carácter obligatorio de la información sobre ayudas a la maternidad. Argumenta el Tribunal Constitucional que esta medida no es arbitraria, sino que busca desechar la idea de que la mujer que decide abortar no ha reflexionado lo suficiente o no comprende plenamente la trascendencia de su decisión. En su opinión, «ha considerado que tanto la entrega, mediante sobre cerrado, de la información sobre los derechos, prestaciones y ayudas para la maternidad como el período de reflexión de tres días desde dicha entrega constituían obstáculos innecesarios que era necesario eliminar para lograr “el respeto de los derechos de las mujeres y la no infantilización de las mismas”» (FJ 7). Asimismo, concluye el Tribunal, la Ley Orgánica 1/2023 persigue aproximar los requisitos de la interrupción voluntaria del embarazo a los que, con carácter general, se exigen para prestar el consentimiento informado respecto del resto de intervenciones médicas de conformidad a lo establecido en la Ley 41/2002, de derechos del paciente, con lo cual tampoco puede merecer el calificativo de arbitraria la decisión de prescindir de esos requisitos.

4. LAS DISCREPANCIAS SOBRE EL ABORTO EN EL SENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LOS VOTOS PARTICULARES DE LAS MAGISTRADAS BALAGUER CALLEJÓN Y ESPEJEL JORQUERA

(i) La institución del voto particular en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional fue introducida por el artículo 164 de la Constitución de 1978. El apartado primero de este precepto dispone que «[l]as sentencias del

Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado, junto con los votos particulares, si los hubiere». En aplicación de esa previsión constitucional, la *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* (en adelante, LOTC) estableció, en su artículo 90.2, que el presidente del Tribunal y los magistrados podrán expresar mediante voto particular su opinión discrepante manifestada durante la resolución del asunto²⁶. Las discrepancias pueden referirse al fallo (voto particular discrepante) o al razonamiento que lo sustenta (voto particular concurrente). La emisión de votos particulares, tanto en lo que respecta a la decisión como a su fundamentación, requiere un anuncio previo y su defensa en el momento de la deliberación.

Peces-Barba, responsable de su introducción mediante una enmienda *in voce* durante la elaboración de la Constitución, considera que «este reconocimiento y publicación de los votos particulares supone uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional, auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico jurídico, con las opiniones discrepantes representadas por los votos particulares»²⁷.

El uso de los votos particulares ha sido valorado positivamente por la doctrina, al considerarse un instrumento que contribuye a enriquecer la jurisprudencia, posibilitando argumentaciones más completas, susceptibles incluso de desarrollos alternativos en el futuro. Explica Cascajo Castro que con el voto particular «no se impide la formación de una mayoría sustentadora de la *ratio decidendi* y consecuente fallo, a la vez que se contribuye más concretamente a la actuación de los principios constitucionales». Con esta institución se atenúa el peligro de cristalización de la jurisprudencia, pues la opinión que discrepa de la mayoría puede operar como resorte o impulso para posibles cambios en los pronunciamientos del Tribunal. En este sentido, Cascajo Castro defiende que «[...] el *dissent* favorece la formación de una jurisprudencia evolutiva, además de ser instrumento de expresión de valoraciones minoritarias en un órgano colegiado y plural», sin olvidar que permite establecer un diálogo más fructífero y variado con la doctrina. Sin embargo, también existen críticas al uso de los votos particulares, pues se corre el riesgo de trasladar al seno del Tribunal Constitucional las disputas partidistas, favoreciendo la creación de

²⁶ La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, reformó el artículo 90.2 LOTC incluyendo los autos entre los pronunciamientos cuya publicación oficial debe ir acompañada de votos particulares. Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F.; CÁMARA VILLAR, G. y MEDINA REY, L. F.: *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 117-118.

²⁷ Cfr. *La Constitución española de 1978*, Valencia, 1981, p. 252.

fracciones dentro del órgano. La existencia de voces disidentes merma la fuerza y la autoridad del Tribunal. Señala Cascajo Castro que «se compromete la certeza jurídica y debilita el grado de convencimiento y la aceptación establecida de las sentencias, que se convierten así en expresión no tanto de un *ius dicere* cuanto de opiniones de mayorías y minorías»²⁸.

Frente a este tipo de reproches María Luisa Balaguer esgrime que las votaciones en general se corresponden con la diversidad y el pluralismo social de los procedimientos judiciales, así como a la complejidad y grado de dificultad de su resolución, «[...] de manera que en aquellos temas valorativamente más neutros o que tienen poco que ver con la ética o convicciones sociales, las votaciones son frecuentemente poco problemáticas [...] y a medida que los temas sobre los que esta verse sean cuestionados, la divergencia va siendo mayor, y alcanza la mayor polarización en asuntos éticos o de afectación social relacionados con el derecho a la vida, a las libertades o derechos sociales, de afectación general a las personas»²⁹.

(ii) La reciente jurisprudencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo, en especial la STC 44/2023, de 9 de mayo, reproduce fielmente en sus votos particulares la polarización partidista y social sobre esta cuestión. El enfrentamiento dialéctico más intenso e interesante desde el punto de vista de la interpretación constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo se produce entre las magistradas María Luisa Balaguer Callejón y Concepción Espejel Jorquera a través de sus respectivos votos a la STC 44/2023 en los que defienden posturas antagónicas.

La magistrada Balaguer en su voto concurrente apuesta por una despenalización total del aborto consentido, pues el análisis de la interrupción del embarazo debe hacerse desde «un planteamiento jurídico genuinamente laico y despojado del sesgo de moral religiosa que sustenta la persecución penal del aborto consentido». Por ello «[se] debe situar la libertad de la mujer para decidir sobre la interrupción del proceso biológico que es el embarazo, y que se desarrolla en su propio cuerpo, en el centro». Teniendo esto presente, para Balaguer «[...] la decisión del legislador de perseguir penalmente la interrupción voluntaria y consentida del embarazo debe analizarse como un límite al derecho de la mujer, y por tanto, debe ser examinado desde la perspectiva de la mínima invasión en el ejercicio del derecho, asumiendo en esa línea la po-

²⁸ CASCAJO CASTRO, J.L., «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 171-188.

²⁹ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Estudios sobre el Estado social y democrático de derecho: liber amicorum Gregorio Cámara Villar*. Coord. por BALAGUER CALLEJÓN, F.; LÓPEZ AGUILAR, J. F., y BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., Vol. 1, 2024, p. 712.

sibilidad de la despenalización total del aborto consentido». Por ello la magistrada opina que el recurso de inconstitucionalidad no debía haber sido resuelto mediante la técnica de la ponderación, ya que cuando se trata de la interrupción del embarazo «no hay derechos constitucionales en conflicto, en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de esta, su dignidad (art. 10.1 CE), su integridad física y moral (art. 15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art. 18 CE), y su salud sexual y reproductiva (art. 43 CE), los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en tanto que la mujer es titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución». La formulación de la vida prenatal como un bien constitucionalmente protegido es una «formulación jurisprudencial» y, por lo tanto, revisable. Balaguer no niega que el *nasciturus* sea considerado un bien jurídico merecedor de tutela en el ámbito penal. Ahora bien, se puede cuestionar «la cobertura constitucional de su protección, de modo que sea la libre disposición de la mujer embarazada el eje constitucional que marque la argumentación relativa al diseño legal de la interrupción voluntaria del embarazo. Si adoptamos este paradigma interpretativo, radicalmente distinto, entonces podemos salir de la lógica discursiva del conflicto de valores constitucionales». No se trata de ponderar, concluye Balaguer, sino de aceptar la existencia de límites penales sobre la libertad individual de la mujer.

(iii) En opinión de la magistrada Espejel Jorquera, el Tribunal Constitucional con esta sentencia ha desbordado su función de control, pues con este pronunciamiento ha creado «un pseudoderecho fundamental de la mujer a la autodeterminación para la interrupción del embarazo, no recogido en la Constitución, cuya creación, obviamente, compete al poder constituyente y no a este tribunal, lo que conduce a imponer el modelo recogido en la Ley Orgánica 2/2010 como el único modelo constitucional posible»³⁰. La magistrada defiende con determinación que «[...]no cabe, en rigor conceptual, afirmar un derecho subjetivo, referido a la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo objeto no es otro que la destrucción de un bien jurídico como es la vida humana en formación». Y ello porque, «[...] el bien objeto de protección que representa el *nasciturus* no es un bien ordinario más, que pueda someterse al

³⁰ Nuevamente, la magistrada manifestó su desacuerdo al fallo de la STC 92/2024, 28 de junio, respecto al hecho de que «la pretendida evolución de la realidad social aludida en la sentencia se contempló de un modo fragmentario, con apoyo en textos que no tienen fuerza vinculante y en jurisprudencia europea que se analizó de forma incompleta y parcial, y se ignoró que el cauce para acomodar las previsiones de la Constitución a la realidad social en esta materia no puede ser otro que el de la reforma constitucional, ya que el supremo intérprete de la Constitución española no puede en modo alguno modificarla creando derechos inexistentes, con suplantación del poder constituyente».

arbitrio de disponibilidad cuasi patrimonial por parte de una persona con poder para conservarlo o destruirlo». En consecuencia, «resulta insostenible afirmar que la destrucción de una vida humana sea una medida idónea para garantizar la dignidad de la mujer o su integridad física y moral, que no exista una medida menos gravosa o lesiva o que el sacrificio del *nasciturus* reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos».

La magistrada Espejel en su voto particular se refiere constantemente a la STC 53/1985 en la que la vida humana se define como «un devenir», «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» y que la gestación genera «un *tertium* distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta». A diferencia de Balaguer, Espejel rechaza que exista una «identidad o confusión del *nasciturus* con el cuerpo femenino, estándose, en realidad, ante una relación de alteridad, y que «previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana»». Por ello, defiende Espejel, debe haber «una protección reforzada cuando la existencia del concebido depende todavía de la gestante, pues la dependencia de la madre no convierte al *nasciturus* en una parte de la madre equivalente a un miembro u órgano corporal de esta. Por decirlo gráficamente, que el concebido esté físicamente alojado en su cuerpo no lo convierte en su cuerpo, a pesar de que no sea una persona en el sentido, exclusivamente jurídico y no biológico, del art. 30 del Código civil»³¹.

(iv) La magistrada Espejel se muestra muy crítica con la sentencia, ya que «contribuye a perpetuar la devaluación cultural de la maternidad, en la medida en que apunta a la asimilación del embarazo a una vulneración del derecho a la integridad física y moral o un trato inhumano o degradante de la mujer». Asimismo, manifiesta su desacuerdo con la tesis según la cual «tanto el embarazo como su eventual interrupción son fenómenos que afectan de manera exclusiva a las mujeres, y las limitaciones injustificadas o desproporcionadas de

³¹ ESPEJEL JORQUERA ha defendido estos mismos argumentos en su voto particular al fallo de la STC 78/2023, de 3 de julio de 2023. Además de disentar con la consideración del aborto como un derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación en la interrupción del embarazo, tampoco comparte la idea según la cual «la contravención del derecho de configuración legal a la interrupción voluntaria del embarazo pueda incidir directamente en el ámbito tutelado por el derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer en la forma en que finalmente se concluye en el fundamento jurídico 7 de la sentencia, declaración que conduce a resultados desproporcionados a la vista de los precedentes de este tribunal respecto al contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral, doctrina armonizada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 3 CEDH».

sus derechos derivados de tales acontecimientos, anudados indisolublemente a su sexo, constituyen una discriminación por sexo prohibido por el art. 14 CE». A su juicio, resulta incomprensible calificar de discriminación frente al varón una realidad como la maternidad, que, por su propia naturaleza, sólo puede experimentar la mujer. Concluye Espejel que esta sentencia «se asienta en la privación al padre de cualquier participación en la decisión, considerando al nasciturus como una parte más del cuerpo de la madre e ignorando que se trata de un embrión humano fecundado que porta el ADN de ambos progenitores». Esto es, según la magistrada, consecuencia de la perspectiva de género «que inspira la ley orgánica impugnada, se refleja en la ausencia de referencia alguna al padre, o presunto padre», lo que fomenta «la irresponsabilidad del varón en las consecuencias de las relaciones sexuales».

(v) Esa visión de la maternidad no es compartida por Balaguer Callejón. Para la magistrada «la maternidad o paternidad son procesos psicológicos, culturales y sociales, que pueden estar asociados o no al embarazo, de modo que la decisión sobre el proyecto vital que se asocia a la maternidad puede vincularse con el derecho a la intimidad personal y familiar a que se refiere el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos que se conecta, sin ser idénticos, con las previsiones del art. 18 CE». Según Balaguer el principio de igualdad se proyecta «al reconocimiento de la facultad de las mujeres de decidir sobre los procesos biológicos que tienen lugar en su propio cuerpo, en particular sobre aquellos que pueden afectarles única y exclusivamente a ellas». No reconocer esta facultad podría considerarse como un supuesto de «discriminación por indiferenciación», ya que supondría «obligar solo a las mujeres, porque solo ellas pueden gestar, a devenir madres independientemente de su voluntad o no de desarrollar un proyecto vital en torno a la maternidad. Esta obligación, marcada por el derecho penal, jamás será impuesta a quienes no poseen los atributos biológicos necesarios para desarrollar la gestación».

La discriminación por indiferenciación –por igualación, como la denomina Rey Martínez³²–, es aquella que se produce por un trato jurídico idéntico de dos o más situaciones fácticas que son diferentes³³. Aunque el Tribunal Constitucional no reconoce la discriminación por indiferenciación, nada impediría según Balaguer revisar este planteamiento, de modo que fuera posible asumir que no reconocer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo

³² Vid. REY, F., «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 167-181.

³³ Sobre esta cuestión, también resultan de interés las reflexiones recogidas en el trabajo de COBROS MENDAZONA, E., «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta». *Revista española de derecho constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 71-114.

supone imponer un trato discriminatorio, al no reconocerse la particular posición de las mujeres en el contexto de la reproducción humana y al imponerse solo a estas la continuación de un proceso biológico que no desean vivir y, en muchos casos, la asunción de un hecho personal y social, la maternidad, que no planificaron, con la que no se identifican o que no están en condiciones de desarrollar por la razón que sea. Como ha señalado Gómez Fernández «[s]e trata, sencillamente, de entender el texto de la Constitución asumiendo que los derechos que reconoce tienen titulares sexuados y que la integridad física y moral de las mujeres, así como su salud, van intrínsecamente vinculadas a la salud sexual y reproductiva y a la toma de decisiones»³⁴.

(vi) Finalmente, la magistrada Balaguer estima que «la Ley Orgánica 2/2010, que define un sistema mixto, de plazos hasta la semana catorce y de indicaciones a partir de esa semana de gestación, tiene cabida dentro de la Constitución, lo mismo que podría tenerla un sistema de despenalización total del aborto consentido [...]». Por el contrario, «un sistema más restrictivo del derecho de autodeterminación de la mujer sobre su propio cuerpo que el que existe ahora, debería ser analizado, desde el ángulo del control de constitucionalidad, con suma precaución y desde la óptica de la no regresividad de los derechos». Balaguer advierte del riesgo que suponen las modificaciones legales y jurisprudenciales cuando «el eje decisorio de la política criminal se coloca del lado de la moral religiosa y de la lógica del biopoder a través del control del cuerpo y los proyectos vitales de las mujeres», en clara alusión al giro dado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Dobbs* en el año 2022.

5. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, ¿DERECHO O LIBERTAD? A PROPÓSITO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL FRANCESA DE 2024 Y EL RECONOCIMIENTO DE LA «LIBERTAD GARANTIZADA» A ABORTAR

(i) Como hemos visto hasta ahora, en España la defensa de la dimensión constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo la ha asumido el Tribunal Constitucional. En el caso de Francia, ha sido el poder de reforma constitucional el que le ha conferido ese estatus. En efecto, el 4 de marzo de 2024 Francia se ha convertido en el primer país del mundo en reconocer expresamente en su Constitución la interrupción voluntaria del embarazo. Para

³⁴ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023...», cit. p. 260.

ello se ha modificado el artículo 34 en el que se introduce un nuevo apartado con el siguiente contenido: «La ley determinará las condiciones en las que se ejerce la libertad garantizada a la mujer de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo».

La versión definitiva de este precepto logra un equilibrio entre las distintas posturas defendidas por la Asamblea Nacional y el Senado francés. Durante los años 2022 y 2023, ambas cámaras presentaron y discutieron dos propuestas de reforma constitucional, cuyos textos divergían, en primer lugar, en cómo incorporar la interrupción voluntaria del embarazo a la Constitución, bajo la forma de un «derecho» o una «libertad». La proposición aprobada por la Asamblea Nacional, el 24 de noviembre de 2022, planteaba crear un artículo 66-2 en la Constitución francesa con la siguiente redacción: «La ley garantizará la efectividad y la igualdad de acceso al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo». Por su parte, el Senado, en febrero de 2023, votó a favor de introducir en el artículo 34 de la Constitución una propuesta alternativa: «La ley determinará las condiciones en las que se ejerce la libertad de la mujer para interrumpir su embarazo».

Además de las diferencias sobre la naturaleza jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo, los desacuerdos surgieron, en segundo lugar, respecto a su ubicación dentro del texto constitucional. Esta cuestión no es menor, ya que el artículo 34 delimita las materias que son competencia del legislador (reserva de ley), mientras que el artículo 66 garantiza la libertad personal frente a detenciones arbitrarias y la prohibición de la pena de muerte.

(ii) Ante la falta de consenso entre ambas cámaras, pero con el ánimo general de constitucionalizar la interrupción voluntaria del embarazo, se interpelló al presidente de la República para que presentara un proyecto de ley constitucional³⁵. Así lo hizo Emmanuel Macron en diciembre de 2023³⁶. Un proyecto en el que la interrupción voluntaria del embarazo aparece como una «libertad garantizada», para no dejar ninguna duda en cuanto a su protección constitucional. Por otra parte, el proyecto de Macron opta por incluir la interrupción voluntaria del embarazo en el artículo 34 de la Constitución, atribuyendo un papel esencial al legislador en el establecimiento de las condiciones

³⁵ El procedimiento de revisión constitucional está previsto en el artículo 89 de la Constitución. La iniciativa corresponde al presidente de la República o a los miembros del Parlamento. Si la revisión es iniciada por el Parlamento (Asamblea Nacional y Senado), debe ser aprobada por referéndum. Si, por el contrario, la iniciativa parte del presidente de la República, puede ser aprobada por referéndum o por 3/5 partes de los miembros del Parlamento.

³⁶ El texto completo del proyecto está disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/actualite-legislative/2023/exp_jusc23284561_cm_12.12.2023.pdf

del ejercicio de esta libertad como se viene haciendo desde la Ley de 17 de enero de 1975, impulsada por la Ministra de Sanidad Simone Veil, al mismo tiempo que se limita su actuación «ya que con la constitucionalización del aborto podrá ser controlado en sus decisiones por el Consejo Constitucional, mediante un recurso de inconstitucionalidad tras la aprobación de la ley, o posteriormente, a través del planteamiento de una cuestión prioritaria de constitucionalidad».

Hasta la reforma de 2024, el Consejo Constitucional francés ha protegido el derecho de la mujer a controlar su propio cuerpo aplicando el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que contiene una disposición muy general que incluye la «libertad» entre «los derechos naturales e inalienables del hombre». Sin embargo, como subraya Pauline Türk el Consejo Constitucional se ha mostrado siempre prudente, evitando interferir en las decisiones políticas y sociales tomadas por el legislador. Si se le hubiese encomendado, por ejemplo, la responsabilidad de revisar una ley que restringiera efectivamente el acceso al aborto en lugar de reforzarlo, como ha ocurrido hasta ahora, probablemente el Consejo Constitucional habría alegado que carece de un «*pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement*», lo que le hubiese impedido enjuiciar la norma en cuestión. Por eso, en opinión de Türk, insertar en la Constitución la libertad de la mujer de recurrir al aborto, es un acierto ya que ahora el Consejo Constitucional cuenta con una disposición de referencia como parámetro de constitucionalidad³⁷.

El proyecto de Macron fue sometido a la consideración del Consejo de Estado. En su dictamen de 7 de diciembre de 2023, este órgano se pronunció sobre alguna de las cuestiones que más dudas habían suscitado hasta el momento³⁸. En concreto, el Consejo de Estado considera que el reconocimiento a nivel constitucional de un derecho a recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo no difiere de la proclamación de una libertad. Es más, recuerda el Consejo de Estado que la propia jurisprudencia del Consejo Constitucional no define de forma diferente los términos «derecho» y «libertad». Por lo tanto, la redacción propuesta por el Gobierno tiene el efecto, según el Consejo de Estado, de hacer que el ejercicio de esta libertad personal sea responsabilidad exclusiva de la mujer, cuyo ejercicio no precisa de la autorización de un tercero,

³⁷ TÜRK, P.: «Constitutionnaliser la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse: franchir le Rubicon», 27 de febrero de 2024, *Le club des juristes*. Disponible en <https://www.leclubdesjuristes.com/opinion/constitutionnaliser-la-liberte-de-recourir-a-linterruption-volontaire-de-grossesse-franchir-le-rubicon-4951/>.

³⁸ Se puede consultar el dictamen en <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-sur-un-projet-de-loi-constitutionnelle-relatif-a-la-liberte-de-recourir-a-l-interruption-volontaire-de-grossesse>.

y ello con independencia del motivo, la técnica o el sistema que se aplique para interrumpir la gestación.

Este procedimiento de reforma concluyó con la sesión del Parlamento celebrada en Versalles el 4 de marzo de 2024 para votar este histórico proyecto de ley constitucional. Los resultados fueron muy significativos: setecientos ochenta votos a favor, setenta y dos en contra y cincuenta abstenciones. El apoyo de la mayoría de la derecha y la extrema derecha, incluida la excandidata presidencial Marine Le Pen, pone de manifiesto un consenso que trasciende las divisiones partidistas y evidencia la secularización de la política francesa³⁹.

(iii) La reforma puede parecer, a primera vista, innecesaria⁴⁰ en un país donde el aborto cuenta con un respaldo mayoritario de la población y es legal desde 1974. Sin embargo, la votación solemne de Versalles constituye una reafirmación de la República francesa frente a la oleada de conservadurismo que persigue acabar con los derechos conquistados, especialmente los de las mujeres. En efecto, la opción francesa de constitucionalizar expresamente la interrupción voluntaria del embarazo es un referente a tener en cuenta ya que asegura, en gran medida, la irreversibilidad de las conquistas en materia de derechos sexuales y reproductivos.

Ahora bien, con la decisión de introducir en la Constitución francesa la interrupción voluntaria del embarazo como «libertad garantizada» y no como derecho, en mi opinión se renunció a la técnica jurídica a favor de la oportunidad política. Reconocer una libertad significa que el Estado no puede impedir el acceso al aborto. En ese caso, el Estado tiene una obligación «negativa» de no oponerse mediante la adopción de restricciones legales o reglamentarias excesivas que imposibiliten su ejercicio. No obstante, la potestad de «determinación» de las condiciones del aborto atribuida al legislador en el artículo 34 de la Constitución le permitirá retroceder en el nivel de garantías actual. El legislador podría, por ejemplo, reducir el plazo o endurecer las condiciones para recurrir al aborto sin infringir la Constitución. Por el contrario, reconocer un derecho constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo habría tenido mayor fuerza jurídica vinculante, ya que el Estado no sólo no podría impedir el aborto, sino que tendría la obligación llamada «positiva» de hacer todo

³⁹ Sobre este aspecto, resultan de sumo interés las reflexiones de VÁZQUEZ ALONSO, V., «El derecho constitucional al aborto en la Francia laica», *El Mundo*, 13 de marzo de 2024.

⁴⁰ Así lo entiende, entre otros, LEVADE, A., «Inscrire le droit à l'avortement dans notre Constitution, une proposition ni justifiée ni pertinente», 27 de junio de 2022, *Le club des juristes*. Disponible en <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/inscrire-le-droit-a-l'avortement-dans-notre-constitution-une-proposition-ni-justifiee-ni-pertinente-par-anne-levade-professeur-de-droit-public-a-luniversite-paris-1-pantheon-sorbonne-membre-du-c-908/>.

lo posible para que las mujeres tengan acceso a esta prestación, estableciendo los mecanismos legales para ello⁴¹.

(iv) Un sector de la doctrina francesa no comparte esta opinión. Especialmente crítico con la consideración de la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho se ha mostrado Mathieu, al entender que la Constitución no puede ser el receptáculo de todas las cuestiones sociales. No es función del constituyente, dice Mathieu, transcribir a la Constitución cualquier jurisprudencia que se limite a extraer las consecuencias de derechos ya consagrados en la Constitución. La inclusión del aborto en la Constitución en esta forma atenuada, como una libertad garantizada, deja al legislador la potestad para modular su alcance, sin que la ley existente represente un umbral por debajo del cual sería imposible descender⁴².

(v) Otros autores como Mouton opinan que la constitucionalización de un «derecho» al aborto además de ser jurídicamente innecesaria, es políticamente peligrosa. Innecesaria, porque la eficacia tanto de las libertades como de los derechos depende de la voluntad del legislador, que es «*toujours compétent pour en réformer le régime juridique et en moduler concrètement l'effectivité selon les situations juridiques*». Quienes consideran que la constitucionalización de un derecho serviría para neutralizar a un legislador que pudiera serle hostil, ignoran que esto sería contrario a la democracia, pues corresponde precisamente al legislador sobre la base del pluralismo ideológico y político «*déterminer la reconnaissance et la mise en œuvre des droits constitutionnels au nom de la volonté générale qu'il exprime sur le fondement d'une souveraineté nationale*». Además de ser innecesaria la constitucionalización de un «derecho» a la interrupción del embarazo sería políticamente peligrosa, ya que, según Mouton esto supondría desvincular la autodeterminación de las mujeres de su verdadero fundamento constitucional: la libertad consagrada en el artículo 2 de la Declaración de 1789⁴³.

(vi) Más allá de las diferencias conceptuales, hay quienes defienden que la distinción entre derechos y libertades no tiene consecuencias particulares. Expli-

⁴¹ Vid. HENNETTE-VAUCHEZ, S.; ROMAN, D.; SLAMA, S., «Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement», *Revue des droits de l'Homme, Actualités droits et libertés*, julio 2022. Disponible en <https://journals.openedition.org/revdh/14979>.

⁴² MATHIEU, B., «Inscription de l'IVG dans la Constitution: le fantasme d'un retour en arrière», 31 de enero de 2024, *Le club des juristes*. Disponible en <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/contre-inscription-de-livg-dans-la-constitution-le-fantasme-dun-retour-en-arriere-4641/>.

⁴³ MOUTON, S., «IVG dans la Constitution: pourquoi une "liberté" et non pas un "droit" ?», 27 de febrero de 2024, *Le club des juristes*. Disponible en <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/ivg-dans-la-constitution-pourquoi-une-liberte-et-non-pas-un-droit-4936/#:~:text=En%20l'%C3%A9tat%20du%20droit,celle%20du%2027%20juin%202001.>

ca Fallon⁴⁴ que el uso común de la palabra «derecho» alude a la capacidad de reclamar o exigir algo, mientras que el término «libertad» identifica la capacidad de actuar, pensar o expresarse. Sin embargo, el alcance real conferido a un derecho o libertad no se deriva de la forma en que se formulan, sino de la naturaleza de la pretensión expresada por su titular. Así, una libertad tendrá una función defensiva cada vez que un individuo exija al Estado que no la invada. Por el contrario, tendrá una función positiva cuando se le requiera al Estado que aplique las condiciones necesarias para su realización. Las obligaciones positivas y negativas son dos funciones acumulativas de un mismo derecho o libertad. Por último, recuerda Fallon que la jurisprudencia del Consejo Constitucional no acepta un significado diferente de los términos derecho y libertad en este ámbito y, por lo tanto, el establecimiento de un derecho a recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo no tendría un alcance distinto de la proclamación de una libertad⁴⁵.

Si esto es así, cabe preguntarse por qué no se optó por la fórmula de un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en lugar de una «libertad garantizada». Los motivos de esta elección sólo pueden ser políticos, ya que de lo que se trataba era de «cruzar el Rubicón»⁴⁶, alcanzar el consenso necesario en ambas cámaras para aprobar la reforma de la Constitución. La Asamblea Nacional tuvo que renunciar a su propuesta inicial de constitucionalizar la interrupción del embarazo como un derecho y el Senado de la República tuvo que aceptar que esa libertad fuera «garantizada», con el objetivo de responsabilizar al legislador, ya que está llamado a asegurar la efectividad de una libertad que no puede desaparecer ni restringirse excesivamente, a menos que se desconozca el sentido y el alcance del párrafo así añadido al artículo 34 de la Constitución francesa.

6. LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO COMO UN «DERECHO DE LIBERTAD» CON UNA SIGNIFICATIVA VERTIENTE PRESTACIONAL

(i) El debate sobre la naturaleza jurídica del aborto no es, en absoluto, irrelevante. Al contrario, la interrupción voluntaria del embarazo resulta, a mi

⁴⁴ Vid. los comentarios al respecto de FALLON, D.: «L'inscription de l'interruption volontaire de grossesse au sein de la Constitution: entre intérêts juridiques et choix politiques», 2024. <https://hal.science/hal-04491729v1>.

⁴⁵ De idéntica opinión es J. NOËL, «La constitutionnalisation de la liberté de recourir à l'IVG», *Civitas Europa*, núm. 52 (1), 2024, pp.191-199. <https://doi.org/10.3917/civit.052.0191>.

⁴⁶ La expresión la utiliza TÜRK, P., en su trabajo «Constitutionnaliser la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse: franchir le Rubicon», *cit. passim*.

juicio, un ejemplo paradigmático de la necesidad de abogar por un sistema unitario de derechos fundamentales, entre los que no exista una jerarquía. Los diferentes derechos han de ser interpretados según la función determinada constitucionalmente para cada uno de ellos –acotar esferas de autonomía privada, determinar grados de participación y configurar prestaciones públicas– a través de un orden de valores positivizado en la propia constitución.

La transformación del Estado liberal de Derecho en el Estado social y democrático de Derecho supuso, en primer lugar, la inclusión en las constituciones de los derechos prestacionales. Así mismo, se ha producido una evolución en los derechos de libertad al ser reinterpretados desde la óptica prestacional. Además de configurarse como límites, los derechos de libertad encierran un deber de actuación de los poderes públicos. Siendo así, todos los derechos constitucionalizados van a tener una vertiente subjetiva y una vertiente objetiva cuya extensión variará dependiendo de cada caso concreto. A este respecto, Prieto Sanchís indica que en los derechos sociales predomina la dimensión objetiva sobre la subjetiva. Ahora bien, esta es una cuestión de grado y no un elemento esencial que permita separar nítidamente los diferentes derechos. Las libertades operan como derechos subjetivos y se ha tardado en reconocer en ellas normas objetivas y pautas hermenéuticas. Con los derechos sociales o prestacionales ocurre lo contrario. Estos derechos surgen como exigencias objetivas de la idea de Estado social y posteriormente se han articulado como derechos subjetivos⁴⁷.

(ii) Desde este punto de vista, la interrupción voluntaria del embarazo se podría calificar, genéricamente, como un «derecho de libertad» con una significativa vertiente prestacional, compuesto por varias posiciones jurídicas de diversa naturaleza y estructura. Usando la expresión acuñada por Alexy, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es, a mi juicio, «un derecho fundamental como un todo», es decir un haz de posiciones individuales iusfundamentales⁴⁸.

En el ordenamiento jurídico español, de la interpretación sistemática de los artículos 15 y 43.1 CE se puede deducir, en primer lugar, la existencia de un derecho conformado por dos vertientes cuyo objetivo común es garantizar un ámbito de libertad y de autonomía con relación a su salud sexual y reproductiva. La primera de estas vertientes otorga a su titular la capacidad *prima facie* –es decir, siempre y cuando no se establezcan límites constitucionales–

⁴⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 189.

⁴⁸ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. por E. Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 240.

de hacer u omitir lo que determine la voluntad individual respecto al hecho biológico que supone el embarazo⁴⁹. Este reconocimiento conlleva, a su vez, la existencia de un derecho, también *prima facie*, y por tanto susceptible de restricciones, a exigir a los poderes públicos que no impidan las acciones u omisiones de su titular. Ahora bien, como señala Alexy el derecho general de libertad puede extenderse más allá de la protección de *acciones* e incluir también la protección de *situaciones* y de *posiciones jurídicas*, amparando de este modo no sólo el «hacer» del titular, sino también su «ser» fáctico y jurídico⁵⁰. Esta afirmación, aplicada a nuestro ámbito de estudio, nos permite afirmar que de los artículos 15 y 43.1 CE se deriva, en segundo lugar, una situación subjetiva configurada como una libertad negativa. Es decir, todo individuo está constitucionalmente legitimado para exigir a los demás, poderes públicos y ciudadanos, que observen una conducta tal que no altere el estado psicofísico en que consiste el embarazo. Es decir, impone un deber de abstención. El derecho a la interrupción del embarazo se configura, recurriendo de nuevo a la expresión utilizada por Robert Alexy, como un *derecho de defensa* frente al Estado para que éste se abstenga de intervenir. Entraría dentro de la categoría de los denominados *derechos a acciones negativas*. Y dentro de los derechos a las acciones negativas, se podría ubicar en la tipología de los *derechos a la no afectación de propiedades*. El propio Alexy pone como ejemplo de *propiedades* las de vivir y estar sano⁵¹.

Los dos aspectos analizados, la libertad positiva y negativa, confluyen bajo la expresión «derecho a la interrupción voluntaria del embarazo». Un derecho que otorga a su titular la potestad para decidir, dentro de unos límites constitucionalmente establecidos, qué hacer con ese bien de titularidad individual. Esta es la idea que subyace en la STC 44/2023, de 9 de mayo, cuando el Tribunal Constitucional invoca el valor de la libertad como fundamento constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo: «la libertad de la mujer

⁴⁹ Recordemos los argumentos del Tribunal Constitucional al respecto «El embarazo es, en primer término, un proceso biológico de la máxima trascendencia para el cuerpo de la mujer en cuanto implica alteraciones sustanciales de carácter morfológico y fisiológico en prácticamente todos los sistemas corporales: endocrino, circulatorio, inmunológico, musculoesquelético, dérmico, respiratorio, excretor, digestivo y, por supuesto, reproductor. El parto, por otra parte, constituye un evento fisiológico complejo, naturalmente doloroso y arriesgado, que en gran parte de las ocasiones demanda la práctica de algún tipo de intervención quirúrgica en el cuerpo de la madre, ya sea una intervención de menor entidad (episiotomía) o una de mayor relevancia médica (cesárea). A estas alteraciones estrictamente físicas del cuerpo se unen cambios relevantes a nivel psico-emocional; de hecho, el embarazo aparece identificado en la literatura científica como un potente estresor, y puede llegar a derivar en síntomas de depresión perinatal» (STC 44/2023, FJ 3B).

⁵⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. pp. 334 y sigs.

⁵¹ *Ibidem*, p. 192. Según el autor, la fórmula de este derecho sería: *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la salud de *a*.

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). Esto implica, añade el Tribunal «[...] el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presentan, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (FJ 3).

Sin embargo, como hemos visto, la magistrada Balaguer Callejón, en su voto concurrente a la STC 44/2023, de 9 de mayo, da un paso más en este planteamiento al entender que «el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer» que ejerce su libertad al amparo del artículo 17.1 CE. La libertad, señala Balaguer:

«[...]no debe quedar reducida al reconocimiento de la libertad deambulatoria o la interdicción de privación de libertad física. No podemos obviar que la libertad también se proclama constitucionalmente como un valor superior del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 CE. Admitir la posibilidad de interrumpir el propio embarazo no es solo afirmar un derecho o una libertad positiva (libertad para abortar), sino que también supone reconocer la existencia de un derecho de resistencia frente a un mandato externo, una libertad negativa de que es titular la mujer que no quiere verse constreñida a convertirse en madre contra su voluntad».

(iii) Como se ha indicado anteriormente, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es, en segundo lugar, un derecho a *prestaciones en sentido estricto*. Esto es, un derecho frente al Estado a un conjunto de servicios y cuidados médico-sanitarios cuya existencia se fundamenta en la constitucionalización del Estado social y del mandato contenido en el artículo 9.2 CE. De esta manera, se asegura la libertad fáctica evitando, como explica Alexy, que las libertades jurídicas se conviertan en fórmulas vacías⁵².

De nuevo traemos a colación las palabras de la magistrada Balaguer cuando, en el voto concurrente a la STC 44/2023, de 9 de mayo, asevera que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo tiene una dimensión prestacional, que no es simplemente un aspecto secundario o instrumental del mismo, susceptible de mayores restricciones en comparación con la proclamación del derecho-libertad a acceder al aborto. Por el contrario, constituye una vertiente fundamental para el ejercicio efectivo del derecho. Una vez despenalizado el aborto, si no se implementa un sistema de salud pública que garantice la protección de la salud reproductiva de las mujeres, sólo se habrá eliminado el riesgo de sanción penal –lo cual no desincentiva la prác-

⁵² *Ibidem*, p. 488.

tica del aborto—, pero no se habrá asegurado un acceso libre, seguro y asequible al procedimiento, advierte Balaguer. En consecuencia, no se habrá garantizado el ejercicio real del derecho fundamental a la autodeterminación sobre el propio cuerpo.

(iv) En el ordenamiento jurídico español, las posiciones iusfundamentales que conforman el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, tendría cada una de ellas un estatuto jurídico diferente. Así, la posición más fuerte estaría constituida por la libertad de interrumpir el embarazo, en conexión directa con el derecho a la integridad psicofísica del individuo del artículo 15 CE. En este caso, prevalece la vertiente subjetiva del derecho sobre la objetiva, con lo cual la intervención del legislador se verá limitada por un contenido esencial fuerte, que vendría a coincidir, por un lado, con la intangibilidad de la integridad personal y, por otro, con la libre disposición del propio cuerpo. A este derecho se le aplicarían todas las garantías subjetivas y objetivas propias de los derechos de la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución, incluidos el recurso de amparo y la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los aspectos esenciales del derecho y el establecimiento de límites o restricciones al mismo.

En la vertiente prestacional del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, lo que predomina es el contenido objetivo sobre el subjetivo. La efectividad de este derecho depende de la intervención del legislador que deberá concretar el objeto, la titularidad y los derechos y obligaciones de sus destinatarios. En cuanto a las garantías de orden constitucional, esta posición jurídica está tutelada, principalmente, por las garantías objetivas. Si se hace una interpretación literal del artículo 53 CE no cabría, en principio, plantear un recurso de amparo por vulneración de este derecho. Sin embargo, si de la infracción de las garantías previstas para el ejercicio de la vertiente prestacional y asistencial del derecho se pudiera derivar un daño para la integridad personal y la libertad de la gestante, se justificaría la interposición del amparo ante el Tribunal Constitucional. Así lo ha defendido el Tribunal Constitucional en la STC 78/2023, de 3 de julio, en la que se afirma que «al ser el derecho a la interrupción del embarazo un derecho de configuración legal que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer, la infracción de las previsiones legales que tienen como objeto garantizar que este derecho se ejerce conforme a las exigencias constitucionales conllevan también la del derecho fundamental» (FJ 7).

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. por E. Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (1.ª reimpresión).
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I.: «Rezar es delito: comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo» *Diario LA LEY*, núm. 10538, Sección Comentarios de jurisprudencia, 3 de julio de 2024.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.; CÁMARA VILLAR, G.; MEDINA REY, L. F.: *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.ª L.: «El voto particular en el ordenamiento jurídico», *Estudios sobre el Estado social y democrático de derecho: liber amicorum Gregorio Cámara Villar*. Coord. por F. Balaguer Callejón, J. F. López Aguilar, M.ª L. Balaguer Callejón, vol. 1, 2024, pp. 705-732.
- CASCAJO CASTRO, J. L.: «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 171-188.
- COBREROS MENDAZONA, E.: «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta». *Revista española de derecho constitucional*, núm. 81, 2007, pp. 71-114.
- DURÁN FEBRER, M.: «La constitucionalización de los derechos de género», en Freixes Sanjuán, T. y Sevilla Merino, J.: *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005, pp. 281-287.
- ELÓSEGUI ITXASO, M.: *Diez temas de género: hombre y mujer ante los derechos pro-ductivos y reproductivos*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2011.
- FALLON, D.: «L'inscription de l'interruption volontaire de grossesse au sein de la Constitution: entre intérêts juridiques et choix politiques», 2024. Disponible en de <https://hal.science/hal-04491729v1>
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2023, de 3 de julio de 2023: Una jurisprudencia nueva sobre la interrupción voluntaria del embarazo» *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 11(2), pp. 257-261. Disponible en <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/31861>
- HENNETTE-VAUCHEZ, S.; ROMAN, D.; SLAMA, S.: «Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement», *Revue des droits de l'Homme, Actualités droits et libertés*, julio 2022. Disponible en <https://journals.openedition.org/revdh/14979>
- LEVADE, A.: «Inscrire le droit à l'avortement dans notre Constitution, une proposition ni justifiée ni pertinente», 27 de junio de 2022, *Le Club des juristes*. Disponible en <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/inscrire-le-droit-a-l'avortement-dans-notre-constitution-une-proposition-ni-justifiee-ni-pertinente-par-anne-le-vade-professeur-de-droit-public-a-luniversite-paris-1-pantheon-sorbonne-membre-du-c-908/>

- LOMAS HERNÁNDEZ, V.: «Derivación de la gestante a un centro sanitario privado de otra Comunidad Autónoma para la interrupción voluntaria del embarazo (STC 78/2023, de 3 de julio)», *Diario La Ley*, 2023, núm. 10383.
- MATHIEU, B.: «Inscription de l'IVG dans la Constitution: le fantasme d'un retour en arrière», 31 de enero de 2024, *Le club des juristes*. Disponible en <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/contre-inscription-de-livg-dans-la-constitution-le-fantasme-dun-retour-en-arriere-4641/>
- MOUTON, S.: «IVG dans la Constitution: pourquoi une «liberté» et non pas un «droit»?», 27 de febrero de 2024. *Le club des juristes*. Disponible en <https://www.leclubdesjuristes.com/justice/ivg-dans-la-constitution-pourquoi-une-liberte-et-non-pas-un-droit-4936/#:~:text=En%20l'%C3%A9tat%20du%20droit,celle%20du%2027%20juin%202001.>
- NOËL, J.: «La constitutionnalisation de la liberté de recourir à l'IVG», *Civitas Europa*, núm. 52 (1), 2024, pp.191-199. Disponible en <https://doi.org/10.3917/civit.052.0191>.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; PRIETO SANCHÍS, L.: *La Constitución española de 1978: un estudio de derecho y política*, Valencia, 1981.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, 7.^a ed.
- PRESNO LINERA, M.: «Las «pautas interpretativas» de la STC sobre la Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo», 24 de mayo de 2023. *El derecho y el revés*. Disponible en <https://presnolinera.wordpress.com/2023/05/24/las-pautas-interpretativas-de-la-stc-sobre-la-ley-organica-2-2010-de-salud-sexual-y-reproductiva-y-de-interrupcion-voluntaria-del-embarazo>
- PRESNO LINERA, M.: «Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales», en *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, 2016, pp. 575-587.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- REY MARTÍNEZ, F. «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 167-181.
- TORRES DÍAZ, M.^a C.: «La naturaleza jurídica del derecho de las mujeres a decidir sobre la interrupción voluntaria de su embarazo: aspectos constitucionales. Comentarios a la STC (Pleno) 78/2023, de 3 de julio de 2023 (Recurso de amparo 2669-2019)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2024, núm. 1.
- TÜRK, P.: «Constitutionnaliser la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse: franchir le Rubicon», 27 de febrero de 2024, *Le club des juristes*. Disponible en <https://www.leclubdesjuristes.com/opinion/constitutionnaliser-la-liberte-de-recourir-a-linterruption-volontaire-de-grossesse-franchir-le-rubicon-4951/>
- VÁZQUEZ ALONSO, V.: «El derecho constitucional al aborto en la Francia laica», *El Mundo*, 13 de marzo de 2024.

EL CASO CURSACH Y EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS

JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ

UNED

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1 Algunos contornos del secreto profesional de los profesionales de la información. 1.2 El secreto profesional de los periodistas ante la justicia penal. 2. La legitimación de los periodistas ante las medidas de investigación. 3. El acceso a la jurisdicción y el derecho al recurso. 3.1 La legitimación para el acceso a la jurisdicción y el derecho al recurso. 3.2 La interpretación de las normas procesales y la defensa de los derechos sustantivos. 4. Los derechos fundamentales sustantivos como argumento para flexibilizar las normas procesales. 4.1 El alcance indiscriminado de las medidas. 4.2 Afectación a derechos sustantivos: libertad de información y secreto profesional de los periodistas. 4.2.1 Libertad de información y secreto profesional. 4.2.2 Secreto profesional a tenor de la jurisprudencia del TEDH. 4.2.3 Secreto profesional en el caso examinado. 5. Comentario final.

1. INTRODUCCIÓN

Para contribuir a un libro homenaje dedicado a la profesora María Luisa Balaguer, una buena opción era buscar un tema cuyo tratamiento conciliase lo abordado en alguna de sus obras y las líneas de investigación de quien lo escribe. De ahí, que me haya decantado por hacer un comentario sobre una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) de la que ha sido ponente en su calidad de Magistrada. Se trata de la STC 30/2022, de 7 de marzo, relativa al conocido

como caso *Cursach*¹ y que está relacionada con la tutela judicial efectiva en conexión con el ejercicio de otros derechos fundamentales, en particular, el secreto profesional de los periodistas².

Así, aparte de la consideración ya expresada, mi interés en esta sentencia radica en que se trata de un pronunciamiento relativamente reciente, cuyos contenidos también se proyectan sobre este derecho de los periodistas que, en términos generales, está huérfano de tratamiento en la jurisprudencia constitucional. Además, es de plena actualidad, porque recurrentemente aparecen casos en los que hay un afán por investigar a los periodistas para identificar a los autores de las filtraciones de actuaciones judiciales secretas.

1.1 Algunos contornos del secreto profesional de los profesionales de la información

De cualquier manera, no podemos adentrarnos en este comentario, sin hacer una breve alusión, aunque sea introductoria, a los rasgos de este derecho fundamental, al menos, en aquellos aspectos que se dan por supuestos y que omite la argumentación de la sentencia. Ocurre de este modo lo mismo que con nuestro texto constitucional que, a la hora de hacer referencia al secreto profesional en el artículo 20.1 d) CE, no define en qué consiste y lo presupone³. Se limita a hacer referencia a que la ley regulará el secreto profesional «en el ejercicio de estas libertades», por lo que solo lo enmarca como un derecho de carácter profesional ligado a las libertades informativas⁴.

Así, el secreto profesional ejerce un papel instrumental con relación a la libertad de información y por esta razón, no solo actúa como derecho fundamental individual del periodista, sino que coadyuva a mantener la garantía

¹ El caso *Cursach* derivó de una investigación criminal en torno a las actividades de un grupo empresarial ligado al ocio nocturno mallorquín y que implicaba a diversos funcionarios públicos. Una de las características de este caso es que hubo muchas incidencias y diversos procesos paralelos, que llevaron a la condena de un fiscal y de un juez por prevaricación, mientras que los acusados terminaron absueltos ante las irregularidades de la investigación.

² El tratamiento del secreto profesional de los periodistas se refleja en otras contribuciones de la profesora BALAGUER, precisamente en otro libro homenaje al profesor Íñigo Cabero Lataillade. Véase BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El secreto profesional de los periodistas como límite y garantía del derecho de información», en Peña González, J. (Coord.), *Libro homenaje a Íñigo Cavero Lataillade*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 525-540.

³ MORETÓN TOQUERO, A., *El secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 361.

⁴ La expresión constitucional «en el ejercicio de estas libertades» circunscribe este derecho a las libertades de carácter informativo, porque la reserva de las fuentes es poco o nada relevante respecto en el ámbito de la libertad de expresión de ideas y opiniones. Véase MORETÓN TOQUERO, A., *op. cit.* 2012, p. 257.

institucional al servicio de la realización de una opinión pública libre y del pluralismo político que nuestra Constitución consagra. Por este motivo, el secreto profesional de los periodistas participa de la posición prevalente que ostenta la libertad de información ante otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos.

Al margen de estos trazos generales, el legislador debería haber sido quien determinase sus contornos, pero transcurridos más de cuarenta años desde la aprobación de la Constitución –y pese a los múltiples intentos de regulación–, seguimos sin una norma que lo desarrolle⁵. No obstante, pese a la inacción del legislador, es comúnmente aceptado que corresponde a los profesionales de la información –no a los ciudadanos, como sí opera la libertad de información– y que consiste en la facultad de ocultar la identidad de las fuentes que utilizan en su trabajo. Además, su ámbito de protección no se limita a esta facultad, sino que se ha ido ampliando para amparar aquellos detalles y datos que éste conozca y que puedan conducir a la fuente, así como a sus materiales, herramientas y lugares de trabajo en la medida en que puedan contribuir a esta identificación⁶.

Como pone de manifiesto Balaguer Callejón⁷, es evidente que se trata de una modalidad de secreto profesional muy diferente a la de otras profesiones, porque opera sobre la identidad de las fuentes, pero no sobre el contenido de lo conocido. Es más, la información que se obtiene está llamada a ser difundida. Así, el secreto profesional de los periodistas conjuga dos extremos aparentemente enfrentados en el binomio transparencia-opacidad: la ocultación de la fuente y la difusión del contenido⁸. Por otra parte, en algunas profesiones, el

⁵ Es paradójico que la Constitución española fuese el primer texto de la historia constitucional que incluyó el secreto profesional de los periodistas como derecho y que más de cuarenta años después siga sin llevarse a efecto la remisión al legislador para su regulación. De hecho, los derechos que se atribuyen a los profesionales de la información en el marco del artículo 20.1 d) CE –la cláusula de conciencia y el secreto profesional– han tomado caminos distintos porque desde hace décadas contamos con el desarrollo de la cláusula de conciencia –L.O. 2/1997, de 19 de junio–. Entre las razones que se esgrimen para esta abstención del legislador se alude a la desconfianza de todas las partes sobre el posible resultado de una regulación: de los periodistas porque la ley tenga un carácter restrictivo y desde los grupos políticos porque desemboque en que los periodistas dispongan de «un pase de libre circulación por el Código Penal». Véase FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *El secreto profesional*. III Jornada de derecho constitucional sobre Constitución y libertad de expresión, Fundación Manuel Giménez Abad, 2008, p. 22.

⁶ MORETÓN TOQUERO, A., *op. cit.* 2012, p. 359.

⁷ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *op. cit.*, p. 534.

⁸ Esta es una de las características llamativas del secreto profesional porque información y secreto en lugar de ser opuestos se complementan y el secreto se pone al servicio de la actividad de difusión de la información y de la veracidad. Así, el secreto profesional sirve a «la contradictoria posibilidad de que el periodista pueda servirse del silencio con la finalidad de sacar a la luz una información relevante de interés general o bien [...] la de garantizar que la información [...] se aproxima al máximo a la «verdad informativa», entendida como relato de hechos apegado a la realidad». MORETÓN TOQUERO, A., «La protección de

secreto es un deber jurídico, cuya ruptura les puede hacer merecedores de sanción penal; mientras que, en el caso de los profesionales de la información, es un derecho constitucional del periodista que puede ejercer o no, constituyendo únicamente un deber deontológico⁹.

1.2 El secreto profesional de los periodistas ante la justicia penal

En todo caso, al tratarse de un derecho fundamental constitucional tiene eficacia directa aun sin desarrollo legislativo y es oponible *erga omnes*, ya se trate de poderes públicos o de particulares, sin que el periodista deba experimentar consecuencias negativas por ello. Sin embargo, como indica Balaguer Callejón¹⁰, la mayor tensión se produce cuando desde instancias judiciales se insta al periodista a desvelar sus fuentes, bien como testigo para descubrir quién ha cometido un delito¹¹; o bien, como investigado, cuando el acceso a la información o el contenido de lo publicado constituya delito¹².

las fuentes de información: La integración del modelo español con la jurisprudencia del TEDH», *Estudios de Deusto* núm. 62, 2014, p. 121 y 122.

⁹ Las diferentes posiciones de la doctrina respecto al secreto profesional lo conciben como derecho, como deber, o como derecho-deber, pero en última instancia, se trata de un derecho «puesto que, derecho y no deber, es lo que se constitucionaliza en el artículo 20.1 d)». MORETÓN TOQUERO, A., *op. cit.* 2012, p. 219 y 220.

¹⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *op. cit.*, p. 535.

¹¹ Con base en el secreto profesional, aquel periodista que fuese llamado a declarar como testigo en un proceso penal puede esgrimir su derecho para no desvelar la fuente, ni aquella información que pudiese conllevar su identificación, sin que por ello le pueda acarrear multa o sanción penal por un delito de desobediencia. Sin embargo, no se exime al periodista de comparecer, pero sí le permite oponerse a declarar en lo que respecta a la identidad de la fuente –lo que no puede es mentir sobre su identidad–. Por lo demás, como el secreto profesional no cubre aquello que se conoce porque está llamado a ser susceptible de publicación –a diferencia de otras modalidades de secreto–, no se podría oponer a desvelar el contenido de lo conocido –siempre que no lleve a la identificación de la fuente–, dado que queda extramuros del derecho al secreto profesional periodístico. De cualquier manera y con relación a la condición de testigo, se pone el foco en que el secreto profesional no exonera de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades si se han cometido delitos o si estos se van a producir, es más, si el periodista es testigo directo, no hay nada que ocultar porque el mismo sería la fuente. Véase FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, p. 33.

¹² Así cuando un periodista tiene la condición de encausado «podrá mantener el silencio ayudado además por el derecho a no declarar contra sí mismo que la Constitución consagra en el art. 24.2.» –ROSADO IGLESIAS, G., «El Estatuto Jurídico de los Periodistas», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, 2005, p. 68–; posición también defendida por MORETÓN TOQUERO porque en estos casos «se pueden solapar dos facultades de silencio» –MORETÓN TOQUERO, A., *op. cit.* 2014, p. 137–. Más distante se muestra FERNÁNDEZ MIRANDA quien resta cualquier función al secreto periodístico afirmando que realmente opera el derecho a guardar silencio que ostenta cualquier investigado. Véase FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, A., *op. cit.*, p. 40. Aún así, guardar silencio sobre las fuentes puede tener incidencia en la defensa del periodista porque estará renunciando a una posible vía exculpatoria. Además, en los casos en los que se ponga en duda la veracidad de lo publicado, la ocultación de las fuentes conlleva que deba demostrar que ha realizado otras comprobaciones de la información porque la existencia de fuentes indeterminadas, «no

De cualquier manera, la inexistencia de una regulación mediante Ley orgánica de este derecho, ocasiona que no se tenga tan claro su ámbito de protección más allá del supuesto básico del ejercicio del derecho para negarse a declarar sobre la fuente, extremo que, aun así, puede ser controvertido ante bienes que sea necesario proteger y, especialmente, ante delitos graves¹³.

Un ejemplo de ello son las diligencias de investigación del caso que se examina, porque ilustran la activación sin titubeos de medidas invasivas e indiscriminadas para la averiguación de la identidad de las fuentes de información periodística. Por este motivo, sentencias como esta nos ofrecen parámetros para que la actuación de los poderes públicos, y en concreto de los jueces y tribunales, mantengan garantías acordes al respeto a su contenido esencial y sus límites.

En ausencia de una regulación y de jurisprudencia constitucional que haya profundizado sobre este derecho, ha sido la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) emanada a partir del caso *Goodwin c. Reino Unido* (1996)¹⁴ la que nos ofrece parámetros sobre la protección de las fuentes, a lo que se suman otros textos internacionales de referencia¹⁵.

En todo caso, esto no resta importancia a la idoneidad de una ley orgánica de desarrollo del secreto profesional en España, porque sigue persistiendo la necesidad de una nítida delimitación de quienes son sus titulares —más detallada que la mera referencia a los profesionales—¹⁶, o que se precise cuáles son sus límites y garantías¹⁷. En esta tarea será imprescindible, además, tener en consideración el

supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento» pero debe «acreditar que ha hecho algo más» (STC 123/1993, de 19 de abril, FJ5).

¹³ Entre ellos, se enumeran algunos que podrían operar como límites específicos del secreto profesional: la evitación de un delito o un daño a las personas, el conocimiento de la falsa imputación de un delito, la mala fe del periodista o su participación delictiva en la obtención y difusión de la información, entre otros. MORETÓN TOQUERO, A., *op. cit.*, 2012, p. 378. En la misma línea, ROSADO IGLESIAS, G., *op. cit.*, 2005, p. 68 y SÁNCHEZ LORENZO, J., «El derecho de los informadores al secreto profesional en la Constitución Española: un derecho sin Ley», *Misión Jurídica*, núm. 13, 2017, p. 155.

¹⁴ La STEDH de 27 de marzo de 1996, *Goodwin c. Reino Unido*, reconoce por primera vez en la jurisprudencia el TEDH que la protección de las fuentes es un derecho comprendido en la libertad de expresión del artículo 10 del CEDH.

¹⁵ Véase, por ejemplo, la *Recomendación N.º R (2000) 7, de 8 de marzo de 2000* del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre el derecho de los periodistas a no desvelar sus fuentes de información.

¹⁶ Este sigue siendo un punto de debate presente en las discusiones sobre quién ostenta este derecho fundamental porque, siguiendo la literalidad del artículo 20.1 d) CE, más que a un periodista debemos referirnos a un «profesional» que utilice «cualquier medio de difusión». Por ello, surgen múltiples planteamientos sobre la titularidad del derecho ante la diversificación y transmutación de las fórmulas para informar que pueden tener un encaje total o parcial en la idea de práctica profesional y en la forma de concebir el concepto de informador. Véase, J. de Miguel Bárcena, «Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo», *Revista de Estudios Políticos*, 173, 2016, p. 152; D. Capodiferro Cubero, D., «La libertad de información frente a Internet», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 707.

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *op. cit.*, p. 536-539.

importante impulso normativo de la UE de los últimos años que tiene incidencia directa en el ámbito de la protección de las fuentes periodísticas¹⁸.

Tras estos comentarios introductorios, pasamos al tratamiento de la sentencia que nos ocupa, adelantando que terminará declarando la vulneración de la tutela judicial efectiva en conexión con el secreto profesional de los periodistas y otros derechos fundamentales.

2. LA LEGITIMACIÓN DE LOS PERIODISTAS ANTE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN

Como se atisba por lo descrito en las líneas precedentes, nos encontramos ante un caso en el que un juez de instrucción dictó una serie de medidas de investigación, que tenían como finalidad la averiguación de la fuente que filtró información sometida a secreto sumarial.

El caso surgió a partir de diversas publicaciones de información policial y judicial y, como consecuencia, se abrió una pieza separada para investigar el origen de las filtraciones. De ahí que se acordaran diligencias de investigación con relación a los periodistas que intervinieron en la publicación de las noticias. Éstas contemplaban una diversidad de actuaciones que iban, desde la obtención de datos sobre el uso de los dispositivos móviles de periodistas y de las líneas telefónicas de agencias de medios –Europa Press y Agencia EFE–¹⁹; a la entrada y registro de los domicilios profesionales para la entrega de ordenadores, teléfonos móviles y dispositivos de almacenamiento masivo de empresas informativas –Europa Press y Diario de Mallorca–.

En este punto hay que advertir de inicio, que el objeto y los fundamentos jurídicos de la sentencia de amparo se centran en el derecho a la tutela judicial efectiva en sus vertientes de acceso a la jurisdicción y derecho al recurso, desde los que transita al derecho fundamental de los periodistas al secreto profesional. Esta focalización en torno a la tutela judicial efectiva se deriva del intento de los

¹⁸ Con ello hacemos referencia al Reglamento Europeo sobre la Libertad de los Medios de Comunicación de 11 de abril de 2024; a la Directiva (UE) 2024/1069 frente a los litigios abusivos –antiSLAPP–; o a la Directiva (UE) 2019/1937, sobre protección de informantes –ya transpuesta en España mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero–. Por razones de espacio no se tratarán sus contenidos y para una visión panorámica se remite al texto de PAUNER CHULVI, C., «La protección de las fuentes periodísticas en la era digital y el impulso regulatorio de la Unión Europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 54, 2024, pp. 189-216.

¹⁹ Entre ellas, se requirió a las compañías telefónicas la relación de llamadas entrantes y salientes, el posicionamiento de los dispositivos móviles, los datos de la mensajería instantánea, o los accesos a internet, entre otros.

periodistas y de las empresas de medios de oponerse a las diligencias acordadas por el juez de instrucción y de personarse en la causa para defender sus intereses, alegando que las medidas afectaban a sus derechos fundamentales²⁰. Sin embargo, el Juzgado de Instrucción núm. 12 de Palma de Mallorca, y posteriormente, la Audiencia Provincial de Baleares no permitieron ambos extremos, desestimando o inadmitiendo sus correspondientes pretensiones según el caso.

En síntesis, el razonamiento principal que ofrecían las autoridades judiciales, venía dado en la falta de legitimación de los recurrentes por no formar parte del procedimiento, ya que no eran parte en el proceso –ni investigados, ni perjudicados–, argumentando que solo ostentaban la condición de «terceros afectados por determinadas medidas de investigación», y que, tampoco se producían las circunstancias que prevé la normativa procesal para recurrirlas o solicitar su personación²¹. De esta manera, no nos encontramos ante alguna de las circunstancias típicas en las que se llama a declarar a un periodista como testigo para instarle a que desvele su fuente, o que sea el investigado por la comisión de un delito debido al contenido de lo publicado. Se trata de una situación distinta que, por la *puerta de atrás* y bajo la cobertura de las medidas de investigación, arrinconaba a los periodistas a la condición de terceros afectados, sin posibilidad de recurrir o ser parte en el procedimiento; mientras que, por el contrario, podían experimentar una intensa perturbación de sus derechos fundamentales, no solo respecto a los relacionados con su esfera de intimidad y privacidad, sino también a su libertad de información porque se pretendía averiguar la fuente accediendo a su material de trabajo y a sus comunicaciones.

A raíz de estas circunstancias, algunos de los periodistas y empresas informativas afectadas terminarían sustanciando diversos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional que se tratarían de manera acumulada. Su objeto quedaría circunscrito al examen de la legitimación de terceros no intervinientes en un proceso judicial «para personarse en el seno del mismo y recurrir las resoluciones judiciales que resulten perjudiciales a sus intereses, en particular cuando estos últimos se refieren a la garantía de ejercicio de derechos fundamentales de contenido sustantivo» (FJ 2)²². Por tanto, ceñido a las reso-

²⁰ Según las alegaciones de los recurrentes el elenco de derechos fundamentales que se veían vulnerados era amplio: la tutela judicial efectiva –art. 24.1 CE–, el secreto profesional de los periodistas –art. 20.1 d) CE–, la intimidad –art. 18.1 CE–, la inviolabilidad del domicilio –art. 18.2 CE–, o el secreto de las comunicaciones –art. 18.3 CE–, entre otros.

²¹ Así, la posibilidad de reaccionar frente a determinadas medidas de investigación se reducía a los supuestos en los que existe incautación de los efectos del delito (art. 334 LECrim) y a solicitar la participación en el proceso en caso de decomiso (art. 803 *ter* LECrim).

²² El ATC 147/2020, de 19 de noviembre, que terminaría apreciando la especial trascendencia constitucional de uno de los recursos de amparo, es más explícito respecto a la relación del caso con el secreto

luciones judiciales que no habían permitido recurrir las medidas por falta de legitimación, ni su personación en el procedimiento. De este modo, el pronunciamiento del TC estaba destinado a quedar ajeno a los acuerdos de adopción de las medidas de investigación y que, en aras de la subsidiariedad que debe regir su actuación, corresponde valorar a la jurisdicción ordinaria.

3. EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN Y EL DERECHO AL RECURSO

3.1 La legitimación para el acceso a la jurisdicción y el derecho al recurso

Entrando ya en la argumentación de la sentencia, en el fundamento jurídico 3.º expone su doctrina respecto al derecho de acceso a la jurisdicción. Con base en su jurisprudencia anterior se recuerda que este acceso forma parte del contenido primario de la tutela judicial efectiva, motivo por el que las consecuencias que ocasiona su denegación deben estar sometidas a un control constitucional más intenso y verificar «que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente»²³.

Así, los criterios a utilizar para esta finalidad derivan del principio *pro actione*, lo que conlleva evitar las decisiones que «por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican»²⁴. En concreto, recuerda que el principio *pro actione* conlleva que se eviten los requisitos procesales que supongan una barrera injustificada al derecho de acceso a la jurisdicción y que, en su aplicación, se tenga presente «el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos del acceso a la jurisdicción que garantiza el art. 24 CE».

Virando hacia el derecho a ejercer los recursos, remarca que su incorporación como parte de la tutela judicial efectiva se produce bajo la concreta

profesional de los periodistas: «el recurso llama a que el tribunal se pronuncie sobre la cuestión de si la intervención de las comunicaciones de un periodista en el marco de un determinado proceso penal, cuando no es el investigado ni el denunciante en ese proceso, puede suponer una limitación o menoscabo del derecho a las libertades informativas de ese periodista, en particular, del secreto profesional y de la protección de las fuentes periodísticas, que justifique que se le dé traslado del procedimiento y se permita su intervención en el mismo para poder, de este modo, defender en el curso de un proceso ya iniciado, el ejercicio de sus derechos fundamentales» (FJ4).

²³ SSTC 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 5; y 91/2016, de 9 de mayo, FJ 3.

²⁴ STC 91/2016, de 9 de mayo, FJ 3.

configuración legal operada por el legislador, debido a que «no nace de directamente de la Constitución, sino de lo que han dispuesto las leyes procesales» (FJ3). De ahí, que los presupuestos procesales deben ser observados y, entre ellos, está la necesidad de ostentar legitimación activa para recurrir, aunque los requisitos se deban interpretar «en sentido amplio y no restrictivo»²⁵. Por la misma razón, el control de la inadmisión de los recursos queda, en principio, ajeno a la jurisdicción constitucional por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria.

Sin embargo, el TC manifiesta que se produce una excepción cuando un juez o tribunal haya realizado una interpretación de los requisitos procesales para la inadmisión de un recurso que resulte «arbitraria, manifiestamente irrazonable, o que incurra en un error de hecho patente» (FJ3). Es decir, que cabe la intervención del TC cuando se termine produciendo una «mera apariencia» de la expresión de la administración de justicia que conlleve la «negación radical de la tutela judicial efectiva».

Con todo, en el fundamento jurídico 4.º subraya que el papel del acceso a la jurisdicción es un mecanismo para actuar en defensa de los derechos y libertades que se vean perturbados, por lo que una afectación a derechos como la intimidad, la libertad de información o la inviolabilidad del domicilio, vendría a reforzar la existencia de legitimación para reaccionar ante su eventual lesión.

3.2 La interpretación de las normas procesales y la defensa de los derechos sustantivos

Todo lo anterior sirve al propósito de analizar si las resoluciones judiciales que se discuten eran «compatibles con las exigencias derivadas del derecho de acceso a la jurisdicción entendido como medio para la protección de derechos fundamentales de contenido sustantivo». En otras palabras, si dado que el derecho de acceso a la justicia y el derecho al recurso son mecanismos para hacer valer las propias posiciones y que se encontraban en juego derechos fundamentales esenciales, si su denegación estaba o no desalineada con esta finalidad protectora.

²⁵ La doctrina expuesta insiste en que el reconocimiento de la tutela judicial efectiva «a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, impone a los jueces y tribunales la obligación de interpretar las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa, no solo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo» (FJ3).

En esta línea, su fundamentación recordaba que la jurisdicción ordinaria había optado por excluir a los demandantes en amparo de las posibilidades de recurrir o de personarse en el proceso, porque su situación no guardaba identidad con las causas tasadas previstas por la legislación procesal. Sin embargo, el TC entiende que la interpretación debería haber sido otra, no ceñida únicamente a los supuestos expresamente contemplados.

Basa su argumentación en que esa interpretación no es acorde a la relevancia de los bienes constitucionales en juego. Así, al estar implicados derechos fundamentales de contenido sustantivo, no se podría negar la legitimación de los recurrentes y, en todo caso, cualquier denegación debería estar sometida por la misma causa a una motivación reforzada.

El TC apoya esta posición en la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH –relativo a un proceso equitativo– y sobre el principio *pro actione*, sosteniendo que debe existir una posibilidad clara y concreta para recurrir los actos que constituyan una injerencia en los derechos²⁶. Con todo, concluye que es irrazonable que no se admitan otras opciones fuera de las causas tasadas, porque resultaría incongruente con «la obligación constitucional de dotar de plena eficacia el ejercicio de los derechos fundamentales, así como la garantía jurisdiccional de los mismos». En definitiva, que la jurisdicción ordinaria no habría cumplido con su función de tutelar los derechos y libertades fundamentales, privando a los recurrentes del control de las medidas restrictivas de derechos y de hacer valer sus propias posiciones aun teniendo un interés «propio, cualificado y específico» que debió ser valorado.

Así, la lógica que se extrae es que la personación y el recurso deberían haber sido factibles a tenor de los derechos afectados, todo ello, aunque no se ajustase completamente a los supuestos regulados por la legislación procesal. Se adopta así una postura antiformalista que no nos resulta extraña en los pronunciamientos del TC respecto a la tutela judicial efectiva, y que tiende a superar las interpretaciones de las reglas procesales que, por ser excesivamente rigoristas, no son proporcionadas a los objetivos que deben perseguir²⁷.

²⁶ SSTEDH de 10 de enero de 2017, *Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta c. España*, § 34; y 22 de junio de 2006, *Díaz Ochoa c. España*, § 41.

²⁷ Ruíz-Rico Ruiz, G., «El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento constitucional español. Una perspectiva desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Espinosa-Saldaña, E., Ruiz-Rico, G., y Del Real, A., (coords.), *Tutela de Derechos en Sede Jurisdiccional*, Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial pp. 20 y 31; GARCÍA MORILLO, J., «El derecho a la tutela judicial efectiva», en LÓPEZ GUERRA, L., *et al.*, *Derecho Constitucional* vol. I, 2018 (11.ª ed.), p. 325.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SUSTANTIVOS COMO ARGUMENTO PARA FLEXIBILIZAR LAS NORMAS PROCESALES

Toda la argumentación anterior debe estar necesariamente apoyada en la existencia de bienes y derechos constitucionales sobre los que se pretenda su tutela por los órganos judiciales. Así, la afectación de las medidas de investigación sustentaría la aplicación de una interpretación de las normas procesales distinta a la efectuada por la jurisdicción ordinaria. El TC asumirá esta postura con base en dos vectores: el alcance indiscriminado de las diligencias de investigación y el carácter sustantivo de los derechos fundamentales afectados.

4.1 El alcance indiscriminado de las medidas

Con relación a su carácter indiscriminado, el TC reduce su tratamiento con relación a los derechos vinculados a la intimidad y la privacidad. Es en el fundamento jurídico 4.º donde enfatiza el carácter invasivo de las actuaciones de investigación tecnológica con base en su jurisprudencia anterior, porque es susceptible de afectar intensamente a la intimidad cuando su despliegue abarca dispositivos informáticos que pueden almacenar mucha información –como los ordenadores–, dado que potencialmente permiten un análisis de conjunto de toda la información que contienen –con cita en la STC 173/2011, de 7 de noviembre–. Así mismo expone que, en estos casos, la doctrina del TEDH ha establecido la exigencia de disponer de un sistema de recursos para impugnar la validez de las medidas «garantizando que [los afectados] puedan evacuar sus propios argumentos y solicitar una ponderación de sus propios intereses»²⁸.

Con todo, en el fundamento jurídico 5.º termina concluyendo que la combinación de un amplio elenco de medidas sobre las comunicaciones aplicadas conjuntamente en los domicilios y sobre los dispositivos tecnológicos «permitían reconstruir la vida de sus titulares», lo que conllevaba un «alto riesgo para aspectos esenciales de la vida privada». La sentencia no se detiene en mayores consideraciones sobre lo indiscriminado de las actuaciones con relación al resto de derechos fundamentales individualmente alegados.

²⁸ STEDH de 3 de febrero de 2015, *Pruteanu c. Rumanía*, § 53-54.

4.2 **Afectación a derechos sustantivos: libertad de información y secreto profesional de los periodistas**

En los fundamentos jurídicos 4.º y 5.º se aborda la naturaleza sustantiva de los derechos fundamentales afectados, que analizará únicamente, pero con más detalle, bajo la óptica del secreto de los profesionales de la información. Para ello, como punto de partida lo sitúa en el marco de la libertad de información y, a partir de ahí, descenderá a realizar algunas consideraciones fruto de su doctrina y de la jurisprudencia del TEDH.

4.2.1 LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y SECRETO PROFESIONAL

El TC recuerda que la libertad de información es un derecho individual que, al mismo tiempo, también es una garantía institucional que juega en favor de una opinión pública libre y del pluralismo político inherente a un Estado democrático. Por ello, remarca su posición prevalente frente a otros bienes constitucionales, y subraya que esta libertad adquiere su máxima extensión cuando es ejercida por periodistas a través de la prensa, por lo que su ejercicio legítimo se erige en un límite a la actuación de los poderes públicos y «en particular, al juez penal en nuestro Estado democrático».

En todo caso, la STC conecta esta doctrina sobre la libertad de información con el secreto profesional al indicar que este derecho también participa en la función de contribuir y preservar la garantía de una opinión pública libre y del pluralismo político. Para ello, recuerda que la STC 24/2019, de 25 de febrero, extendía al secreto profesional la mención que la STC 199/1999, de 8 de noviembre, formulaba al respecto sobre la cláusula de conciencia:

«El secreto profesional opera [...] como una garantía al servicio del derecho a la información, mediante la que se ensanchan las posibilidades informativas de la sociedad, dándose a conocer hechos y realidades que, sin ella, no verían la luz» –STC 24/2019, FJ 6 c)–.

Desde ahí, anuda el secreto profesional como elemento esencial de estas libertades cuando se ejerce por los profesionales de la información. No obstante, expresa que los periodistas no ostentan un derecho reforzado respecto a los ciudadanos, sino una protección específica por su condición de periodistas

porque están «sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información» –STC 225/2002, de 9 de diciembre, FJ 2 d)–²⁹.

4.2.2 SECRETO PROFESIONAL A TENOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Más allá de esta exposición de algunos trazos basados en su jurisprudencia anterior, la sentencia se detiene en ofrecernos el panorama jurisprudencial del TEDH sobre la protección de las fuentes periodísticas. Así, respecto al marco general, con base en la citada STEDH *Goodwin c. Reino Unido* (1996) y sus pronunciamientos posteriores, recuerda que las limitaciones al secreto profesional deben estar sometidas a un escrutinio especialmente cuidadoso. Por ello, a la hora de realizar el control de proporcionalidad, se ha de valorar si la limitación tiene su fundamento en una necesidad social urgente y si se ha tenido en cuenta el «interés de la sociedad en asegurar y mantener una prensa libre». De cualquier manera, aun cuando la limitación del secreto sea la única medida posible, se ha de sopesar la gravedad del delito y el interés público de la noticia³⁰; y, en todo caso, es imprescindible garantizar la efectividad del control judicial respecto a la apreciación de un interés público prevalente que justifique la injerencia en el secreto profesional³¹.

El repaso a la doctrina el TEDH lo complementa a través de diversos supuestos en los que se ha declarado la violación del artículo 10 del CEDH por actuaciones de los poderes públicos que interfieren en la protección de las fuentes. Entre ellos, por la detención de un periodista para obligarle a la revelar su fuente de información –incluso ante un delito grave como el tráfico de armas–³²; por la omisión de una dispensa a declarar sobre la identidad de las fuentes en un proceso judicial³³; por los registros domiciliarios o en el lugar de trabajo³⁴; por el análisis de datos de discos duros y ordenadores personales³⁵; o por el requerimiento de material y dispositivos informáticos susceptibles de permitir la identificación de la fuente –apreciando la violación del CEDH, incluso, por su mero requerimiento, aunque no se llevase a efecto–³⁶.

²⁹ Doctrina que reproduce de la STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ3.

³⁰ STEDH de 6 de octubre de 2020, *Jecker c. Suiza*, § 38-40.

³¹ STEDH de 14 de septiembre de 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Países Bajos*.

³² STEDH de 22 de noviembre de 2007, *Voskuil c. Países Bajos*.

³³ STEDH de 6 de octubre de 2020, *Jecker c. Suiza*.

³⁴ STEDH de 25 de febrero de 2003, *Roemen y Schmit c. Luxemburgo*.

³⁵ STEDH de 19 de enero de 2016, *Görmüş y otros c. Turquía*.

³⁶ STEDH de 14 de septiembre de 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Países Bajos*.

4.2.3 SECRETO PROFESIONAL EN EL CASO EXAMINADO

Como punto de partida para aplicar su doctrina a las circunstancias específicas del caso, el TC toma nota que la finalidad de las diligencias de investigación era determinar las fuentes de los recurrentes.

En este contexto, en la medida en que el secreto profesional podía verse desprovisto de eficacia porque las actuaciones giraban en torno a los custodios de la identidad de la fuente –los profesionales y los medios de comunicación–, se vería afectada a su vez la función de garantía institucional que comparte con la libertad de información. Así, el TC, que en esta situación, hay un riesgo de producir un efecto disuasorio en la transmisión de opiniones e información y de entorpecer que los medios de comunicación desempeñen su papel como guardianes públicos –*watchdog*–. De hecho, en su argumentación, el TC supera la asociación genérica entre el *chilling effect* y la libertad de información³⁷ para proyectarla explícitamente respecto a la protección de las fuentes periodísticas en unos términos que nos recuerdan a la jurisprudencia del TEDH³⁸:

«Dentro de este derecho [libertad de información] representa un papel fundamental la protección de las fuentes periodísticas, la cual constituye un instrumento destinado directamente a generar un ámbito de confidencialidad que las proteja evitando que puedan verse condicionadas a no ayudar a la prensa y profesionales de la información, en su labor de informar a la sociedad y contribuir así a la formación de una opinión pública y libre» (FJ 5).

Además, el TC expresa que, aunque no se llegara a identificar la fuente –porque algunas de las medidas acordadas se dejaron sin efecto–, ya «eran susceptibles de generar, por si solas y sin necesidad de que se accediera a la identidad de la fuente en concreto, un efecto disuasorio en la colaboración de los ciudadanos con los medios de prensa». En tal sentido sostiene su posicionamiento en algunas expresiones de la STEDH *Sanoma Uitgevers B.V. c. Paí-*

³⁷ Véase, por ejemplo, la STC 6/2020, de 27 de enero, FJ3.

³⁸ Las referencias al efecto desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales (*chilling effect*) fueron introducidas inicialmente por el TEDH con relación al secreto profesional de los periodistas –URIAS, J., «El efecto disuasorio (Chilling effect) sobre el ejercicio de los derechos en nuestra jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 129, 2023, p. 310–. Así, en la medida en que produce una expectativa sobre la preservación de la identidad de la fuente y se mitiga el temor a represalias, se propicia que los profesionales de la información obtengan información emanada de los espacios más escondidos del conocimiento público. Por tanto, en sentido contrario, cuando se ve afectado el secreto profesional porque las actuaciones de los poderes públicos se dirijan a la averiguación de una fuente periodística, se favorece el silencio y se lanza un mensaje que, como ha sostenido el TEDH, «puede disuadir a las fuentes de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general» –STEDH de 25 de febrero de 2003, *Roemen y Schmit c. Luxemburgo*, § 46–.

ses Bajos (2010)³⁹, porque «la mera adopción de estas medidas, sin necesidad de que finalmente sean ejecutadas, genera un «efecto escalofriante» y constituye, en sí misma, una injerencia en la libertad [...] del art. 10 CEDH».

De ahí que, una vez sentada la afectación al secreto profesional, el Tribunal remarcase que, en todo caso, cualquier medida que pretenda intervenir –directa o indirectamente– sobre su derecho al secreto debe estar sometida a control judicial, a una ponderación más estricta de los intereses y derechos en juego, y ser susceptible de su revisión judicial con la participación de los afectados.

Por ello, ante la afectación a los derechos fundamentales sustantivos de los recurrentes –algo el TC califica de «evidente» en este caso–, hubiese sido inexcusable disponer de una motivación reforzada de la denegación del acceso a la jurisdicción, extremo que está ausente en las resoluciones judiciales. Por esta razón, reprocha a los órganos judiciales que ni siquiera se valorasen los derechos fundamentales que esgrimieron los periodistas y que no hubiese alusión alguna a la protección de las fuentes de información. Para mayor abundamiento, el TC indica que no se tuvieron en cuenta si podrían existir otras causas que pudieran dar cobertura a la impugnación pretendida; o que se desplazase a los recurrentes «de forma desproporcionada la carga de justificar la concurrencia del interés legítimo en quienes pretenden actuar como interesados en el procedimiento».

Con todo, a la vista de la doctrina y de la argumentación ofrecida, el TC termina concluyendo que las resoluciones de la jurisdicción ordinaria por las que no se dio trámite a los medios de impugnación vulneraron la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al estar sustentadas en un «aparente falta de legitimación de los recurrentes».

Así, el fallo anula las resoluciones judiciales controvertidas, conllevando la retroacción de las actuaciones para que la jurisdicción ordinaria se pronunciase sobre la afectación a los derechos fundamentales alegados, como de hecho se produjo con posterioridad⁴⁰.

5. COMENTARIO FINAL

Esta sentencia nos ofrece algunos parámetros de especial interés respecto al secreto profesional de los periodistas ante un derecho sobre el que han sido escasos los posicionamientos del TC. Con esta sentencia se amplía su doctrina

³⁹ STEDH de 14 de septiembre de 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Países Bajos*, § 71-72.

⁴⁰ Véase el Auto del TSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Civil y Penal núm. 3/2023, de 25 de enero.

sobre su alcance y sobre las garantías que deben regir para la protección de las fuentes ante instancias judiciales y en línea con la jurisprudencia de referencia del TEDH.

El fallo reafirma el papel del secreto profesional respecto a la garantía institucional de la libertad de información y resalta la importancia de mantener intacto este derecho de los periodistas para evitar que produzca cualquier efecto disuasorio en la transmisión de información.

Nos permite observar que la garantía del secreto de los profesionales de la información se irradia a sus comunicaciones, a sus herramientas y dispositivos de trabajo, y a sus domicilios. También clarifica que un mero requerimiento por la autoridad judicial con la intención de desvelar las fuentes, es susceptible de vulnerar el derecho. En cualquier caso, el periodista que se vea sometido a medidas de investigación que pongan en peligro la confidencialidad de las fuentes, debe tener a su alcance un cauce para defender sus propias posiciones haciendo valer su condición de periodista y su derecho al secreto profesional.

En definitiva, la sentencia nos arroja algo de luz sobre el contenido y garantías de este derecho al hilo de su tratamiento con relación a la tutela judicial efectiva, pero no es suficiente como para tener unos contornos bien definidos sobre el secreto profesional. Su delimitación no es ni mucho menos una función que corresponda al Tribunal Constitucional, pero el legislador orgánico al que llama expresamente la Constitución parece no tener prisa, pese a tratarse de un derecho que periódicamente es objeto de controversia en la escena pública. Mientras llega ese momento, estaremos pendientes de otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y quién sabe, si en ellos será ponente de nuevo nuestra homenajada María Luisa Balaguer Callejón.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LAS PLATAFORMAS POR COMENTARIOS DE TERCEROS. UN ESTUDIO A PROPÓSITO DE LA STC 83/2023, DE 4 DE JULIO

ELOÍSA PÉREZ CONCHILLO

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Nota de semblanza. 2. Introducción y objeto. 3. Antecedentes del caso y cuestiones que invitan a la reflexión en la STC 83/2023, de 4 de julio. 3.1 Antecedentes del caso. 3.2 Cuestiones generales que invitan a la reflexión en el presente asunto. 3.3 Cuestiones controvertidas de interpretación en las alegaciones de las partes. 4. Breve mención a los criterios sentados en la jurisprudencia reciente del TC sobre la adecuación de las libertades comunicativas al entorno digital. Referencia a la STC 8/2022, de 27 de enero. 5. La STC 83/2023, de 4 de julio. Una oportunidad del TC para aclarar su doctrina en torno a las libertades comunicativas en el contexto digital. 6. El voto particular de la magistrada Balaguer y sus aportaciones al caso. 7. Conclusiones.

1. NOTA DE SEMBLANZA

Es difícil destacar un mérito sobre otro de quien ostenta una trayectoria tan dilatada como es el caso de la catedrática de Derecho Constitucional María Luisa Balaguer Callejón. A riesgo de silenciar muchos de los éxitos que le son atribuibles, quisiera ensalzar su férreo compromiso por la protección de los derechos fundamentales en su condición de magistrada del Tribunal Constitucional. Subrayo este particular porque, en muchos de sus votos particulares formulados a las sentencias del TC en materia de derechos, discurre una enriquecedora tensión interpretativa respecto a la decisión adoptada por la mayoría

del Tribunal. En este sentido, siempre es grato encontrarse con un voto particular de la magistrada, pues su lectura es una persuasiva garantía para detectar por dónde discurre esa tensión interpretativa, de forma certera y oportuna. Apegada en sus consideraciones a la normatividad constitucional, aunque siempre con una mirada puesta en la necesidad de aportar matices en sus fundamentaciones, a través de interpretaciones actualizadas de los derechos al tiempo y contexto en que se aplican.

2. INTRODUCCIÓN Y OBJETO

El ejercicio de las libertades de expresión e información a través de Internet ha supuesto una auténtica revolución para el proceso comunicativo. De hecho, es ya un lugar común afirmar que Internet ha acercado la información a la ciudadanía y facilitado la creación de un espacio que, a modo de nuevo ágora, fomenta el debate a través del intercambio de ideas, opiniones e informaciones.

Dicha premisa constituye el punto de partida en lo que respecta al estudio de muchos de los desafíos que atañen a tales libertades en la sociedad digital. Nótese que, precisamente porque las libertades comunicativas se constituyen en garantía democrática de la opinión pública libre, el Tribunal Constitucional (TC) sentó la doctrina de la posición preferente a favor de las mismas en supuestos de colisión con el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen o la protección de la infancia¹. Ahora bien, dicha doctrina de la posición preferente debe observarse según las circunstancias que exija el juicio de ponderación en el caso concreto. Pues no opera de forma automática, sino como un

¹ Desde tempranamente el TC comenzó a subrayar en su doctrina la especial dimensión institucional de las libertades comunicativas, tal como resulta en sentencias como la STC 6/1981, de 16 de marzo, en virtud de la cual ya se decía que «El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (FJ 3). O, la STC 104/1986, de 17 de julio, en la que aclara que la dimensión institucional que subyace en las libertades comunicativas no se encuentra, sin embargo, en el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen. Aspecto este último por el que atribuye a las libertades del artículo 20 CE una valoración que trasciende a la propia del resto de derechos. Al respecto véase el FJ 5. Sin embargo, es en la STC 159/1986, de 16 de diciembre, en donde el TC viene ya a mencionar expresamente la posición preferencial que ostentan la libertad de expresión e información. Asimismo, cabe destacar la STC 107/88, de 8 de junio, en virtud de la cual el valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas «se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor», (FJ 2).

criterio a tener en cuenta cuando tales libertades se ejerzan en conexión con supuestos de interés general².

La cuestión de los límites al ejercicio de las libertades comunicativas, en particular, cuando colisionan con los derechos de la personalidad, es una cuestión dogmática clásicamente estudiada. Y que, como es sabido, encuentra mención constitucional expresa en el artículo 20.4 CE, al reconocer el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen como límites respecto a las libertades comunicativas *ex* artículo 20.1.a) y d) CE.

No es por tanto sorprendente que ese clásico supuesto de colisión entre los derechos fundamentales citados se traslade también al medio digital en el que, mayoritariamente, vienen ejerciéndose en la actualidad. Y, consecuentemente, los límites al ejercicio de las libertades comunicativas en Internet se vean igualmente puestos sobre la mesa con respecto a aquellos otros supuestos propios del contexto analógico³. Entonces, ¿no hay nada nuevo bajo el sol? Aunque pareciera que nos encontramos frente a una mera traslación de los límites al ejercicio de las libertades comunicativas del contexto analógico al digital, lo cierto es que tal cuestión presenta especificidades propias cuando se expresa en el medio digital. Nótese que las características propias de Internet y de las redes sociales en particular, tales como: la capacidad de difusión del medio y de viralización del contenido, anonimato, ubicuidad o bidireccionalidad, entre otras, abren la puerta a nuevos interrogantes que requieren respuestas efectivas para la tutela de las libertades comunicativas en este contexto.

La cuestión a analizar en las páginas siguientes se inserta precisamente en este contexto, entendiendo que es uno de esos interrogantes que aún no ha encontrado consenso suficiente por la cantidad de matices que subyacen en él. Se trata del tema de la atribución de responsabilidad por comentarios vertidos por terceros en redes sociales o plataformas de intermediación. ¿Puede o debe una plataforma de intermediación retirar comentarios de terceros que se extralimiten en el ejercicio de su libertad de expresión por vulnerar otros derechos fundamentales? ¿Podríamos considerar que, en este último caso, la plataforma de intermediación actúa como sujeto titular de la libertad de expresión o, por el contrario, lo hace sólo en representación de los intereses de los terceros usuarios que alojan comentarios en su sitio web?

Se suscita pues la posibilidad de considerar responsable a una persona (sea física o jurídica), por los comentarios que han dado lugar al conflicto y

² Al respecto, véanse, por todas, la STC 197/1991, de 17 de octubre.

³ Véase sobre este aspecto la STC 8/2022, de 27 de enero (FJ 2) y la jurisprudencia del TEDH allí citada.

que han sido vertidos por terceros, en la medida en que tengan conocimiento efectivo, tal y como puede observarse en virtud de la jurisprudencia recientemente dictada por el TC. En particular, ha sido la STC 83/2023, de 4 de julio, la que ha motivado este estudio en un caso en el que se plantea la responsabilidad de una plataforma de intermediación por comentarios de terceros publicados en relación con noticias alojadas en su sitio web. Mención especial en este caso merece el voto particular emitido por la magistrada Balaguer Callejón que, no sin razón, cuestiona la decisión adoptada por la mayoría profundizando en torno a los interrogantes anteriormente citados.

Con todo, este trabajo pretende servir a la reflexión en una primera aproximación sobre el tema, a propósito del análisis detallado de la reciente STC 83/2023, de 4 de julio. En todo caso, la complejidad y profundidad que requiere esta materia, dejan abierta la puerta a posteriores estudios más amplios.

3. ANTECEDENTES DEL CASO Y CUESTIONES QUE INVITAN A LA REFLEXIÓN EN LA STC 83/2023, DE 4 DE JULIO

3.1 Antecedentes del caso

El pronunciamiento del TC en este asunto resulta de interés por varios motivos, nada desdeñables, que justifican su análisis detallado. De ahí que, con carácter previo, interese conocer brevemente sus antecedentes.

El presente caso se circunscribe al conflicto entre el derecho al honor de un personaje público, como es un concejal, y la libertad de expresión de los usuarios que realizan comentarios sobre él a través de una página web. En concreto, el conflicto tiene lugar con ocasión de la interposición de un recurso de amparo constitucional interpuesto por la plataforma de intermediación Menéame Comunicaciones, SL, por vulneración del derecho a libertad de expresión.

Las circunstancias que originan dicho conflicto parten del hecho de que la entidad mercantil demandante alojó en su sitio web el enlace a una noticia externa que había sido publicada en un medio de comunicación digital. La noticia en cuestión se hacía eco del elevado gasto telefónico (14.646,40 euros) que un concejal de Marbella había hecho durante un sólo mes que, además, era el tiempo que hacía desde que había tomado posesión del cargo. Junto a la referida noticia alojada en el sitio web de la mercantil, se habilitó una sección específicamente para que los usuarios pudieran emitir comentarios a la noticia. Y, en el marco de tales comentarios (que se publicaron en el sitio web sin identificación de sus autores y que se configuraron en abierto, haciéndose accesi-

bles a cualquier usuario de la red), un usuario expresó lo siguiente: «Llame-mos a las cosas por su nombre. Este es un hijo de puta que disfruta de gastarse el dinero de todos. Un ladrón de toda la puta vida».

Al llegar a conocimiento del concejal que se habían proferido contra él tales expresiones, se dirigió contra la mercantil para que los retirase y le facilitara la identificación de los autores que habían realizado los comentarios. No obstante, al no recibir respuesta por parte de la entidad en ninguno de los dos intentos que el concejal efectuó, emprendió acciones legales viendo estimadas sus pretensiones en fase de apelación. De ahí que la entidad Menéame interpusiera recurso de casación contra la referida resolución, terminando por presentar recurso de amparo por vulneración de la libertad de expresión y del artículo 16 de Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI).

3.2 Cuestiones generales que invitan a la reflexión en el presente asunto

Cabría comenzar señalando que, si bien es cierto que este asunto plantea la clásica cuestión de los límites al ejercicio de la libertad de expresión en supuestos de colisión con los derechos de la personalidad, en este caso el conflicto se suscita en el ámbito digital. Este hecho resulta relevante si tenemos en cuenta que el TC no se ha visto interpelado a contextualizar su doctrina de las libertades comunicativas en el entorno digital hasta tiempos muy recientes, a propósito de la STC 8/2022, de 27 de enero.

En comparación con otros sistemas, como el americano, ese dato temporal muestra una tardanza excesiva del TC por poner al día las libertades comunicativas en el contexto digital⁴. Motivo por el cual la STC 83/2023, de 4 de julio, constituye una oportunidad para que el TC aclare y aplique los criterios adaptativos sentados en su jurisprudencia más reciente, con ocasión de la mencionada STC 8/2022, de 27 de enero, sobre el ejercicio de tales libertades en Internet.

Ligado con lo anterior, la STC 83/2023, de 4 de julio, parece dar un giro en lo que concierne a la doctrina de la posición preferente de las libertades comunicativas. Como es sabido, la posición preferente de la que, a

⁴ COTINO HUESO, L., «La primera sentencia general del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión e información en Internet. Seguimos pendientes de muchos temas clave para el futuro», en Simó Castellanos, P., (dir). *Evolución e interpretación del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales y garantías procesales. Cuestiones recientemente controvertidas. Análisis de sus últimos pronunciamientos más reseñables*, Aranzadi, 2023, p. 47.

priori, gozan las libertades comunicativas ha sido una constante teórica en la doctrina del TC que, sin embargo, en este asunto postula en una dirección distinta⁵.

Además, este asunto invita a reflexionar sobre la importancia que ostenta valorar, en cada caso concreto, los matices sobre los que se presenta la colisión entre derechos para realizar el juicio de ponderación. Es obvio que si los comentarios controvertidos se valoran aisladamente resultan claramente insultantes e innecesarios para la contribución del debate. Si embargo, la respuesta no resulta tan clara si tales comentarios se contextualizan a las circunstancias en las que se realizaron. No puede desconocerse el importante contexto de crispación y descontento social derivado del momento de crisis en que los comentarios se profirieron (2015). Así como tampoco el hecho de que dichos comentarios se lanzaran en un ambiente de crítica política contra un concejal, en su condición de representante político, por un asunto sensible y vinculado al candente debate sobre la corrupción política en España.

De la mano de esto último, y de la lectura de la STC 83/2023, de 4 de julio, pueden destacarse algunos aspectos de oportunidad que plantea este asunto a nivel sustantivo de fondo. Tal como se verá más adelante, las circunstancias en las que se desenvuelve este asunto permiten, por un lado, debatir acerca del rol con el que interviene la plataforma de intermediación y, en esta línea, reflexionar sobre si su posición es equiparable en modo alguno a la de los medios de comunicación o, por el contrario, actúa como mero agregador de contenido. Y, por otro lado, este asunto permite también abrir el interrogante de si las plataformas de intermediación que alojan comentarios de terceros en su sitio web son, o pueden ser, titulares de la libertad de expresión o, por el contrario, han de limitarse a actuar como parte en el proceso (en base al interés legítimo de defensa de la libertad de expresión de sus usuarios). Esta última cuestión resulta interesante porque si la respuesta es positiva, siendo favorable a la titularidad de la plataforma de la libertad de expresión, conlleva importantes consecuencias a nivel de garantías jurídico-constitucionales. De esta forma, la plataforma se vería beneficiada del haz de garantías aparejadas a tal derecho fundamental.

⁵ En el mismo sentido se pronuncia al respecto, CABALLERO TRENADO, L., «La titularidad de las libertades comunicativas de las plataformas de servicios de intermediación. Comentario a la STC 83/2023, de 4 de julio», *Diario La Ley*, núm. 10426, 2024.

3.3 Cuestiones controvertidas de interpretación en las alegaciones de las partes

Los argumentos alegados por las partes que suscitan mayor interés son aquellos en los que subyace una distinta interpretación, resultando así en fundamentación nuclear de sus respectivas pretensiones. Así pues, pueden señalarse como principales cuestiones controvertidas de la argumentación, los siguientes aspectos:

a) Interpretación de los comentarios vertidos: ¿Insultos injustificables o ejercicio legítimo de la libertad de expresión?

Una de las principales cuestiones controvertidas en la argumentación de las partes es la distinta aproximación que realizan en torno a los comentarios de los internautas.

– De un lado, la argumentación del concejal y de los órganos jurisdiccionales que le dan la razón en el proceso *a quo* ven vulnerado su derecho al honor, al considerar que tales comentarios son insultos y locuciones injuriosas que nada tienen que ver con la libertad de expresión. De modo que, aún en el caso de que tales comentarios van referidos al concejal, en su condición de representante político, y que se emiten en un contexto de crítica política, constituyen expresiones vejatorias y humillantes que lesionan su derecho al honor.

Tal como señalaba el Tribunal Supremo (TS) en el recurso de casación «ni la condición de personaje público del destinatario de la crítica, ni el interés general de la materia tratada, amparan, como ejercicio de la libertad de expresión, la utilización de expresiones inequívocamente vejatorias y humillantes como son los insultos»⁶. Desde esta perspectiva, se pone el acento además en el anonimato de los comentarios y en su carácter innecesario para exponer la idea de desacuerdo con la conducta en cuestión. Aspecto que lleva a considerar que tales comentarios tienen como único objetivo el insulto, lo cual queda fuera del marco constitucional protegido por el artículo 20.1.a) CE.

– De otro lado, la interpretación efectuada en este punto por la entidad recurrente en amparo y por el Juzgado de primera instancia que estimó sus pretensiones parte de la consideración de los comentarios como no lesivos contra el derecho al honor. En este hilo argumental resulta crucial la valoración de dos aspectos, cuales son: contra quién van dirigidos los comentarios y cuándo (en qué contexto) se producen.

⁶ Antecedente 1.i) de la STC 83/2023, de 4 de julio.

En cuanto a la primera cuestión, se tiene especialmente en cuenta que los comentarios controvertidos se profieren contra una persona que desempeña el cargo público de concejal, circunscribiéndose, por tanto, a su condición de representante político. Es por ello por lo que, desde esta perspectiva, se justifica una prevalencia del derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor de aquellas personas cuya relevancia pública justifica que estén sujetas a un mayor nivel de escrutinio y a una necesaria mayor tolerancia a la hora de soportar críticas a su actuación.

En dicha argumentación subyace la defensa de la doctrina del TEDH sobre la riqueza de la libertad de expresión y los amplios márgenes con los que debe beneficiarse cuando se ejerce en relación con representantes políticos⁷ por su contribución al debate público sobre asuntos de interés. Así pues, aunque no defienden un pretendido derecho al insulto, que sabidamente queda extramuros del artículo 20 CE, sí lo hacen con la necesaria protección de una crítica amplia que pueda resultar ácida e hiriente en el marco de dicho precepto. Esto es, en el marco del artículo 20.1.a) CE pueden quedar amparadas expresiones vulgares y soeces en la medida en que estén vinculadas con el mensaje que se quiere transmitir.

De la mano de esta idea se añade el argumento de la contextualización de la libertad de expresión en el marco de los nuevos medios de comunicación y el uso de las redes sociales en el medio digital. En tal sentido, se justifica que gran parte de las comunicaciones verbales han llegado a sustituirse por las comunicaciones telemáticas, lo cual ha llevado también a que expresiones informales y coloquiales propias del lenguaje verbal se trasladen en buena medida al medio digital. Dicho con otras palabras, si en el lenguaje oral se admiten expresiones coloquiales que en la calle se toleran, en las redes no debiera ser distinto. De ahí que la demandante de amparo apunte a la necesidad de flexibilizar la admisibilidad de manifestaciones coloquiales en el marco de la crítica a la que debe someterse quien se dedica a actividades políticas.

El segundo elemento clave de esta argumentación es de carácter temporal y contextual. Esto es, se refiere al momento en que se realizan los comentarios y al contexto en que estos se producen. La entidad demandante de amparo alega al respecto que los comentarios no son contrarios al derecho al honor porque se enmarcan en un particular contexto de crítica política. En concreto, aduce que los comentarios se realizan contra el destinatario, en su condición de cargo público, en un contexto general de malestar y crispación social por la situación de profunda crisis económica del momento. Junto a dicha crisis se

⁷ Véase al respecto, por todas, STEDH *asunto Castells c. España*, de 23 de abril de 1992.

unía, además, una creciente preocupación social por los numerosos casos de corrupción política que se daban a conocer por entonces en España. Con todo, se defiende que los comentarios han de considerarse amparados por el ejercicio de la libertad de expresión sin existir una actitud difamatoria o injuriosa directa. Nótese desde esta perspectiva que tales comentarios son una reacción vinculada a la noticia que se hace eco del elevado gasto telefónico que el concejal efectúa, utilizando para ello los medios que le brindaba el ayuntamiento para el desempeño de su función. Por todo lo anterior, la entidad demandante de amparo considera que las expresiones se han descontextualizado respecto del marco en el que se profirieron.

b) Interpretación contrapuesta en torno a la concurrencia de «conocimiento efectivo» como requisito para la exención de responsabilidad que exige el artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (LSSI).

– El referido precepto de la LSSI supedita la exigencia de responsabilidad por el contenido almacenado por las plataformas de intermediación a que tengan conocimiento efectivo de tales datos y no hayan actuado diligentemente para retirarlos o imposibilitar su acceso. Dicho precepto ofrece, en el caso concreto, una clara discrepancia interpretativa que puede resumirse del siguiente modo:

Según la defensa argumental del concejal y del propio TS, la mercantil Menéame tiene responsabilidad como titular del dominio en el que se publican los comentarios ofensivos por falta de diligencia al no retirarlos, aun cuando tenía conocimiento de ellos en virtud de los requerimientos que realizó el afectado. Esto es, la concurrencia de responsabilidad en este caso no deriva tanto de la falta de control de la publicación en cuestión por parte de la entidad, sino de que, aun teniendo conocimiento de la existencia y publicación de los comentarios, no hizo nada por retirarlos.

Los juzgadores *a quo* sustentan la pretensión del concejal sobre la base de una interpretación amplia del requisito del conocimiento efectivo que exige el artículo 16 LSSI. Tal aproximación lleva a avalar como idóneo, a efectos de hacer llegar a la prestadora de intermediación ese conocimiento efectivo, cualquier método que sirva a tal fin. Razón por la cual, estiman que los requerimientos efectuados por el político, a través de email (en el primer caso) y de burofax (en el segundo) son medios idóneos y suficientes. No obstante, pese a que ni el email ni el burofax identificaban la ubicación concreta y exacta de los comentarios, sí contenían enlace a la noticia enlazada, así como referencia explícita a

las expresiones cuya retirada se solicitaba. Todo ello lleva a afirmar desde esta perspectiva que la decisión de exigencia de responsabilidad no es arbitraria ni irrazonable, pues los medios utilizados para dar conocimiento a la mercantil del contenido ilícito publicado eran idóneos en forma y contenido.

– Por el contrario, la entidad demandante de amparo afirma que actuó con la diligencia que exige el artículo 16 LSSI entendiéndolo que la interpretación amplia que se ha hecho en la vía judicial precedente excede de lo exigible. Tal consideración se basa en el hecho de que la entidad recibe un elevadísimo número de comentarios al año, lo que unido a la falta de identificación concreta del enlace donde aquellos se ubicaban, hace imposible que la mercantil pudiera tener conocimiento de los comentarios. Asimismo, se basa en el hecho de que una petición de retirada de los comentarios efectuada por email y burofax debería reputarse como incompleta y no equipararse al conocimiento efectivo que prevé el artículo 16 LSSI para entender que hay dejadez y falta de diligencia de la mercantil.

En definitiva, esta interpretación asume que no concurre el elemento del conocimiento efectivo que el artículo 16 LSSI prevé a los efectos de poder exigir responsabilidad, pues mantiene una interpretación estricta de dicho precepto. Según esta interpretación, sólo cabe entender que hay conocimiento efectivo, a los efectos del artículo 16 LSSI, cuando un órgano competente hubiera dictado una resolución declarando la ilicitud del contenido y lo hubiera notificado al prestador del servicio. O bien, en todo caso, si se hiciera una interpretación más flexible a juicio de la entidad, la exigencia de responsabilidad debería supeditarse a facilitar a la prestadora del servicio de información la ubicación exacta de los comentarios. No dándose en el caso presente ni el primero ni el segundo de los presupuestos, consideran que no puede deducirse responsabilidad por conocimiento efectivo *ex* artículo 16 LSSI. A este respecto la mercantil demandante considera también que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de motivación, (art. 24 CE) al incurrir el TS en una incongruencia omisiva por no valorar las pruebas aportadas para acreditar que no tuvo conocimiento efectivo.

4. BREVE MENCIÓN A LOS CRITERIOS SENTADOS EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TC SOBRE LA ADECUACIÓN DE LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS AL ENTORNO DIGITAL. REFERENCIA A LA STC 8/2022, DE 27 DE ENERO

Como se apuntaba en apartados precedentes, el estudio de la STC 83/2023, de 4 de julio resulta relevante, entre otras cuestiones, porque es una oportunidad para comprobar la aplicación de los criterios recientemente sentados en la STC

8/2022, de 27 de enero, sobre adaptación de las libertades comunicativas al entorno digital. Sobre la referida STC 8/2022, de 27 de enero, se ha dicho en efecto que «es la primera que versa frontalmente sobre el fenómeno de internet para la libertad de expresión»⁸.

Debe destacarse que, el hecho de que no quepa imponer más límites a las libertades comunicativas a través de Internet que a través del contexto analógico, no es óbice para que el medio (digital) empleado en su ejercicio deba tenerse en cuenta, por las particularidades que ostenta, para evaluar cuándo se han sobrepasado tales límites⁹. Justamente por esta idea, la STC 8/2022, de 27 de enero, resulta relevante para el caso analizado, en tanto detalla los términos en los que debe desenvolverse la colisión entre la libertad de información y el derecho al honor en el contexto de las redes sociales.

Por lo que interesa a efectos del trabajo deben mencionarse, si quiera brevemente, los criterios sobre los que el TC circunscribe la delimitación de las libertades comunicativas en la STC 8/2022, de 27 de enero, que son:

1. Inmediatez y rapidez en la difusión de los mensajes a través de Internet

El primer elemento a tener en cuenta en la referida delimitación es la inmediatez y rapidez con que los contenidos pueden difundirse a través de Internet, frente al alcance más limitado que para ello presentan los medios tradicionales de comunicación. En torno a este elemento, el TC valora la capacidad de influencia superior en la opinión pública que ostentan los medios digitales por su alcance multiplicador. Alcance, no obstante, que el TC considera susceptible de modulación en atención a elementos como:

[la] «cantidad de seguidores de un determinado perfil, el que este corresponda a un personaje público o privado, el hecho de que medios de comunicación clásicos o perfiles sumamente influyentes puedan llegar a generar un efecto multiplicador del mensaje y la rapidez efectiva con que se propaga el mensaje»¹⁰.

⁸ COTINO HUESO, L., «La primera sentencia general...», cit., p. 51. Asimismo, véase sobre este caso GARCÍA MAJADO, P., «Libertades comunicativas y redes sociales: a propósito de la STC 8/2022, de 27 de enero de 2022», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 37, 2022, p. 2.

⁹ En el mismo sentido, *Vid.* GARCÍA MAJADO, P., «Libertades comunicativas y redes...», cit., p. 13.

¹⁰ STC 8/2022, de 27 de enero, FJ 3.

2. ¿Quién realiza las opiniones o informaciones a través de internet?

Figura del emisor

El segundo elemento que valora el TC va referido a la autoría de quien vierte los comentarios o informaciones a través de Internet, por cuanto al impacto que puede causar lo difundido en redes. De ahí que el TC estime que:

«en lo que hace al estatuto del usuario, no solamente difieren entre sí al adoptar roles o protagonismo diversos en redes, sino que difieren con carácter previo en función del anonimato del perfil, del carácter de personaje público de ese usuario, del hecho de que se trate de un profesional de la comunicación o no, de que el perfil sea institucional o personal, por ejemplo, y de que actúe en redes a cambio de una contraprestación económica o no lo haga»¹¹.

3. ¿Quién recibe las opiniones o informaciones a través de Internet?

Figura del destinatario

El TC también valora la figura del receptor de las opiniones o informaciones, ya sea potencial o efectivo. A juicio del TC, dicho elemento

«no puede ignorarse a la hora de evaluar el impacto de una determinada opinión o información difundida en redes. Si bien la afectación del derecho al honor, por ejemplo, del destinatario de una expresión injuriosa contenida en un tuit existe desde que el mensaje ha sido compartido, no es lo mismo que tal mensaje haya sido leído por una persona o por un millón, porque la imagen pública del titular del derecho al honor, y la percepción de esa imagen por terceras personas, no han quedado afectadas con la misma intensidad en uno y otro caso»¹².

4. Contenido de los mensajes difundidos

Este elemento no parece aportar nada novedoso por el hecho de que el contenido, en cuanto tal, se difunda por un medio u otro. Resulta de aplicación a este supuesto la doctrina clásica del TC a las libertades comunicativas en

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

cuanto se consideran de mayor interés aquellos comentarios o informaciones que contribuyan al debate público. De ahí que el TC subraye al respecto:

[el] «alto nivel de protección del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de la difusión de un mensaje político o activista y ese margen permite a los representantes del ciudadano en cualquier ámbito, en particular cuando actúan como opositores políticos, utilizar un lenguaje virulento y crítico sobre cualquier tema de interés general, tolerándose los excesos verbales y escritos inherentes al tema objeto de debate»¹³.

5. Posible efecto desaliento

Sobre la base de que «la difusión en línea de ataques personales, que sobrepasan el marco de un debate sobre las ideas, no está protegida»¹⁴, el TC llama la atención sobre un posible efecto desaliento (*chilling effect*) para el ejercicio de las libertades comunicativas en redes sociales cuando su extralimitación pueda conllevar sanciones penales o civiles.

5. LA STC 83/2023, DE 4 DE JULIO. UNA OPORTUNIDAD DEL TC PARA ACLARAR SU DOCTRINA EN TORNO A LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS EN EL CONTEXTO DIGITAL

Llegados a este punto, interesa ahondar en la fundamentación que efectúa el TC en la STC 83/2023, de 4 de julio, así como en la aplicación que realiza de los criterios sentados en la STC 8/2022, de 27 de enero, para delimitar el ejercicio de las libertades comunicativas en el entorno digital.

Una vez centrado el objeto del recurso y las pretensiones de las partes, el TC ordena su fundamentación en torno a las quejas planteadas. Primeramente, subraya que centrará su examen en la supuesta vulneración de la libertad de expresión, para seguir después con las quejas de carácter procesal planteadas por vulneración de la tutela judicial efectiva que alega la mercantil.

Comenzando por la libertad de expresión, el TC realiza una serie de aclaraciones previas importantes sobre el alcance de la queja en relación con la libertad de expresión que se estima vulnerada por la parte interesada. Hechas tales aclaraciones, el TC sienta las bases sobre su doctrina general en materia

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

de libertad de expresión y derecho al honor, matizándola posteriormente para el caso de que ese conflicto se produzca en el contexto de Internet.

Merece la pena destacar las aclaraciones previas que efectúa el TC al pronunciamiento de fondo, pues encierran sustantividad propia y son *per se*, objeto de interpretación controversial entre los propios magistrados del TC (como pone de manifiesto el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón).

Comienza el TC haciendo una advertencia preliminar sobre el hecho de que su pronunciamiento se circunscribe a los términos en los que expresamente se ha suscitado el objeto de la controversia planteada por las partes. Este aspecto resulta subrayable porque, tal como denuncia la magistrada Balaguer Callejón en su voto particular, opera como justificante para que el TC decida no entrar en una cuestión de fondo interesante, cual es si la plataforma de intermediación puede ser titular de la libertad de expresión que se estima vulnerada.

Explicaré esta cuestión con más detalle. La plataforma se autodefine alegando en el proceso *a quo* y en la demanda de amparo que:

«[...] la actividad que desarrolla a través del sitio web “www.meneame.net” consiste únicamente en alojar contenidos ajenos, que ni selecciona ni supervisa, concretamente: (i) enlaces a noticias externas [...] y (ii) comentarios que los usuarios realizan y publican ellos mismos a propósito de los enlaces elegidos. La recurrente de amparo ha venido, con particular insistencia, repitiendo, [...] que es «un mero agregador de contenidos de internet» cuya «única función es incorporar enlaces a noticias de medios ajenos, aportados por los numerosos usuarios del sitio», que no publica “noticias ni reportajes propios” y que los “calificativos” que aparecen en el sitio web “constituyen mensajes procedentes de los usuarios de la página propiedad de mi representada, publicados por sus propios autores, no por Menéame Comunicaciones, SL”»¹⁵.

Ese énfasis que pone la mercantil por distanciarse de la responsabilidad de los comentarios, le lleva a poner el foco en que la titularidad del derecho fundamental a la libertad de expresión en pugna es de los internautas y no de ella misma. Perspectiva que cala en el planteamiento del objeto de la controversia y en el de la demanda.

Dicho planteamiento no resulta indiferente para el TC, pues éste ciñe su pronunciamiento a la forma en que estrictamente se ha planteado la demanda por la mercantil. Esto es, sin entrar a valorar si las plataformas de intermediación pueden ser titulares de las libertades comunicativas. El TC ventila la cuestión admitiendo la legitimación de la mercantil en relación con la libertad de

¹⁵ Cfr. STC 83/2023, de 4 de julio, antecedente 3 a).

expresión, por su condición de parte en el proceso *a quo* y por el interés legítimo que ostenta para defender la libertad de expresión de sus usuarios. No obstante, esta falta de aclaración puede cuestionarse si nos fijamos en la expectación que el propio TC genera para delimitar las libertades comunicativas en el entorno digital con este asunto. Nótese que, en su propia argumentación, el TC viene a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo al tratarse de un asunto que permite «[...] al tribunal [...] aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales y de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental»¹⁶. Visto así, bien podría haber aprovechado esa oportunidad que brindaba el asunto para cumplir con la expectativa marcada, empezando por la cuestión basilar de la titularidad de las libertades comunicativas en el contexto digital. Con todo, puede observarse cómo el TC sorteaba una cuestión dogmática que hubiera sido de interés para el futuro de las libertades comunicativas en Internet¹⁷.

En mi opinión, resulta mucho más acertada la segunda aclaración del TC a propósito de la autodefinición de la mercantil como mero agregador de noticias, que autopercibe su actividad como neutra. En este caso, el TC aprovecha la ocasión para advertir que la agregación de contenido no suele limitarse únicamente a la incorporación de enlaces, sino que va más allá, pudiendo hacer una selección del contenido y noticias que alcancen una mayor repercusión. Con esta base, el TC niega que nos encontremos frente a plataformas neutrales consistentes en la mera agregación de noticias. *A contrario sensu*, defiende que son «instrumentos de canalización y difusión de noticias, seleccionadas por los titulares de dicho medio, con una base algorítmica». Y que, como tal, dicho agregador de noticias «participa en el proceso de comunicación»¹⁸.

Por lo que respecta a la exposición de la doctrina general sobre libertad de expresión y derecho al honor, el TC se apoya en su propia jurisprudencia anterior y en la doctrina emanada de la jurisprudencia del TEDH.

En base a tales remisiones, el TC trae al caso dos ideas esenciales: 1) Que-
dan fuera del marco de protección constitucional del artículo 20.1.a) CE las

¹⁶ STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 5.

¹⁷ Señala al respecto el TC en la STC 83/2023, de 4 de julio, que «(d)esde esta autocomprensión de su actividad, la entidad ahora recurrente nunca planteó en el procedimiento civil, del que trae causa este proceso de amparo, que se hubiera producido una vulneración de un derecho fundamental propio a la libertad de expresión. No se presentó a sí misma, en ninguna de sus alegaciones, como realizadora de una actividad comunicativa que entendiera protegida por el art. 20.1 a) CE. Al contrario, estableció, una y otra vez, una clara cesura entre su actividad empresarial, puramente intermediadora, y las actuaciones de terceros que sí entendía que eran plasmación de la libertad de expresión», FJ 3.

¹⁸ *Ibidem*.

expresiones que, en función de las concretas circunstancias del caso, sean «absolutamente injuriosas, ultrajantes u oprobiosas, es decir, las expresiones ofensivas que no guardan relación con las ideas u opiniones que se expongan o que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». 2) La libertad de expresión puede amparar expresiones o frases vulgares o soeces «cuando estas se encuentren irremediablemente vinculadas al mensaje que se trata de transmitir»¹⁹. Ligado a esta idea, el TC recuerda que cuando el destinatario sea un representante político, autoridad o cargo público, los niveles de crítica admisibles debe ser mayor porque su función va ligada al escrutinio público.

Una vez aplicada su doctrina general sobre las libertades comunicativas, el TC pasa ya a desarrollar cuestiones de matiz respecto del conflicto concreto planteado en el caso entre la libertad de expresión y el derecho al honor en Internet. En esta línea, comienza por poner de manifiesto el incremento del riesgo que ha supuesto para los derechos el desarrollo de los instrumentos tecnológicos, por su capacidad para almacenar y transmitir grandes cantidades de información. Lo cierto es que a través de Internet no sólo se facilitan informaciones ni opiniones que contribuyen al debate. Es más, tal como apunta el TC, en la actualidad, las difamaciones, insultos, injurias o el discurso del odio pueden difundirse sin parangón al contexto analógico, facilitándose su acceso y redifusión a terceros en segundos²⁰. El TC recuerda igualmente que para apreciar los límites de la libertad de expresión deben valorarse: la relevancia pública del asunto, el tipo de intervención y si la opinión pública expresada contribuye o no a la formación de la opinión pública. Junto a este último elemento, el TC pone sobre la mesa que este criterio se debilita para el caso de que el titular del derecho al honor ejerza funciones públicas o se vea implicado en asuntos de relevancia pública pues, en tales supuestos, deben admitirse márgenes más amplios a la crítica, en el marco del legítimo ejercicio de la libertad de expresión²¹.

Llama la atención que cuando el TC valora las concretas circunstancias de este caso no haga referencia expresa a la STC 8/2022, de 27 de enero, que resulta de aplicación, por cuanto en ella había aclarado los criterios a tener en cuenta cuando el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor se desarrollan en el medio digital. Se trataba pues de anclar su pronunciamiento sobre la base de la citada STC 8/2022, de 27 de enero, que, sin embargo, no menciona. Esta falta de referencia no termina de entenderse, pues es un apoyo argumenta-

¹⁹ STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 4.

²⁰ Véase al respecto, STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 5.

²¹ *Vid.* STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 6.

tivo para consolidar su doctrina, cuando justamente esto era lo que pretendía hacer con la STC 83/2023, de 4 de julio. Es cierto que materialmente se refiere a dos de los criterios enunciados en la STC 8/2022, de 27 de enero, pero lo hace sin mencionar que está aplicando criterios sentados en dicha sentencia.

En cualquier caso, el TC limita la aplicación de los mencionados criterios, (rapidez e inmediatez en la difusión; emisor; receptor; contenido difundido; efecto disuasorio), a los dos primeros. Así, sobre la base del carácter vejatorio del comentario, por entender que se trata de una descalificación personal innecesaria para expresar el desacuerdo con la conducta a la que va referida la noticia, aplica dos de los criterios mencionados: 1) La publicidad que otorga la incorporación del comentario en el medio tecnológico, por su especial potencialidad lesiva para el honor. Toda vez que dicho comentario permanece en el tiempo, siendo de fácil acceso para cualquiera; 2) El anonimato del autor como elemento que, a juicio del TC, incrementa la vejación por la indefensión que produce.

Con base en lo anterior, el TC considera suficientes estos dos criterios para no seguir valorando el resto de elementos y falla que no ha habido vulneración de la libertad de expresión del usuario.

Avanzo en este punto que no comparto la conclusión a la que llega el TC por diferir en la aproximación inicial sobre la que luego el mismo TC circunscribe los dos elementos que, a su juicio, son aplicables en la valoración del conflicto. Cuando el TC reputa como vejatorio el comentario realizado contra el concejal no tiene en cuenta dos hechos que me parecen esenciales y que hubieran llevado a concluir que el comentario se inserta en el marco de la libertad de expresión:

1) En primer lugar, señala el TC que el comentario constituye «una descalificación personal y directa»²² contra el destinatario. Sin embargo, en mi opinión, la descalificación expresada contra él no es, en modo alguno, referida contra su persona sino contra el cargo público que desempeña en su condición de representante político. Hubiera sido necesario profundizar sobre esta idea, así como sobre el dato de que las expresiones no están descontextualizadas ni resultan ajenas a la noticia que propicia los comentarios posteriores. Afirmaba el TC, al hilo de la exposición de su doctrina general, que «quedan fuera de protección del artículo 20.1.a) CE aquellas expresiones que en las concretas circunstancias del caso [...] no guardan relación con las ideas u opiniones que se expongan o que resulten innecesarias para la exposición de las mis-

²² Cfr. STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 6.

mas [...]»²³. Sin embargo, y aunque el TC no profundiza sobre esta última cuestión en el caso concreto, entiendo que dicha circunstancia no se produce en este supuesto.

Por el contrario, tal comentario está directamente vinculado a la noticia y al rechazo y crítica que produce la actuación del político. No puede obviarse que dicho comportamiento consiste en llevar a cabo un gasto telefónico excesivo, haciendo uso de los medios del ayuntamiento puestos a su disposición con motivo de su reciente nombramiento como concejal. Lo cual se produce en un contexto de especial preocupación y crispación por el aumento de casos de corrupción política en España y de crisis económica del momento. Aspecto éste último que el TC tampoco valora en las concretas circunstancias del caso, a efectos de contextualizar el comentario y ponderarlo con el derecho al honor con el que entra en conflicto.

2) Al no profundizar sobre lo anterior, el TC no valora que es «es precisamente cuando se presentan ideas que ofenden, chocan o perturban el orden establecido cuando la libertad de expresión es más preciosa»²⁴. Aun cuando en la exposición de su doctrina general sobre libertad de expresión y derecho al honor dejaba constar que «la libertad de expresión puede comprender también la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o perturbar a quien se dirige pues «así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» [...]»²⁵, el TC pasa por alto este elemento en el marco de las concretas circunstancias del caso. Empero, este particular cobra aún más relevancia cuando las expresiones tienen como destinatario concreto a un cargo público pues, en tales supuestos, la crítica debe gozar de un mayor margen para ejercerse sin angostura en el marco de la libertad de expresión.

Evidentemente el insulto no está amparado constitucionalmente pero ¿tenía el comentario en cuestión la capacidad de vejar personalmente al destinatario? En mi opinión la respuesta debería ser negativa porque el comentario no iba dirigido contra su persona sino contra su actuación, en virtud del cargo público que desempeña. No debe sernos indiferente el elemento del destinatario contra el que se dirige el comentario, en el marco de la noticia alojada por la mercantil, pues es en casos como éste donde la libertad de expresión despliega la fuerza de su dimensión objetiva, debiendo admitir mayores niveles de crítica.

²³ Cfr. STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 4.

²⁴ STEDH *Women on Waves* y otros *c. Portugal*, de 3 de febrero de 2009. STEDH *Otegui Mondragon c. España*, 15 de marzo de 2011, párrafo 56.

²⁵ Cfr. STC 83/2023, de 4 de julio, FJ 4.

En cuanto al examen de carácter procesal sobre la supuesta vulneración de la tutela judicial efectiva, *ex* artículo 24 CE, interesa destacar que el TC adopta la misma posición que el TS respecto al requisito del «conocimiento efectivo», artículo 16 LSSI. El TC entiende así que dicho requisito puede interpretarse de forma amplia, pudiendo materializarse de forma idónea por los medios que se utilizaron (correo electrónico y burofax). Considera que la interpretación alternativa ofrecida por la mercantil simplemente va en mayor beneficio de sus intereses, pero no puede sostenerse que la finalmente dada sea arbitraria o irrazonable.

Todas las consideraciones expuestas sobre la argumentación del TC terminan llevándole a denegar el amparo constitucional solicitado por la mercantil Menéame. Aunque, la relevancia del asunto no termina aquí, sino que prosigue con la emisión de dos votos particulares. Uno emitido por la magistrada Balaguer Callejón, siendo objeto de análisis en el apartado siguiente por el interés que presenta al objeto de estudio y otro voto particular concurrente formulado por Sáez Valcárcel y Díez Bueso.

6. EL VOTO PARTICULAR DE LA MAGISTRADA BALAGUER Y SUS APORTACIONES AL CASO

Sin ánimo de profundizar demasiado ahora sobre la funcionalidad constitucional del voto particular, pues excede del objeto de este trabajo, si me interesa destacar brevemente algunas de sus notas más características. En este sentido, cabría subrayar con carácter general la potencial capacidad del voto particular para enriquecer la doctrina constitucional con matices e interpretaciones que, en muchos casos, «completan» la decisión adoptada por el TC. Pero, además de lo anterior, el voto particular cumple también un importante rol que, a modo de localizador, sirve para identificar por dónde discurre la tensión interpretativa del asunto que se presenta. Dicho esto, lo que a mi parecer resulta más interesante de observar, desde una perspectiva de estudio de los derechos abierta al diálogo y multinivel, es que, en ocasiones, el voto particular refleja su fuerza convirtiendo su fundamentación en argumentario posteriormente asumido por la mayoría del TC. O, incluso, en avanzadilla de la posición que pueda sostener a futuro el TEDH en el mismo asunto.

De ahí que en lo que sigue quiera poner en valor la dignidad argumental de la minoría del voto particular en casos difíciles como es el que resulta de la colisión entre las libertades comunicativas y los derechos de la personalidad en Internet. Concretamente, en este apartado me centraré en analizar el voto par-

titular de la magistrada Balaguer Callejón a la STC 83/2023, de 4 de julio, pues permite reflexionar sobre muchas de las cuestiones que se han puesto de manifiesto a lo largo de estas páginas. Cabe subrayar que sus aportaciones resultan sumamente útiles por estar al día y bien hermanadas con la labor hermenéutica evolutiva que el TEDH viene desempeñando en materia de libertades comunicativas²⁶ en los últimos años. De ahí que merezca la pena destacar los puntos clave sobre los que la magistrada fundamenta una decisión distinta a la sostenida por el criterio mayoritario del TC.

Balaguer Callejón entiende que el fallo debiera haber sido estimatorio para apreciar la vulneración del derecho a la libertad de expresión de la recurrente en amparo. Inicialmente aquí ya encontramos una discrepancia sustantiva entre la forma de aproximarse al asunto de la mayoría del Tribunal y de la magistrada. Como ha podido comprobarse, el TC no se plantea en ningún momento la posibilidad de que la empresa recurrente interviniera en calidad de titular de la libertad de expresión que se ha visto afectada, sino como titular de un interés legítimo. No obstante, la magistrada trae a debate abiertamente la necesidad de reflexionar sobre la posibilidad de atribuir a empresas tecnológicas la titularidad del derecho a la libertad de expresión o información. Tal y como subraya ella «el tema de la titularidad de derechos fundamentales por parte de estas empresas tecnológicas es una cuestión altamente controvertida y todavía sin una respuesta clara y definitiva en Europa. Por este motivo, cabría haber hecho si quiera algunas apreciaciones de carácter constitucional al respecto, y determinar si la persona jurídica privada recurrente es titular de un derecho fundamental a la libertad de expresión, o en su caso de información [...]»²⁷.

Poniendo sobre la mesa la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la magistrada apunta hacia una tendente flexibilización en Europa del régimen jurídico aplicable a las empresas tecnológicas de este tipo. Y defiende dicha tendencia por «el innegable papel que juegan estos nuevos instrumentos tecnológicos en el ejercicio de las libertades comunicativas de los individuos, y que han transformado tanto el contexto

²⁶ Sirva como ejemplo de la visión interpretativa *ad extra* de la magistrada, conforme a la interpretación internacional de las libertades comunicativas, el voto particular que emitió a la STC 120/2020, de 15 de diciembre. Menciono expresamente este ejemplo por tratarse de un pronunciamiento de la magistrada, articulado en voto particular disidente contra la decisión adoptada por el TC, sobre un caso que versaba también sobre libertad de expresión. El voto particular de la magistrada terminó coincidiendo sustantivamente con las consideraciones que posteriormente sostuvo el TEDH contra dicha sentencia, condenando a España por vulneración de la libertad de expresión en el caso asunto *Fragoso Dacosta c. España*, de 8 de junio de 2023.

²⁷ Voto particular de la magistrada BALAGUER CALLEJÓN a la STC 83/2023, de 4 de julio, apartado 5.

como el proceso comunicativo, convirtiéndose, en muchos casos, en la principal vía de interacción comunicativa de las personas»²⁸.

Ligado con lo anterior, no pasa por alto un debate subyacente a la temática que se presenta con este caso, como es el de la naturaleza jurídica que ostentan estas plataformas teniendo en cuenta su relevancia privilegiada para el ejercicio de las libertades comunicativas. Distingue así oportunamente entre distintas categorías de plataformas, en atención a la función que desempeñan, y que podríamos clasificar en: 1) redes sociales *stricto sensu* como Facebook, Twitter (ahora X) o Instagram; 2) motores de búsqueda como Google; 3) agregadores de noticias y contenidos como la recurrente Menéame en los que los usuarios pueden interaccionar mediante comentarios.

En todo caso, el denominador común que, a juicio de la magistrada, une a todas las plataformas es de actuar como instrumentos y/o canales de comunicación. Aspecto que le lleva a considerar su necesaria asimilación a los medios de comunicación tradicionales sobre la base de la función que desempeñan y de la vertiente objetiva de las libertades comunicativas (al servir, al menos en principio, al pluralismo sobre el que se sustenta nuestro Estado social y democrático de Derecho). La consecuencia de lo anterior, tal como indica la magistrada, sería la extensión inevitable a favor de tales plataformas de las libertades de expresión y comunicación, *ex* artículo 20 CE, siéndoles de aplicación el mismo régimen jurídico-constitucional que a los medios de comunicación tradicionales en lo que respecta al alcance, límites y ejercicio de tales libertades²⁹.

Ahora bien, aterrizando esta opción interpretativa al caso concreto surgen dudas razonables de que la mercantil Menéame esté en disposición de considerarse como medio de comunicación ya que se trata de una plataforma de agregación de contenido. Empero, como bien indica la magistrada en su voto particular, la empresa no se limita a agregar contenido, sino que también actúa como editora en la medida en que selecciona contenido algorítmicamente. Aspecto no menor, que permite cuestionar la neutralidad del proceso comunicativo. En todo caso, lo que resulta claramente constatable, y así lo expresa Balaguer Callejón, es que la empresa participa en y del proceso comunicativo, invitando así a considerarla titular de las libertades de expresión e información.

De forma casi alternativa a la consideración de las plataformas como asimilables a los medios de comunicación, la magistrada ofrece desde otra perspectiva, otra posible aproximación a dichas plataformas. Esta última consistiría en

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Véase, *Ibidem*.

considerar a las plataformas comunicativas como personas jurídico-privadas de interés general, por cuanto se han «convertido en un foro o instrumento percibido como público por sus usuarios y el haber adoptado políticas de moderación que acaban delimitando, cuando no limitando, el alcance del ejercicio de las libertades comunicativas justifica que sean tratadas jurídicamente no como meras empresas privadas, sino como personas jurídicas con trascendencia jurídico-constitucional, de forma similar a las personas jurídico públicas»³⁰.

Con las dos aproximaciones anteriores, la magistrada enmarca las distintas opciones posibles y apunta a soluciones concretas para articular el debate sobre la naturaleza de las plataformas. De hecho, lanza dos perspectivas desde las que el TC podría haber planteado esta cuestión. Por un lado, partiendo de la titularidad de las libertades comunicativas por parte de las plataformas a partir de la vertiente objetiva de las mismas. Por otro lado, aplicando la doctrina sobre la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídico-privadas.

Junto a este interrogante de actualidad, la magistrada también aporta notas de claridad en su voto particular respecto a la doctrina de la libertad de expresión cuando se ejerce en Internet. En primer lugar, subraya lo ilógico e irrazonable que puede terminar resultando imponer un estándar de control relativo a los límites de la libertad de expresión más restrictivo cuando se canaliza en Internet que cuando se produce en el entorno analógico. Afirmación que encuentra sustento en ejemplos como el presente caso, donde parece que el medio en que se ejerce el derecho, esto es Internet, termina jugándole una mala pasada. Y ello aun cuando los comentarios en cuestión están relacionados y tienen origen directo en la noticia alojada por la mercantil y van referidos a un representante público en su condición de tal³¹.

Coincidiendo con lo sostenido por la magistrada, el hecho de que la mayoría del Tribunal no haya aplicado al caso los criterios de ponderación sentados en la STC 8/2022, de 27 de enero para efectuar el juicio de proporcionalidad, tiene mucho que ver con el fallo al que se llega. Pues, dicha ausencia provoca que no se tengan en cuenta circunstancias como el medio a través del que se realizan las expresiones o la propia condición de representante político del receptor de aquellas. De ahí que comparta con el voto particular de Balaguer Callejón que se haya llegado a una conclusión errónea, habiéndose perdido una buena «oportunidad de dar un paso más en nuestra reflexión sobre el impacto de internet en los derechos y libertades [...]»³².

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Voto particular de la magistrada BALAGUER CALLEJÓN a la STC 83/2023, de 4 de julio, apartado 4.

³² *Ibidem*.

7. CONCLUSIONES

Con el presente trabajo se ha querido reflexionar acerca de un tema de actualidad constitucional como es el impacto de internet en los derechos y libertades de las personas. Hay muchos aspectos dignos de análisis en el campo del desarrollo tecnológico y su incidencia en los derechos y libertades. No obstante, hay varios motivos que han justificado un análisis concreto: el tema de los nuevos contornos de la libertad de expresión cuando se ejerce en internet vinculado a la cuestión de la responsabilidad de las plataformas comunicativas por comentarios de terceros.

Este tema plantea interesantes interrogantes desde la teoría general de los derechos. Y, como se ha visto a lo largo de estas páginas, suscita, entre otras, la cuestión de si las plataformas comunicativas pueden considerarse titulares de la libertad de expresión e información, atendiendo al importante papel que ocupan en el proceso comunicativo para favorecer el ejercicio de derechos como la libertad de expresión o información. Como ha tratado de explicarse, este aspecto lleva aparejado el debate sobre la naturaleza jurídica que debe otorgarse a las plataformas de internet. Debate que viene concretándose en diversas opciones interpretativas, que van: desde considerarlas como análogas a los medios de comunicación (a efectos de reconocerles la titularidad de las libertades comunicativas), a personas jurídico-privadas de interés general.

Junto a estos aspectos que han sido analizados, se ha planteado también la necesidad de repensar los contornos de la libertad de expresión en el entorno digital, fruto del profundo impacto de la tecnología en el proceso comunicativo.

En todo caso, los interrogantes y consideraciones apuntados anteriormente se han suscitado en el trabajo a través del estudio de un caso concreto, la STC 83/2023, de 4 de julio. Dicha sentencia ha sido objeto de análisis por suscitar todas las cuestiones apuntadas anteriormente, a raíz de un caso en que un concejal entiende que se ha vulnerado su derecho al honor por la no retirada de unos comentarios anónimos dirigidos contra él, en el contexto de una noticia (relativa a su conducta como representante político) que había sido publicada en la plataforma Menéame Comunicaciones. Para tomar la perspectiva de análisis necesaria, el comentario a dicha sentencia se ha efectuado tomando como base su antecedente jurisprudencial más reciente, la STC 8/2022, de 27 de enero. Esta última sentencia sirve de parámetro para efectuar el necesario juicio de ponderación, a efectos de valorar los límites a la libertad de expresión, al establecer una serie de criterios a tener en cuenta, cuales son: 1. Inmediatez y rapidez en la difusión de los mensajes a través de Internet. 2. Quién

vierte los comentarios o informaciones a través de Internet. 3. Destinatario. 4. Contenido de los mensajes difundidos. 5. Posible efecto desaliento.

Del análisis de la citada STC 83/2023, de 4 de julio, cabe destacar que, aunque el TC genera una expectativa alta sobre la trascendencia constitucional del asunto, basada en su pretensión de actualizar su doctrina en materia de libertad de expresión en el contexto digital, en mi opinión, realmente no llega a lograr ese objetivo. Y, en gran medida, ese objetivo se ve frustrado porque el TC no aplica en esta sentencia los criterios que había sentado en su doctrina en la STC 8/2022, de 27 de enero, y que habrían llevado (seguramente) a una conclusión distinta. Pues, habría tenido que valorar con mayor profundidad elementos de relevancia como el papel de representante político que desempeñaba el destinatario de los comentarios controvertidos.

Lo limitado que, en este sentido, puede quedar el pronunciamiento del TC se ve compensado con un rico análisis efectuado por la magistrada Balaquer Callejón en su voto particular discrepante a la sentencia. En su voto particular, la magistrada realiza un profundo y crítico recorrido por la doctrina constitucional más reciente en la materia para justificar, alineada con la jurisprudencia del TEDH, su desacuerdo con el parecer mayoritario del TC. La magistrada no deja pasar por alto ninguno de los interrogantes que plantea el caso, a la vez que se encarga de realizar una exhaustiva aplicación de los criterios de ponderación establecidos en la STC 8/2022, de 27 de enero. Todo lo cual, le lleva a concluir que debiera haberse concedido el amparo constitucional a favor de la plataforma, para proteger, en definitiva, la libertad de expresión comopreciado baluarte de nuestra democracia.

No cabe sino suscribir las reflexiones de la magistrada, pues realmente se trata de un voto particular a la altura de un complejo debate que, más vale pronto que tarde, debemos afrontar de lleno en sede constitucional por su alto impacto en los derechos de las personas. Sean pues bienvenidos pronunciamientos atrevidos y audaces como el que nos presenta la magistrada en este voto particular, pues sólo enfrentando de cara los grandes desafíos que la transformación digital trae consigo, podremos avanzar como sociedad sin perder derechos por el camino.

EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES COMO REQUISITO PARA LA CONSTITUCIONALIDAD DEL RECHAZO EN FRONTERA

MARÍA DOLORES REQUENA DE TORRE

SUMARIO: 1. Introducción: la gestión de la frontera sur y su dudosa constitucionalidad. 2. Marco jurídico de las *expulsiones sumarias*: los rechazos en frontera, las devoluciones en caliente y las expulsiones colectivas. 2.1 El giro del TEDH en el asunto *N.D y N.T c. España*. 3. La Sentencia 172/2020 sobre la Ley Orgánica de Protección de la seguridad ciudadana y la introducción del rechazo en frontera. 3.1. El precepto impugnado y la argumentación de la mayoría. 4. El Voto particular de la Magistrada Balaguer: «el juicio abstracto no puede ser ni un juicio ciego ni ignorante de la realidad social». 5. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN: LA GESTIÓN DE LA FRONTERA SUR Y SU DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD.

Uno de los principales desafíos de este siglo es el control, la gestión y la posterior integración de los flujos migratorios en las sociedades de acogida. Y en este contexto, las políticas adoptadas por los Estados europeos reflejan una clara tendencia de rechazo, que prioriza una estrategia securitaria de blindaje de fronteras. Una dinámica que se observa especialmente en los Estados del Sur de la Unión Europea, que conforman su frontera exterior y que han implementado instrumentos normativos y financieros similares destinados a desterritorializar¹

¹ Ante la multitud de términos empleados por la doctrina para denominar estas prácticas, el término «*desterritorialización*», explica DEL VALLE GÁLVEZ, «evoca la idea de ubicar fuera del territorio determinadas funciones de control fronterizo y de políticas migratorias, a desarrollar por otros Estados o por el

los controles migratorios mediante oportunos acuerdos con terceros Estados a los que se inviste como centinelas de nuestras fronteras, pese a que demuestran un más que dudoso respeto a los derechos humanos en su actuación.

Las cuestiones que subyacen no son sencillas: ¿qué responsabilidad tienen la UE y sus Estados miembros en el trato inhumano y degradante, sobradamente constatado, perpetrados por Estados como Marruecos, Libia o Turquía frente a quienes tratan de entrar a Europa? ¿Dónde empieza la responsabilidad de los Estados miembros? ¿Es Europa responsable cuando las víctimas se encuentran aún lejos de sus fronteras, pero sus agresores han sido entrenados y financiados con fondos europeos? ¿El estándar de protección emanado del CEDH solo rige para el control fronterizo que se lleva a cabo tras la frontera estatal?

Todas estas cuestiones, que la Comunidad de Derecho que es la UE evita plantearse, sobrevuelan el objeto de este trabajo: una reflexión sobre la constitucionalidad de los *rechazos en frontera* como práctica legalizada en atención a la especial situación de Ceuta y Melilla. Un tema de relevancia constitucional que se sitúa en el delicado equilibrio que exige el diseño de una política fronteriza respetuosa con los derechos humanos y con el reconocimiento de la igual dignidad humana; al tiempo que garantice la seguridad de las fronteras.

Así, la figura normativa del rechazo en frontera fue introducida en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana con el propósito de dotar de un marco legal una práctica que, hasta entonces, carecía de formalidad alguna. Y, aunque teóricamente se diferencia de la devolución y de la expulsión; en la práctica, esta figura se asemeja considerablemente (e incluso converge) con las denominadas devoluciones en caliente, que no son más que *expulsiones sumarias* carentes de las debidas garantías.

Por ello, el marco legal proporcionado por el legislador al incluirlas en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana plantea importantes dudas de constitucionalidad en atención a la falta de garantías previstas para su ejecución. Por este motivo, 114 diputados recurrieron su inconstitucionalidad, junto a otros preceptos de la LOPSC. Y aunque la mayoría del Tribunal plasmó una inter-

propio Estado». Un concepto que comprendería tanto las prácticas de *externalización* como de *extraterritorialidad*. Mientras que el autor propone reservar el término *externalización* «para aquellas situaciones en las que no hay ni presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados Miembros». Una explicación más detallada se puede encontrar en sus múltiples artículos sobre la materia. DEL VALLE GÁLVEZ, A: «Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre “extraterritorialidad”, “desterritorialidad” y “externalización” de controles y flujos migratorios», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 168 y 169. y DEL VALLE GÁLVEZ, A: «Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional». En *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. n.º 55. 2016.

pretación constitucional de los rechazos en frontera, el fallo no fue unánime. La Magistrada Balaguer, a quien homenajea esta obra, plasmó en un contundente voto particular la incompatibilidad de la norma recurrida con las garantías exigidas por el Tribunal para su constitucionalidad.

Por ello, este trabajo no solo se orienta a clarificar la naturaleza de los rechazos en frontera, sino que también quiere poner en valor el papel de los votos particulares en las cuestiones constitucionales más complejas. Y es que suponen, como reconoció el padre del voto particular en nuestra Constitución, Peces Barba, «uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional, auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico jurídico, con las opiniones discrepantes»². Y dicho en palabras de la Magistrada a la que se dedica esta obra: «supone un elemento dinamizador de la jurisprudencia capaz de calificar la justicia desde una pluralidad de significados»³. En este asunto, el voto particular de la magistrada Balaguer, no solo ejemplifica su compromiso con la defensa de los derechos fundamentales sino que, como veremos, enriquece el debate jurídico.

2. MARCO JURÍDICO DE LAS EXPULSIONES SUMARIAS: LOS RECHAZOS EN FRONTERA, LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE Y LAS EXPULSIONES COLECTIVAS.

Para comprender la naturaleza de los *rechazos en frontera*, y la controversia que rodea a esta figura, es fundamental comenzar delimitando lo que no son y sus diferencias con otras figuras afines, como las devoluciones y las expulsiones; con las que comparten un objetivo común: mantener alejados del territorio a nacionales de otros Estados. Las diferencias, sin embargo, no son baladíes.

Por un lado, las expulsiones, sean por orden judicial o administrativa, responden a una naturaleza defensiva donde el alejamiento de la persona pretende neutralizar el peligro o restablecer la situación de legalidad corrompida⁴. Este

² PECES-BARBA G.: *La Constitución española de 1978, un estudio de derecho y política*. Ed: F. Torres, Valencia, 1981, p. 353.

³ BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: «El voto particular en el ordenamiento jurídico». En: BALAGUER CALLEJÓN, F.; LÓPEZ AGUILAR, J.F., y BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: *Estudios sobre el estado social y democrático*. CEPC 2024. P. 705.

⁴ Sobre la compleja naturaleza del instituto de la expulsión se recomienda la lectura de ALASTUEY DOBÓN, C.: «Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en el Derecho español» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, Zaragoza 2021. pp. 63-127.

segundo supuesto fundamenta también las devoluciones que, sin embargo, se ejecutan en una horquilla temporal de 72 horas desde la entrada irregular y se acuerdan, siguiendo las debidas garantías, por una autoridad gubernativa. Ambas figuras, devoluciones y expulsiones, se enmarcan en un procedimiento con distinta duración y garantías⁵.

Sin embargo, cuando esas devoluciones se producen de manera automática, y por tanto faltas de un verdadero procedimiento, constituirían una *expulsión colectiva*, expresamente prohibida en el marco del Consejo de Europa. Una práctica comúnmente conocida dentro del ámbito nacional como *devoluciones en caliente*⁶ y que prohíbe expresamente el artículo 4 del Protocolo N.º 4 del CEDH, al suponer una violación del derecho a un proceso con todas las garantías y que, en el ámbito migratorio, atenta contra otros derechos. En particular, la falta de un proceso con todas las garantías implica un riesgo de vulnerar el principio imperativo de *no devolución*; pues la inmediatez de la medida impide el estudio individualizado del caso y la identificación de sujetos vulnerables, antes de ejecutar la medida.

En este sentido, la extensa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que el elemento definitorio de las expulsiones colectivas no es, pese a su nombre, el carácter colectivo de la expulsión; sino la ausencia de un examen razonable y objetivo de las circunstancias individuales de cada persona, siempre que esta omisión no sea imputable a la conducta de los propios demandantes. De tal modo, que no puede considerarse como expulsión colectiva cualquier medida que obligue a un grupo de extranjeros a dejar un Estado; excepto cuando dicha medida se lleve a cabo sin un examen razonable y objetivo de las circunstancias individuales de cada miembro del grupo⁷. Es más:

«El hecho de que las decisiones de expulsión estén redactadas de manera idéntica no basta, por sí solo, para considerar que se trata de una expulsión co-

⁵ La STC 17/2013 realiza una comparación entre la expulsión y la devolución prevista en el artículo 58.3 LOEx en la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12.

⁶ Una práctica constantemente denunciada en los informes del Defensor del Pueblo. Así, entre otros, pueden consultarse los Informes anuales de 2005 y de 2015 del Defensor del Pueblo, ambos mencionados en la STEDH N.D. y N.T. *contra España* de 13 de febrero de 2020. Junto a estos, los informes presentados por el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de los Derechos del Niño, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, también han reclamado de manera insistente desde 2015 el cese de esta práctica en cumplimiento de la legalidad internacional.

⁷ STEDH de 15 de diciembre de 2016. *Asunto Khlatifa y Otros c. Italia* §237: «According to the Court's case-law, collective expulsion is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group». Y en ella se remite a las SSTEDH

lectiva, con arreglo a los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes, si cada una de ellas ha ido precedida de un examen concreto de la situación de cada miembro del grupo de personas afectadas»⁸.

En definitiva, el número de personas que se vean afectadas por la actuación es irrelevante pues, como señala, C. Soler, lo que se protege es «la despersonalización del sujeto»⁹ a fin de que la decisión se tome atendiendo a la situación personal del extranjero y, por tanto, los riesgos de la medida de alejamiento.

Con todo, los *rechazos en frontera* constituyen, en teoría, una categoría autónoma, introducida con la LOPSC en la Disposición Adicional Décima de la Ley de Extranjería, a fin de establecer un régimen especial en Ceuta y Melilla y dotar así de cobertura jurídica lo que ya era la praxis habitual.

1. *Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.*

2. *En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.*

3. *Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.*

Su principal diferencia con los institutos señalados *supra* es el momento en el que se producen: «mientras intentan superar». Sin embargo, esta afirmación supone una ficción jurídica que parte de un concepto flexible de frontera donde los agentes españoles pueden ejercer su *rechazo*. Un desplazamiento conveniente de las fronteras que no supone ninguna novedad. De hecho, ha sido objeto de pronunciamiento por parte del TEDH en distintas ocasiones donde los Estados negaban haber incurrido en la comisión de una expulsión colectiva alegando que

Georgia c. Rusia § 167; *Andric c. Suecia* (dec.) de 23 de febrero 1999.; *Davydov c. Estonia* (dec), de 31 de mayo de 2005; *Sultani c. Francia* § 81; y *Ghulami c. Francia* (dec) de 7 de abril de 2009).

⁸ TEDH Dec. de 23 de febrero de 1999 *Asunto Vedran Andric c. Suecia*. Decisión sobre la admisibilidad de la demanda: «Moreover, the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis». Así como en la STEDH de 20 de septiembre de 2007 *Asunto Sultani contra Francia*, § 81-84;

⁹ SOLER GARCÍA, C.: «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España» *Revista General de Derecho Europeo* 45 (2018) p. 133.

los hechos habían ocurrido antes de la frontera física estatal y que, por tanto, ni suponían una *expulsión* ni podía aplicarse el CEDH.

Esta cuestión sobre la aplicación extraterritorial del CEDH quedó resuelta en el emblemático asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*¹⁰, donde la Gran Sala consideró que Italia había vulnerado el CEDH; entendiendo que al interceptar una embarcación con decenas de personas procedente de Somalia y Eritrea, y obligarlos a regresar a Libia, los demandantes estaban bajo la jurisdicción de Italia.

«La formulación del artículo 4 del Protocolo Núm. 4 no supone, *per se*, un obstáculo a su aplicación extra-territorial. Cabe observar que el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 no contiene referencia alguna a la noción de «territorio» mientras que, al contrario, la formulación del artículo 3 del mismo Protocolo menciona específicamente el alcance territorial de la prohibición de expulsar ciudadanos. De la misma manera, el artículo 1 del Protocolo Núm. 7 hace explícitamente referencia a la noción de territorio al mencionar las garantías procesales relativas a la expulsión de extranjeros legalmente residentes en el territorio de un Estado. El Tribunal opina que no se puede hacer caso omiso de esta formulación. Los trabajos preparatorios no indican explícitamente ni el alcance ni el ámbito de aplicación del artículo 4 del Protocolo Núm. 4. En cualquier caso, el Informe Explicativo del Protocolo Núm. 4, redactado en 1963, revela que, según el Comité de Expertos, el objetivo del artículo 4 es el de prohibir formalmente «las expulsiones colectivas de extranjeros, como las que han protagonizado la actualidad reciente». Por lo tanto, «se decidió que la adopción de este artículo [el artículo 4] y del apartado 1 del artículo 3 de ninguna manera puede ser interpretada como una justificación de las medidas de expulsión colectiva que puedan haber ocurrido anteriormente». Los comentarios sobre el proyecto de protocolo muestran que, en la opinión del Comité de Expertos, el artículo no hace referencia a los extranjeros que residen de manera legal en un territorio sino a «todos aquellos que, en realidad, no tienen derecho a obtener nacionalidad de un Estado [...]». Por último, según los que redactaron el Protocolo Núm. 4, la palabra «expulsión» debe ser interpretada «en su sentido genérico, empleado en el lenguaje corriente (conducir fuera de un lugar)». Aunque esta definición se encuentre en la sección relativa al artículo 3 del Protocolo, el Tribunal considera que también es aplicable al artículo 4 del mismo Protocolo. Cabe concluir que los trabajos preparatorios

¹⁰ STEDH de la Gran Sala de 23 de febrero de 2012 *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. Sobre la misma puede leerse, entre otros muchos comentarios, el de BOLLO AROCENA, M.^a D. «Push Back, Expulsiones Colectivas y Principio de *Non Refoulement*. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012)». En: TORRES BERÁNDEZ, S. (Coord): *El Derecho internacional en el Mundo Multipolar del Siglo XXI: Obra Homenaje al Prof. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*. Iprolex. Madrid. 2013. Y para un abordaje más actual de la cuestión de la aplicación extraterritorial del CEDH, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «Externalización de controles migratorios versus derechos humanos» *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n.46, diciembre de 2023.

no excluyen la posibilidad de una aplicación extra-territorial del artículo 4 del Protocolo Núm. 4»¹¹.

Así, la aplicación del precepto por parte del TEDH resta importancia al hecho de que la medida de alejamiento se produzca una vez dentro del territorio estatal o antes de entrar al mismo. Y es que, puesto que un Estado puede ejercer su jurisdicción fuera del territorio mediante sus agentes, si las víctimas son alejadas contra su voluntad, sin un procedimiento individualizado, y bajo el control continuado y exclusivo de las autoridades nacionales; esta actuación sería constitutiva de una «expulsión», con arreglo al artículo 4 del Protocolo n.º 4. Una interpretación basada en la esencia del Convenio, esto es, que la protección emanada del CEDH sea práctica y efectiva¹². Un principio que, aplicado al artículo 4 del Protocolo Núm. 4, debe significar la condena de aquellas medidas de alejamiento que se lleven a cabo sin un examen individual de las circunstancias, más allá de los límites terrestres. Así lo expresó con contundencia en el Asunto *Hirsi Jamaa*:

«[...] el objetivo que persigue el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 es el de impedir que los Estados puedan expulsar a determinados extranjeros sin antes examinar sus circunstancias personales y, de esta manera, sin dejarles presentar sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente. Por lo tanto, si el artículo 4 del Protocolo Núm. 4 fuera aplicable solamente a las expulsiones colectivas del territorio nacional de los Estados parte al Convenio, una parte importante de las tendencias migratorias contemporáneas quedarían fuera de su ámbito de aplicación, a pesar de que el tipo de comportamiento que esta disposición busca evitar puede tener lugar fuera del territorio nacional y en particular, como ocurre en el presente caso, en alta mar. En tal caso, el artículo 4 resultaría entonces ineficaz en la práctica para tratar ese tipo de situaciones, las cuales, no obstante, están en aumento. Como consecuencia y a diferencia de los emigrantes por vía terrestre, los emigrantes por vía marítima, quienes arriesgan frecuentemente sus vidas sin conseguir alcanzar las fronteras de un Estado, serían expulsados sin antes poder beneficiarse de un examen de sus circunstancias personales».

¹¹ STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* de 23 de febrero de 2012 §173-174.

¹² *Ibid.* §175: «Es necesario tener en cuenta el propósito y significado de la disposición en cuestión, que deben a su vez ser analizado a la luz del principio, firmemente establecido en la jurisprudencia del Tribunal, según el cual el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la vista de las condiciones actuales (véanse, por ejemplo, *Soering, op. cit.*, párrafo 102; *Dudgeon contra Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, Serie A núm. 45; *X, Y y Z contra Reino Unido*, 22 de abril de 1997, Reports 1997-II; *V. contra Reino Unido*, [GS], núm. 24888/94, párrafo 72, TEDH 1999-IX; y *Matthews contra Reino Unido* [GS], núm. 24833/94, párrafo 39, TEDH 1999-I). Por añadidura, es esencial que el Convenio sea interpretado y aplicado de tal forma que las garantías que protege sean prácticas y efectivas y no teóricas e ilusorias (véanse *Airey contra Irlanda*, 9 de octubre de 1979, párrafo 26, Serie A núm. 32; *Mamatkulov y Askarov contra Turquía* [GS], núms. 46827/99 y 46951/99, párrafo 121, TEDH 2005-I; y *Leyla Şahin contra Turquía* [GS], núm. 44774/98, párrafo 136, TEDH 2005-XI)».

En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha sido clara respecto a los requisitos que deben darse para considerar que la medida de alejamiento sea constitutiva de una expulsión colectiva en los términos prohibidos por el artículo 4 del Protocolo núm.4: toda aquella medida de alejamiento que se lleva a cabo sin atender a un examen razonable y objetivo de las circunstancias individuales de cada sujeto, salvo cuando la falta de esa decisión individualizada se deba a la conducta del demandante. Una jurisprudencia que sirvió, incluso para condenar a España al considerar que las *devoluciones en caliente* practicadas en la frontera sur de España suponían una expulsión colectiva.

Nos referimos a la primera sentencia del Tribunal de Estrasburgo en el asunto *N.D y N.T contra España*, en 2017. Y, si bien la sentencia fue anulada por la STEDH de la Gran Sala, de 13 de febrero de 2020, los argumentos expuestos en la misma no implican un verdadero cambio en la valoración de la práctica llevada a cabo de modo sistemático en la *valla*. De hecho, no hay duda de que la medida de *rechazo en frontera* se lleva a cabo sin un análisis individualizado; la diferencia interpretativa radica únicamente en si los demandantes eran responsables de la falta de individualización. Este fallo fue fuertemente criticado por la doctrina, y dado que se produjo solo unos meses antes de que el Tribunal Constitucional confirmara la constitucionalidad de esta práctica, merece detenernos: ¿falló el TEDH en considerar la conducta de los demandantes responsable de la ausencia de un examen individual? ¿Fueron realmente avaladas las devoluciones en caliente?

2.1 El giro del TEDH en el asunto *N.D y N.T c. España*

En el caso *N.D y N.T contra España* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que enjuiciar si la expulsión automática de dos extranjeros, llevada a cabo en la frontera de Melilla el día 13 de agosto de 2014 por la Guardia Civil, era constitutiva de una expulsión colectiva, prohibida por el artículo 4 del Protocolo n.º 4. Se trataba del primer asunto concerniente a una posible expulsión colectiva en la que el Tribunal de Estrasburgo declaró inadmisibile la queja respecto del artículo 3CEDH, y la primera vez que el Tribunal debía decidir sobre la aplicabilidad del Artículo 4 del Protocolo n.º 4 en situaciones de devolución inmediata y forzosa de extranjeros que han intentado sobrepasar ilegalmente una frontera terrestre en gupo.

En 2017 el TEDH declaró por unanimidad que España había llevado a cabo una expulsión colectiva violando tanto el referido artículo 4, como el artículo 13 del Convenio al expulsar automáticamente a los demandantes sin posibilitar siquiera el acceso a un recurso efectivo contra su expulsión. Pero,

¿cuáles son los criterios del Tribunal para considerar que una expulsión es colectiva? Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el elemento determinante para observar el carácter colectivo de la expulsión es la ausencia de un examen razonable y objetivo de las circunstancias individuales de cada persona, siempre que esta omisión no sea imputable a la conducta de los propios demandantes. No siendo por tanto determinante ni el número de personas expulsadas, ni que pertenezcan a un mismo grupo nacional, racial, étnico o religioso. En el asunto objeto de estudio, los demandantes fueron esposados en el momento de descender la valla, y devueltos a Marruecos. Durante este procedimiento de devolución automática no llegaron a acceder a un procedimiento siquiera de identificación, ni mucho menos tuvieron la oportunidad de explicar sus circunstancias personales. Tampoco contaron con un intérprete, ni fueron asistidos por abogados. Circunstancias determinantes para que el TEDH apreciara que N.D y N.T habían sido objeto de una medida de carácter general, consistente en rechazar aquellos inmigrantes que tratan de traspasar la frontera ilegalmente. Resultó incuestionable que la medida de alejamiento se había ejecutado sin procedimiento alguno, en ausencia de decisión administrativa o judicial previa; por lo que no se discutió acerca de las garantías observadas durante el examen individual, ya que no hubo ningún examen y ni siquiera hubo un procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas. Por ello, el TEDH consideró indudable el carácter colectivo de dichas expulsiones. Sin embargo, la sentencia fue recurrida por el Gobierno de España y en 2020 la Gran Sala se pronunció en sentido opuesto.

Llamativamente, la línea argumental fue prácticamente idéntica: la Gran Sala recordó que una expulsión colectiva es la medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país salvo cuando esa medida se ha tomado en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que componen el grupo. Pero no se da una expulsión colectiva cuando la ausencia de dicha decisión individual de expulsión es atribuible a la propia conducta del demandante. Así, aunque esos criterios coinciden por completo con los que consideró el Tribunal en la sentencia recurrida de 2017, el fallo supuso un giro de 180 grados. El elemento diferenciador fue considerar que la falta de un examen individualizado era atribuible a la conducta de los demandantes. Estimando que, al no hacer uso de los procedimientos existentes para entrar legalmente en España; y al participar en el asalto a la valla de Melilla el 13 de agosto de 2014, tomando ventaja del número de personas y usando la fuerza, los propios demandantes se pusieron en esa posición. Y consideró atribuible a esta conducta la falta de una decisión individual de expulsión: «if they indeed wished to assert rights under the Con-

vention, did not make use of the official entry procedures existing for that purpose, and was thus a consequence of their own conduct»¹³.

Este argumento, que sitúa el punto de mira en el comportamiento de los demandantes, tiene su origen en las decisiones de los asuntos *Berisha y Haljiti c. República Ex Yugoslava de Macedonia*, del 2001 y *Dritsas c. Italia*, del 2011. Ambos casos respondían a situaciones en las que, como la propia Gran Sala admite, los demandantes habían mostrado una falta de cooperación activa con el procedimiento disponible que impedía llevar a cabo el examen de las circunstancias individuales de cada uno¹⁴; pero, es difícil señalar un comportamiento análogo entre estos casos. La conducta, a juicio de la Gran Sala culpable, de N.D y N.T, a la que se atribuye la devolución automática y sin siquiera un procedimiento de identificación se enjuicia por el Tribunal a la luz de dos elementos principales. El primero de ellos, la forma de asaltar la valla el día 13 de agosto de 2014 haciendo uso de la fuerza y aprovechando la superioridad numérica. El segundo, responde al no uso de las vías legales por las que los demandantes podrían haber accedido a España.

En este sentido, demandantes, demandados y otras terceras partes dedicaron un gran esfuerzo para probar la existencia o inexistencia de las vías legales señaladas. Y en este contexto, la Gran Sala afirmó que no había sido convencida de que «las rutas legales existentes en el momento de los hechos no fueran auténtica y efectivamente accesibles para los demandantes»¹⁵. Esas vías, a las que se refiere la sentencia, son: la solicitud de asilo en el puesto fronterizo de Beni Enzar; la solicitud de asilo en sus países de origen o en cualquiera de los países de tránsito que han atravesado hasta llegar hasta Marruecos; la solicitud de asilo en el consulado de Nador, o en la embajada de Rabat; o la obtención de un visado de trabajo. Pese a las pruebas aportadas que reforzaban la versión de los demandantes, el Tribunal consideró que no había quedado suficientemente demostrado que España no proporcionara acceso «*genuine and effective*» a los procedimientos legales de entrada en el país, insistiéndose en que fueron los propios demandantes quienes decidieron no hacer uso de aquéllos.

Resulta difícil entender por qué el Tribunal hizo caso omiso a tantas opiniones, alegaciones e informes de expertos que denunciaban la ausencia de vías

¹³ STEDH de 13 de febrero de 2020. Asunto N.D y N.T c. España. §231.

¹⁴ STEDH de 13 de febrero de 2020. Asunto N.D y N.T c. España. §200: «it was the lack of active cooperation with the available procedure for conducting an individual examination of the applicants' circumstances which prompted the Court to find that the Government could not be held responsible for the fact that no such examination was carried out».

¹⁵ STEDH de 13 de febrero de 2020. Asunto N.D y N.T c. España. §226.

legales, accesibles para los demandantes. Pese a todo, la verdadera cuestión es si la entrada irregular por la valla, puede convertir una expulsión automática en una expulsión legítima. Es decir, si aceptamos que una vulneración de la legalidad pueda suponer privar al infractor de la tutela judicial efectiva. Y es que, como se ha señalado anteriormente, no se negó en ningún momento del procedimiento la existencia de una devolución sumaria, que, por definición, conlleva la inobservancia de garantías mínimas protegidas por el Derecho Internacional en general, y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular. Se efectuó una expulsión, entendiendo tal concepto en su sentido más amplio, como traslado forzoso de un extranjero respecto del territorio de un Estado; y en el procedimiento, destacó el Tribunal, los demandantes no alegaron haber tratado de acceder previamente de forma legal. Entendiendo así que, de haberlo hecho y no haber podido, tal y como ellos y terceras partes aseguran que habría pasado, la expulsión en esas condiciones hubiera sido ilegítima. El hecho de haber sobrepasado la valla de manera ilegal, asaltándola, justificó, a juicio del TEDH, que las autoridades españolas los arrestaran; no les facilitaran asistencia letrada, ni la ayuda de un intérprete, ni de un médico.

La Sentencia tuvo una gran resonancia, y entre los ecos producidos por la referida STEDH se encuentra la constitucionalidad de los *rechazos en frontera*. El TEDH no solo estaba enjuiciando la expulsión de los demandantes, sino que su fallo iba a confirmar o negar la legalidad de una práctica denunciada en infinidad de informes elaborados por organismos e instituciones nacionales, internacionales y oenegés. Y, si bien no supuso un cambio radical en los elementos que conforman una expulsión colectiva; la interpretación abierta que llevó a cabo respecto a la responsabilidad de los demandantes plantea más preguntas que respuestas: ¿Cómo podrían haber demostrado que intentaron acceder previamente de manera legal si no se les realiza una entrevista, un examen de sus circunstancias, y ni siquiera una mera identificación? ¿Cómo queda garantizado el principio de *no devolución* si admitimos que no se examinen las circunstancias individuales de quien se expulsa?

3. LA SENTENCIA 172/2020 SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y LA INTRODUCCIÓN *DEL RECHAZO EN FRONTERA*

La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, conocida comúnmente como *Ley Mordaza*, fue aprobada en 2015. Un año convulso en Europa, marcado por la amenaza terrorista y la llegada masiva de solicitantes de

protección. Un contexto que, sin duda, condicionó el contenido de la Ley. Entre sus disposiciones más polémicas se encuentran la introducción de elementos disuasorios en el ejercicio del derecho de reunión; o la restricción a la libertad de información al exigir autorización para el uso de imágenes donde intervengan autoridades o miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Y en lo que a este trabajo respecta, la disposición final primera de la Ley adicionó la Disposición Adicional décima de la LOEX, que adicionó un régimen especial de rechazo para los extranjeros detectados en la línea fronteriza.

Todas estas disposiciones dieron lugar a la interposición, el 21 de mayo de 2015, de un recurso de inconstitucionalidad por noventa y siete diputados del Grupo Parlamentario Socialista, once del Grupo La Izquierda Plural, cuatro del Grupo UPyD y dos del Grupo Mixto del Congreso contra los artículos 19.2, 20.2, 36.2, 36.23, 37.1, en relación con los artículos 30.3, 37.3 y 37.7, así como la disposición final primera de la LOPSC.

El 19 de noviembre de 2020, la Sentencia 172/2020 avaló la constitucionalidad de la LOPSC, a excepción de la disposición relativa a las grabaciones no autorizadas a la policía; y con ello, declaró constitucional el *rechazo en frontera* previsto en la Ley. El fallo, si bien supuso una decepción para gran parte de la sociedad civil y de la doctrina, no fue una sorpresa; pues, como se ha dicho, el TEDH ya había asestado el primer estacazo en el Asunto *N.D. y N.T. c. España*. La falta de sorpresa, sin embargo, no hizo que el fallo del Tribunal Constitucional fuese menos controvertido; como evidencia el voto particular de la Magistrada Balaguer.

Cuatro años después de la sentencia, nueve desde que se interpusiera el recurso; las llegadas irregulares no han cesado y la migración se posiciona entre las preocupaciones principales de los españoles¹⁶. Por ello, en contraposición a discursos defensivos que se han popularizado en los últimos años a fin de justificar la devaluación del estándar de protección, resulta oportuno reiterar las obligaciones de Derecho que nos vinculan, sobre todo en las coyunturas más críticas. Este trabajo, en el marco de un merecido homenaje a la Magistrada, tiene como objetivo hacer eco de su voto particular, que ojalá hubiese convencido al resto.

3.1 El precepto impugnado y la argumentación de la mayoría

La controvertida disposición final primera de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana por la que se adiciona una disposición adicio-

¹⁶ Según el barómetro del CIS de septiembre de 2024 Estudio n.º 3474.

nal décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se introdujo con la siguiente redacción:

«1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.»

En su impugnación, los recurrentes señalaron un posible fraude del procedimiento parlamentario, al considerar que no guarda conexión alguna con la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en la que se incluyó. Además, señalaron que su inclusión consistía en la introducción, por vía de hecho, de un sistema de devolución masiva e indiferenciado de extranjeros que, excluyendo la posibilidad de revisar judicialmente la decisión adoptada, vulneraría los artículos 9.3, 24.1 y 106 de la CE.

En palabras de los recurrentes:

«Se faculta así la ejecución de los citados «rechazos en frontera» sin la determinación de los supuestos que activarán tales situaciones, dejando al libre arbitrio de la administración no solo el modo y los medios de realizar dichas actuaciones, sino su realización misma, habilitando una actuación imprevisible e indeterminada que no tiene encaje en el marco constitucional.[...] Se produce un cercenamiento absoluto y de raíz del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la Justicia, en la medida en que se pretende habilitar una actuación independiente y autónoma del derecho de todo ser humano a solicitar el auxilio judicial en aquellas decisiones que le afecten y que considere contrarias a la Constitución o a las leyes (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, en relación con los derechos reconocidos a los extranjeros; doctrina reiterada en STC 17/2013, FJ 2). Igualmente se incurre en la negación de la potestad revisora de los tribunales de justicia otorgada por el artículo 106 CE. Además [...] por aplicación del artículo 58.7 LOEx, la actuación de la administración lleva aparejada la prohibición de entrada durante tres años en territorio español, por lo que tiene las mismas consecuencias de un procedimiento sancionador, resultando inconstitucional al privar a los extranjeros de los derechos procesales aparejados a los procedimientos de esta naturaleza (STC 17/2013, FJ 12)»¹⁷.

¹⁷ Véanse los Antecedentes de la STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, letra d.

Por su parte, el abogado del Estado argumentaba que la nueva figura del *rechazo en frontera* cubría un vacío normativo respecto a una actuación que ya sucedía en el marco de las labores de vigilancia fronteriza, dotando así a la misma, de una mayor seguridad jurídica. En este sentido, el abogado del Estado señaló las diferencias con respecto al procedimiento de devolución pues el *rechazo* pretende impedir la entrada ilegal en el territorio español durante el intento de entrada no culminado. Es decir, en una fase previa. Y por ello, entiende el Abogado del Estado: «Se trataría de una actuación coactiva, en el ejercicio de una potestad legítima, destinada a garantizar que la legalidad no se vulnere». Señalando, además, que en el marco de la Administración existen actuaciones materiales legítimas que se manifiestan sin formalización, como mera ejecución material de una potestad administrativa.

Con todo, el Tribunal Constitucional aborda y rechaza todos los argumentos de inconstitucionalidad presentados por los recurrentes en el Fundamento Jurídico 8. En cuanto a los vicios formales y procedimentales, el Tribunal Constitucional reiteró su doctrina sobre el ejercicio del derecho de enmienda al articulado señalando, en primer lugar, que este debe respetar una conexión mínima de homogeneidad con el texto enmendado; pues «la enmienda no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva, que debe nacer de una, también, nueva iniciativa» (STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6). Pero según esta doctrina, las Cámaras gozan de un amplio margen de apreciación en la determinación de si concurre tal conexión, de modo que «solo cuando sea evidente y manifiesto que no existe tal conexión deberá rechazarse la enmienda, puesto que, en tal caso, se pervertiría la auténtica naturaleza del derecho de enmienda, ya que habría pasado a convertirse en una nueva iniciativa legislativa» (STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 7). Según su propia doctrina, no podía negarse que se cumplía el principio de conexión mínima de homogeneidad; ni apreciarse una vulneración del derecho de participación que afecte a la función representativa, al no considerar alterado sustancialmente el proceso de formación de la voluntad de las Cámaras; por lo que el primer motivo de inconstitucionalidad se desestimó.

En relación a los motivos sustantivos, objeto de estudio del presente trabajo, el Tribunal comenzó subrayando la particular situación que afecta a Ceuta y Melilla como una de las principales vías de acceso de los flujos migratorios, en tanto que frontera exterior de la Unión Europea. Circunstancia que justifica un trato particular, pues conlleva que «en muchas ocasiones, el Estado español se vea desbordado en sus esfuerzos por contener los intentos de grupos

de personas de cruzar ilegalmente la valla o arribar en embarcaciones a las costas de soberanía española»¹⁸.

Tras contextualizar la problemática, el TC comienza el examen sustantivo del precepto abordando ciertos aspectos del estatuto constitucional de los extranjeros en España; el régimen previsto en materia de salidas forzosas del país y la naturaleza del *rechazo en frontera*; y, finalmente, la jurisprudencia del TEDH sobre el principio de *no devolución*. En este sentido, el Tribunal subraya algo sobre lo que no hay discusión, pues quedó zanjado en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*: que, independientemente de si el rechazo se produce antes, durante o después de traspasar los límites fronterizos, la acción del *rechazo* se lleva a cabo por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles que, por tanto están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento¹⁹, incluso si la actuación se desarrolla más allá de la frontera española. Una sentencia clave, dictada solo tres años antes de que se planteara el recurso de inconstitucionalidad, y cuya argumentación resulta esencial a la hora de concretar la naturaleza del *rechazo en frontera* y su compatibilidad con la Constitución.

A partir de esta línea, el Tribunal concluyó que se trataba de una figura que permite a la Administración y sus agentes llevar a cabo una actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera. Y, tras el examen en abstracto, inherente al recurso de inconstitucionalidad, fue considerado compatible con la Constitución; sin perjuicio de las circunstancias particulares que deban ser ponderadas en su aplicación concreta. Advirtiendo a este respecto, que el propio precepto reitera la obligación de que se lleven a cabo «respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional». Un requisito que, como señaló el Tribunal, exige a los cuerpos y fuerzas de seguridad prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables a fin de salvaguardar sus derechos, y con especial atención, el derecho al asilo.

¹⁸ STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, FJ 8.

¹⁹ STEDH de 23 de febrero de 2012 *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*: «desde el momento en que un Estado, a través de sus agentes que operan fuera de su territorio, ejerce su control y su autoridad sobre un individuo, y por consiguiente su jurisdicción, recae sobre él, en virtud del art. 1, una obligación de reconocer a aquel los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio que atañen a su caso»; y ello porque no puede admitirse la existencia de «zonas de no derecho» donde los individuos no estén amparados por un sistema jurídico capaz de brindarles el disfrute de los derechos y garantías protegidos por el Convenio europeo de derechos humanos (STEDH de 23 de febrero de 2012, STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, § 74 y 178 a 180, y las sentencias en allí citadas).

A este respecto, el Tribunal se remite a la STEDH *N.D y N.T c. España* para subrayar las condiciones que deben darse para que los procedimientos de alejamiento (expulsión, devolución y rechazo) no vulneren el CEDH:

«El Tribunal recuerda –en la ya citada STEDH 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*–, a los Estados que, como España, tienen fronteras exteriores de la Unión Europea, el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida o integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección, ex art. 3 CEDH, en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio Convenio europeo de derechos humanos (§ 209). Y concluye que si tales medios existen y son efectivos, los Estados «podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes [...], estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado [...]»²⁰.

En definitiva, la mayoría del Tribunal consideró que el precepto no resultaba inconstitucional siempre que en su aplicación se respeten todas las garantías previstas en la normativa internacional. En particular, que se apliquen a las entradas individualizadas, susceptibles de pleno control judicial y en cumplimiento de las obligaciones internacionales. Unas garantías cuyo cumplimiento, sin embargo, resulta poco realista.

4. EL VOTO PARTICULAR DE LA MAGISTRADA BALAGUER: «EL JUICIO ABSTRACTO NO PUEDE SER NI UN JUICIO CIEGO NI IGNORANTE DE LA REALIDAD SOCIAL»

Como se ha adelantado desde el comienzo del trabajo, la controversia suscitada por la *Ley Mordaza* alcanzó también al propio Tribunal Constitucional. Así, la Magistrada Balaguer formuló un voto particular en ejercicio, como la misma destacó en un reciente trabajo, de «la libertad de interpretación de la Constitución que cada magistrado realiza, sin más sujeción que su criterio jurídico»²¹.

La Magistrada, comienza su voto abordando el contexto en el que se aprobó la Ley. Un contexto marcado por la amenaza terrorista y la llegada masiva de solicitantes de asilo sin precedentes, que no resulta ajeno a la finalidad de la norma. Lo que lleva a la Magistrada a criticar el presupuesto defensivo que

²⁰ STC172/2020, de 19 de noviembre de 2020, FJ 8, *in fine*.

²¹ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2024) *Op. cit.* p. 723.

compartieron tanto el legislador, al elaborar la ley, como el Tribunal, al juzgar su constitucionalidad. Su frase, lapidaria, conviene reiterarla aquí:

«[...] la normativa sobre seguridad ciudadana debiera partir de una premisa garantista y de mínima intervención en el alcance de los derechos fundamentales. Porque su finalidad esencial no es asegurar la comodidad o el sosiego de la ciudadanía, ni siquiera la tranquilidad pública evitando los inconvenientes que genera en la convivencia el ejercicio de determinados derechos fundamentales, sino asegurarse de que las administraciones públicas en general, y los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en particular, no interfieren en el ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía actuando de modo arbitrario, irrazonable y con abuso de derecho. La libertad debe ser la regla y la restricción su excepción. La Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana no debiera ser una ley de control de la ciudadanía, sino una norma de control del poder que se ejerce sobre la ciudadanía. Y si la sentencia se hubiera formulando desde esta perspectiva, las conclusiones alcanzadas hubieran sido necesariamente distintas».

Y es que, la magistrada difiere del uso del *juicio abstracto* que hace la mayoría del Tribunal en el marco de todo el recurso de inconstitucionalidad. Señalando que un juicio abstracto «no puede ser ni ciego, ni ignorante de la realidad social sobre el que ha de proyectarse»; sino al contrario. Por ello, los argumentos y la jurisprudencia invocadas por el TC en su argumentación, carecen de sentido si se ignora el contexto y las consecuencias reales de su aplicación. Una idea que resulta fundamental a lo largo de todo el voto para sostener la inconstitucionalidad del rechazo en frontera.

En este sentido, uno de los argumentos principales que fundamentan la inconstitucionalidad de la norma es el contexto de aprobación de la misma. Y es que, como señala la Magistrada, no puede ignorarse que la figura del *rechazo en frontera* no pretendía establecer un procedimiento diferente en atención a la particular situación de Ceuta y Melilla, sino la legalización de las *devoluciones en caliente*. Una práctica que ya se ejercía de modo sistemático y caracterizada por la ausencia de procedimiento alguno entre la interceptación de personas en el vallado y la entrega inmediata a las autoridades marroquíes. Una lectura que había sido señalada por los recurrentes y que se confirma, como señala el voto particular, con el hecho de que no se llegó a aprobar un reglamento para desarrollar dicho procedimiento, por lo que ha continuado siendo una práctica carente de procedimiento alguno.

Tras enmarcar el contexto de aprobación del precepto, que sin duda resulta una pieza clave para su comprensión, la Magistrada aborda la paradoja que se deduce del fallo de la mayoría. Y es que la sentencia, como se ha señalado previamente, condiciona la constitucionalidad de esta práctica a que la misma sea susceptible de control judicial, y respetuosa con las obligaciones de dere-

cho internacional, algo que resulta completamente contradictorio al tratarse de una medida de alejamiento automático y sin procedimiento alguno. Pero pese a la paradoja descrita, el razonamiento de la Magistrada coincide en diversos puntos con el razonamiento de la mayoría. Esos puntos convergentes hacen referencia, en primer lugar, a la razonabilidad de un sistema de control fronterizo particular en Ceuta y Melilla, dada la singular situación de estos territorios. Una argumento que, sin embargo, no puede justificar una devaluación de las garantías. En este sentido, tanto el voto particular como la mayoría coinciden en reiterar la jurisprudencia del TEDH según la cual, cuando las autoridades españolas llevan a cabo el *rechazo en frontera*, las mismas deben ejecutarse con todas las garantías previstas en el Ordenamiento Jurídico español; coincidiendo en la irrelevancia del uso discrecional o flexible que se haga del concepto de frontera para evadir estas garantías. Una idea que deriva en otro punto en común entre la sentencia de la mayoría y el voto particular: que el *rechazo en frontera* debe observar las condiciones individuales de la persona afectada, con particular atención a aquellas especialmente vulnerables; y respetar todas las garantías previstas en la normativa internacional, con especial interés en la posibilidad de control judicial de la actuación.

A pesar de compartir de unos sólidos fundamentos, la interpretación que hace la mayoría difiere completamente de la lectura de la Magistrada. Así, el voto particular pone de manifiesto el uso incoherente de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo; en particular las referencias al asunto de *N.D y N.T c. España*, que parece justificar la legitimidad del *rechazo en frontera* en las entradas no colectivas. Y es que, el TEDH solo encuentra compatibles con el Convenio las expulsiones de N.D y N.T en atención a las circunstancias de su entrada durante un asalto multitudinario a la valla. Una actuación que, a juicio del máximo intérprete del CEDH, implicaría un alto grado de responsabilidad de estos sujetos en la falta de un procedimiento individualizado. Por lo que resulta difícilmente comprensible que el Tribunal Constitucional lo extienda también a las entradas individuales.

«La alusión de la STEDH a la situación específica en que se produce el cruce irregular de la línea fronteriza – [...] prevaleciendo de su gran número y del uso de la fuerza– [...] agrava la potestad de rechazo en frontera que con carácter general viene a juzgar no disconforme con las exigencias del art. 4 del Protocolo núm. 4. Pero no es necesario, con carácter general, que se aprecien las circunstancias de actuación en grupo numeroso y con violencia para la aplicación del

precepto, sino que basta el intento por personas individualizadas de entrar en España y ser sorprendidos en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla»²².

Asimismo, resulta muy discutible que los *rechazos en frontera* constituyan una mera actuación para restablecer la legalidad en la que se pueda prescindir de un procedimiento. Y es que, como señala el voto particular, es posible que esta categorización encaje con el acto de interceptación de una persona, pero no es suficiente para enmarcar la actuación que llevan a cabo los agentes españoles al entregar a la persona a las autoridades marroquíes, que constituiría una devolución. Por ello, resulta incoherente asumir que esta práctica del rechazo en frontera, o de la *devolución en caliente* tenga que cumplir con las garantías propias del Ordenamiento jurídico español, al tiempo que se acepta como mera actuación coercitiva prescindible de todo procedimiento; pues la falta de un procedimiento hace ilusorias esas garantías. En palabras de la Magistrada Balaguer:

«En ausencia de un mínimo procedimiento y de la posibilidad de singularización de cada acto de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de esa concreta actuación. Tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). Por tanto, habría que haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto».

Y en este mismo sentido, resulta igualmente incoherente condicionar la constitucionalidad del *rechazo en frontera* al respeto de las obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos, al tiempo que se excluye un verdadero procedimiento para su articulación. Una incoherencia que afecta en particular al derecho a la protección internacional, al principio de no devolución y al requisito señalado por la mayoría de atender las situaciones de especial vulnerabilidad. ¿Cómo van a observarse esas vulnerabilidades sin un procedimiento? ¿Cómo saber si la devolución atenta contra el principio de *non refoulement* si no se hace un examen individualizado de las circunstancias personales? En este sentido, la Magistrada recuerda en su voto que no todas las vulnerabilidades son apreciables a simple vista, por lo que la falta de procedimiento impide su identificación. Y, en relación a la afectación del derecho a la protección internacional, recuerda que la jurisprudencia de la

²² STC172/2020, de 19 de noviembre de 2020, FJ 8.

Unión Europea exige que las autoridades fronterizas (junto a otras) estén capacitadas para poder recibir solicitudes de protección a fin de garantizar el acceso a este tipo de procedimientos. Una obligación que resulta imposible a falta de un mínimo procedimiento.

En definitiva, los argumentos por los que el voto señala la inconstitucionalidad de la norma no difieren en realidad de los puntos a los que la mayoría condiciona su constitucionalidad. La diferencia estriba, sin embargo, en si es posible el cumplimiento de dichos requisitos en atención al contexto para el que la norma fue promulgada. Ello, sumado a que la ley lleva a cabo una interpretación no restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, y que se materializa también en otros aspectos de la misma, llevó a la Magistrada a disentir de la mayoría y subrayar la inconstitucionalidad de la Ley de protección de la seguridad ciudadana.

5. REFLEXIONES FINALES

La constitucionalidad de los *rechazos en frontera* confirma la tendencia securitaria que han adoptado los Estado en los últimos años y que conlleva una evidente devaluación del estándar europeo de protección de derechos. Y es que, coincidimos por completo con la Magistrada Balaguer en que la figura del rechazo en frontera trata de dar un marco de legalidad a la figura de las *devoluciones en caliente*. Una práctica aparentemente avalada por el TEDH y por el TC en los últimos años, pero cuya incompatibilidad con el derecho internacional ha sido constantemente denunciada en numerosos informes nacionales e internacionales. Así, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señaló su preocupación respecto a esta práctica en julio de 2015, año en que se aprobó la Ley:

«Al Comité le preocupa la práctica de devoluciones sumarias, también conocidas como «expulsiones en caliente», que tienen lugar en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla. En particular, el Comité nota con preocupación la disposición final primera de la Ley de Seguridad Ciudadana, Ley No. 4/2015, que establece un régimen especial a dichas ciudades autónomas autorizando dichos rechazos sumarios de inmigrantes detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla. [...] El Comité también está preocupado por informes que dan cuenta de casos de solicitantes de asilo no sirios en que se les niega el acceso a las oficinas de asilo en Ceuta y Melilla» 23.

²³ Véanse las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España de 20 de julio de 2015. P. 5

Y en un sentido similar se pronunció el Subcomité para la Prevención de la Tortura en 2017:

«Los expertos instamos al Estado a no realizar devoluciones sumarias conocidas como «devoluciones en caliente» sin una evaluación previa e individualizada sobre el riesgo de tortura al retornar a su país de origen. Esto facilitará el procedimiento de asilo y de protección internacional»²⁴.

Es evidente que el cambio jurisprudencial acontecido por la sentencia de la Gran Sala del TEDH en el asunto de *N.D. y N.T c. España* ha sido decisivo en una interpretación restrictiva de los derechos por parte del Tribunal Constitucional. Una interpretación que responde al discurso defensivo con el que se ha presentado a la inmigración desde la llegada masiva de 2015, y que no ha cesado en los últimos años con la intención de justificar las herramientas necesarias para que el Estado haga frente a la inmigración irregular. Una lógica presente en el planteamiento de la política migratoria de cada vez más estados que pretenden eludir sus obligaciones de Derecho internacional y de Derecho europeo mediante una flexibilización de las fronteras y unos acuerdos migratorios más que cuestionables. Todo ello a fin de blindarse para resistir a la realidad de un mundo globalizado que se resigna, por instinto, a permanecer inmóvil. Y como consecuencia, esta política ha llevado a una nueva conceptualización de la figura del inmigrante, caracterizada como una amenaza para la seguridad europea e ignorando convenientemente su posible vulnerabilidad. Con esta nueva orientación jurisprudencial es difícil saber si la Sentencia del Asunto *Hirsi Jamaa*, clave en la garantía efectiva del principio de no devolución dentro de las políticas de gestión de fronteras, tendría hoy el mismo resultado.

Pero esta *securitización* de la migración no está exenta de consecuencias. Entre las más graves debemos señalar el uso de los flujos migratorios como elemento de presión geoestratégica por aquellos Estados a los que nombramos centinelas de nuestras fronteras²⁵; y la devaluación del estándar de derechos para legitimar prácticas nacionales más que cuestionables que parecen justifi-

²⁴ Subcomité para la tortura. Octubre de 2017. Disponible para consulta en: <https://www.ohchr.org/es/2017/10/expertos-onu-espana-fortalecer-mecanismo-nacional>.

²⁵ No olvidemos la reacción de Marruecos en mayo de 2021 ante un aumento de la tensión diplomática con España al encontrarse hospitalizado en Madrid el líder del Frente Polisario. La respuesta por parte de Marruecos fue clara: una apertura de fronteras sumada a la difusión de un bulo que tuvo como resultado la entrada de entre ocho mil y diez mil extranjeros (la mayoría menores) en solo 48 horas. Puede verse al respecto el artículo de la BBC: «Ceuta: 4 claves que explican la llegada récord de miles de migrantes desde Marruecos a España en dos días». De 18 de mayo de 2021 Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-57160361>.

carse bajo el aval de una socorrida cláusula de seguridad nacional, con la que se terminan desvirtuando incluso normas imperativas como el principio de no devolución.

Unas consecuencias trágicas y que conllevan una paradoja: la causa que se presenta como amenaza y, al mismo tiempo frente a quien se acepta una devaluación del estándar de protección, forma parte con frecuencia de un colectivo vulnerable en atención al recorrido migratorio y a las experiencias traumáticas que frecuentemente viven en el transcurso del mismo²⁶. Una vulnerabilidad aún mayor cuando se suman a la misma otros factores de vulnerabilidad como la minoría de edad; ser víctima de trata de personas o de torturas: posibles discapacidades... Vulnerabilidades que, por desgracia, no resultan infrecuentes.

En este sentido, el voto particular ha reivindicado que la ausencia de un procedimiento específico no permitiría observar las vulnerabilidades específicas. Pero aún más, ¿acaso el conocimiento de la vulnerabilidad inherente a la mayoría de quienes llegan irregularmente tras experiencias traumáticas no debería suponer una reacción por parte del legislador español? Sin embargo, la sentencia de la mayoría del Tribunal Constitucional no solo no acoge una interpretación realista para la eficacia de las garantías requeridas; también evita pronunciarse sobre los deberes que recaen en los poderes públicos con la garantía de la igual dignidad de la persona, y en particular, con quienes son más vulnerables. Y es que el concepto de vulnerabilidad no debe ser atendido para remediar una lesión sino al contrario. La vulnerabilidad debe suponer un llamamiento a los poderes públicos, y en particular al legislador, para que prevea un procedimiento que garantice una igualdad material efectiva y un trato digno a todo aquel que trate de acceder al territorio español.

Una idea que llevó a la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) a presentar un «Manifiesto por una política migratoria y de asilo propia de una sociedad democráticamente avanzada» solo unos días después de la sentencia de la Gran Sala del TEDH. Y aunque este fue suscrito por un centenar de juristas de prestigio, entre los que no faltan destacados constitucionalistas²⁷, no influyó en el posterior fallo del TC.

Por todo lo expuesto, la sentencia del Tribunal Constitucional²⁸, resultó una decepción para quienes confiábamos en que el diálogo entre tribunales

²⁶ Particularidades que el TEDH exige tener en cuenta al apreciar la vulnerabilidad de los solicitantes de protección internacional en la STEDH de 21 de enero de 2011 *M.S.S c. Bélgica y Grecia*. § 232. Y también, en los apartados 233, 259 y 263.

²⁷ Véase la nota de prensa de CEAR del día 25 de febrero de 2020 disponible en: <https://www.cear.es/nota-de-prensa/manifiesto-devoluciones-en-caliente/>

²⁸ Así como la STC 13/2021, donde se reiteran los mismos argumentos en el fallo y en el voto particular presentado también por la magistrada Balaguer-

derivara en una interpretación más garantista, que sirviera para acoger la mayor protección posible como estándar de protección de los derechos; y no en que el TC se sirviera del estándar mínimo fijado por el Tribunal de Estrasburgo para fijar su estándar de constitucionalidad, interpretando restrictivamente sus propias disposiciones constitucionales. A pesar de ello, dentro del espacio sin derechos en que se están convirtiendo las fronteras estatales, no podemos dejar de poner en valor el papel de los tribunales ordinarios que en no pocas ocasiones han apreciado la ilegalidad de las devoluciones acontecidas, constituyéndose como último baluarte para la salvaguardia de los derechos fundamentales. Una garantía que, en cualquier caso, resulta insuficiente en la reparación del daño producido por una devolución ilegal.

Por ello, sostenemos que las devoluciones sumarias realizadas bajo la figura del *rechazo en frontera*, debieron ser declaradas inconstitucionales, dada su incompatibilidad con las garantías inherentes a todo procedimiento que implique una medida de alejamiento. Y a falta de este fallo por parte del Tribunal Constitucional, y ante la ausencia de un verdadero procedimiento que permita a las fuerzas y cuerpos de seguridad operar dentro del marco de la legalidad, urge un llamamiento al legislador.

El panorama es desalentador, pero el voto particular de la Magistrada Balaguer ofrece un motivo de optimismo pues, como ella misma afirmó en una reciente publicación en homenaje a otro gran constitucionalista: «el voto particular es la garantía de que el derecho va a evolucionar en su aplicación»²⁹. Esperemos que así sea.

²⁹ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2024) *Op. cit.* p. 709 en relación a la obra de CÁMARA VILLAR, G.: *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del tribunal Constitucional español*. Ministerio de Justicia. 1993. P. 13.

MATERNIDAD SUBROGADA Y TEDH: INDICIOS DE UN FUTURO POCO ESPERANZADOR¹

LUIS FERNANDO MARTÍNEZ QUEVEDO

Contratado Predoctoral-FPU del Departamento de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La improbable solución de la maternidad subrogada³ internacional. 3. El TEDH a escena: una huida hacia delante. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

¹ La elección del tema del presente trabajo, que es fruto de la reflexión y actualización de otros previos que he tenido la oportunidad de realizar sobre la gestación por sustitución (algunos de los cuales van a ser citados a lo largo del texto), no es casualidad. La profesora María Luisa Balaguer le ha prestado una especial atención a esta temática, desde una perspectiva crítica y combativa, en numerosas intervenciones públicas y con la publicación de su monografía *Hij@s del mercado*, que es una lectura indispensable para los que, como es mi caso, nos hemos adentrado en el análisis de un problema tan relevante como éste, en el que, como tantas veces ocurre, las principales perjudicadas son las mujeres. Espero, en definitiva, que las próximas páginas contribuyan a sustentar los complejos matices que la maternidad subrogada implica, partiendo de los presupuestos profundamente analizados por la profesora Balaguer y a los que no puedo más que adherirme. Sin duda, su labor como académica y como magistrada del TC en la protección de los derechos, especialmente desde una posición feminista, la convierte en una referencia dentro del Derecho constitucional.

² El presente trabajo es fruto de las investigaciones desarrolladas como miembro del Proyecto de Investigación Europeo *The JUST PARENT Project: Legal Protection for Social Parenthood* (n. 101046382), financiado por la Comisión Europea (Justice Programme 2021-2027).

³ La cuestión sobre la denominación de esta práctica, sobre la que no voy a profundizar más allá de lo que procedo a comentar, implica una tensión de fuerzas interesantes. En este sentido, comenta la profesora Balaguer que la «semántica no es en este caso inocente, sino que cada una de las denominaciones con las que se conoce esa relación contractual obedece a un trasfondo ideológico en el que se pretende ya tomar partido a favor o en contra de esa posibilidad de legalización. Así, se habla de maternidad subrogada, gestación por sustitución, vientres de alquiler, alquiler de útero, maternidad portadora», en BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Cátedra, Madrid, 2017, p. 75. Yendo más allá, el problema no consiste únicamente en utilizar una u otra terminología en función de la propia consideración que se tenga sobre la gestación subrogada, sino que las palabras ayudan también a configurar el espacio en el que vivimos, de modo que quien escucha o lee una u otra forma de

1. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte se ha hecho habitual la captación de imágenes de personas que reciben un bebé, objeto de un contrato de maternidad subrogada perfeccionado en algún Estado extranjero, en un contexto hospitalario con el recién nacido en brazos como si hubieran dado a luz. Así, podemos citar como ejemplos que se han viralizado, el de la famosa actriz española Ana Obregón con su nieta o, incluso, el de hombres que captan el momento de recepción del niño en la misma cama del paritorio, reproduciendo la imagen típica representada en el cine o en los medios de comunicación cuando se produce un alumbramiento. La realidad biológica, en tanto la ciencia no diga otra cosa, es tozuda, y gestar y dar a luz es una cuestión que depende de una serie de condiciones que abarcan el sexo, la edad, la aptitud y la salud, entre otras. Así las cosas, la inmortalización de la instantánea en la que una persona acaba de recibir un bebé en la cama del paritorio sin que realmente haya dado a luz, además de invisibilizar a la mujer gestante, oculta un proceso de gestación que ha durado, generalmente, 36 semanas, en el cual ésta ha podido sufrir cambios físicos (aumento de peso, aumento de volumen abdominal, hiperpigmentación de la piel, etc.) hormonales, metabólicos, cardiovasculares, hematológicos, renales o respiratorios⁴, y ello siempre y cuando se haya tratado de un embarazo sin especiales complicaciones.

Nos encontramos, sin duda, ante una cuestión muy controvertida con relevancia a nivel global. Desde un punto de vista social, la maternidad subrogada suscita opiniones encontradas, con defensores que la justifican sobre la base de la no afectación a la dignidad de la mujer gestante ni del recién nacido y del ejercicio de la libertad de la primera, frente a detractores que entienden que se trata de una práctica que deshumaniza a la gestante y al bebé, negándoles la dignidad que toda persona merece. Estas posturas a favor⁵

denominación sin tener una posición previa fundamentada sobre la misma puede no terminar de captar los matices que la práctica encierra. Para profundizar en la elección de la terminología y sus consecuencias, véanse por todos SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., «Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo», en *Cuadernos de bioética*, vol. 28, núm. 93, 2017, pp. 219-228; y SALAZAR BENÍTEZ, O., *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 41 y siguientes.

⁴ MIRANDA SANZ, M. y OLIVAR RIVAS, T., «Cambios fisiológicos durante el embarazo y la lactancia», en *El farmacéutico: profesión y cultura*, núm. 466, 2012, pp. 39-44.

⁵ Así, por ejemplo, ATIENZA, M., «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», *El notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015: «Si la prohibición de instrumentalizar a un ser humano, o la obligación de respetar su dignidad, se entiende como debe entenderse, yo creo que se comprende también con facilidad que la gestación por sustitución no supone por sí misma ningún atentado contra la dignidad humana. Por supuesto, es posible que en el contexto de esas prácticas –como pasa en el contexto, pongamos por caso, de un contrato de trabajo– alguien trate a otro sin respetar su dignidad: solamente como un medio; pero esto nada tiene que ver con la cuestión que aquí importa». Por su parte, PRESNO LINERA afirma que la «presunción, *iuris et de iure*, de que “todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer”, es el argumento que la citada mayoría del Comité de Bioética esgrime para rechazar de

y en contra⁶, obviamente, se trasladan también a la doctrina jurídica, siendo la maternidad subrogada objeto de un encendido debate entre autores representantes de ambas posiciones y del que ha participado también la profesora Balaguer Callejón.

No obstante, el asunto de fondo es mucho más grave. Los vientres de alquiler, específicamente cuando se trata de casos de gestación subrogada comercial internacional, constituyen la concurrencia de dos mundos casi paralelos, que se tocan únicamente por la realización del contrato. Por un lado, aparece una persona (o una pareja) comitente, con un poder adquisitivo alto, que tiene(n) el deseo de ser padre(s)/madre(s) y ante la imposibilidad de serlo de forma natural, por distintos motivos, y la no intención, también por diversas razones, de acudir a la adopción, deciden acceder a un bebé mediante subrogación uterina, a veces con aporte de material genético de alguno de los comitentes (o de ambos), a veces sin él; en el otro lado, se encuentra una mu-

plano la gestación por sustitución [...]. No comparto tal presunción si se está pensando en una explotación, en la sociedad española, de la mujer gestante que implique la lesión de alguno de sus derechos, sean fundamentales o legales. No digo que tal lesión no pueda producirse en España, sino que se pueden articular instrumentos de garantía para prevenirla, al margen, claro, de que si llega a producirse se apliquen a los culpables las correspondientes previsiones sancionadoras» (pág. 125); y concluye «por todo lo dicho, que una eventual regulación de la gestación por sustitución en los términos indicados sería perfectamente compatible con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad [...] tanto si se optase por introducir un sistema altruista como si se admite una retribución económica y no una mera compensación» (pág. 129), en PRESNO LINERA, M. Á., «Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante», en CARRIO SAMPEDRO, A., (Ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 109-130.

⁶ SALAZAR BENÍTEZ, O., «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», en *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017, pp. 79-120: «Se mantiene que este tipo de gestación es una expresión más de la alianza entre patriarcado y capitalismo que lleva a que la mujer sea considerada como un medio y no como un fin, lo cual supone un atentado contra su dignidad. Se insiste además en la escasa, o nula en muchos casos, garantía de los derechos de las mujeres gestantes y se critica el negocio que implica esta técnica, lo que a su vez, da lugar a una especie de “ciudadanía censitaria” ya que solo los ciudadanos y las ciudadanas con un alto nivel de recursos pueden acceder a ella» (pág. 85). DELICADO-MORATALLA recoge la teoría de Laura Nuño, quien «detecta que los cuerpos de las mujeres y sus capacidades reproductivas son puestas al servicio de los mercados globales, bajo un modo de producción reproductiva, en el que la reproducción se organiza en una cadena tecno-industrial, iniciada en un laboratorio, posteriormente deslocalizada a un útero del Sur Global y cuyo producto resultante, un ser humano, es adquirido por una familia o individuo del Norte Global», en DELICADO-MORATALLA, L., «“El embarazo es una máquina, no una mujer”. Deshumanización y sexismo misógino en el planteamiento favorable al “trabajo gestacional”», en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 10, 2021, pp. 41-50, (pp. 42). También la profesora BALAGUER CALLEJÓN rechaza de plano la maternidad subrogada, como defiende a menudo. Así, afirma, entre otros aspectos, que el «daño que sobre este cuerpo puede recaer, en términos de salud y dignidad, no debe ser permitido por el Estado legalizando y dando carta de naturaleza a una situación que hace soportar nuevamente sobre la mujer el coste reproductivo gestando para otras personas hijos en su vientre. [...] La instrumentalización del cuerpo de la mujer, en orden a considerar la posibilidad de dividirlo en partes, algunas de las que se pueden independizar de su entidad como ser humano, lleva a la consideración de que el útero es un recipiente o vasija que puede ser utilizado como un objeto al servicio de intereses de terceros, que podrían cubrir sus aspiraciones mediante la utilización de un soporte físico», en BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *op. cit.*, p. 183.

jer, en situación de especial vulnerabilidad (aunque este extremo es negado, por ejemplo, por las propias agencias de contratación), que se somete a un proceso de fecundación mediante implantación para gestar y dar a luz a un bebé, sobre el que no tiene derecho alguno. Basta con visitar la página web de cualquier agencia que provea servicios de gestación subrogada y consultar los diferentes apartados de información o preguntas frecuentes para confirmar esta circunstancia. Por ejemplo, en la página web de la primera empresa proveedora que aparece en una búsqueda simple en Google, Nordic Surrogacy, encontramos lo siguiente:

«¿Qué pasa si la madre sustituta no quiere entregar al niño?

La madre sustituta no tiene ningún vínculo biológico con el niño y es consciente desde el principio de que lo gesta para otra persona. Solo trabajamos con países donde la gestación subrogada está claramente regulada y es voluntaria, como garantizan los exámenes médicos y psicológicos a los que se somete la mujer antes de iniciar el proceso. Por tanto, esto está regulado en los contratos y la legislación de cada país.

Las emociones son una parte natural en un proceso de gestación subrogada. Si es necesario, la madre sustituta recibe apoyo de un psicólogo incluso una vez finalizado el proceso de gestación subrogada»⁷.

Realmente, como muchas de las cuestiones controvertidas que en las últimas décadas han sobrevolado la esfera jurídica de la mujer, la maternidad subrogada también presenta sus dificultades. Nos enfrentamos a una materia en la que, por un lado, las soluciones encaminadas a prohibirla son criticadas con base en un cierto paternalismo por parte de los poderes públicos; y, por otro, las respuestas dirigidas a su regulación abren la puerta a que se pierda aún más el control de un fenómeno que, dada su naturaleza global, es *per se* difícil de abordar. Por tanto, la consecuencia lógica que se deriva de la lucha individualizada de los Estados por prohibirla, como es el caso de España, Italia o Francia, es que ésta resulta infructuosa, dado que quien desea recibir un niño a través de un contrato de gestación puede dirigirse a algún país donde sí se trate de una práctica legal, extremo que resulta notoriamente problemático posteriormente. Además, hemos de tener muy en cuenta la intervención de órganos jurisdiccionales, como el TEDH, que, fruto del sistema multinivel en el que se inserta nuestro ordenamiento jurídico, conocen de esta práctica y cuyas decisiones han de ser respetadas por los Estados a ellos vinculados, sea cual sea su contenido. Es, precisamente, el TEDH el protagonista de este tra-

⁷ <https://www.nordicsurrogacy.se/es/preguntas-frecuentes-sobre-gestacion-subrogada-donacion-de-ovulos-y-gestantes/>

bajo, en el que voy a tratar de centrar la atención en uno de los motivos que me llevan a, tal y como reza en el título, considerar que existen «indicios de un futuro poco esperanzador» para aquellos que, una vez analizada la materia con cierta profundidad, entendemos que su prohibición es la solución que mejor protege la dignidad de las gestantes y de los bebés objeto del contrato.

2. LA IMPROBABLE SOLUCIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA INTERNACIONAL

A pesar de que la idea dominante entre la doctrina es que la gestación por sustitución es una práctica, es cierto que hay autores que entienden que se trata de una técnica⁸. El legislador español, por su parte, también se inclina por la primera opción, tal y como vemos en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), al establecer en el apartado a) del artículo 1, referido al ámbito de aplicación de la ley, que ésta tiene por objeto regular «la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas». A continuación, en el artículo 2.1 se remite al lector al anexo incorporado al final del texto, donde se encuentran las «técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica». En el mencionado anexo podemos leer que son consideradas técnicas de reproducción asistida la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y la transferencia intratubárica de gametos. La gestación por sustitución viene recogida en el artículo 10 LTRHA, en cuyo apartado 1 encontramos la definición dada por el legislador para esta práctica, al manifestar que es «nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

⁸ Así, GUZMÁN ÁVALOS y VALDÉS MARTÍNEZ entienden que se trata de una técnica que «consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que lo han encargado» (p. 77), en GUZMÁN ÁVALOS, A., y VALDÉS MARTÍNEZ, M. C., «Voluntad procreacional», en *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 75-96. En el mismo sentido se pronuncian también GONZÁLEZ, A.; MELÓN, P., y NOTRICA, F. P., «La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada», en *Id Infojus* (www.infojus.gov.ar), disponible en <http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dac150426/123456789-0abc-de-fg6240-51fcanirtcod>.

Partiendo de esta idea, existen diferentes modos para categorizar las distintas prácticas que se incluyen bajo la denominación de maternidad subrogada, siendo el denominador común de todas ellas que una mujer gesta y da a luz a un bebé para otra persona. Respecto a los criterios para caracterizar los distintos tipos de subrogación uterina, seguimos lo dicho por Bellver Capella⁹, que propone la finalidad con la que actúa la gestante, el momento y el modo de entregar al recién nacido, el origen de la dotación genética del feto, quién recibirá al niño, la causa que da lugar a la subrogación, el nivel de libertad con el que se presupone que actúa la gestante, la localización geográfica de los distintos actores del contrato de subrogación, la relación jurídica que los une y la existencia (o no) de un marco jurídico que dé soporte al contrato en el Estado en el que se celebre. De entre todos estos, resultan particularmente interesantes dos: en primer lugar, el relativo a la finalidad de la actuación de la gestante, porque nos permite realizar una división relevante entre gestación subrogada altruista y gestación subrogada comercial: en la altruista, la mujer portadora recibirá una compensación económica destinada a cubrir los gastos que le genere el embarazo, sin que se produzca ningún tipo de contraprestación por el hecho en sí de gestar al bebé; por el contrario, en la modalidad comercial sí que existe un precio, en tanto que se establece una relación jurídica similar a la compraventa. En segundo lugar, la situación geográfica de los distintos actores nos presenta la gestación nacional y la gestación internacional, en función de si gestante y comitentes son del mismo Estado o no.

Es en el cruce de ambas variables donde debemos poner el foco, en la modalidad comercial internacional, pues se trata, desde mi punto de vista, de la que trae consigo los problemas cualitativamente más graves y cuantitativamente más comunes. De hecho, la mayoría de los asuntos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo hasta el momento tenía por objeto situaciones controvertidas en las que el Estado demandado se resiste a la inscripción como hijo del (o de los) comitente(s) del bebé adquirido a través de la perfección de un contrato de gestación subrogada comercial internacional.

En este sentido, podemos intuir que, en la inmensa mayoría de situaciones, la relación comercial que se establece con la gestante parte de una situación de especial vulnerabilidad de esta última. Si realizamos un ejercicio de reflexión, parece hasta cierto punto sencillo imaginar que alguna mujer, cercana a una persona (o pareja) que no pueda engendrar, se preste a hacerlo en su lugar (así, una hermana, una amiga o, incluso, una madre); en tal contexto, sin que

⁹ BELLVER CAPELLA, V., «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones...», en *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015, pp. 19-52, pp. 23 y siguientes.

medie más que una compensación destinada a evitar los perjuicios económicos que todo embarazo entraña, con la intención de ayudar a alguien a quien la gestante se sienta estrechamente unida y con el cumplimiento de otras condiciones accesorias (conocer qué supone gestar porque ya se ha sido madre anteriormente o gozar de una buena salud, entre otras), la afectación a la dignidad de la gestante y del recién nacido parece considerablemente menor. No así, en cambio, cuando los motivos que llevan a someterse a una técnica reproductiva y un embarazo para otras personas con las que no se tiene ningún vínculo parten de una situación de precariedad por parte de la gestante. Éste es el motivo que lleva a muchas agencias de contratación de servicios de gestación subrogada a buscar mujeres para gestar en países con índices socioeconómicos más bajos, como en América Latina o en Ucrania, de modo que el procedimiento sea menos costoso y donde, además, exista una mayor «oferta». Sin duda la elección de los términos, que parten del léxico propio del mercado y las relaciones comerciales, no es fruto del azar. Así lo entiende también María Luisa Balaguer, para quien la respuesta a estas situaciones sólo puede provenir del Estado social, a pesar de las dificultades que implica la globalidad del problema¹⁰.

En nuestra jurisprudencia tenemos ecos muy contundentes de las consecuencias que trae consigo la realización de esta práctica para la gestante. Así, en el párrafo 7 del FJ 3 de la STS 1153/2022, de 31 de marzo, el TS, tras haber analizado el clausulado de un contrato de gestación subrogada en México, se expresa en los siguientes términos:

«Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual («tantas transferencias embrionarias como sean necesarias», «lle-

¹⁰ Dice la profesora BALAGUER que «se sabe que no todas las personas tienen el mismo acceso al mercado de trabajo, y en un Estado social, las deficiencias se corrigen desde los poderes públicos, alentando la contratación con medidas de beneficios fiscales o subvenciones a personas que no accederían al mercado sin esas ayudas. La desventaja de las mujeres en el ámbito laboral, ocasionada en buena parte por la ocupación marginal en la casa y los hijos, las sitúa en especial debilidad como grupo. Igual ocurre en los países subdesarrollados en relación con los países en vías de desarrollo, y con ciertas conductas de los países ricos en relación a la explotación del tercer mundo, con tirada de residuos tóxicos, aun mediando pago que podría mejorar sus condiciones de vida. Se dice así que determinadas personas, colectivos o países pueden aceptar actividades de riesgo con la pretensión de obtener unos beneficios que les son necesarios para su supervivencia, en unas circunstancias de necesidad, o de vulnerabilidad extrema, como podría ser el tráfico de órganos», en BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *op. cit.*, p. 185.

var a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida», «tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo»). La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica («la gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre», «la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil «México Subrogacy» S. de R.L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo», «la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño»). Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, «salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal»), qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga «a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre». Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal».

El extracto es, sencillamente, demoledor. La pérdida evidente de control sobre la propia existencia y la incapacidad de ejercer sus propios derechos de la mujer gestante que se derivan del compromiso adquirido contractualmente suponen una lesión de gran relevancia a su dignidad. Se produce, desde mi punto de vista, una alienación de la mujer, a la que se la desprovee de todo aquello que la caracteriza como persona, una cosificación e instrumentalización hasta tal punto graves que se le atribuye al comitente la decisión sobre la propia vida de la gestante en determinadas circunstancias. Constituye, en definitiva, un periodo en que se despersonaliza a la madre sustituta, la cual se convierte, prácticamente, en una esclava.

En definitiva, las diferencias entre la modalidad comercial internacional y la altruista nacional, sobre todo si el régimen establecido contiene mecanismos de control fehacientes sobre los requisitos (vínculo con los comitentes, poder adquisitivo de la gestante, maternidad previa, condiciones de salud, posibilidad de renuncia, etc.), son considerables, pudiéndose establecer un cierto

paralelismo, salvando todas las distancias, entre el tráfico de órganos y la donación entre familiares ¹¹.

3. EL TEDH A ESCENA: UNA HUIDA HACIA DELANTE ¹²

Una vez vistos algunos aspectos interesantes de la maternidad subrogada (de los muchos que presenta una materia como ésta), corresponde ahora profundizar en el principal motivo de mi pesimismo respecto a la búsqueda de posibles soluciones para el problema: la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Como hemos visto, la cuestión más compleja a resolver es la relativa a la maternidad subrogada comercial internacional, como demuestra el hecho de que ésta constituya la materia concreta de los casos abordados por el TEDH. Los antecedentes de hecho suelen ser similares: generalmente, un matrimonio que, siendo nacional de un Estado que prohíbe de un modo u otro esta práctica, se dirige a otro país (Estados Unidos, Rusia o Ucrania, por ejemplo) y suscribe un contrato de subrogación. Tras dar a luz al bebé, la gestante renuncia a sus derechos como madre en favor de los comitentes, que son inscritos como padres de la criatura directamente en la partida de nacimiento u obtienen un pronunciamiento judicial que los declara como tales. La cuestión se complica al regresar al país del que son oriundos, toda vez que pretenden la inscripción del bebé como su hijo y que se le conceda la nacionalidad. Es aquí donde surge el problema de fondo, pues se presenta el conflicto entre una cuestión de orden público y el interés superior del menor recibido por los comitentes.

A Estrasburgo han acudido personas a las que, de un modo u otro, se les ha obstaculizado o se les ha prohibido el reconocimiento del vínculo familiar con el menor, después de agotar, como es lógico, todas las vías internas. La realidad, desde un punto de vista jurídico, es que la actuación de los comitentes

¹¹ «Ha sido posible establecer una relación entre la maternidad subrogada y algunos derechos derivados de la utilización del cuerpo de las personas, como la prostitución o la prohibición del tráfico de órganos, que deviene de la común exigencia de respetar la dignidad de las personas, y del hecho de que estas no lleven su estado de necesidad a determinadas situaciones límite, dado que son los Estados los que han de impedir que las personas sufran extrema necesidad. [...] Y del tráfico de órganos humanos se entiende igualmente que las personas tienen derecho a que los poderes públicos garanticen su salud, y a un sistema sanitario que atienda a este derecho. Un tráfico legal de órganos llevaría a la posibilidad de que ese derecho estuviera sometido a las leyes de la oferta y la demanda propias del mercado, y sometido en consecuencia a la capacidad económica en lugar de a la garantía del Estado en condiciones de igualdad», en BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *op. cit.*, p. 204.

¹² Sobre las incoherencias presentes en la jurisprudencia del TEDH en asuntos sobre gestación subrogada, permítaseme la cita: MARTÍNEZ QUEVEDO, L. F., «Las debilidades de la jurisprudencia del TEDH en materia de gestación subrogada: el margen de apreciación, el interés superior del menor y el vínculo genético», en *Revista de Derecho Político*, núm. 121, 2024, pp. 309-332.

debe ser catalogada como un fraude de ley. Así, el artículo 6.4 CC establece que los «actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». Los comitentes se amparan en una norma extranjera para obtener un resultado prohibido en nuestro ordenamiento, como es el de romper el vínculo filial establecido a través del parto en virtud del principio *mater semper certa est*, en torno al que gira la filiación materna¹³. La pretensión de obtener por parte del Estado carta de validez para estos actos se fundamenta esencialmente en la interpretación de que el interés superior del menor implica no perjudicar al bebé, sobre la base de que va a estar bien atendido, cuidado y amado, en lugar de comenzar un calvario de idas y venidas entre los servicios de asuntos sociales y familias que pretendan su adopción¹⁴.

Por otra parte, es el TEDH el que ha tenido (y aún ha de seguir teniendo) en su mano, mediante su jurisprudencia, la oportunidad de ensanchar o estrechar el rango de acción de estos comitentes y, sobre todo, de los futuros. No obstante, sí me gustaría aclarar que es evidente que la posición del Tribunal de Estrasburgo no es, en ningún caso, fácil¹⁵. Debe dar respuesta, pues es su co-

¹³ Respecto a este extremo, intuyo que el principio *mater semper certa est* no va a resistir por mucho tiempo en nuestros ordenamientos jurídicos. Aunque el TEDH ha declinado pronunciarse sobre este particular, lo cierto es que ya ha llegado algún asunto a Estrasburgo en el que ambos comitentes aportan material genético (Asunto *D. c. Francia*, resuelto por la STEDH, Sección 5.ª, de 16 de julio de 2020). Siendo prácticamente automático el reconocimiento de la paternidad del comitente varón, frente a la imposibilidad del reconocimiento de la maternidad de la comitente, en tanto que madre es quien da a luz, esto trae consigo un tratamiento discriminatorio de la mujer, pues no es considerada madre realizando exactamente el mismo acto que el padre (aportar material genético, aunque el procedimiento es mucho más invasivo que en el caso del hombre). Parece difícil sostener esta situación cuando la lucha contra la discriminación de género es un objetivo compartido actualmente en todos los niveles.

¹⁴ Sobre el interés superior del menor en los asuntos de maternidad subrogada resueltos por el Tribunal de Estrasburgo, véase MARTÍNEZ QUEVEDO, L. F., «El TEDH y el comodín del interés superior del menor. Apuntes a partir de su jurisprudencia sobre gestación subrogada», en Sánchez Cano, M. J., y Martínez Calvo, J. (Dirs.), *El Derecho privado en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible. Una panorámica global*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 275-291.

¹⁵ «[...] en este punto, es preciso aclarar que la posición del TEDH no es, en absoluto, sencilla. El interés superior del menor aparece, como no puede ser de otro modo, en tanto que la decisión que se está adoptando en los distintos casos afecta de forma directa a la vida de los menores, de modo que se está dando cumplimiento a la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y a la Observación General n.º 14 del Comité de Derechos del Niño. Ahora bien, si pensamos en el problema que estamos analizando, es necesario establecer una premisa de forma clara: el interés superior del menor no puede ser el mismo cuando se aborda la cuestión de los vientres de alquiler de forma teórica, en abstracto, en lo relativo a su prohibición, que cuando se abordan casos concretos en los que ya se ha producido el nacimiento efectivo de un niño producto de un contrato de gestación subrogada. Dicho de otro modo, el interés superior del menor, por un lado, implicará unos aspectos argumentativos y racionales si se analiza la gestación por sustitución como un problema global y se habla genéricamente de los niños que nazcan como fruto de hipotéticos contratos futuros de subrogación; pero, por otro lado, necesariamente supondrá otras consecuencias, otros aspectos argumentativos y racionales y, en definitiva, otras conclusiones, cuando en lugar

metido, a un haz de interrogantes que implican a distintos Estados y, no olvidemos, a menores que no tienen cuota de responsabilidad alguna sobre el modo de actuar de los comitentes. Además, tratándose de una cuestión tan problemática como la que abordamos, con las implicaciones internacionales que trae consigo, lo deseable sería la realización de un Tratado Internacional, similar al Convenio Relativo a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de La Haya (1993), aunque tampoco parece cercano a lograrse, entre otros motivos, porque hay muchos intereses económicos que se interponen.

3.1 Un primer paso complicado: el (incomprensible) recurso al margen de apreciación nacional

Así las cosas, es en este contexto actual en el que el TEDH debe llevar a cabo su labor. Dejada patente la dificultad que ello entraña, esto no es óbice para mantener una posición crítica respecto a la pertinencia de sus resoluciones. Uno de los elementos que más sorprende en la *ratio decidendi* de los jueces de Estrasburgo es el del recurso a la doctrina del margen de apreciación nacional. Tal facultad se introdujo en el propio texto del Convenio a través del Protocolo n.º 15, de enmienda al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, a través de su artículo 1, el cual establece que al «final del Preámbulo [...] se añade el nuevo considerando siguiente: “Afirmando que incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que instituye el presente Convenio”». Junto a esto, es preciso mencionar que tal doctrina viene sustentada por otros aspectos, de carácter jurisprudencial, según se desprende de un considerable número de casos resueltos por el TEDH. Así, uno de los elementos más importantes de esta doctrina lo contemplamos desde el famoso asunto *Handyside c. Reino Unido*, a partir del cual el Tribunal suele entender que son la falta de consenso entre los Estados parte del Consejo de Europa sobre cómo regular una materia y los matices éticos y morales que entrañe los que justifican la mejor posición

de abordar la cuestión en abstracto hipotetizando sobre la práctica *a futuro*, hablemos de bebés en concreto, nacidos ya e insertos en un núcleo familiar real», en MARTÍNEZ QUEVEDO, L. F., «El TEDH y el comodín del interés superior del menor. Apuntes a partir de su jurisprudencia sobre gestación subrogada», *op. cit.*, p. 278.

de las autoridades nacionales para resolver las controversias, de modo que «allí donde no exista consenso, el TEDH ha de restringir su poder de revisión, no pudiendo imponer un criterio único o uniforme. Podría decirse que donde no existe un criterio común entre los Estados miembros, no puede imponerlo el TEDH» (p. 140)¹⁶.

Este aspecto jurisprudencial de la doctrina del margen de apreciación nacional no se cumple, aunque en las sentencias que tenemos del Tribunal de Estrasburgo sobre gestación subrogada así se afirma¹⁷. No es que entre los Estados parte del Consejo de Europa no exista acuerdo sobre cómo regular esta materia porque algunos la permitan y otros no; es, directamente, que la inmensa mayoría la prohíben, en su modalidad comercial, a través de distintos instrumentos jurídicos (nulidad del contrato, prohibición, consideración de la conducta como delito –incluso delito universal, como en el caso de Italia–, entre otros). Así se desprende, de un modo nítido, de la lectura del *Informe sobre las respuestas de los Estados miembros al cuestionario sobre acceso a la procreación medicalmente asistida, sobre el derecho de los niños nacidos por procreación medicalmente asistida a saber sus orígenes y sobre maternidad subrogada*¹⁸, presentado en Estrasburgo el 23 de noviembre de 2022 por el Comité de Bioética del Consejo de Europa. En este documento se realiza una serie de preguntas, tratadas a modo de anexo, sobre gestación subrogada. En principio fueron encuestados 46 Estados, entre los que se incluía aún Rusia, además de Canadá e Israel que participaban en calidad de observadores externos. De estos 46 países, emiten respuestas válidas a la parte relativa a maternidad subrogada 37. En este contexto, es interesante observar las respuestas a la primera cuestión: «¿Está la maternidad subrogada permitida en su Estado? Si la respuesta es afirmativa, describa todas las condiciones reguladas por la ley». A primera vista, sobre 37 Estados que respondieron, 12 la permiten, 21 no la permiten y 4

¹⁶ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de, «El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la perspectiva de la doctrina de margen de apreciación nacional», en *Estudios de Deusto*, vol. 60, núm. 2, 2012, pp. 133-154.

¹⁷ Así lo vemos por ejemplo en el STEDH, Sección 5.ª, de 24 de marzo de 2022, en el Asunto C.E. y otros c. Francia, § 85: «En revanche, la marge d'appréciation est plus large lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates. Elle est d'une façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention qui se trouvent en conflit (voir, notamment, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, nºs 79885/12 et 2 autres, § 121, 6 avril 2017, *Hämäläinen*, précité, § 67, et les références qui y sont indiquées, et l'avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention [GC], demande nº P16-2018-001, Cour de cassation française, §§ 4344, 10 avril 2019)».

¹⁸ Disponible en inglés en <https://rm.coe.int/inf-2022-13-map-november-2022-replies-e-/1680aa03ed>.

hacen algún apunte. No obstante, empezando por este último dato, Chipre, Lituania, Luxemburgo y Malta comentan que no existe legislación o marco legal para la práctica al momento de responder (sin que ello implique necesariamente ni la permisividad ni la prohibición de la práctica). Es interesante esta cuestión porque Polonia, Serbia y Macedonia, por ejemplo, que contestaron que no estaba permitida la gestación subrogada en sus Estados, afirman en su información adicional que no existen disposiciones legales específicas sobre la materia, igual que los 4 países anteriores. Por tanto, cabría plantearse *cómo de precisas son las respuestas de uno y otro grupo de Estados a tal cuestión y si la falta de legislación permite (como, a priori, sería lógico pensar) esta práctica o si, por el contrario, en el fondo late el objetivo por parte de Chipre, Lituania, Luxemburgo y Malta de prohibirla.*

Sin embargo, en este trabajo he destacado desde un principio las notables diferencias que separan la modalidad altruista de la comercial. La falta de consenso es verdaderamente palpable en lo que a la aceptación de la segunda se refiere, práctica que es la que, además, da lugar a toda la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Así, de los Estados que sí aceptan los vientres de alquiler, prácticamente ninguno aprueba la modalidad comercial. Bélgica, Dinamarca, Georgia, Grecia, Países Bajos (hasta ahora), Reino Unido, Portugal y Canadá han manifestado claramente su oposición a las prácticas comerciales, permitiendo únicamente una compensación por los gastos médicos y el lucro cesante en caso de que la madre sustituta deba dejar de trabajar para gestar; sólo Israel, Ucrania y Rusia (hasta antes del inicio de la guerra entre estos dos últimos Estados) han aceptado la opción de remunerar a la madre gestante.

Por ejemplo, en Reino Unido los acuerdos de subrogación, la publicidad y los pagos están regulados por la Surrogate Arrangements Act de 1985¹⁹. Además, los criterios para transferir la paternidad legal desde la gestante a la pareja comitente se recogen en la Human Fertilisation & Embryology Act de 1990, reformada en 2008; como elementos más destacables del proceso podemos mencionar que está limitado a la solicitud de parejas²⁰ (y a partir de 2018

¹⁹ IGAREDA GONZÁLEZ, N., «La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España», en *Política y Sociedad*, vol. 57, núm. 3, 2020, pp. 887-901, pág. 890: «Por lo tanto, la *Surrogate Arrangements Act* de 1985 tenía dos objetivos muy dispares: por un lado, proteger a las mujeres y niños vulnerables, y, por otro lado, desincentivar la práctica de la gestación por sustitución [...]. Posteriormente la propia Lady Warnock, la filósofa que presidió el comité que elaboró el informe, expresó públicamente su cambio de opinión al respecto, y su equivocación al haber tenido una opinión tan negativa sobre la gestación por sustitución».

²⁰ Una de las críticas que recibe la regulación del Reino Unido de la gestación subrogada es la referida a la ausencia de previsiones para los casos en que se produzca la separación de la pareja, el fallecimiento de alguno de ellos o si finalmente los padres intencionales deciden no solicitar la orden parental. A pesar de esto, autores como IGAREDA GONZÁLEZ consideran que la experiencia británica puede ser un

también personas solas²¹), de cuyos miembros uno debe aportar material genético, solicitud que debe llevarse a cabo en un plazo que transcurre desde las 6 semanas a los primeros 6 meses del nacimiento. Por otra parte, los padres intencionales deben ser nacionales o británicos o tener allí fijada su residencia legal y ser mayores de edad. Finalmente, el juez confirmará que el consentimiento de la gestante para que se lleve a cabo la transmisión de la *parental order* es libre e informado, sin que haya mediado el pago de ningún gasto más allá de una compensación razonable²². No obstante, en las últimas propuestas

ejemplo a seguir en España: entre otros motivos, señalan las similitudes en cuanto al reconocimiento jurídico de la validez de los avances en materia de reproducción humana asistida, las cifras que, en opinión del autor, demuestran que algunos de los temores de doctrina y expertos relativos a la litigiosidad o ataques a la dignidad de los distintos actores de la práctica de la gestación subrogada no son realistas, así como el debate entre distintas corrientes feministas, las cuales en Reino Unido son mayoritariamente proclives a entender que la decisión de la gestante pertenece a su autonomía, como parte del desarrollo libre de su personalidad, concluyendo, por último, que igualmente «abogar por un modelo similar al británico estaría en consonancia con lo que parece ser la opinión mayoritaria en nuestra sociedad [...]», en IGAREDA GONZÁLEZ, N., *op. cit.*, pp. 896 y siguientes.

²¹ F1-54A de la Human Fertilisation & Embryology Act: «Parental orders: one applicant:

On an application made by one person (“the applicant”), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicant if –

the child has been carried by a woman who is not the applicant, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

the gametes of the applicant were used to bring about the creation of the embryo, and

the conditions in subsections (2) and (8) are satisfied.

Except in a case falling within subsection (11), the applicant must apply for the order within the period of 6 months beginning with the day on which the child is born.

At the time of the application and the making of the order –

the child’s home must be with the applicant, and

the applicant must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man.

At the time of the making of the order the applicant must have attained the age of 18.

The court must be satisfied that both –

the woman who carried the child, and

any other person who is a parent of the child but is not the applicant (including any man who is the father by virtue of section 35 or 36 or any woman who is a parent by virtue of section 42 or 43),

have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order.

[...]

The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by the applicant for or in consideration of –

the making of the order,

any agreement required by subsection (5),

the handing over of the child to the applicant, or

the making of arrangements with a view to the making of the order,

unless authorized by the court.

An order relating to the child must not previously have been made under section 54 or this section, unless the order has been quashed or an appeal against the order has been allowed. [...].»

La regulación para la solicitud de la *parental order* realizada por una pareja (F1-54) es, en esencia, la misma, salvo por el requisito del vínculo genético, que está previsto sólo para uno de los dos miembros.

²² IGAREDA GONZÁLEZ, N., *op. cit.*, pp. 895: «La compensación media a la gestante está alrededor de 11.000 euros, con lo cual también se demuestra que no se trata de un verdadero pago, y que la razón económica no es la motivación más importante de las gestantes para acceder a este proceso [...]».

de reforma se ha señalado la necesidad de llevar a cabo una mayor concreción acerca de qué se debe entender por la «compensación razonable», recogida en el apartado (8) del artículo 54 y en el apartado (7) del artículo 54A, con el objetivo de llevar a cabo una regulación más garantista²³.

En este sentido, como hemos adelantado, un elemento que aparece de forma mayoritaria entre los Estados que consienten la gestación subrogada es el de no permitir la compensación a la madre gestante, esto es, sólo regular la modalidad altruista y prohibir la comercial. Así ocurre en Canadá, donde incluso se persigue penalmente (y con condenas bastante duras) la variante comercial, junto con la intermediación y la publicidad, permitiéndose en cambio la altruista, a través de la cual sólo se puede realizar una compensación relativa a los gastos médicos, que además están limitados en su cuantía máxima por la ley (en función de los servicios que haya que cubrir). También en Portugal está regulada únicamente la maternidad subrogada altruista. Mucho se ha hablado sobre las bondades de la legislación sobre la materia en el Estado luso, a pesar de que el recorrido transitado para su promulgación fue complejo, debido a dos pronunciamientos del TC portugués: la Sentencia de 24 de abril de 2018, núm. 225 (causa núm. 95/2017), y la Sentencia de 18 de septiembre de 2019, núm. 465 (causa 829/2019). El principal escollo deriva de la posibilidad para la gestante de revocar el consentimiento prestado para llevar a cabo el proceso, bien si en algún momento pretendía interrumpir voluntariamente el embarazo (cumpliendo los requisitos establecidos por la ley), bien si, debido a un cambio de parecer, decidía finalmente quedarse con el bebé que había gestado. El TC portugués considera que no permitirle tales decisiones implicaba un sacrificio excesivo para el libre desarrollo de su personalidad²⁴.

Finalmente, me gustaría mencionar las regulaciones de Grecia y Georgia. En este último Estado está permitida para parejas cuya mujer no tenga útero²⁵. En este caso, la madre sustituta no tiene ningún derecho sobre el bebé, la pareja es considerada como sus padres, con todas las responsabilidades, obligacio-

²³ IGAREDA GONZÁLEZ, N., *op. cit.*, p. 896.

²⁴ LAZCOZ MORATINOS, G., «Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués», en *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2018, pp. 137-151. p. 147: «De forma contundente (Acórdão 225/2018. II. Fundamentação. B.6.1 no46), explica la desproporción manifiesta del sacrificio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la gestante que implica la irrevocabilidad del consentimiento, el cual protege las legítimas expectativas de los beneficiarios. Añade, la frustración de las expectativas de estos últimos no justifica la instrumentalización de la gestante, y declara la inconstitucionalidad de los límites a la revocación libre del consentimiento por restringir de forma desproporcionada el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la gestante a la luz del principio de dignidad humana».

²⁵ En el Informe se recoge, literalmente, que la subrogación está permitida «for a couple if the woman has no uterus».

nes y derechos. De hecho, en la Ley sobre Salud Reproductiva y Derechos Reproductivos georgiana se define la gestación subrogada como «un acuerdo entre una pareja infértil y una mujer, a través del cual la mujer acepta quedar embarazada mediante tecnologías de reproducción asistida y entregar el niño tras el nacimiento». La gestación está permitida sólo para parejas infértiles, casadas conforme la legislación georgiana²⁶ (sin que esté permitida para mujeres solteras). Además, únicamente se permite la gestación altruista y cuando el embrión sea fruto de una fecundación *in vitro* como resultado de la unión de gametos de donantes y/o gametos de la pareja (sin que se requiera el óvulo de la mujer comitente).

Grecia, por su parte, también establece como requisito para acceder a un vientre de alquiler que la mujer de la pareja presente problemas de fertilidad acreditados documentalmente y no tenga más de 50 años. Tampoco se puede compensar el embarazo, de modo que sólo está permitida la modalidad altruista. Pueden acudir a esta práctica parejas heterosexuales (como en el caso de Israel) y mujeres solteras. El proceso culmina con una sentencia, siendo el hecho de que esté aprobada la filiación por un Tribunal uno de los reclamos más utilizados por las empresas para captar clientes en otros países. No obstante, las condiciones de la gestante no suelen ser aceptadas por mujeres griegas, debiendo las empresas acudir a otros Estados, como Georgia y Ucrania, para poder llevar a término los contratos. Es interesante mencionar que no se le permite a la madre sustituta retractarse, a diferencia de la situación en Portugal, que dio, como hemos visto, lugar a dos pronunciamientos del TC luso.

En definitiva, de la lectura del Informe se desprenden algunos datos que no dejan de llamar la atención. Por un lado, dos tercios de los Estados rechazan la gestación por sustitución, lo cual es un aspecto que ya en sí mismo supone un punto de partida con cierta relevancia a la hora de afrontar un análisis imparcial sobre esta práctica; por otro lado, de los Estados que sí aceptan los vientres de alquiler, prácticamente ninguno aprueba la modalidad comercial. Bélgica, Dinamarca, Georgia, Grecia, Países Bajos (hasta ahora), Reino Unido, Portugal y Canadá han manifestado claramente su oposición a las prácticas comerciales, permitiendo únicamente una compensación por los gastos médicos y el lucro cesante en caso de que la madre sustituta deba dejar de trabajar para gestar; sólo Israel, Ucrania y Rusia (hasta antes del inicio de la guerra

²⁶ No es Georgia el único caso que restringe el acceso a esta práctica a determinado tipo de parejas. Israel sólo menciona en el Informe que permite la gestación por sustitución a parejas heterosexuales. Lo complejo del documento es que da total libertad a los Estados para aclarar expresamente los aspectos que considere oportunos, de modo que aparecen respuestas realmente escuetas que no aportan demasiados elementos de juicio.

entre estos dos últimos Estados) han aceptado la opción de remunerar a la madre gestante.

Esto nos debe llevar a una primera conclusión muy evidente: si analizamos la práctica de los vientres de alquiler desde una perspectiva genérica, observamos una oposición entre dos tercios de los Estados parte del Consejo de Europa consultados, que los rechazan, y el tercio restante, que los acepta. Pero si profundizamos, vemos que entre los Estados que forman ese tercio que sí permite la gestación por sustitución, una amplia mayoría únicamente acepta la modalidad altruista, de modo que se puede concluir, *sensu contrario*, que, a excepción de Israel y Ucrania (y Rusia, por seguir con la información recabada en el Informe) el resto de Estados del Consejo de Europa rechaza la modalidad comercial. Con estos datos, desde mi punto de vista, es difícil sostener la aplicación del margen de apreciación, pues la ausencia de consenso «constituye el principal elemento que maneja el Tribunal» para «justificar el recurso a la doctrina del margen de apreciación nacional»²⁷.

3.2 Un final inesperado: la (ilógica) consecuencia de la aplicación del margen de apreciación nacional

Tal y como hemos visto hasta ahora, es difícil sostener que el TEDH acuda a la doctrina del margen de apreciación nacional, pues, aunque es cierto que la materia presenta matices éticos controvertidos, no hay una falta de consenso palpable. De hecho, como mencionamos anteriormente, sí que parece existir una opinión casi unánime que aboga por prohibir la gestación subrogada comercial.

Pero no termina aquí la aventura emprendida por el Tribunal de Estrasburgo. Junto a la falta de acuerdo, debemos tener en cuenta que el otro aspecto, en principio, más relevante de esta doctrina es que «entraña tanto una cierta discrecionalidad de los Estados como una regla de decisión que supone una inhibición por parte del control internacional», el cual «debe autolimitarse frente a la decisión nacional y no cuestionar al Estado con sus puntos de vista»²⁸. Dicho de otro modo, se produce una «autocontención (self-restraint) por parte de la Corte que, por definición, no debe normalmente sustituir las apreciaciones de las autoridades nacionales sobre la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad ordinaria o la configuración por el legislador de

²⁷ MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de, *op. cit.*, p. 147.

²⁸ NASH ROJAS, C., «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, núm. 11, 2018, pp. 71-100.

los derechos en cada ordenamiento»²⁹. Así las cosas, lo esperable por parte del TEDH sería que, tratándose de un problema tan relevante como es el de la maternidad subrogada, con notorias implicaciones respecto de la dignidad de la mujer gestante y del bebé y, también, del libre desarrollo de la personalidad de la primera, siendo éstos un valor y un principio difusos, cuyo contenido real depende de las circunstancias propias de la sociedad de la que se trate, el Tribunal no cuestionara los planteamientos de las autoridades nacionales. En este sentido, «el uso de la doctrina del margen de apreciación no fija un estándar de protección sino que se limita a concederle a un Estado miembro una cierta libertad en la aplicación de su legislación en el caso enjuiciado»³⁰.

En cambio, el Tribunal de Estrasburgo, en aquellos asuntos que resuelve sobre maternidad subrogada aplicando los parámetros jurisprudenciales que se derivan de la resolución de los asuntos de *Mennesson*³¹ y *Labassee*³² c. *Francia*, parte de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional³³, afirmando la mejor posición de los Estados demandados para valorar todos los matices de la situación controvertida para, posteriormente, restringir considerablemente su rango decisorio, principalmente en lo relativo a los derechos de los menores implicados, específicamente el de la vida privada³⁴ respecto a la construcción de la propia identidad, tras ponderar el interés público frente al interés

²⁹ GARCÍA ROCA, J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143.

³⁰ SÁNCHEZ MOLINA, P., «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9 (2016), pp. 224-231.

³¹ *Asunto Mennesson c. Francia*, STEDH, Sección 5.ª, de 26 de junio de 2014.

³² *Asunto Labassee c. Francia*, STEDH, Sección 5.ª, de 26 de junio de 2014.

³³ Así lo vemos en el § 78: «The Court observes in the present case that there is no consensus in Europe on the lawfulness of surrogacy arrangements or the legal recognition of the relationship between intended parents and children thus conceived abroad. A comparative-law survey conducted by the Court shows that surrogacy is expressly prohibited in fourteen of the thirty-five member States of the Council of Europe –other than France– studied. In ten of these it is either prohibited under general provisions or not tolerated, or the question of its lawfulness is uncertain. However, it is expressly authorised in seven member States and appears to be tolerated in four others. In thirteen of these thirty-five States it is possible to obtain legal recognition of the parent-child relationship between the intended parents and the children conceived through a surrogacy agreement legally performed abroad. This also appears to be possible in eleven other States (including one in which the possibility may only be available in respect of the father-child relationship where the intended father is the biological father), but excluded in the eleven remaining States (except perhaps the possibility in one of them of obtaining recognition of the father-child relationship where the intended father is the biological father)».

³⁴ «Not only was the relationship between the third and fourth applicants and their biological father not recognised when registration of the details of the birth certificates was requested, but formal recognition by means of a declaration of paternity or adoption or through the effect of *de facto* enjoyment of civil status would fall foul of the prohibition established by the Court of Cassation in its case-law in that regard... The Court considers, having regard to the consequences of this serious restriction on the identity and right to respect for private life of the third and fourth applicants, that by thus preventing both the re-

superior del menor. Sin entrar en la cuestión de la necesaria protección de los menores nacidos a partir de subrogación (también compleja, como todas las que rodean nuestra materia), el trasfondo es que el TEDH aplica la doctrina del margen de apreciación nacional sin contar con el presupuesto habitual exigido para ello y, además, dicha aplicación conlleva la obligación del Estado de actuar en contra de sus intereses; dicho de otro modo, el margen de apreciación no supone, como en otros asuntos, la libertad del Estado para conseguir sus objetivos (legítimos, tal y como aparece en numerosas sentencias sobre gestación subrogada), sino para, precisamente, forzarlos a aceptar actos perseguidos dentro de sus fronteras, aun existiendo datos que demuestran que tales objetivos lo son también de la mayoría de los Estados parte del Consejo de Europa.

En definitiva, tal y como se acaba de analizar en este tercer apartado, parece lógico albergar dudas acerca de la correcta aplicación de la doctrina del margen de apreciación, tanto en lo relativo al requisito que suele habilitar al Tribunal para su recurso, como en lo referente a las consecuencias derivadas del mismo. Esto, unido a otros aspectos como la interpretación a menudo extensiva que el TEDH realiza del interés superior del menor y los interrogantes que sobrevuelan la fortaleza del vínculo genético, suponen una mayor complejidad para la resolución de la materia.

4. CONCLUSIONES

Nos encontramos ante una materia, la gestación por sustitución, que presenta marcados matices éticos y morales, con posturas representadas por relevantes autores de nuestra disciplina. No parece, en absoluto, una cuestión en la que una corriente pueda imponerse frente a la opuesta de forma incontestable. Al contrario, los propios perfiles de la práctica, comenzando por las notables diferencias que separan las modalidades altruista y comercial, justifican una disparidad de opiniones bien fundamentadas.

Desde mi punto de vista, tal y como he tratado de exponer en las páginas precedentes, la afectación a la dignidad de la mujer gestante y del bebé nacido por maternidad subrogada es mucho mayor en el caso de la modalidad comercial. Ésta es la práctica que llega al TEDH, Tribunal que está encontrando importantes dificultades para dar respuestas satisfactorias a los problemas que se le plantean. El recurso a la doctrina del margen de apre-

cognition and establishment under domestic law of their legal relationship with their biological father, the respondent State overstepped the permissible limits of its margin of appreciation» (§ 100).

ciación nacional no parece estar justificado, en tanto que una abrumadora mayoría de los Estados parte del Consejo de Europa rechazan de plano la gestación subrogada comercial internacional. Quizás sería más conveniente que el Tribunal de Estrasburgo tratara de partir de este hecho y buscara la forma de garantizar la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos al prohibir estas prácticas. En este sentido, proteger la dignidad de las mujeres gestantes y de los bebés gestados se incardinan perfectamente en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, presupuesto que sustenta la misma democracia en los Estados europeos actualmente y, no olvidemos, en la propia UE.

No obstante, la posición del TEDH no es sencilla. Parece una tarea compleja encontrar el justo equilibrio entre la protección de los menores, mediante la toma en consideración de su interés superior, y los intereses públicos de los Estados demandados. Sin embargo, la dificultad de la empresa no debe ser óbice para criticar, siempre de un modo constructivo, el camino emprendido por el Tribunal de Estrasburgo. Esta complejidad y la debilidad de las argumentaciones que encontramos en las sentencias que resuelven asuntos sobre gestación subrogada (apoyadas generalmente en un mal entendido margen de apreciación nacional que posteriormente se restringe; en un interés superior del menor interpretado extensivamente; y, por último, en la existencia —o ausencia— de un vínculo genético que es, en realidad, la verdadera *ratio decidendi*, el cual, además, en breve se mostrará incapaz para dar respuesta a todos los supuestos que se pueden plantear), unidas al marcado carácter global que presenta el problema, representan los motivos que justifican mi pesimismo acerca de la posibilidad real de encontrar una solución satisfactoria, que, tal y como defiende la profesora Balaguer, sea escrupulosamente respetuosa con la dignidad de las mujeres gestantes y los niños y las niñas nacidas bajo esta práctica.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, M., «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», *El notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Cátedra, Madrid, 2017.
- BELLVER CAPELLA, V., «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones...», en *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015, pp. 19-52.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de, «El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la perspectiva de la doctrina de margen de apreciación nacional», en *Estudios de Deusto*, vol. 60, núm. 2, 2012, pp. 133-154.

- DELICADO-MORATALLA, L., «“El embarazo es una máquina, no una mujer”. Deshumanización y sexismo misógino en el planteamiento favorable al “trabajo gestacional”», en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 10, 2021, pp. 41-50.
- GARCÍA ROCA, J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143.
- GUZMÁN ÁVALOS, A., y VALDÉS MARTÍNEZ, M. C., «Voluntad procreacional», en *Oñati socio-legal series*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 75-96.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., «La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España», en *Política y Sociedad*, vol. 57, núm. 3, 2020, pp. 887-901.
- LAZCOZ MORATINOS, G., «Acercas de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués», en *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2018, pp. 137-151.
- MARTÍNEZ QUEVEDO, L. F., «Las debilidades de la jurisprudencia del TEDH en materia de gestación subrogada: el margen de apreciación, el interés superior del menor y el vínculo genético», en *Revista de Derecho Político*, núm. 121, 2024, pp. 309-332.
- «El TEDH y el comodín del interés superior del menor. Apuntes a partir de su jurisprudencia sobre gestación subrogada», en SÁNCHEZ CANO, M. J., y MARTÍNEZ CALVO, J., (Dir.), *El Derecho privado en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible. Una panorámica global*, Colex, A Coruña, 2024, pp. 275-291.
- MIRANDA SANZ, M., y OLIVAR RIVAS, T., «Cambios fisiológicos durante el embarazo y la lactancia», en *El farmacéutico: profesión y cultura*, núm. 466, 2012, pp. 39-44.
- NASH ROJAS, C., «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, núm. 11, 2018, pp. 71-100.
- PRESNO LINERA, M. Á., «Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante», en Carrio Sampedro, A. (Ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 109-130.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid, 2018.
- «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», en *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017, pp. 79-120.
- SÁNCHEZ MOLINA, P., «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9 (2016), pp. 224-231.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J. M., «Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo», en *Cuadernos de bioética*, vol. 28, núm. 93, 2017, pp. 219-228.

IGUALDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL Y SU IMPACTO SOBRE LA IGUALDAD DE GÉNERO

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada
y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo
y Globalización

SUMARIO: Introducción. 1. La igualdad de género como nueva frontera del constitucionalismo. 2. La globalización y la sociedad digital. La transformación de los derechos. 3. El impacto de la sociedad digital, de la IA y la IAG sobre la igualdad de género. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

En el contexto del Estado constitucional y teniendo en cuenta sus exigencias de profundización democrática, de no discriminación y de promoción de la igualdad, la igualdad de género se configuró desde finales del siglo xx como la nueva frontera del constitucionalismo. Una revolución destinada no sólo a terminar con la discriminación de la mujer y a incorporarla progresivamente al espacio público y a los espacios de poder privados, de donde ha estado siempre ausente, sino también a generar una transformación de paradigmas en la forma en que se configura y ejercita el poder. No se trata simplemente de asegurar el acceso a los puestos sino también de cambiar el modo en que se desarrollan las funciones desde esos puestos. De introducir nuevos valores y principios, nuevas reglas de conducta y una nueva comprensión de las estructuras sociales que hagan posible no sólo la emancipación de la mujer sino del conjunto de la sociedad.

Esta forma de entender la paridad de género explica su alta densidad constitucional, su desvinculación de una comprensión estrictamente funcional, que – sin perjuicio de que esa funcionalidad pueda servir también como explicación de su éxito relativo– le dota de un sentido material, una motivación y una finalidad que entronca claramente con el ideario histórico de emancipación del constitucionalismo mediante el control del poder y la garantía de los derechos.

En el contexto de una economía capitalista, favorecer que las distintas posiciones sociales, políticas y económicas sean ocupadas por las personas más adecuadas es una pretensión que está destinada a favorecer el buen funcionamiento de la economía y de las instituciones sociales y políticas. La promoción de la igualdad entra dentro de esa lógica, a pesar de que a algunos les pueda parecer que las medidas de diferenciación positiva no lo hacen. Sin embargo, como en tantos otros ámbitos de la vida económica, dejar al libre mercado su ordenación no es una opción que necesariamente favorezca su desarrollo. Buena prueba de ello son las medidas antimonopolio que intenta garantizar una igualdad de posiciones que restaure las tendencias a la concentración que se manifiestan en el propio mercado.

Esa igualdad de posiciones no es un hecho natural, porque el punto de partida es diferente en las personas y en los grupos sociales, de ahí que uno de los fundamentos de la constitución económica nacional consista justamente en restaurarla mediante medidas de promoción de la igualdad. Entre ellas, ocupan un lugar muy destacado las de paridad de género por cuanto no afectan solamente a personas o a grupos sociales sino a la sociedad en su conjunto.

Esas medidas han servido básicamente para acelerar el ritmo de un proceso que se habría desarrollado de una manera más lenta si se hubiera dejado a la evolución natural de las sociedades. Su racionalidad no se puede juzgar ni analizar desde la perspectiva subjetiva de las situaciones individuales, como se ha intentado hacer por sus detractores sino desde la comprensión de su alcance histórico y del ajuste social que implican. Un ajuste en el que puede haber, como en tantas transformaciones de esa entidad, perdedores y ganadores puntuales, aunque lo importante es el beneficio para el conjunto de la sociedad.

La perspectiva de género, el análisis de los derechos desde la necesidad de transformación social igualitaria y del cambio en los valores que esa transformación representa, se incorpora así al derecho constitucional de nuestro tiempo como una metodología propia de configuración y aplicación de los derechos constitucionales. Es, desde luego, un mandato, e implica una reordenación material y procesal que genera una específica densidad constitucional de los derechos, que ya no serán nunca más los mismos derechos como eran entendidos en su declinación exclusivamente masculina. Todo esto se produce, naturalmente,

dentro del Estado constitucional, en el contexto de la constitución nacional, sin perjuicio del impulso que la paridad de género ha tenido a nivel internacional y supranacional, que no puede dejar de reconocerse.

Podríamos decir que hasta la tercera globalización que se desarrolla a finales del siglo xx, con el nacimiento de la sociedad digital, la paridad de género encuentra un equilibrio entre las condiciones globales, supranacionales europeas y estatales. La tercera globalización, sin embargo, va a suponer una ruptura de la constitución económica nacional (evidenciada en algunos países europeos con motivo de la crisis financiera de 2008¹) y una transformación de los derechos, que se desvinculan en gran medida de sus elementos referenciales de carácter sustancial, vinculados a la lógica de la constitución democrática, para convertirse en derechos instrumentales, sometidos a la lógica del mercado.

La pérdida de densidad constitucional de los derechos es uno de los factores que puede influir, esencialmente de manera negativa, en la promoción de la igualdad de género, porque sitúa a la mujer en un espacio diferente del de los derechos constitucionales vinculados a la dignidad de la persona. La sitúa en el espacio del mercado, donde su posición es más débil y existen menos estímulos para que se promueva una transformación en sentido igualitario. La sociedad digital refleja claramente esa dificultad y, por diversos motivos (que tienen que ver no sólo con el mercado sino también con la construcción «masculina» de la realidad virtual y con la escasa presencia femenina en las compañías tecnológicas, incluidos los puestos directivos) el balance de su impacto sobre la paridad de género es esencialmente negativo.

Esta valoración crítica no impide reconocer los grandes avances que la tecnología ha supuesto para la sociedad en general y también para la posición de la mujer. Muchas de las causas que se han promovido desde la lucha por la igualdad han tenido un eco universal en los últimos años gracias a los nuevos procesos comunicativos, generando una conciencia social mayoritaria a favor de la igualdad². Sin embargo, debemos recordar que, como indica Helmuth Schulze-Fielitz,

¹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Crisi economica e crisi costituzionale in Europa» KorEuropa, no 1/2012, BALAGUER CALLEJÓN, F., «Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo», en Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa, a cura di F. LANCHESTER, CEDAM, 2019, pp. 59-82 y BALAGUER CALLEJÓN, F., «Il modello europeo di integrazione e la sua incidenza sulle Corti costituzionali e sui Parlamenti nazionali», en Parlamenti nazionale e Unione Europea nella governance multilivello, a cura di F. LANCHESTER, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 695-714.

² Como indica María Luisa Balaguer, se produce un cambio de paradigma, de manera que el feminismo «deja de ser una ideología minoritaria para convertirse en un pensamiento generalizado que entra masivamente en la sociedad, con una aceptación de sus supuestos metodológicos y su acción colectiva, como una cuestión de justicia social, de manera equivalente a otras conquistas sociales». Sin duda, a esto ayuda otra característica señalada por la autora: «La universalización de las reivindicaciones, que consiga unir a todos los feminismos en una acción común, la de mantener una agenda social de mínimos, con in-

la ciencia del derecho, a diferencia de la política, no tiene una función legitimadora sino crítica³, y es esa perspectiva la que adoptamos aquí con la finalidad de exponer los problemas para que puedan ser resueltos en el futuro.

1. LA IGUALDAD DE GÉNERO COMO NUEVA FRONTERA DEL CONSTITUCIONALISMO

La lucha por la igualdad se inscribe claramente dentro de la motivación esencial que ha alentado históricamente al constitucionalismo: el control del poder y la garantía de los derechos. La desigualdad es un factor que dificulta la realización de los derechos fundamentales y que favorece el ejercicio arbitrario del poder. La promoción de la igualdad es, en última instancia, una lucha contra el poder de unas personas sobre otras, y a favor de la libertad de todos los seres humanos. El derecho a la igualdad apela a la actividad de los diferentes poderes públicos para ordenar los intereses sociales y procurar la superación de las diferencias que impiden o dificultan la realización de los derechos fundamentales.

En el contexto de la realización de la igualdad material, la labor de construcción dogmática adquiere una relevancia incuestionable, con el desarrollo de nuevas técnicas o la modulación de otras para hacer posible la composición de intereses de un sistema jurídico estrechamente imbricado con la pluralidad social que pretende regular y reordenar. Ciertamente, la utilización de esas categorías resulta a veces paradójica y produce la impresión de que algunos de los criterios que se invocan habitualmente son más instrumentos de justificación de las decisiones que auténticas herramientas del proceso argumentativo⁴. Es mucho el camino que queda por recorrer también en la vertiente metodológica de la realización de la igualdad.

La igualdad de género marca una nueva frontera para el Derecho constitucional de nuestra época. Es el reto fundamental que tienen las sociedades europeas del siglo XXI y de que se afronte adecuadamente dependerá en gran medida su desarrollo integrado en el futuro, mediante la profundización en las políticas

dependencia de las diferencias ideológicas que presenten las distintas formaciones feministas», BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos», *IgualdadES*, 1, julio-diciembre (2019), p. 36.

³ «Es tarea específica y crítica de la ciencia mencionar y anticipar los problemas. En eso se diferencia de la política, que persigue sobre todo proporcionar legitimidad», SCHULZE-FIELITZ, H., «El lado oscuro de la Ley Fundamental», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, julio-diciembre de 2009:

https://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/09Schulze_Fielitz.htm.

⁴ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., Prólogo a M. Rodrigues Canotilho, *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

que hagan posible una plena igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida. Se trata de una meta revolucionaria que van a contribuir a una transformación esencial del derecho constitucional que hoy conocemos, especialmente a través de su proyección en el plano supranacional y europeo en el que esta disciplina jurídica se está moviendo ya desde hace tiempo⁵.

La proyección futura de la igualdad de género incidirá profundamente sobre la organización social al tiempo que se extenderá también a las relaciones interpersonales y a la propia configuración de la autopercepción de los ciudadanos y las ciudadanas de los Estados democráticos europeos. Porque la dimensión social de la igualdad de género no pretende el mero intercambio de los roles actuales de hombres y mujeres a través de las diversas fórmulas que hacen posible una participación normalizada de la mujer en la vida política. Por el contrario, se trata de replantarse la naturaleza de esos papeles tradicionales y de dotarles de una dimensión humana⁶.

La lucha por la igualdad de género no está destinada sólo a liberar a la mujer, sino que pretende configurar una sociedad más libre e igualitaria en la que la mercantilización de las relaciones humanas sea sustituida por un sistema de valores inspirado en la dignidad de la persona. Una transformación de nuestra forma de ser y de pensar que debe tener su reflejo también en el lenguaje, construido hasta ahora sobre la ausencia de la mujer de los espacios públicos, y que reproduce pautas culturales desajustadas con una realidad social más igualitaria.

La lengua es un instrumento esencial en la configuración de las estructuras y las relaciones de poder, precisamente por facilitar su conformación y reproducción, que tienen lugar de manera imperceptible, dificultando así la oposición y el conflicto⁷. El lenguaje tiene una dimensión configuradora del orden

⁵ Como señala M. Rodrigues Canotilho, «La igualdad de género es, sin ninguna duda, la dimensión de igualdad y no discriminación más desarrollada y más profundamente regulada por el derecho de la Unión. Por esta razón, es considerada, por parte de la doctrina especializada, como el “vértice de la pirámide” de una jerarquía de igualdades que estaría constituida por diversos fundamentos prohibidos de discriminación, desarrollados en grado distinto y a través de diferentes instrumentos normativos, políticas públicas y jurisprudencia, en el marco de la Unión», RODRIGUES CANOTILHO, M., *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*, citado, p. 166.

⁶ Como indica M. L. Balaguer la legislación que se ha producido en materia de género, conlleva un cambio radical de concepción del modelo de vida, Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos Madrid, 2010.

⁷ De referencia en esta temática es la obra «Lingua Tertii Imperii» de Victor Klemperer, impresionante por tantos motivos. En ella se analiza como la lengua alemana se fue conformando a la medida del ideario del régimen totalitario nazi, transformando el significado de algunos términos, creando otros, excluyendo los que no interesaban y otorgando una mayor presencia pública a los que eran importantes para la consolidación del nuevo sistema de poder. Cfr. KLEMPERER, V., *LTI-Lingua Tertii Imperii*, Notizbuch eines Philologen, 1947. Existe versión española, *La lengua del Tercer Reich*, Editorial Minúscula, Barcelona, 2001.

social, generando una reproducción cultural permanente que tiende a consolidar las posiciones que se ocupan en la sociedad, dificultando la lucha por la igualdad de género en la medida en que ha sido construida históricamente sobre patrones masculinos⁸.

Como todo intento de transformación de la realidad, también la lucha por la igualdad se enfrenta a obstáculos e incomprendiones de muy diferente naturaleza⁹. Son muchos los ámbitos en los que la desigualdad se considera natural y la resistencia al cambio cuenta siempre con la ventaja añadida de representar el mundo conocido frente a transformaciones que se describen como experimentos más o menos arriesgados de resultado incierto. Espacios en los que la defensa de la igualdad parece una alteración de la naturaleza de las cosas que puede afectar a bienes intangibles como la pureza estática de la lengua (¿podrá existir alguna vez tal cosa en las lenguas vivas?) o la representatividad de las instituciones sin interferencias de cuotas (como si las cuotas no fueran una garantía de la representatividad).

Las luchas, grandes y «pequeñas» (las cotidianas, las de cada día, que a veces son las más importantes) por la igualdad, nos demuestran que la utopía no señala el lugar de lo imposible sino la línea del horizonte, hasta donde los seres humanos alcanzamos a ver y de lo que somos capaces de representarnos. Llegar hasta allí es tarea de cada generación. O, más exactamente, de quiénes en cada generación quieren asumir el coste personal que supone aportar alternativas para conseguir un mundo mejor.

Porque ese coste existe y seguirá existiendo. Por ejemplo, en relación con los estudios de género. Para muchos sectores académicos ha sido (para algunos lo sigue siendo todavía, incomprensiblemente) un tema «poco serio», escasamente valorado frente a otras temáticas clásicas que entran, de manera natural, dentro del campo de visión de nuestra disciplina. Sin embargo, mu-

⁸ Como indica Marilisa D'Amico, esto plantea problema problemas específicos en el lenguaje jurídico, si tenemos en cuenta que ese lenguaje queda fijado de manera inmutable en las disposiciones normativas, a diferencia del lenguaje común que se nutre permanentemente del desarrollo social y cultural. Cfr: D'AMICO, M.L., *Parole che separano. Linguaggio, Costituzione, diritti*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2023, pp. 46 y 47.

⁹ Un ejemplo práctico de las dificultades de todo tipo para avanzar lo tenemos precisamente en el lenguaje no discriminatorio. Mientras escribo este texto, el corrector ortográfico del procesador de textos me está indicando que «los ciudadanos y las ciudadanas» debe sustituirse por «los ciudadanos». Decir «los ciudadanos y las ciudadanas» no es, de ninguna manera, un error ortográfico, pero el procesador de textos te recomienda una versión más «económica» (en términos de economía del lenguaje) que no es ideológicamente neutral porque implica aceptar el masculino genérico allí donde se puede utilizar un lenguaje más inclusivo. Cfr. Sobre el lenguaje inclusivo, Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea» *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 1, 2004, pp. 307-322, BALAGUER CALLEJÓN, F. «Las formulaciones normativas de la promoción de un lenguaje igualitario», *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, n.º 31, 2009, pp. 30-31 y D'AMICO, M.L., *Parole che separano. Linguaggio, Costituzione, diritti*, citado.

chos de los textos que se les dedican a algunos de esos ámbitos de estudio tradicionales se limitan a reiterar conceptos vacíos de contenido, que ya no tienen el sentido que otrora tuvieron, alimentando estantes completos de bibliotecas de los que difícilmente saldrán para cumplir la función social que le corresponde a la ciencia del Derecho.

Por el contrario, los estudios de género nos aportan una relación directa con la sociedad de nuestra época, pese a que la incompreensión de la potencialidad transformadora de la igualdad se haya trasladado también a su análisis científico. La situación está cambiando de manera acelerada, por fortuna, y se está asumiendo por los sectores más reticentes de la academia la innegable dignidad de una temática que entronca de manera tan esencial con la fundamentación histórica del constitucionalismo. La igualdad de género está ocupando progresivamente el lugar que le corresponde en el elenco de los estudios jurídicos. Un lugar central porque así lo demanda la sociedad ¹⁰.

En cuanto nueva frontera del constitucionalismo, la paridad de género está encontrando en esta segunda década del siglo XXI una realidad cada vez más complicada que no se puede desconocer. La transformación digital está generando nuevas pautas culturales y nuevos paradigmas que forman parte cada vez más de la vida de las personas. Una gran parte de nuestro tiempo de cada día se vive hoy en modo virtual o en relación con la realidad virtual, la que nos llega a través de los ordenadores, los teléfonos móviles y otros dispositivos digitales. La reflexión sobre cómo incide esta nueva realidad en la paridad de género es necesaria para evitar que todo lo que se ha construido hasta ahora en materia de igualdad termine por convertirse en una cáscara vacía, en un proyecto sin alma, en una mera forma que carezca de auténtico contenido.

¹⁰ Por poner un ejemplo que me es cercano, desde la fundación por María Luisa Balaguer de la revista artículo 14 (*Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, 1999) o de la primera edición en España de un código sobre igualdad de género (BALAGUER CALLEJÓN, F., BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Legislación sobre igualdad de género*, Tecnos, Madrid, 2007) o de la publicación del libro de María Luisa Balaguer Callejón *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos Madrid, 2010 -que ha tenido una influencia decisiva en el impulso académico a los estudios constitucionales de género-, hasta la creación por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (gracias al impulso de su entonces directora Yolanda Gómez Sánchez) de la revista *IgualdadES* en 2019, ha habido que recorrer un camino muy difícil que sigue todavía cubierto de obstáculos.

2. LA GLOBALIZACIÓN Y LA SOCIEDAD DIGITAL. LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS

La incorporación de la igualdad de género al constitucionalismo no ha sido tarea fácil ni se puede considerar alcanzada a pesar de los avances de los últimos años. Las resistencias han sido y siguen siendo muchas, y cada progreso requiere un esfuerzo importante, en primer lugar, para construir nuevas realidades más igualitarias y después para defenderlas y ampliarlas. Pese a ello, sí podría decirse que la paridad de género ha tenido un entorno relativamente equilibrado con las condiciones globales, supranacionales europeas y estatales previas a la tercera globalización.

La tercera globalización, sin embargo, incorpora transformaciones cada vez más importantes en relación con el constitucionalismo en cuanto genera una ruptura de la constitución económica nacional, a través de un sistema de interdependencias que tiene sus aspectos positivos y negativos (especialmente negativos en la fase actual de globalización «fragmentada»)¹¹ y que provoca un cambio en el ecosistema de los derechos constitucionales al debilitar su densidad constitucional y vincularlos a las condiciones del mercado.

Esta evolución alcanza su grado máximo en la sociedad digital. En efecto, la tercera globalización no solo transforma el sujeto de los derechos (del ciudadano en el ámbito político¹² o del trabajador en el económico¹³ al consumidor y el usuario) sino que, en lo que se refiere a su vertiente digital, los convierte también en objeto, en meros productos sometidos a la lógica del mercado, como ocurre con los datos personales, que junto a su condición de derecho tienen también la naturaleza de un producto comercial dentro de la economía de datos¹⁴.

Es en ese contexto de deterioro sustancial de los derechos en el que tenemos que situar la relación de la igualdad de género con la sociedad digital. Una relación que, al orientarse a las posiciones instrumentales del mercado, se aleja de las condiciones sustanciales establecidas por las constituciones. Hay que

¹¹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., «Il futuro del costituzionalismo nel mondo (ri) globalizzato: mediazioni negative nella globalizzazione frammentata» *Nomos*, n. 1/2024.

¹² Cfr. AGUILAR CALAHORRO, A., «El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor», en García Herrera, M.A.; Asensi Sabater, J., y Balaguer Callejón, F., *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

¹³ Cfr. PERNA, R., «L'Italia ha bisogno di una nuova costituzione economica?» Astrid, 2010: http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Pern/Perna-R_Incontro_fondazione-Magna-Carta_15_06_10.pdf.

¹⁴ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., Los derechos constitucionales en el contexto global y digital. Transformación del sujeto y conversión en objeto», en: Rothenburg, W. (Organizador) *Direitos fundamentais, dignidade, constituição: estudos em Homenagem a Ingo Wolfgang Sarlet*, Editora Thoth, Londrina, 2021.

tener en cuenta que, mientras la igualdad se intentaba garantizar en el primer constitucionalismo a través de la generalidad y la abstracción de la ley, como indicara N. Bobbio¹⁵, en el Estado constitucional la relación entre igualdad y derecho constitucional encuentra en los derechos fundamentales su plasmación más relevante¹⁶. Como hace notar M. Rodrigues Canotilho, la igualdad se convierte en una garantía cualificada de los derechos en cuanto el derecho a la igualdad constitucional es un derecho a tener derechos fundamentales en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos y ciudadanas, aunque, al mismo tiempo, su propia efectividad depende también de los derechos, está vinculada a los derechos¹⁷.

Desde esta perspectiva, el deterioro de los derechos en la sociedad digital afecta inevitablemente a la igualdad de género, en la medida en que se la hace depender ahora, en gran medida, de las condiciones de mercado. Esas condiciones de mercado, en las que las mujeres ya no son ciudadanas sino consumidoras, reproduce la discriminación actual porque la posición en el mercado es más débil para el género femenino que para el masculino. Esta es la parte negativa, aunque también hay vertientes positivas porque la posición de consumidores y consumidoras otorga un poder importante para quienes quieren promover la igualdad y puede condicionar las políticas comerciales y la actitud de las empresas en relación con la paridad de género.

En general, pese a esos y otros aspectos positivos que puedan señalarse (en la medida en que la protección de los derechos como consumidores y usuarios pueda contribuir a garantizar derechos que no habían sido protegidos previamente¹⁸), la pérdida de densidad constitucional de los derechos no favorece la promoción de la igualdad de género. Los mandatos de igualdad sustancial del Estado constitucional generan un ecosistema en el que la promoción de la igualdad de género tiene un sentido finalista, orientado a la dignidad de la persona. En la medida en que ese punto de referencia se pierde en la lógica del

¹⁵ Que se consideraban inherentes a su propia estructura lógica Cfr. BOBBIO, N., *Teoria della Norma Giuridica* G. Giappichelli Editore, Torino, 1958, pp. 233-4.

¹⁶ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., Prólogo al libro de M. Rodrigues Canotilho, *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*, cit., p. 17.

¹⁷ Porque «los derechos fundamentales –en especial algunos derechos económicos y sociales considerados verdaderos pilares de las políticas de promoción de la igualdad, como la educación, la salud o la seguridad social– son también un mecanismo de garantía del derecho a la igualdad». Cfr. RODRIGUES CANOTILHO, M., *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*, cit., pp. 109-110.

¹⁸ El caso paradigmático es el derecho a la vivienda en España durante la crisis financiera, que no fue objeto de protección pese a estar proclamado en el artículo 47 de la Constitución Española, pero sí lo fue por el TJUE en relación justamente con la vulneración de la normativa europea relativa a los derechos de los consumidores (la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). Cfr. STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, MOHAMED AZIZ, V. CatalunyaCaixa.

mercado, especialmente en el mundo digital, la promoción de la paridad de género se debilita.

3. EL IMPACTO DE LA SOCIEDAD DIGITAL, DE LA IA Y LA IAG SOBRE LA IGUALDAD DE GÉNERO

Además de los problemas que plantea el desarrollo de un entorno problemático para la igualdad de género como es el de la orientación progresiva de los derechos constitucionales a las condiciones de mercado, provocando una debilidad estructural y una dependencia instrumental de la seguridad del tráfico económico, la sociedad digital plantea también otros por el modo en que se está configurando, tanto por lo que se refiere al diseño de aplicaciones y de redes sociales cuanto por lo que atañe a la presencia de la mujer en el mundo digital, hasta ahora en una posición claramente minoritaria y subordinada.

Por lo que se refiere a los sesgos discriminatorios en el diseño de las aplicaciones y de los algoritmos, se evidencia en ellos el contraste entre una concepción de los derechos orientada hacia el mercado y una concepción constitucional de los derechos. Así el argumento utilizado habitualmente por las compañías tecnológicas de que los sesgos son un reflejo de la realidad y que el diseño del algoritmo se limita a ajustarse a esa realidad, expresa una concepción vacía de una mínima densidad constitucional porque los principios y valores constitucionales de las sociedades democráticas obligan precisamente a superar y transformar esa realidad para hacer posible la realización de los derechos constitucionales¹⁹. Esos sesgos son inaceptables como lo es la propia realidad que reflejan²⁰. La constitución no es neutral frente a la realidad, sino

¹⁹ Se podría decir que esa desatención es comprensible porque esas compañías trabajan en un ámbito global y no se les puede pedir que particularicen sus condiciones en virtud de las exigencias constitucionales y legales de países concretos. Sin embargo, esas compañías tienen su matriz en el país con la constitución más antigua del mundo moderno y no han tenido la menor sensibilidad hacia esos valores constitucionales mientras que sí han modulado sus contenidos por voluntad propia en virtud de criterios que parecen inspirados en el código HAYS. Con esa modulación han evidenciado que es posible, desde un punto de vista técnico, adaptarse a la realidad de los sistemas constitucionales de los países democráticos que comparten unos principios comunes, en términos generales.

²⁰ Como se indica en el informe *Algorithms in decision-making*, del Science and Technology Committee (House of Commons), de 23 de mayo de 2018: «Algorithms, in looking for and exploiting data patterns, can sometimes produce flawed or biased “decisions”—just as human decision-making is often an inexact endeavor. As a result, the algorithmic decision may disproportionately discriminate against certain groups and are as unacceptable as any existing “human” discrimination». Cfr. en: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmsctech/351/35102.htm>.

que proporciona la base cultural y normativa para promover la igualdad entre mujeres y hombres²¹.

Ahora bien, los problemas que se plantean con el derecho digital no vienen sólo de este desenfoque de los derechos desde una perspectiva material y en relación con la constitución, sino también de la dimensión procesal, que tiene una gran importancia en la configuración del mundo digital. Como indica Costanza Nardocci, aunque la causa de la discriminación siga siendo humana, se han erosionado las categorías del derecho discriminatorio. Entre otras cosas porque la unidad de la acción discriminatoria se ha roto, dando lugar a una pluralidad de actos que producen el efecto discriminatorio²². La Inteligencia Artificial plantea problemas también desde el punto de vista de la imputación de la responsabilidad en la medida en que existe una cierta autonomía en algunas de sus modalidades que plantea dificultades para atribuirla a los operadores²³. A este respecto se debe señalar con Marilisa D'Amico que cuanto más autónoma es la Inteligencia Artificial más se incrementan los riesgos de un lenguaje discriminatorio en cuanto que resulta incontrolable por el programador²⁴.

Pero haya otros problemas que plantea el mundo digital que son previos a este momento de la discriminación y que influyen de manera decisiva en la configuración negativa de las aplicaciones informáticas desde el punto de vista de la paridad de género. Ante todo, la escasa presencia de la mujer en el mundo informático tanto a nivel de directivos como en relación con los programadores, que son de manera muy mayoritaria hombres²⁵.

Como dice Marilisa D'Amico, el mundo científico y sobre todo el tecnológico está ocupado prevalentemente por hombres²⁶. Eso explica que los programas y las aplicaciones tengan una orientación masculina²⁷ y que sea necesario adoptar medidas que eviten esta tendencia²⁸, como señalan ya las

²¹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *La costituzione dell'algoritmo*, Le Monnier Università/Mondadori Education, Milano, 2023.

²² Cfr. NARDOCCI, C., «Intelligenza artificiale e discriminazioni», *La Rivista «Gruppo di Pisa»*, Fascicolo n. 3/2021, pp. 59-60.

²³ Cfr. sobre esta cuestión, CONSULICH, F.; MAUGERI, M.; MILIA, C.; POLI, T.N., y TROVATORE, G., *AI e abusi di mercato: le leggi della robotica si applicano alle operazioni finanziarie?* Quaderni giuridici CONSOB, N. 29 maggio 2023.

²⁴ Cfr., D'AMICO, M., *Parole che separano. Linguaggio, Costituzione, diritti*, cit., p. 123.

²⁵ Cfr. D'AMICO, M., *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2020, pp. 313 ss. Cfr. igualmente, ABBRACCHIO, M. P., y D'AMICO, M., *Donne nella scienza. La lunga strada verso la parità*, FrancoAngeli, Milano, 2023, pp. 113 ss.

²⁶ D'AMICO, M., *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, cit., pp. 313-314.

²⁷ En palabras de Marilisa D'Amico, «resulta evidente che algoritmi costruiti da uomini, che introducono elementi o dati di per se discriminatori, sono a loro volta discriminatori», D'AMICO, M., *Ibidem*, p. 317.

²⁸ La conclusión es clara: «una maggior presenza di donne nella produzione di algoritmi può aiutare a evitare le odiose discriminazioni descritte e a promuovere l'uguaglianza», ABBRACCHIO, M. P., y D'AMICO, M., *Donne nella scienza. La lunga strada verso la parità*, cit., p. 118.

instancias internacionales y supranacionales²⁹. Esta tendencia es propia de un mundo en el que los profesionales son mayoritariamente masculinos y tenemos ejemplos muy precisos en algunos campos especialmente problemáticos como la medicina, donde la falta de una perspectiva de género llevó durante mucho tiempo a diagnósticos equivocados y tratamientos erróneos³⁰.

La sociedad digital plantea también otros problemas desde el punto de vista de la igualdad de género que tienen que ver con la configuración de las redes sociales y las aplicaciones de Internet. Nuevamente aquí se refleja la desigualdad y la discriminación del mundo físico, pero a la vez se ve potenciada por los nuevos formatos digitales de comunicación³¹. La desinformación es un rasgo estructural de los procesos de comunicación digitales y tiene que ver con la configuración de las redes sociales y las aplicaciones de Internet en función del

²⁹ A este respecto se ha pronunciado la UNESCO indicando que «Member States should encourage female entrepreneurship, participation and engagement in all stages of an AI system life cycle by offering and promoting economic, regulatory incentives, among other incentives and support schemes, as well as policies that aim at a balanced gender participation in AI research in academia, gender representation on digital and AI companies' top management positions, boards of directors and research teams», UNESCO, *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*, 23 November 2021, p. 32. También lo ha hecho, en el mismo sentido, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas, *Cfr. Innovation and technological change, and education in the digital age for achieving gender equality and the empowerment of all women and girls*, Commission on the Status of Women, United Nations, 2023, p. 32. Igualmente, la Unión Europea, en su *Estrategia para la igualdad de género 2020-2025*, donde se afirma: «Artificial Intelligence (AI) has become an area of strategic importance and a key driver of economic progress, hence women have to be part of its development as researchers, programmers and users», *A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 5 de marzo de 2020, p. 6. A este respecto, se indica que «The digital transition is of utmost importance in this context. With rapid transformation and digitisation of the economy and the labour market, today 90% of jobs require basic digital skills. Women only represent 17% of people in ICT studies and careers in the EU and only 36% of STEM graduates, despite the fact that girls outperform boys in digital literacy. This gap and this paradox will be addressed in the updated Digital Education Action Plan and through the implementation of the Ministerial declaration of commitment on "Women in Digital". The "Women in Digital" scoreboard will be used more systematically», *Ibidem*, p. 10.

³⁰ Como expresa M. T. Ruiz Cantero «La perspectiva de género aporta información que ayuda a repensar por qué y cómo los sesgos de género pueden llevar a un concepto erróneo de ciertas enfermedades, sobre todo en las mujeres, e influir en sesgos de género en el proceso asistencial, tanto en el esfuerzo diagnóstico (acceso, demora y espera desigual a la atención sanitaria oportuna desde el comienzo de los síntomas, y errores diagnósticos) como en el esfuerzo terapéutico derivado», en Introducción a Ruiz Cantero, M. T. (Coord.) *Perspectiva de género en medicina*, Fundación Dr. Antoni Esteve, Barcelona, 2019.

³¹ Como indica Argelia Queralt, «Los ataques, insultos, amenazas, violencia de distinto tipo contra las mujeres en las redes es cada vez mayor. Las mujeres son atacadas en redes por hablar, participar, alzar su voz, en definitiva, por hacerse visibles en la esfera digital. Aunque esta opresión responde a la misma causa que la opresión machista en el mundo analógico, esencialmente, la discriminación por razón de sexo, los instrumentos tecnológicos y las redes se han convertido en herramientas privilegiadas», QUERALT JIMÉNEZ, A., «Desinformación por razón de sexo y redes sociales», *I·CON* (2024), p. 21.

modelo de negocio de las grandes compañías tecnológicas y de su dependencia de la publicidad y la necesidad de atraer la atención del público³².

Esa desinformación, centrada anteriormente en el ámbito social y político, se puede convertir en un problema sistémico con la aparición de las nuevas aplicaciones de Inteligencia Artificial Generativa, tales como el ChatGPT. No sabemos la deriva que estas aplicaciones pueden tener y su impacto sobre la igualdad de género. La tendencia hasta ahora es a deformar los datos y a generar desinformación masiva que se puede extender al ámbito científico, al económico, al jurídico y al tecnológico³³.

En el caso de la ciencia, estas aplicaciones se están utilizando ya para *suplantar* al trabajo de investigación científica³⁴. Pero tienden a tergiversar la investigación científica, quizás para evitar los controles de programas antiplagio o para no tener que hacer frente a los derechos de autor de las fuentes que utilizan³⁵. El resultado es muy problemático pues aparentan ofrecer trabajos científicos para quienes no tengan conocimientos específicos de la temática que abordan, pero que pueden contener errores muy graves³⁶. Si estos trabajos se consolidan en los circuitos académicos van a ser una fuente de desinformación que puede poner en peligro los cimientos del sistema científico a nivel global.

En el ámbito tecnológico, estas aplicaciones ponen en peligro el uso de la Inteligencia Artificial. Hay que tener en cuenta que en la utilización de la Inteligencia Artificial es fundamental la calidad de los datos para que los algorit-

³² Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F., *La costituzione dell'algoritmo*, cit. Cfr., igualmente, *Intervista a Francisco Balaguer Callejón. La Costituzione dell'algoritmo*, por Alberto Randazzo, Nomos, 1/2023.

³³ Cfr. a este respecto BALAGUER CALLEJÓN, F., *La costituzione dell'algoritmo*, anteriormente citado. Cfr. igualmente, BALAGUER CALLEJÓN, F., y BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

³⁴ Por más que tengan limitaciones inherentes a su actual fase de desarrollo, lo que ha llevado a Noam Chomsky a calificarlos como «pseudoscience» y a destacar «the amorality, faux science and linguistic incompetence of these systems», CHOMSKY, N.; ROBERTS, L.; WATUMULL, J., «The False Promise of ChatGPT», *The New York Times*, March 8, 2023.

³⁵ O quizás porque no son capaces de hacerlo de otro modo: como indica Carissa Véliz, «la IA actual tiene una relación poco fiable con la verdad. El tipo de IA más popular se basa en redes neuronales. Una IA como ChatGPT funciona analizando estadísticamente los textos que se le han proporcionado y generando respuestas convincentes basadas en sus datos de entrenamiento. Pero no utiliza la lógica ni se basa en pruebas empíricas. No tiene herramientas para rastrear la verdad. Como resultado, a menudo «alucina» o fabrica respuestas convincentes (basadas en su análisis estadístico) que, sin embargo, son falsas. Cuando le pedí que citara diez libros por Carissa Véliz, inventó nueve títulos plausibles pero falsos», VÉLIZ, C., «Perdiendo habilidades ante la inteligencia artificial», *El País*, 2 de junio de 2023. Al parecer, esta tendencia de ChatGPT a inventarse respuestas cuando no sabe qué decir, está intentado corregirse en otras aplicaciones de otras compañías. Cfr. PASCUAL, G.M., «Google presenta Bard, su chat inteligente para hacer búsquedas», *El País*, 7 de febrero de 2023.

³⁶ Errores que son difíciles de detectar para quien no tenga un conocimiento específico de la materia. Cfr. C. DEL CASTILLO, «La inteligencia artificial ChatGPT reabre el debate de la tecnología en las aulas», *elDiario.es*, 19 de enero de 2023.

mos puedan funcionar adecuadamente y dar resultados adecuados. Sin embargo, la Inteligencia Artificial Generativa puede incorporar datos falsos de manera masiva en el sistema tecnológico, provocando que la desinformación se extienda peligrosamente. Tratándose de un problema sistémico, afectará también a la paridad de género, pero no podemos evaluar todavía en qué manera lo hará.

Para comprender el alcance de los desafíos que está planteando la IA generativa desde que las primeras aplicaciones se pusieron en el mercado (especialmente la más conocida, el ChatGPT) habría que compararla con la experiencia reciente de la pandemia. Imaginemos que, en lugar de testar cada una de las vacunas cuyo uso se permitió por las autoridades sanitarias tras largos procesos de comprobación de sus efectos y de su eficacia, se les hubiera dado licencia a vacunas que no habían sido objeto de esos procesos de verificación, simplemente porque unas mínimas pruebas iniciales hubieran determinado sus posibles, aunque no contrastados realmente, efectos positivos en el control de la pandemia.

Eso es lo que ha ocurrido con el ChatGPT. Se ha introducido en el mercado sin conocer sus efectos reales, con una multitud de deficiencias que la narrativa elaborada por las compañías tecnológicas define de manera muy suave, como ocurre con las llamadas «alucinaciones»³⁷, como si fuera un problema puntual de la aplicación informática del que nadie tiene que hacerse responsable. Su promotor, Sam Altman, se ha independizado de la aplicación para todo lo que pueda resultar negativo, como si él no hubiera tenido nada que ver con las disfunciones que puede provocar.

Siguiendo la comparación con el ejemplo de las vacunas anteriormente indicado, es como si la vacuna se testara directamente en los usuarios, sin ningún tipo de pruebas intermedias. Para decirlo claramente, eso es lo que están haciendo los usuarios de esta aplicación y para eso se ha puesto en el mercado: para mejorarla utilizando a los usuarios. El resultado ha sido una polémica global que parece desvincularse de los auténticos responsables y que ha generado una alarma comprensible en relación con la Inteligencia Artificial generativa.

Esta pésima experiencia debería servir para que en el futuro se implanten de manera obligatoria estudios previos de impacto de las aplicaciones que se pretendan sacar al mercado y que esos estudios sean analizados con rigor antes

³⁷ «The systems still make mistakes. They often get facts wrong and will make up information without warning, a phenomenon that researchers call «hallucination.» Because the systems deliver all information with what seems like complete confidence, it is often difficult for people to tell what is right and what is wrong», METZ, C. and SCHMIDT, G., «Elon Musk and Others Call for Pause on A.I., Citing “Profound Risks to Society”», *The New York Times*, March 29, 2023.

de otorgar las correspondientes licencias para el uso de esas aplicaciones. En esos estudios tendría que incorporarse también la perspectiva de género para garantizar que las aplicaciones de Internet no agraven la desigualdad de género y que puedan contribuir, por el contrario, a promover la igualdad³⁸.

CONCLUSIONES

La igualdad de género se configuró como la nueva frontera del constitucionalismo a finales del siglo xx y, a pesar de las resistencias políticas, sociales y hasta académicas que produjo, se fue imponiendo progresivamente en todos los terrenos, incluido el más difícil, el cultural. Esa dificultad se evidencia en la persistencia de patrones culturales discriminatorios y en la reticencia de algunas instituciones y de una parte de la clase política para avanzar, por ejemplo, en materia de lenguaje no discriminatorio.

La alta densidad constitucional de la igualdad de género se deriva de su alcance emancipatorio para el conjunto de la sociedad, al incorporar nuevos valores y principios, nuevas reglas de conducta y una nueva comprensión de las estructuras sociales. Esa específica densidad constitucional implica su desvinculación de una comprensión estrictamente funcional, que –sin perjuicio de que esa funcionalidad pueda servir también como explicación de su éxito relativo– le dota de un sentido material, una motivación y una finalidad que entronca claramente con el ideario histórico de emancipación del constitucionalismo mediante el control del poder y la garantía de los derechos.

La sociedad digital ha aportado, entre otras cosas, nuevos procesos comunicativos que en gran medida han potenciado las luchas por la igualdad de género y han conseguido que sean mayoritariamente aceptadas por la sociedad. Sin embargo, hay otros muchos aspectos generales y específicos de la sociedad digital que van en sentido contrario a la igualdad y que potencian la discriminación.

Entre los generales cabe destacar la pérdida de densidad constitucional de los derechos como consecuencia de la globalización y del desarrollo de la

³⁸ En este sentido se pronuncia reiteradamente la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas, en el ya mencionado texto: *Innovation and technological change, and education in the digital age for achieving gender equality and the empowerment of all women and girls*, Commission on the Status of Women, United Nations, 2023, pp. 12, 22, 25, 26 y 32. Por su parte, en la ya mencionada *Estrategia para la igualdad de género 2020-2025* de la UE se afirma que «The core challenges affecting the EU today –including the green and digital transitions and demographic change– all have a gender dimension. The inclusion of a gender perspective in all EU policies and processes is essential to reach the goal of gender equality.», p. 15.

economía de datos. La transformación del sujeto de los derechos y la conversión de los propios derechos en mercancía afectan especialmente a la igualdad de género por la posición más débil de la mujer en el mercado y por la desvinculación de los derechos respecto de principios constitucionales tales como la dignidad de la persona. Esta evolución pone en peligro la densidad constitucional de la igualdad de género y la acerca a una perspectiva funcional dependiente del mercado.

Por lo que se refiere a los específicos, debe destacarse la cuestión de los sesgos que evidencia el contraste entre una concepción de los derechos orientada hacia el mercado y una concepción constitucional de los derechos. El argumento utilizado habitualmente por las compañías tecnológicas de que los sesgos son un reflejo de la realidad y que el diseño del algoritmo se limita a ajustarse a esa realidad, expresa una concepción vacía de una mínima densidad constitucional porque los principios y valores constitucionales de las sociedades democráticas obligan precisamente a superar y transformar esa realidad para hacer posible la realización de los derechos constitucionales.

También hay que señalar la configuración esencialmente masculina de la Inteligencia Artificial, tanto en la que se refiere a los programadores que diseñan los algoritmos cuanto en lo que atañe a la estructura de las compañías tecnológicas, con una presencia muy minoritaria de mujeres, que es otro de los problemas que se plantean a la igualdad de género en la sociedad digital.

Por otro lado, la sociedad digital suscita también otras cuestiones desde el punto de vista de la igualdad de género que tienen que ver con la configuración de las redes sociales y las aplicaciones de Internet. Así, por ejemplo, la desinformación, que es un rasgo estructural de los procesos de comunicación digitales y se ve impulsada por el modelo de negocio de las grandes compañías tecnológicas y su dependencia de la publicidad.

Esa desinformación, centrada anteriormente en el ámbito social y político, se puede convertir en un problema sistémico con la aparición de las nuevas aplicaciones de Inteligencia Artificial Generativa, tales como el ChatGPT. El desarrollo reciente de estas aplicaciones, con las posibilidades que abren a la desinformación masiva de carácter sistémico en ámbitos hasta ahora protegidos (ciencia, tecnología, economía, derecho) genera nuevas inquietudes que son extensibles también a sus potenciales efectos discriminatorios.

LAS PERSPECTIVAS DE GÉNERO EN LA OBRA DOCTRINAL DE MARIA LUISA BALAGUER Y SU SELLO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PEDRO J. GONZÁLEZ TREVIJANO

Expresidente del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho Constitucional URJC

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA

Magistrado del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho Constitucional URJC

SUMARIO. I. María Luisa Balaguer, compañera de doble vínculo-universitario y en la justicia constitucional. II. Algunos artículos de revistas publicados por la Magistrada Balaguer Callejón sobre la perspectiva de género. III. Otros trabajos en obras colectivas. IV. Sentencias con ponencia de la magistrada Balaguer Callejón en las que introduce la perspectiva de género. V. Votos particulares de la magistrada Balaguer Callejón en las que defiende la necesidad de tener en cuenta la perspectiva de género.

I. MARÍA LUISA BALAGUER, COMPAÑERA DE DOBLE VÍNCULO-UNIVERSITARIO Y EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

Los autores quieren testimoniar, y además de forma explícita, pues la decisión es razonadamente intencionada, las causas de su colaboración conjunta en la presente obra en homenaje a la profesora María Luisa Balaguer. Hay en ello diferentes motivaciones que vamos, siquiera sea de forma breve, a enumerar.

Primera. Los que suscriben las presentes páginas, como la homenajeada, son catedráticos del antes denominado Derecho político –cuando iniciaban su ya lejano periodo de formación– hoy Derecho constitucional. Docentes, además, de dos asentadas y prestigiosas universidades públicas de reciente creación. A saber, la Universidad de Málaga en 1972 y la Universidad Rey Juan Carlos en 1996.

Segunda. Los tres son hijos de la Transición Política. Un momento, parafraseando a Zweig, S., estelar de la mejor historia de España. Una época que cerraba las cainitas y fratricidas heridas de una cruenta Guerra Civil, que dismanteló las rancias y caducas estructuras del régimen franquista, y que instó un proceso de reconciliación nacional cuya síntesis jurídica fue, precisamente, la Constitución de 1978. Una Constitución que dio paso a la denominada, con justeza, España constitucional. Un tiempo analizado, cada uno desde perspectivas distintas, pero reconociendo su contrastada singularidad, grandeza y logros. La homenajeada publicaba una obra, *Contranarrativa de la Transición Política en España*, en 2021; y los autores de esta colaboración se hicieron cargo de la dirección de la monografía *Impresiones sobre la Constitución de 1978*, en 2004, al hilo de la conmemoración de los veinticinco años de nuestra Carta Magna.

Tercera. Los tres han, dos de ellos siguen a día de hoy en activo, formado parte del Tribunal Constitucional. Y, además, hemos coincidido unos años en el ejercicio de tan relevante función jurisdiccional. Una circunstancia que para los que han tenido la fortuna de poder disfrutar de tan apasionante andadura profesional, deja una huella indeleble. Sobre todo, cuando esta se construye desde el respeto a los demás y la seria dedicación.

Hay, no obstante, y como es lógico, también diferencias. Los autores comparten quizás una visión menos dicotomizada del ordenamiento jurídico, donde a pesar de los siglos transcurridos no creen en las impermeable y cerrada distinción, apuntada desde el Derecho romano, entre el Derecho público y el Derecho privado. Una ordenación integrada e interrelacionada del sistema jurídico no puede preterir la idea de que la ordenación jurídico política parte, *prima facie*, de las relaciones más singulares y de la primigenia configuración del Derecho privado. No es una casualidad que los tres hayan ejercido, es cierto que no con idéntica intensidad ni en las mismas ramas, como letrados durante unos años.

Por lo demás, su concepto y fines del Derecho no es tampoco, ciertamente, miméticamente semejante. La homenajeada postula una concepción de lo jurídico, y en concreto del Derecho constitucional, menos apegada –aunque lógicamente sin renunciar a ello– a los planteamientos formales, normativos y positivos de la Ciencia Jurídica. En este planteamiento tiene mucho que ver,

como la profesora Balaguer ha manifestado de forma pública, una visión al menos parcialmente marxista del Derecho, al tiempo que especialmente preocupada por la estructura y el funcionamiento de las fuerzas políticas –en la línea de pensamiento de la clásica literatura francesa (Burdeau, Hauriou o Duverger) y de los grupos e interacciones sustantivas del sustrato político de parte del constitucionalismo italiano de los años cuarenta del pasado siglo (Mortati, C.). Aunque ella no se declare, y seguramente tampoco se reconozca, heredera de tales planteamientos epistemológicos.

En lo que sí coincidimos es en la caracterización del Derecho constitucional como una ciencia del deber ser, pero sin incurrir en exageraciones formalistas, normativistas y positivistas. Y la apelación también a la función transformadora de la Constitución, que esgrimía el profesor de Esteban Alonso es coparticipada por nosotros. Como la asunción del papel auxiliar de la Ciencia Política, en tanto que disciplina que favorece el conocimiento íntegro y mejor de las instituciones, y el funcionamiento de todo régimen político, y por ende de su significativa dimensión crítica.

No es menor la más contenida autorrestricción, por parte de estos autores, en la función ejercida por el Tribunal Constitucional, aun reconociendo que las complejidades para instar un proceso de reforma constitucional, abren la puerta al Tribunal a llevar a cabo una labor de interpretación más activa, si bien respetuosa con su letra y con los fines que la Norma Suprema traza.

Y, asimismo, hay disimilitudes en la comprensión, pero sobre todo en la extensión, de las políticas de género, una de las preocupaciones más significativas de nuestra homenajead. Los autores disfrutan, faltaría más, de sensibilidad en una materia como la apuntada, pero sin llegar a erigirla con una naturaleza universal y transversal como aquella. Por más que crean, como el incomparable poeta británico Alfred Tennyson «que la causa de la mujer es la del hombre: los dos se levanta o sucumben juntos». Algo que se acredita al examinar las excelentes y copiosas publicaciones de la profesora Balaguer Callejón, sobre la materia; y, de forma especial, en su labor como magistrada de nuestro más alto Tribunal. Esta es la explicación, no es por tanto una casualidad, de que nos hayamos decantado por el examen de sus constantes aportaciones a la perspectiva de género en sus sentencias y votos particulares. A ellas, y a sus abundantes textos publicados en revistas y obras colectivas e individuales, vamos a dedicar las siguientes páginas. Un trabajo siempre desempeñado con inteligencia, compromiso y buen hacer.

II. ALGUNOS ARTÍCULOS DE REVISTAS PUBLICADOS POR LA MAGISTRADA BALAGUER CALLEJÓN SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

«La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona».
Igualdad ES, núm. 10 (en.-jun. 2023), pp. 261-288.

Concluye la profesora Balaguer Callejón que la prostitución es una construcción del sistema patriarcal que se une a otras de las manifestaciones de poder sobre el cuerpo de las mujeres y que, junto a los vientres de alquiler, es las más invasiva porque comporta «una injerencia directa en sus cuerpos, utilizándolos y abusando de ellos, denigrándolos y humillándolos para reforzar las posiciones de dominio de la virilidad y reproducir un sistema político».

La posición que el feminismo mantiene sobre la prostitución no es uniforme, pero sí mayoritariamente abolicionista, relacionada con la trata y con la necesidad de erradicar toda forma de sexismo. En general mantiene en la postura de regulación como una actividad prohibida, lo que puede llamarse regulaciónismo abolicionista, que se distingue con claridad de otras posiciones, como el reglamentismo, que pretende mejorar las condiciones de las mujeres a corto plazo. La autora defiende la tesis abolicionista, que podría conectar con la regulación de la trata y que tendría como finalidad la de facilitar la reinserción social de las mujeres objeto de tráfico y prostitución. Se trataría de penalizar las condiciones de prohibición de los prostituyentes, sanciones, penalización en su caso, y desmantelamiento de empresas e instituciones que ahora se esconden bajo otras formas de actividad.

«El feminismo de hoy». *Paradigma. Revista universitaria de Cultura, núm. 22, 2019, pp. 140-143.*

Expone que, a partir del 8 de marzo de 2018, la primera huelga general de las mujeres, arrastrada por «un clima que viene de EE.UU.» respecto de las situaciones de abuso y acoso sexual que han sufrido en sus trabajos, y que genera un movimiento crítico en relación con esos concretos hechos. La dialéctica que se extiende por todo el mundo en el movimiento feminista se concreta así:

- deja de ser una ideología minoritaria para convertirse en un pensamiento generalizado que entra masivamente en la sociedad.
- deja de ser una cuestión minoritaria o de grupos marginales.

– la universalización de las reivindicaciones, que conduce a mantener una agenda social de mínimos, con independencia de las diferencias ideológicas que presenten las distintas formaciones feministas.

«Feminismo y utopía». *Paradigma. Revista Universitaria de Cultura*, núm. 22, 2016, pp. 90-93.

Expresa que, en el feminismo utópico, subyace la consideración de una bondad natural de la mujer alterada solamente por el patriarcado, visión muy clara en la ficción literaria de este siglo XXI (Doris Lessing y Gioconde Belli).

En efecto, la novela del siglo XXI contiene elementos utópicos muy precisos acerca de las utopías del feminismo más radical, considerado como un feminismo de la diferencia, poco integrador, y definitivamente destructor no solo del patriarcado, sino de todos los hombres, que son erradicados de la sociedad. Una sociedad compuesta solo de mujeres, un gobierno de mujeres, un estado de mujeres, podemos decir que constituye una utopía en el sentido clásico del término, en la medida en que no resulta imaginable más que en la ficción. En esta literatura aparecen sociedades en las que se proyecta el poder de las mujeres con exclusión de los hombres; las mujeres aparecen autosuficientes para gobernar el mundo.

Asimismo señala que la utopía del feminismo sufre un importante freno con el feminismo institucional, fruto del abordaje legislativo que crea todo tipo de instituciones de igualdad. El institucionalismo en este sentido frena el componente reivindicativo porque hace permanecer al movimiento feminista dentro del sistema.

Mujer y derechos constitucionales: la construcción jurídica del género»: Instituto Nacional de Administración Pública (2005), pp. 237-266.

El Estado social puede integrar en una buena medida las posibilidades de construcción del Estado paritario que se propone desde el feminismo. Y es posible que lo esté haciendo actualmente. De una parte, porque las exigencias del Estado social en materia de justicia y de igualdad impidan de futuro el desarrollo de este modelo de Estado sin integrar una buena parte de las aspiraciones feministas. Y, de otra parte, porque desde el feminismo de la igualdad se ha sabido presentar, mediante procesos intelectuales de racionalidad en el discurso feminista, un modelo de Estado comprensivo de la igualdad de género, en términos de rentabilidad política y mayor bienestar social. Defiende también la aprobación de una ley que desarrolle las posibilidades de un proceso acelerado de defensa de los derechos de la mujer en un orden competencial constitucional que sumado a los

cuatro órdenes jurisdiccionales con jurisdicción propia, por tanto, resolviera sumariamente acerca de la aplicación real del derecho de igualdad.

«Género y lenguaje: presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario». Revista de Derecho Político, núm. 73, 2008, pp. 69-100.

Indaga en las posibilidades científicas del lenguaje de género. Parte de que el lenguaje se expresa en masculino e ignora la dimensión de género, con la pretensión de englobar a las mujeres en un masculino genérico, comprensivo de la totalidad de las personas. Para ello estudia la filosofía del lenguaje y el cambio de paradigma que la filosofía experimenta desde finales del siglo XIX. Autores como Wittgenstein y Gadamer demuestran que el lenguaje es el principal conformador del pensamiento. Y que es en el lenguaje donde reside la identidad de las personas. De ahí la importancia de que las mujeres sean designadas con su particular identidad, para conformar un pensamiento propio de género. La liberación de la mujer también debe tener en cuenta el uso adecuado del lenguaje. El lenguaje es un elemento identitario. El lenguaje que no responde a la identidad de las personas no designa la realidad. Propone reformas legislativas en materia de lenguaje de género. Las leyes que protegen la igualdad de la mujer en España, prescriben que se utilice el lenguaje de género, y en concreto defiende una ley de perfeccionamiento de la técnica legislativa, de la que formaría parte el lenguaje de género, como lenguaje igualitario.

«Concepto de género y su incorporación al ordenamiento jurídico» Boletín de información y análisis Jurídico, núm. 22, 2006, pp. 4-14.

Concluye que cualquier reforma constitucional tiene que tener en cuenta la perspectiva de género, y ha de llevarse a cabo desde los presupuestos teóricos de la teoría feminista: «Ignorar esto, es permitir que se puedan instrumentalizar conceptos y contenidos que el feminismo lleva elaborando más de dos siglos, y que ahora, con una paladina ignorancia de todos estos estudios científicos, la *intelligenstia* posmoderna, pretende descubrir como el que encuentra el mediterráneo, desmintiendo el feminismo como trasnochado, y anteponiendo falsas igualdades superadoras de la igualdad formal.

«La Constitución europea y la igualdad de género». Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 3, 2005, pp. 273-292.

Para la profesora Balaguer Callejón, M.L., la normativa europea en materia de género representa una posibilidad de avanzar en la construcción de la igual-

dad, en razón de que el Derecho europeo forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, y la propia Constitución lo establece como criterio hermenéutico en el artículo 10.2. Esa normativa, que en principio se circunscribió al ámbito laboral, es muy positiva e implica un avance importante, no sólo en el ordenamiento europeo sino en la legislación de los Estados. No obstante señala que hay importantes contradicciones en el proyecto de Constitución europea que no se deben obviar si queremos tener una idea suficientemente clara de la regulación del género en Europa: «la más importante es la ausencia total de perspectiva de género en un texto que sin embargo permite las acciones positivas. La regulación interna del texto no sigue precisamente estas pautas. Ello es especialmente visible en dos aspectos: el lenguaje y la falta de paridad política».

En cualquier caso, constata que las reformas legislativas habidas desde la promulgación de la Constitución «han hecho progresar de forma importante la igualdad de género, sobre todo en materias atinentes a malos tratos, la dignidad de las mujeres y las posibilidades reducidas de liberación del cuerpo de la mujer.» También las reformas del derecho civil han permitido avanzar en la construcción de la igualdad. Según la autora «el reconocimiento constitucional de la igualdad de los cónyuges, la equiparación de los hijos ilegítimos, y de la investigación de la paternidad, han hecho progresar reformas legislativas y construcciones jurisprudenciales que han redundado de forma importante en la igualdad de género.

No obstante cree que las reformas legislativas «profundas están aún pendientes en cuanto a la concepción del derecho de la mujer a su propio cuerpo, que exigen una legislación del aborto en materia de plazos, y a la reformulación de ciertas concepciones dogmáticas del derecho penal de acuerdo con los valores constitucionalmente consagrados».

«Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional».
Revista de Derecho Político, núm. 33, 1991, pp. 99-1234.

La autora entiende que la interpretación del derecho fundamental a la igualdad por parte del Tribunal Constitucional es restrictiva, de forma especialmente visible en algunos aspectos procesales del procedimiento, como, por ejemplo, en la prescripción de la acción tendente a la reclamación del derecho.

Asimismo entiende que el Tribunal Constitucional no ha definido una línea clara de actuación en relación con la igualdad sexual. A partir de la sentencia 128/87, de 16 de julio, en la que se desestima la discriminación por plus de guardería a ATS masculino, se inicia una línea jurisprudencial completamente contraria a la que se venía manteniendo por parte del Alto Tribunal.

III. OTROS TRABAJOS EN OBRAS COLECTIVAS

«La legislación estatal de la igualdad de género», en *El reto del envejecimiento de la mujer: propuestas jurídicas de futuro*. Coord. por López De La Cruz, L., Sabarido Sánchez, P. y Cañizares Lado, A. (dirs.), 2018, pp. 267-305.

La legislación española de género surge a partir de la década de los 90 y responde a una reivindicación política que se articula a través de los movimientos feministas que se generan en España en la década de los sesenta y que evolucionan junto a la situación política, llegando a integrarse en los programas de los partidos políticos con desigual intensidad y valoración. Destaca los hitos en la legislación estatal y en la autonómica, más proactiva en la primera década de 200. Se detiene en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de erradicación de la violencia de género, que pone de manifiesto no solamente, la evaluación del impacto de género, sino que es, por definición, una ley de género.

Destaca después la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2002/73/CE y la Directiva 2004/113/CE; la primera relativa al principio de igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesional y condiciones de trabajo, y la segunda sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. La ley no se limita al desarrollo de las directivas, sino que siguiendo la tendencia de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de erradicación de la violencia de género, regula de forma transversal el derecho de igualdad de las mujeres, adoptando técnicas de igualación y medidas de acción compensatoria, con la finalidad de conseguir la igualdad de género en la realidad social, política económica del Estado. De ahí que el desarrollo de las referidas directivas se aborde aquí desde una perspectiva que desborda ampliamente las exigencias comunitarias.

Con la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la jurisdicción social, se da una nueva regulación al procedimiento laboral, pero al tiempo esta ley contiene importantes novedades en materia de género. La mayor parte de ellas se refieren a aspectos que, ante la insuficiencia normativa, habían venido siendo contruidos por la jurisprudencia, generalmente por parte del Tribunal Constitucional, y en numerosas ocasiones, recepcionando la doctrina del TJUE. En otros aspectos, la ley adopta formas nuevas de regulación, para hacer valer derechos que han sido reconocidos de manera sustantiva recientemente por nuestro ordenamiento, y que obedecen a su vez a directivas comunitarias.

Se centra en la nueva regulación de aquellos aspectos que se refieren a nuevos derechos laborales reconocidos. Se trata sobre todo de las exigencias de

la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, que en función del derecho de maternidad o de paternidad, necesitan cauces procesales adecuados.

«La reversibilidad de los derechos», en Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla, 2014, pp. 117-127.

La legislación de género ha sido favorecida por dos importantes elementos. En un orden puramente temporal, el derecho europeo, fundamentalmente las directivas comunitarias, que tras la incorporación de España a la Unión Europea, han resultado normas de obligatoria recepción para nuestro ordenamiento. La normativa comunitaria ha marcado exigencias en materia de igualdad que han tenido una importante repercusión para materias como la maternidad, los permisos parentales, la igualdad salarial, la protección social, y otras.

El otro elemento ha sido la justicia constitucional. Desde sus inicios, el Tribunal Constitucional estimó las lesiones al derecho de igualdad en materia laboral, como la excedencia obligada de las mujeres por matrimonio, y a partir de ahí ha validado sin excepción toda normativa orientada a favorecer la igualdad material. Mediante la relación normativa entre el artículo 14 y el artículo 9.2 CE ha realizado una labor interpretativa muy expansiva del derecho de igualdad, y ha desestimado los recursos interpuestos contra las cuotas electorales, las medidas compensatorias y la relación entre algunos principios de orden penal y la violencia de género.

Acaba señalando la profesora Balaguer que una cosa es el reconocimiento formal de los derechos de las mujeres, que es incontestable, si bien la implantación de estas proclamaciones formales choca de manera inmediata con el esquema general del propio sistema social y político en el que se sigue preservando el modelo patriarcal.

«La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía», El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007. Coord. por Agudo Zamora, M.J., 2008, pp. 67-82.

Expone que «la irrupción de la mujer en el espacio político sea concebida como “ampliación” y no modificación de ese espacio». Las diferentes teorías feministas no han adoptado un modelo uniforme de reivindicación de la deconstrucción del derecho en términos de género. Hay, junto al feminismo de la igualdad, un feminismo de la diferencia que postula un cambio radical de estructuras sociales y políticas, en el que el derecho se cuestiona como un elemento más de una sociedad patriarcal, poco susceptible de reformas parciales. El movimiento

feminista de la diferencia se atomiza y se divide en tantas cuantas referencias se encuentren en lo específicamente femenino. La maternidad, la ecología, cualquier concepto sirve de rechazo al modelo masculino, en su búsqueda por crear en la mujer una autoconciencia que proyecte la diferencia.

Defiende que es posible desde un determinado modelo de Estado, y en este sentido muy favorablemente desde el Estado social, «un desplazamiento del paradigma distributivo, por un análisis de la toma de decisiones, de las opciones de gastos, del cuestionamiento de la estructura económica», es decir formular una teoría feminista del Estado.

La mujer accede con dificultades al derecho en las dos fases de su creación: en el momento de su generación y en el de su aplicación. Lo que se explica precisamente «porque el derecho regula las conductas, que son valoradas y entendidas desde un legislador y un aplicador que responden a modelos predeterminados por condicionamientos de género. Y en ese sentido es relativamente indiferente la progresiva incorporación de la mujer a la esfera pública o a la Administración de Justicia, porque los tiempos de su incorporación no se corresponden con los de cambio de valores masculinos a valores genuinamente neutros».

Por ello considera que «para construir el derecho con perspectiva de género hay que tener en cuenta que la igualdad no se consigue cuando se tienen los mismos derechos que los hombres, sino cuando se está en condiciones de producir normas jurídicas que respondan a la suma de los dos géneros.»

«El mainstreaming de género y su articulación en el ordenamiento comunitario estatal», en Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Dykinson, Volumen I, 2008, pp. 61-85.

La transversalidad de género es una técnica jurídica que tiene como finalidad la implementación de las políticas de género en los textos legislativos, con el fin de fomentar la igualdad real entre mujeres y hombres en la sociedad. El origen de esta técnica se encuentra en la Declaración de Atenas de 1992, y en la Cumbre de Pekín de 1995, siendo asumidas por el Derecho de la Unión.

A partir de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se legisla por primera vez de forma transversal en nuestro ordenamiento, en materia de género, regulando la erradicación de la violencia de género. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, sigue esta línea de transversalidad, y regula todos los sectores materiales del ordenamiento que tienen que ver de forma inmediata con la igualdad de género. La ampliación a los particulares del respeto al derecho de igualdad de género, lleva a la imposición de las cuotas de género a sectores privados de la sociedad, con importantes limitaciones de derechos que

han de ser ponderados ahora en relación con un nuevo principio que la ley regula, el de la igualdad de género.

Destaca algunas insuficiencias en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, como la defectuosa redacción de los preceptos atinentes al impacto de género en las disposiciones normativas o en los Planes del Gobierno, y otras en las que la voluntad del legislador ha sido conscientemente omisiva, como la reducción del acoso sexual o por razón del sexo, y no del acoso moral (*mobbing*).

Subraya que una de las medidas que surta mayor efectividad inmediata puede ser la de las cuotas, en los distintos sectores a los que afecta. El concepto de «composición equilibrada» con el que se pretende la presencia de mujeres en todos los sectores de la vida social, política, laboral y cultural, será una garantía inmediata de igualdad, sin perjuicio de las disfuncionalidades que pueda producir en los primeros años de vigencia de la ley.

IV. SENTENCIAS CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA BALAGUER CALLEJÓN EN LAS QUE INTRODUCE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

– STC 67/2022, de 2 de junio. Recurso de amparo promovido por Serge Christian M. Scevenels respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmaron la sentencia de un juzgado de lo social de Madrid desestimando su demanda sobre tutela de derechos fundamentales y petición de daños y perjuicios.

Inclusión en el ámbito de protección del segundo inciso del artículo 14 CE de la prohibición de discriminación por razón de género e identidad sexual. Aplicación al caso de la doctrina constitucional sobre inversión de la carga de la prueba en el ámbito laboral.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo promovido contra las resoluciones judiciales que habían considerado no discriminatoria la decisión de una empresa de interrumpir el contrato firmado con la persona recurrente en amparo durante la vigencia del período de prueba del contrato.

El demandante de amparo planteaba que la decisión de interrumpir el contrato era discriminatoria, porque se basaba en una condición relacionada con su identidad sexual en tanto que persona transgénero y expresada en el desencuentro entre recurrente y empleadora en relación con su forma de vestir en determinadas circunstancias. Eso determinaba que las resoluciones judiciales citadas

vulnerasen el artículo 14 CE, así como el artículo 18.1 CE, al haber tenido como justificado en la exclusiva voluntad de la empresa un cese que respondía a un ataque contra los derechos a la identidad sexual y a la propia imagen.

El Tribunal recuerda que la especial trascendencia del recurso de amparo descansa en que esta es la primera ocasión en que se plantea una denuncia de discriminación laboral por razón de la identidad de género, de modo que la sentencia que resuelva el recurso debe definir si este elemento se integra o no dentro de las categorías sospechosas de ser discriminatorias que recoge el artículo 14 CE, con cuál de ellas se identifica adecuadamente, en caso de hacerlo con alguna, y cómo esa identificación puede, eventualmente, tener impacto en la prueba de la discriminación, con especial atención a esa prueba en el marco de las relaciones laborales.

La sentencia comienza advirtiéndole que la doctrina constitucional no ha realizado una construcción jurídica específica sobre las nociones de sexo y de género, sino que se refiere indistintamente a uno y otro concepto sin dotarlos de un contenido específico, teniéndolos por sinónimos. Uno de los propósitos de la sentencia es, precisamente, definir las nociones de sexo y género, diferenciándolas entre sí, como condiciones que tienen incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales. En tal sentido, el sexo, que permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, viene dado por una serie de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas. Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes en situaciones estadísticamente excepcionales, como las que se dan en las personas intersexuales, tienden a formular una clasificación binaria, y solo excepcionalmente terciaria, de los seres vivos de la especie humana. Por su parte, aunque el género se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género. Mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico.

Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos, de modo tal que su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia

existente entre ambos para evaluar las consecuencias normativas de tal distinción y asegurar el adecuado respeto a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

También, según la sentencia, son condiciones personales la orientación sexual y la identidad de género, refiriéndose la primera a la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo, y la segunda a la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento.

A partir de las anteriores definiciones, la sentencia considera que la discriminación que se denuncia en el proceso es una discriminación por razón de su identidad de género, en cuanto el demandante de amparo es una persona que se autodefine como transgénero, circunstancia personal alegada para invocar la interdicción de discriminación y la demanda de trato igual. Más concretamente se trataría de una hipotética discriminación basada en su expresión de género, entendida como el modo en que una persona expresa su género, en el contexto de las expectativas sociales, por ejemplo, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética.

También se afirma que la identidad de género es una faceta especialmente importante de la identificación de un individuo y una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana (art. 10.1 CE). La sentencia se apoya en la previa STC 176/2008 para afirmar que «la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación». Es, por tanto, una causa sospechosa de trato discriminatorio de las que se incluyen en la cláusula residual del segundo inciso del artículo 14 CE, por lo que también debe declararse la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género. Por tanto, la condición de ser persona trans está incluida en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, así como lo está la expresión de género, que se vincula estrechamente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE).

Una vez que el TC considera aplicable al caso el artículo 14 CE, la sentencia sostiene que la doctrina constitucional sobre la vulneración del citado precepto constitucional en el marco de las relaciones laborales y el reparto de la carga de la prueba en estos supuestos puede ser aplicada cuando la causa sospechosa de haber provocado una actuación discriminatoria por parte del

empleador tenga que ver con la identidad de género del trabajador. Proyecta entonces a este ámbito la doctrina sobre flexibilización de la carga de la prueba de la discriminación, de modo que se invierte la carga probatoria siempre que exista un indicio de la eventual discriminación.

En el caso analizado, dentro del relato de hechos probados que definen las resoluciones de instancia, la sentencia entiende que existía indicio de prueba desde el momento en que se había producido un conflicto en el seno de las relaciones laborales entre la persona recurrente en amparo y una de sus responsables directas relacionado con la apariencia en el modo de vestir de la persona empleada. En la medida en que esa apariencia no solo es manifestación del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), sino que en este caso concreto se puede considerar una forma de expresión de género, vinculada al libre desarrollo de la personalidad en relación con la identidad de género de la persona recurrente en amparo, la alegación de ese altercado se considera prueba indiciaria bastante para invertir la carga probatoria.

Sin embargo, dicha inversión de la carga probatoria no lleva a la estimación del amparo, ya que la empresa contratante había sido capaz de evidenciar la existencia de causas de interrupción del contrato ajenas a la condición de persona transgénero de quien recurre en amparo. La empresa probó de manera suficiente que el despido fue ajeno a la identidad de género del recurrente, descartándose así la concurrencia de un trato específicamente discriminatorio. De este modo, el Tribunal concluye que la causa del despido no fue la identidad de género de la persona recurrente en amparo, ni la expresión externa de esa identidad de género. También se rechaza la vulneración del derecho a la propia imagen, en su vertiente del derecho a la expresión de género a través de su indumentaria, pues no quedó probado que existieran un conflicto o prohibición expresa por parte de la empresa de portar falda o pantalón, lo que obliga a descartar que esta estableciera límites a la expresión de género del recurrente o de cualquier otro empleado.

– STC 75/2024, de 8 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados respecto del artículo único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo.

Principio de legalidad penal (taxatividad), libertades ideológicas y de expresión, derechos de igualdad, reunión y manifestación: penalización de la conducta consistente en la obstaculización del ejercicio del derecho a la inte-

rrupción voluntaria del embarazo, mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que no representa un sacrificio innecesario o desproporcionado de los derechos fundamentales concernidos.

La sentencia desestima en su totalidad el recurso de inconstitucionalidad en el que los recurrentes planteaban que la modificación del Código Penal del artículo 172 quater era contraria al principio de legalidad penal (arts. 25.1 CE y 7 CEDH), por falta de taxatividad del tipo previsto así como por suponer un límite constitucionalmente inadmisibles al ejercicio de derechos fundamentales sustantivos como la libertad ideológica (art. 16 CE), la libertad religiosa en su dimensión externa (art. 16.1 CE), la libertad de expresión (art. 20 CE), los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE) y el derecho a la igualdad (art. 14 CE). Por último, se denunciaba que el apartado 5 del artículo 172 quater vulneraba el derecho a la intimidad de las víctimas del delito (art. 18.1 CE), en la medida en que prevé una persecución de oficio del delito que prescinde de la voluntad de las eventuales víctimas.

La sentencia aborda el primer motivo de inconstitucionalidad, relacionado con la falta de concreción de lo que ha de entenderse por molestia u ofensa. Señala que el contexto explicativo a esta tipificación de conductas, una vez desaparecidas las barreras legales al ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, son los obstáculos que se vienen planteando, bien por una inadecuada consideración de la objeción de conciencia a practicar interrupciones voluntarias del embarazo, entendida como excepción a una obligación legal (SSTC 44/2023, de 9 de mayo, FJ 9, y 78/2023, de 3 de julio, FJ 6), o bien por la presión ejercida por quienes se oponen a esta práctica integrada en el concepto amplio del derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

Para el Tribunal la conducta infractora queda limitada al verbo acosar y, en cuanto a los medios comisivos del acoso, se refiere al que se ejecuta mediante «actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos» y, en cuanto al resultado, a que dichos medios comisivos menoscaben la libertad del sujeto pasivo. Toda esta conducta se ha de desarrollar con la finalidad, para el caso del sujeto pasivo mujer embarazada, de «obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo» y, para los trabajadores del ámbito sanitario y el personal facultativo o directivo de los centros habilitados para la interrupción voluntaria del embarazo, de «obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo».

Estos actos «molestos y ofensivos» no carecen de la necesaria precisión exigida por el principio de taxatividad ya que: i) el verbo acosar, rector de la conducta típica, ha generado numerosa jurisprudencia respecto de su ámbito

de comprensión; ii) los actos molestos y ofensivos, medios comisivos típicos de la conducta de acoso, queda perfectamente delimitado y definido en el lenguaje común y la segunda acepción de este en el diccionario de la RAE es impedir u obstaculizar algo, en este caso, el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, en el caso del sujeto pasivo mujer embarazada, o en el del sujeto pasivo del profesional sanitario que actúa en el ejercicio de su profesión. Lo mismo puede afirmarse del elemento «actos ofensivos», ya que la primera acepción en el lenguaje común del verbo ofender es «[h]umillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos»; iii) estos elementos aparecen, por un lado, integrados con otros medios comisivos como la intimidación y las coacciones y, por otro, vienen acompañados de la precisión de que dichos actos tienen que menoscabar la libertad del sujeto pasivo, lo que permite un adecuado entendimiento de la expresión «actos molestos y ofensivos», parificados no solo con la intensidad lesiva del resto de medios comisivos en relación con el derecho a la libertad, sino con su efectivo menoscabo mediante la obstaculización al ejercicio de concretos derechos.

La consecuencia del anterior razonamiento es que el problema, de existir, no está en el precepto sino en su posible aplicación. El Tribunal concluye que los riesgos de aplicación del precepto impugnado a conductas como meras sugerencias o comentarios contrarios a la interrupción voluntaria del embarazo no forman parte de una normal comprensión del ámbito de aplicación del artículo 172 quater CP. Por tanto, será en el ámbito aplicativo por parte de los órganos judiciales, en el que, en su caso, habrá que controlar, incluso por la vía del procedimiento de amparo ante este tribunal, cualquier eventual interpretación imprevisible de dicho precepto.

En cuanto a las quejas de limitación de diversos derechos fundamentales, el Tribunal señala, en primer lugar, que la libertad religiosa (art. 16 CE) no se ve aquí concernida. En los términos generales en los que está delimitada la conducta típica no se constata su conexión con la persecución de ideas o posiciones ideológicas ni mucho menos de actos de culto o manifestaciones públicas de sentimientos religiosos, ya que lo sancionado son unas concretas conductas de acoso atentatorias a la libertad de terceros para el ejercicio de sus derechos y no la mera posición personal o su expresión fundamentada en razones ideológicas o religiosas sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Por otro lado, la referencia al derecho a la igualdad (art. 14 CE) pone de manifiesto que se trata de una invocación que es totalmente instrumental de la de los artículos 20 (libertad de expresión) y 21 CE (derecho de reunión y manifestación), a los que el Tribunal va a ceñir su examen de manera conjunta.

En ese examen el Tribunal se remite a la doctrina constitucional con relación al necesario juicio de proporcionalidad respecto de los límites penales al ejercicio de derechos fundamentales, señalando que debe limitarse a verificar que no se produzca un derroche de coacción que convertiría la norma en arbitraria.

El primer paso de ese análisis es considerar que el delito de acoso para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo tipificado en el artículo 172 quater CP pretende la protección de un interés con cobertura constitucional suficiente. Ese interés es la garantía de la libertad de las mujeres para interrumpir de forma voluntaria su embarazo lo que encuentra amparo en derecho fundamental de la mujer 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), tal como ya se estableció en la STC 44/2023¹, a la que se remite. Esa garantía puede incluir no solo el desarrollo de un modelo de despenalización, más o menos amplio, de la interrupción voluntaria del embarazo, sino también la tipificación de conductas limitativas de la libre decisión de ejercer el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, caso del tipo penal cuestionado.

Las consecuencias previstas para la realización de las conductas tipificadas tampoco son consideradas desproporcionadas por el Tribunal habida cuenta i) de la naturaleza y extensión de las penas previstas y ii) del hecho de que el legislador ha configurado este delito incluyendo previsiones legales que permiten atemperar la sanción penal para adecuar su cuantificación a la singularidad de cada conducta enjuiciada.

En cuanto a lo primero, el Tribunal indica que este ilícito se ha configurado, en los términos del artículo 33.3 CP, como un delito menos grave. La extensión de la pena de prisión prevista en este artículo (tres meses a un año), se ha establecido en una franja muy inferior a dicha calificación como menos grave, que se reserva para las penas de prisión de tres meses a cinco años. Lo mismo sucede con la extensión de las penas previstas en este precepto de trabajos en beneficio de la comunidad (treinta y un días a ochenta días), y de prohibición de acudir a determinados lugares (seis meses a tres años) en relación con su calificación como penas menos graves, que se reserva para las extensiones de treinta y un días a un año [art. 33.3 l) CP] y de seis meses a cinco años [art. 33.3 g) CP], respectivamente. No resulta obligada la imposición de una pena de prisión, en tanto que se da a los órganos judiciales la alternativa de imponer la sanción de trabajos en beneficio de la comunidad. Tam-

¹ Desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, interpuesto por setenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

poco resulta obligada la ejecución de una eventual pena de prisión a imponer, ya que siempre podría ser objeto de suspensión en atención a la previsión del artículo 80 CP. Y la sanción de prohibición de acudir a determinados lugares tampoco es obligada ni indefectible, en tanto que se establece en el como una potestad al utilizarse la fórmula «podrá imponer».

Respecto a lo segundo, se alude a la posibilidad de adecuar la reacción penal por la eventual comisión de este delito a través del juego de las eximentes o de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

La sentencia también desestima el tercer motivo de inconstitucionalidad, relativo a la vulneración del derecho a la intimidad de las víctimas del delito (art. 18.1 CE), en la medida en que prevé una persecución de oficio del delito. Para ello la sentencia alude a la doctrina constitucional de la STC 92/2023 sobre la interacción entre el derecho a la intimidad de la persona investigada y la investigación penal. No siendo el derecho a la intimidad personal un derecho absoluto, puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr un fin legítimo, sea proporcionada para alcanzarlo y sea respetuosa con el contenido esencial del derecho.

Estas consideraciones son, según la sentencia, trasladables al supuesto enjuiciado. El sacrificio del derecho a la intimidad de la víctima que ha decidido no denunciar se justifica «por el interés público propio de la investigación del delito y porque el libre ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no tiene una dimensión estrictamente privada sino también una proyección general relacionada con la garantía, como ya se ha expuesto, al igual disfrute, entre hombres y mujeres, del derecho a la salud sexual y reproductiva, en un contexto social en el que el ejercicio de este derecho por las mujeres aún experimenta dificultades estructurales».

El Tribunal también formula el triple juicio de proporcionalidad. Estima que la previsión impugnada, contiene una medida idónea y necesaria para los fines que persigue, en el sentido de que es instrumentalmente apta para evitar una desprotección del interés público en la persecución y sanción de este tipo de conductas, no resultando evidente la existencia de medidas menos restrictivas del derecho a la intimidad personal para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. La norma también resulta proporcionada en sentido estricto, ya que no concurre un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el alcance de la incidencia en el derecho a la intimidad de las eventuales víctimas, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, por otro.

V. VOTOS PARTICULARES DE LA MAGISTRADA BALAGUER CALLEJÓN EN LAS QUE DEFIENDE LA NECESIDAD DE TENER EN CUENTA LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

– STC 31/2018, de 10 de abril. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

*Inconstitucionalidad de la educación segregada por sexo y de la obligación de financiar mediante concierto este tipo de centros*².

La demanda cuestionaba entre otras cuestiones el modelo educativo consistente en la aplicación de un sistema que diferencia por sexos, ya sea en la admisión de los alumnos, ya sea en la organización de la enseñanza. Consideran, en primer lugar, que es inconstitucional por incurrir en una discriminación prevista en el artículo 14 CE. Añaden después que, aunque fuera constitucional, las administraciones educativas deberían poder denegar el concierto a quienes desarrollaran ese tipo de educación pues vulnera los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE.

La sentencia desestimó este motivo de impugnación a partir de la premisa de que la educación diferenciada no puede considerarse un supuesto de discriminación por razón de sexo.

Por el contrario, para el voto particular, la educación diferenciada por sexos, que segrega a niños y niñas en el acceso al sistema educativo y en la organización de las enseñanzas, no tiene cabida en el marco de la Constitución de 1978. El voto particular rebate que se trate de un modelo meramente instrumental y de carácter pedagógico para el mejor logro de los objetivos propios de cualquier tipo de enseñanza.

Las diferencias de género son meramente culturales y no pueden servir para sustentar la segregación escolar por sexos, segregación que no hace sino potenciar los estereotipos, que sustentan la discriminación por razón de género de que son objeto las mujeres, contraviniendo con ello el artículo 9.2 CE que propugna un modelo educativo basado en la coeducación y no en la segregación por sexos.

² La doctrina de la STC 31/2018, respecto a la que se formula voto particular la magistrada Balaguer ha sido profundamente modificada por la contenida en la STC 34/2023, en particular en lo relativo a la posibilidad de concertar centros educativos que practiquen la educación segregada.

Los centros educativos privados que establecen un sistema de admisión o de organización de las enseñanzas diferenciadas por sexo, recurren para ello a una categoría sospechosa de ser discriminatoria, de las que contempla el artículo 14 CE. Y ese criterio puede ser considerado como discriminatorio, si se aplica correctamente el canon constitucional en la materia (STC 2/2017, por todas). No hay argumento que permita sostener que la diferenciación del alumnado por sexo, en el acceso o en la organización de la enseñanza a la que tiene derecho, busca la parificación social y resulta proporcionada al fin pretendido. La educación diferenciada tiende a consolidar estereotipos basados en la diferenciación de los sexos por roles, por capacidades, y por posiciones en la sociedad, porque son esos mismos estereotipos, sin base científica, los que dan sustento a la teoría pedagógica segregacionista. No es este un modelo capaz de superar los estereotipos, y las dificultades de igualación entre hombres y mujeres, que demanda el artículo 9.2 CE, porque se basa precisamente en dichos estereotipos.

Por otra parte, este sistema educativo binario afecta también al libre desarrollo de la personalidad de algunos niños, niñas y adolescentes, pues, en lo que se refiere a la identidad de género, es trascendental a los efectos educativos, la superación de un modelo educativo binario, ya que cada persona, también los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a una identidad propia de género y al desarrollo de esta en el entorno escolar.

En cuanto al acceso de los centros segregados a los conciertos educativos, la ley estatal limita la potestad de las Comunidades Autónomas para establecer, entre los criterios de adjudicación del concierto o de acceso al mismo, la cuestión de la segregación educativa como elemento determinante para la exclusión, o como criterio de desventaja comparativa. En el voto particular se defiende, por el contrario, que no existe ninguna obligación constitucional de financiar cualquier tipo de modelo educativo o de sistema «pedagógico», ni esa obligación puede deducirse del apartado noveno del artículo 27 CE. El precepto constitucional se agota en un mandato general, dirigido a los poderes públicos, de ayudar a los centros docentes, y en un mandato específico al legislador para la configuración del marco normativo de la ayuda que debe establecerse a tal efecto. No predetermina la naturaleza de la ayuda, ni su alcance, cuestiones que deben ser decididas por el legislador. Y el legislador puede excluir aquellas que no respondan a principios, valores o mandatos constitucionales que el propio legislador asuma como prioritarios a la hora de fijar su política educativa, así como debe excluir aquellas que sean abiertamente contrarias a esos mismos valores, principios o mandatos, tal como sucede, a juicio del voto particular, con los centros que practican la educación segregada.

– STC 74/2018, de 5 de julio. Recurso de amparo promovido por la asociación de padres de alumnos Torrevelo del colegio homónimo, en relación con las resoluciones de la administración autonómica de Cantabria que denegaron el acceso y renovación del régimen de concierto, así como con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y el auto del Tribunal Supremo que desestimaron su recurso contencioso-administrativo.

Inconstitucionalidad de la obligación de concertar centros de educación segregada.

La demanda denuncia que las resoluciones administrativas han vulnerado la libertad de enseñanza de los padres (art. 27.1 CE) y, en particular, su derecho fundamental a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos (art. 27.3 CE), en relación con la garantía constitucional de la libertad ideológica o de pensamiento (art. 16.1 CE). Considera también que tales resoluciones han violado la dimensión prestacional del derecho a la educación (art. 27.9 CE), así como la prohibición de discriminación por razón de opinión o religión (art. 14 CE).

La sentencia estimó el recurso de amparo declarando que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la libertad educativa (art. 27, apartados primero y tercero CE), en conexión con la garantía constitucional de la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

El voto particular reitera la idea, por remisión al voto particular de la STC 31/2018, del que se acaba de dar cuenta, de que la educación segregada por razón de sexo vulnera frontalmente la Constitución tanto en la escuela pública como en la privada, sostenida o no con fondos públicos, pues incorpora el sexo como categoría sospechosa de discriminación en la selección de alumnos.

Se critica que se da por bueno que cualquier modalidad de educación diferenciada es compatible con la Constitución, pretenda o no transmitir a través de este método pedagógico de segregación educativa por razón de sexo, valores incompatibles con el principio de igualdad (art. 1 CE), con la interdicción de discriminación (art. 14 CE) y con el mandato de promoción de la igualdad real entre hombres y mujeres (art. 9.2 CE).

– STC 111/2018, de 17 de octubre. Recurso de amparo promovido por don Ignacio Álvarez Peralta y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA), en relación con las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un Juzgado de lo Social y

las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad.

Diferente duración de los permisos de paternidad y maternidad. Discriminación indirecta por razón de sexo en perjuicio de la mujer.

La materia objeto de discusión consiste en determinar si la suspensión del contrato por causa de paternidad, con una licencia de trece días de duración, denominada «permiso de paternidad», de titularidad exclusiva del padre resulta lesiva del derecho a la igualdad y la interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), en relación con la garantía de la protección de la familia del artículo 39 CE, habida cuenta de la falta de coincidencia de este permiso de paternidad con el de maternidad (dieciséis semanas).

La sentencia desestimó el recurso de amparo.

El voto particular sostiene que no se analiza el impacto negativo que tienen parte de las medidas garantistas del fenómeno de la maternidad en el tratamiento igualitario de las mujeres en el marco del mercado laboral. El voto defiende la necesidad de explicar por qué las medidas de protección de la parentalidad, cuando se asocian exclusivamente o con una naturaleza reforzada a las mujeres, si bien pueden suponer una garantía relativa para quienes ya están en el mercado laboral, se erigen como una clara barrera de entrada frente a quienes están fuera y un obstáculo a la promoción de quienes están dentro, porque generan un efecto de desincentivo en quien contrata que solo afecta a las mujeres, y que, por tanto, incide en la perpetuación de la discriminación laboral. Eso llevaba a diferenciar, de forma clara, entre los objetivos y finalidades con proyección constitucional asociados a las medidas de protección del hecho biológico de la maternidad y las finalidades asociadas tanto a la garantía de igualdad de trato en el mercado laboral, como al desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral y personal que deben ser proyectadas, sin ninguna diferencia, a los hombres y a las mujeres que tienen descendencia.

La sentencia, centrada en la corresponsabilidad en el ámbito familiar y en la vinculación del permiso de maternidad con la protección del hecho biológico de la maternidad, olvida, según el voto, la repercusión externa que la diferencia de regulación tiene en el ámbito laboral, pues la desigual duración de los permisos, en la proporción en que tal desigualdad se prevé en la normativa (trece días frente a dieciséis semanas), resulta injustificada y desincentiva la contratación de mujeres en edad fértil. No se analizan los efectos reales de las medidas de protección que se cuestionan, cuando se produce un efecto claro de discriminación indirecta de las mujeres, asociado al hecho de la maternidad, que el legislador debiera tratar de erradicar por mandato del artículo 9.2 CE.

La diferencia normativamente dispuesta entre los permisos de cuidado de menores recién nacidos atribuida a los hombres y la que se reconoce a las mujeres, está basada en el sexo, una de las categorías prohibidas contenidas en el artículo 14 CE. Analizar si tal diferenciación es constitucionalmente admisible a la luz del artículo 14 CE, hubiera exigido que el Tribunal definiera cual es el bien protegido, para determinar si la distinción establecida entre hombres y mujeres en el disfrute de los permisos está o no justificada, sometiendo esta diferencia de trato al examen de legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Tal análisis hubiera debido llevar a la estimación del recurso de amparo, y, previa la correspondiente cuestión interna de inconstitucionalidad, a la declaración de la inconstitucionalidad de los preceptos legales que regulan estos permisos.

– STC 138/2018, de 17 de septiembre. Recurso de amparo promovido por don Raúl Sánchez Siles y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiINA), en relación con las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un Juzgado de lo Social y las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad.

Diferente duración de los permisos de paternidad y maternidad. Discriminación indirecta por razón de sexo en perjuicio de la mujer.

Reiteración del Voto particular formulado a la STC 111/2018, que se acaba de resumir.

– STC 66/2022, de 2 de junio. Recurso de amparo avogado, promovido por don L.M.G.C., doña C.P., pareja del anterior, y doña V.G.P., esta última hija menor de edad de los anteriores, contra los autos dictados por la Audiencia Provincial y un juzgado de instrucción de Oviedo acordando el ingreso obligado de la primera por razón de su embarazo. Voto particular concurrente.

Derecho de una mujer al alumbramiento en su domicilio particular e ingreso obligado en un hospital público por una resolución judicial. Autodeterminación de la mujer en todas las decisiones atinentes al embarazo y parto. Necesidad de una regulación legal expresa.

La demanda de amparo atribuye a las resoluciones judiciales la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), con un doble fundamento: en primer término, por haberse omi-

tido el trámite de audiencia de los interesados, quebrantando las garantías procesales requeridas para la adopción y mantenimiento de la medida de ingreso; y, en segundo lugar, en su vertiente relativa al derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho, por cuanto los autos impugnados carecen de la motivación reforzada que les era exigible. El incumplimiento de las garantías procesales sirve de base de una última queja de la recurrente por haber sufrido un trato inhumano y degradante (art. 15 CE) durante su estancia en el centro hospitalario.

La sentencia desestima el recurso de amparo.

El voto particular formulado por la magistrada Balaguer no es, en este caso, contrario sino concurrente recuerda que la resolución judicial impugnada por la recurrente en amparo comprometía de manera importante determinados derechos fundamentales: por una parte, el ingreso obligado en el hospital, para que se le practicara un parto inducido, afectaba, de manera particularizada, a su derecho a la libertad, consagrado en el artículo 17 CE, en tanto que le imponía la estancia en el hospital, en contra de su voluntad, y sin poder abandonarlo hasta después del alumbramiento. Por otra parte, se dejaba sin efecto su decisión de dar a luz en su domicilio, de manera que se estaba incidiendo, también, sobre sus derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad, ex artículo 18.1 CE.

Ante una actuación judicial que recae de manera tan evidente sobre los derechos fundamentales de una gestante, el órgano judicial no puede intervenir si no cuenta con una habilitación legal expresa que en este caso no existe. Dicha carencia es suplida por un esfuerzo interpretativo del órgano judicial en una labor de integración de esa insuficiente habilitación legal acudiendo a los preceptos legales que consideró que podían otorgar cobertura a la actuación de que se trataba. Se encontraba con un escenario de antagonismo entre la decisión de la madre de dar a luz en su casa, asistida por una matrona, y el riesgo que tal decisión podía implicar para la vida del nasciturus, en la medida en que se trataba de un embarazo que se encontraba ya en la semana cuarenta y tres, y los servicios médicos del hospital público en el que se había llevado a cabo el seguimiento del embarazo de la madre expresaban el riesgo de hipoxia fetal y de muerte intrauterina en tales circunstancias.

Según el voto, el razonamiento que ha conducido a este tribunal a dar por buena la labor hermenéutica llevada a cabo por el juzgado plantea un riesgo que no es deseable en situaciones iguales o semejantes a la aquí enjuiciada: en cada caso, la gestante se va a ver sometida al criterio del órgano judicial en cuanto a la determinación de las normas que puedan prestar cobertura legal a una decisión similar a la que en este caso se adoptó, pudiéndose producir res-

puestas muy dispares que originen una indeseable quiebra del principio de seguridad jurídica. Por consiguiente, el voto particular considera deseable que el legislador aborde la regulación de situaciones como esta, de modo que las gestantes puedan tener la imprescindible seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad en cuanto a las reacciones que puedan producirse por parte de los poderes públicos frente a las decisiones que adopten libremente en cuanto al proceso de su embarazo y alumbramiento.

El voto resalta también la necesidad de extremar las garantías ante una medida que no solo es privativa del derecho a la libertad de la gestante, a la que se obliga a ingresar en el hospital, sino que, además, incide de manera terminante sobre sus derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, por imponerle una actuación médica y obviar su decisión de dar a luz en su domicilio. Eso se traduce en la necesidad de oír previamente a la gestante, y no solo al fiscal, pues es la única manera en la que el órgano judicial puede tomar en consideración todos los intereses en presencia para efectuar una adecuada ponderación entre los mismos, a través del imprescindible juicio de proporcionalidad respecto de las medidas que solicitaba el hospital, justificando la idoneidad, la necesidad, y la proporcionalidad estricta de la medida.

Respecto a la exclusión de la legitimación de la pareja de la gestante y de su hija, el voto enfatiza que debe destacarse el derecho a la libertad, a la intimidad y a la autonomía personal que implica todo el proceso de la maternidad. Decisiones relativas no solo a la libre decisión de ser madre, sino también a la facultad de tomar todas las relativas a su propio cuerpo durante la gestación, comprendida la referida a las opciones clínicas disponibles, una vez haya recibido la información adecuada, incluyendo las atinentes al parto, en cuanto momento en el que culmina la decisión de ser madre, adoptada por propia voluntad. Bajo el amparo de los artículos 15 y 18.1 CE el voto estima que ha de reconocerse a toda mujer la capacidad de decisión tanto en cuanto a ser madre como al desarrollo de su gestación y al propio proceso del parto, incluido entre otros aspectos, el tratamiento y el lugar en el que desee dar a luz, dentro de las opciones disponibles, sin que se le puedan imponer voluntades ajenas a esa capacidad de autodeterminación.

Finalmente, el voto particular estima que se debe reconocer a la gestante la posibilidad de que pueda optar por dar a luz fuera del centro hospitalario, incluso en su propio domicilio. En el caso español, no hay una normativa que prohíba expresamente que un parto pueda tener lugar en el domicilio, pero no existe un marco jurídico ni una cobertura médica nacional. Por ello, aun reconociendo amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales, es importante que el Estado no ignore la realidad social de que existen mujeres que,

en ejercicio de su autonomía y libertad ante su maternidad, deseen dar a luz en su domicilio. Por tal razón, estima aconsejable que, por razones de seguridad jurídica y de seguridad sanitaria, se pueda regular esta situación, estableciendo las condiciones precisas para que pueda llevarse a cabo el alumbramiento en lugares distintos de los centros hospitalarios, creando un régimen que dote de seguridad y certeza esta situación, tanto desde la perspectiva de las mujeres gestantes como desde la de los profesionales que puedan atenderlas.

– STC 11/2023, de 23 de febrero. Recurso de amparo promovido por don L.M.G.C., doña C.P., y doña V.G.P., esta última hija menor de edad de los anteriores, contra la actuación en vía de hecho del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el Hospital Universitario Central de Asturias de Oviedo.

Violencia obstétrica como forma de discriminación contra la mujer.

Se trata de un asunto estrechamente vinculado al resuelto en la STC 66/2022, Aunque el acto impugnado es otro, los actores son los mismos.

Los recurrentes alegaban que la actuación impugnada, esto es la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias, ejecutada por el HUCA, habría vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), el derecho a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE). En concreto, se aducía que, a través de la actuación objeto del presente recurso de amparo, se ha privado a doña C.P., de sus derechos a la autonomía y al consentimiento informado en el ámbito sanitario, priorizando de forma explícita el interés del nasciturus a sus derechos fundamentales, incluso a la integridad física y psíquica, así como a la intimidad familiar y a la libertad ideológica, dando lugar a una discriminación directa e indirecta por razón de sexo.

La sentencia, en línea con lo decidido en la STC 66/2022, desestimó el recurso de amparo.

El voto particular critica que la sentencia plantee la vulneración de la interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) desde un enfoque carente de perspectiva feminista y obvia cualquier consideración desde el análisis de la denuncia de violencia obstétrica y ginecológica. El análisis y evaluación sobre si los hechos denunciados son constitutivos de una situación de violencia obstétrica, es requisito sine qua non para apreciar el menoscabo del artículo 15 CE, en su vertiente de garantía de la integridad física y moral, que a su vez conecta con el derecho a la autodeterminación sobre el propio

cuerpo. Y si se concluye que existe una afectación inadmisibles de ese derecho de autodeterminación, esta valoración conduce directamente a la estimación de una lesión directa del artículo 14 CE, porque cualquier vulneración de los derechos de una persona vinculados a la situación de embarazo o parto, han de tenerse por vulneración automática de la interdicción de discriminación por razón de sexo, porque esas condiciones (embarazo, parto y lactancia natural) van intrínsecamente unidas a la condición sexual de las mujeres. La violencia obstétrica puede ser una forma de discriminación contra la mujer porque traduce una forma de mala praxis médica que está marcada y se ve agravada por los estereotipos de género y por la posición subordinada que esos estereotipos dan a la mujer que va a parir respecto de la conservación y protección del valor superior de preservación de la vida y salud del feto.

Para el voto, un adecuado análisis de la cuestión hubiera exigido evaluar si, según la documentación aportada, existió o no un consentimiento libremente prestado, si se informó adecuadamente o no de las alternativas posibles a la recurrente en amparo respecto de la realización de la cesárea, si se siguieron o no los protocolos del hospital y si esos protocolos respondían adecuadamente a la situación de la recurrente y, finalmente, si existía prueba suficiente de que la situación vivida generó secuelas psicofísicas que pudieran haberse considerado lesivas de la integridad moral de la recurrente.

Resulta claro que las decisiones de la mujer embarazada sobre el desarrollo del parto y sobre su integridad física, en suma, las decisiones de la mujer sobre la gestión de su propio proceso de parto, sobre su cuerpo, quedaron absolutamente supeditadas en todo el proceso, a la preservación del interés identificado como superior, primero por los facultativos y después por los órganos judiciales al revisar la actuación de aquellos. Eso imprime un claro sesgo discriminatorio a todo el proceso del parto y a las actuaciones realizadas a tal fin, en la medida en que los derechos fundamentales de la mujer quedaron absolutamente preteridos a la preservación de la vida y salud del feto.

– STC 34/2023, de 18 de abril. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados, contra la totalidad de 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 y, subsidiariamente, contra determinados preceptos de esta.

Inconstitucionalidad de la educación segregada por sexo.

La demanda plantea la vulneración del artículo 169 CE, en relación con el artículo 116. Cinco motivos adicionales se dirigen contra preceptos concre-

tos de la ley agrupados sistemáticamente en función de la materia regulada: la enseñanza concertada, la educación especial, la prohibición de concertar la educación diferenciada por sexos, la enseñanza de la religión y de la «ideología de género» (en terminología de los recurrentes) y la enseñanza del castellano; y finalmente, un último motivo, de carácter competencial, se dirige contra varios preceptos que regulan aspectos del currículo, la evaluación y en general la ordenación del sistema educativo por «insuficiencia normativa» y «dejaición de competencias» por parte del Estado.

La sentencia desestima el recurso en su totalidad.

En lo que ahora resulta relevante, la prohibición de concertar la educación diferenciada por sexos, el Tribunal considera que la educación diferenciada por razón de sexo es un modelo educativo aceptable dentro de un sistema educativo pluralista, que no resulta contrario a ninguno de los derechos constitucionalmente consagrados, pero que no existe obligación constitucional de concertar este tipo de centros, lo que queda a discreción del legislador.

El voto discrepa de este planteamiento y reitera, en la línea del voto particular formulado a la STC 31/2018, que la educación que segrega niños y niñas, separándolos en espacios diferentes para transmitirles conocimientos y para socializarles, debe considerarse contraria al mandato del artículo 9.2 CE, así como al principio de igualdad y a la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE.

La educación diferenciada por sexo, en el marco del sistema educativo español, no es un simple modelo pedagógico sin implicaciones constitucionales y sin impacto alguno en el disfrute de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema educativo, es decir, de los niños, niñas y adolescentes de uno y otro sexo. La opción por la segregación en el sistema educativo español en concreto lleva aparejada una determinada visión sobre la posición de las mujeres en el seno de las familias y de la sociedad. La educación diferenciada por sexos, que segrega a niños y niñas en el acceso al sistema educativo y en la organización de las enseñanzas, no tiene cabida en el marco de la Constitución de 1978 que, asumiéndose plural, también debería comprenderse como laica, social e igualitaria.

La educación diferenciada por sexo no solo no forma parte integrante de ninguna de las dimensiones de las libertades educativas que consagra el artículo 27 CE, sino que, además es contraria a los artículos 9.2 y 14 CE, por desatender abiertamente el mandato de promoción de la igualdad material de las personas, en particular de las mujeres, y por basarse en una causa sospechosa de ser discriminatoria sin que quien la sustenta haya sido capaz de justificar, de forma reforzada, que la educación separada de niños y niñas ni se

sustenta, ni genera, ni sostiene un modelo de sociedad basado en la desigualdad de roles y de reconocimiento de estatuto de hombres y mujeres.

– STC 44/2023, de 9 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por setenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Voto particular concurrente.

Interrupción del embarazo como derecho fundamental de la mujer. La interrupción voluntaria del embarazo, entendido como proceso biológico que se desarrolla, exclusivamente, en el cuerpo de la mujer, es un derecho que se incardina básicamente en la libertad personal y en la capacidad de autodeterminación sobre el propio cuerpo y el proyecto vital.

La demanda se fundamenta en ocho motivos que se articulan en dos bloques. El inicial contiene los seis primeros y se refiere a la impugnación de preceptos legales relativos a la interrupción voluntaria del embarazo, que sustancialmente se consideran lesivos del artículo 15 CE en la interpretación que del mismo realizó el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, de 11 de abril, y contrarios a la garantía de la seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 CE. En este mismo bloque se cuestiona la regulación del consentimiento de las mujeres mayores de dieciséis y menores de dieciocho años por infracción de los artículos 27.3 y 39.1 y 4 CE, así como la regulación de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios por vulneración de los artículos 16.1 y 2, y 18.1 CE. En el segundo bloque de impugnaciones se cuestionan aquellos preceptos que, según los recurrentes, pretenden imponer la perspectiva de género en la enseñanza e investigación en materia de salud sexual y reproductiva, lo que, según denuncian, quebrantaría los principios, valores y derechos constitucionales que protegen la libertad ideológica, de conciencia y de enseñanza.

La sentencia desestima en su totalidad el recurso de inconstitucionalidad.

El voto plantea en primer lugar que la jurisdicción constitucional está legitimada para responder con carácter amplio a los recursos planteados contra leyes cuya vigencia ha desaparecido en parte por la modificación legislativa sobrevenida. También está legitimada para construir contenidos constitucionales sin que ello suponga usurpar las funciones del legislador o del constituyente. Y no está vinculada, en un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, a sus propios precedentes jurisprudenciales. En particular esa actuación del Tribunal se ve particularmente justificada cuando los cambios normativos y

contextuales, el progreso cultural y el avance en el reconocimiento de derechos fundamentales permitan desarrollar argumentos nuevos comprensibles y aceptables en y por una sociedad cambiante.

En segundo lugar, plantea que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho de las mujeres que tiene reflejo constitucional, de modo que su limitación, siendo posible si el legislador identifica un bien jurídico digno de tutela penal, es una excepción a la regla del reconocimiento y pleno ejercicio de una libertad fundamental y como tal debe ser abordada en su regulación. El voto estima que, frente a lo que la sentencia afirma, no hay derechos constitucionales en conflicto, derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, y defensa de la vida prenatal entendida como bien constitucionalmente protegido. Sostiene que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de esta, su dignidad (art. 10.1 CE), su integridad física y moral (art. 15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art. 18 CE), y su salud sexual y reproductiva (art. 43 CE), los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en tanto que la mujer es titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución.

La proclamación de la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido puede y debe ser reconsiderada y desplazada por el reconocimiento de las mujeres como sujetos responsables, capaces de decidir de forma racional sobre los efectos de su sexualidad y su capacidad reproductiva, lo que supone: i) que la dignidad de la mujer (art. 10 CE) no está exclusivamente asociada, ni esencialmente unida a su capacidad de ser madre; ii) que el principio de igualdad (arts. 1 y 14 CE) se proyecta al reconocimiento de la facultad de las mujeres de decidir sobre los procesos biológicos que tienen lugar en su propio cuerpo, en particular sobre aquellos que pueden afectarles única y exclusivamente a ella; iii) que el artículo 17 CE proclama el derecho de toda persona a la libertad, y esta proclamación no debe quedar reducida al reconocimiento de la libertad deambulatoria o la interdicción de privación de libertad física. Admitir la posibilidad de interrumpir el propio embarazo no es solo afirmar un derecho o una libertad positiva (libertad para abortar), sino que también supone reconocer la existencia de un derecho de resistencia frente a un mandato externo, una libertad negativa de que es titular la mujer que no quiere verse constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; iv) que, si bien el embarazo es un proceso biológico, la maternidad o paternidad son procesos psicológicos, culturales y sociales, que pueden estar asociados o no al embarazo, de modo que la decisión sobre el proyecto vital que se asocia a la maternidad puede vincularse con el derecho a la intimidad personal y familiar a que se refiere el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos que se conec-

ta, sin ser idénticos, con las previsiones del artículo 18 CE; v) que dentro de la noción de preservación de la salud (art. 43 CE) se incluye la salud sexual y reproductiva, que a su vez contempla no solo la anticoncepción y planificación familiar que también aplica a los hombres, sino también la interrupción voluntaria del embarazo, que solo afecta a las mujeres, y que se vincula con el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE.

Para el voto conformada esa capacidad de autodeterminación como derecho de la mujer que encuentra su base constitucional en los artículos 10, 14, 15, 17, 18 y 43 CE, y no como excepción al derecho potencial a la vida del sujeto no nacido y por tanto no titular de derecho fundamental alguno, la decisión del legislador de perseguir penalmente la interrupción voluntaria y consentida del embarazo debe analizarse como un límite al derecho de la mujer. Por tanto, debe ser examinado desde la perspectiva de la mínima invasión en el ejercicio del derecho, teniendo cabida dentro de la Constitución tanto un sistema de plazos como la despenalización total del aborto consentido.

Se alude también a las obligaciones del Estado a partir del reconocimiento de la autonomía en relación con la protección de la salud sexual y reproductiva de la mujer. La garantía a la interrupción voluntaria del embarazo implica una obligación que se impone al Estado de asegurar el pleno ejercicio del derecho de la mujer que decide abortar a que esa decisión se materialice asegurando su derecho a la salud (art. 45 CE) y su integridad física y moral (art. 15 CE).

El reconocimiento de que existe un fundamento constitucional del derecho de las mujeres a gestionar su propia fecundidad, sin interferencias de terceros, no excluye necesariamente un sistema legal de reconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo que permite la penalización del aborto consentido en determinados supuestos, pero sí exige que esa criminalización sea excepcional, esencialmente residual y respetuosa con los derechos fundamentales de la mujer. No estamos ante un conflicto entre la vida prenatal y la libertad de decisión de la embarazada. Los únicos derechos fundamentales en presencia son aquellos de que es titular la mujer embarazada, y la intervención penal actúa como límite a esos derechos para proteger un bien jurídico de configuración legal, cual es la vida humana en su fase prenatal. Pero esta intervención limitativa ha de ser lo menos restrictiva posible, y su previsión debe venir presidida por los principios de mínima intervención del derecho penal y de neutralización del efecto desaliento en el ejercicio de los derechos.

Finalmente, el voto cuestiona que sea necesaria una información específica con carácter previo a la decisión de interrumpir el embarazo, diferente, reforzada o distinta de la que se facilita para acceder a otro tipo de intervenciones. Porque presuponer lo contrario es asumir la incapacidad de la mujer para

tomar decisiones libres sin tutela administrativa, es asumir que la decisión adoptada por la mujer no es definitiva cuando llega al servicio de salud y es necesario reconducirla o confirmarla. Es asumir la falta de autonomía cognoscitiva y moral de la mujer.

Concluye señalando que la interrupción voluntaria y consentida del embarazo es expresión de los dos derechos fundamentales básicos que se proclaman en nuestra Constitución, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad y la igualdad. La mujer, como ser humano completo y autónomo, titular pleno de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, ha de ser reconocida libre y capaz de tomar decisiones sobre sí misma y su proyecto vital, sobre su propio cuerpo y sobre sus condicionantes morales personales sin la interferencia de la potestad punitiva del Estado. Esa libertad de autodeterminación genera en el Estado la obligación de preservar su salud y su integridad cuando la decisión sea terminar con el proceso biológico del embarazo.

– STC 28/2024, de 27 de febrero. Recurso de amparo contra sentencia de apelación que, en un supuesto de gestación subrogada, no satisface las exigencias del canon de motivación reforzada que rige para los casos en los que la esfera personal y familiar de un menor se ve afectada al estar en juego la construcción de la identidad del menor y la protección de los lazos familiares creados con la recurrente.

Contrato de gestación por sustitución. Límites para apreciar su conformidad con el artículo 10.1 CE.

Las resoluciones recurridas habrían vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en sus vertientes de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho y a no padecer indefensión (art. 24.1 CE). Las resoluciones impugnadas habrían vulnerado esos derechos al ignorar la cuestión central que se debatía en el proceso y resolver sobre una cuestión ajena al mismo, véase, la posible existencia de vínculo biológico entre el esposo de la demandante de amparo y el menor B.R.K., así como al obviar la exigencia de motivación reforzada que este tribunal impone a las resoluciones que afecten a valores o derechos constitucionales, prescindiendo de toda consideración relativa a la dignidad de la persona, la igualdad, la integridad moral, la intimidad personal y familiar de un menor, la protección de la familia y el interés superior del menor (arts. 10, 14, 15, 18 y 39 CE, en conexión con los arts. 8 CEDH y 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño).

La sentencia estima el recurso y Declarar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo (art. 24.1 CE).

El voto plantea que la sentencia, con su enfoque basado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, no se plantea el problema estructural que plantean los contratos de gestación por sustitución. Que un Estado declare nulos los contratos de gestación por sustitución, como sucede en España con el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no evita que la legislación de otro Estado permita esta modalidad contractual de reproducción humana y, salvo que así se prevea expresamente, cosa que no sucede en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, no impide tampoco que las personas se desplacen a esos terceros Estados para contratar allí y traer después a la persona recién nacida a España, con la pretensión de hacer valer en nuestro territorio el vínculo familiar válido en otro contexto normativo.

La solución a este problema de vacío normativo debería expresamente ser regulada por el legislador por imperativo del principio de seguridad jurídica, pues es paradójico que el mismo legislador que prohíbe una práctica en España no prevea restricción suficiente para las prácticas equivalentes realizadas fuera de nuestro país. Ello legaliza de facto, por inacción y por la vía de la necesaria protección de los menores, lo que se considera ilegal en nuestro sistema. Ante esta situación de vacío normativo, la sentencia pudo ofrecer pautas interpretativas en clave de derechos fundamentales y con perspectiva de género, de modo que los órganos de la jurisdicción ordinaria tuvieran a su alcance un argumentario adecuado para resolver los conflictos planteados por el reconocimiento de situaciones, actos o resoluciones judiciales extranjeras en nuestro sistema jurídico.

La necesaria garantía del orden público en este tipo de situaciones debe articularse en torno a dos ideas: una adecuada comprensión de lo que es el interés superior del menor, que no suponga el reconocimiento automático de los efectos de un contrato que es nulo de pleno derecho en España; y una correcta evaluación de las condiciones en las que el contrato ha sido firmado en el país de origen, y que debe implicar un control de fondo de las resoluciones extranjeras cuyo reconocimiento se solicita, al que no debe ser ajeno el enfoque de género y la garantía de los derechos de la madre gestante.

En cuanto a lo primero, el voto precisa que no hay que entender el interés del menor desde una perspectiva individual y aislada, con apoyo en la Observación general núm. 14 (OG14) del Comité de los Derechos del Niño. El voto destaca que en la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, otros elementos han de ser tenidos en cuenta a la hora

de evaluar el interés superior del menor, tales como la mercantilización del fruto de la gestación y la cosificación de los niños que tales prácticas suponen, la posible lesión de la integridad personal de los menores en que puede derivar la desregulación de estas prácticas, así como la necesidad de salvaguardar el derecho de los niños a conocer su origen biológico. Esos elementos no están presentes en la decisión del Tribunal, lo que determina que se dé una visión sesgada e incompleta de lo que supone el interés superior del niño.

El voto también destaca que no puede dejarse viva la presunción de paternidad basada en el reconocimiento del varón, y no extraerse de esa presunción que tiene su reflejo en el registro civil la capacidad de la esposa del padre para adoptar a los hijos de este. Una decisión así no hace sino colocar en situación de subordinación a la madre comitente sobre el padre comitente. Una muestra más de cómo, en el caso de parejas heterosexuales, las relaciones familiares derivadas de la gestación por sustitución son absolutamente asimétricas y refuerzan la discriminación estructural de las mujeres. Y la sentencia tampoco tiene en cuenta la invisibilización de la violencia y discriminación por razón de sexo que subyace en la maternidad subrogada. La gestación por sustitución no altruista mercantiliza la maternidad y el fruto de esta, cosificando a las gestantes y a los niños, y limitando el principio-derecho de dignidad humana (art. 10.1 CE), el derecho a la libre determinación sobre la propia vida (art. 10.1 CE en relación con el art. 18 CEDH), y la prohibición de discriminación por razón de sexo. Y ello porque es preciso considerar contrario a la dignidad humana, ex artículo 10.1 CE, el contrato que tenga por objeto o prestación un embarazo por sustitución, cuando se trate de un acuerdo que mute la naturaleza de la mujer de sujeto de derechos a objeto de tránsito mercantil, limitando su libertad personal. Esto sucede siempre que el embarazo deba someterse a determinadas condiciones físicas de desempeño, que no sea posible revocar el consentimiento, que haya una contraprestación económica del tipo que sea para la mujer gestante o para quienes intervienen en el procedimiento como intermediarios sirviéndose de la capacidad reproductiva de la mujer, y que el fruto del proceso de gestación, la persona nacida, no tenga la posibilidad, en el futuro, de indagar sobre sus orígenes biológicos.

A falta de una intervención del legislador, la intervención judicial es imprescindible y la interpretación del insuficiente marco normativo debería pivotar en torno a cuatro elementos esenciales: 1) el interés superior del menor, individualmente considerado; 2) el interés superior de los menores a verse protegidos de actuaciones atentatorias de su dignidad como colectivo; 3) la garantía del principio de dignidad humana que debe proyectarse tanto

sobre el menor como sobre su madre biológica; y 4) la garantía de los derechos de esa madre biológica, de modo que pueda llegarse a la conclusión de que los mismos no fueron conculcados en el curso de la totalidad del proceso de gestación.

El voto finaliza señalando que, en este caso, hubiera sido oportuno que el Tribunal Constitucional estableciese los argumentos básicos para extraer del ordenamiento constitucional la definición del orden público en los supuestos de control de la gestación por substitución materializada fuera de nuestras fronteras, intentando un equilibrio de los valores constitucionales en juego.

– STC 44/2024, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

Ampliación del concepto de víctima de violencia de género. Equiparación de mujeres, mujeres transexuales y mujeres transgénero como víctimas de la violencia machista en una ley autonómica.

Los recurrentes alegan que la norma cuestionada realiza, al amparo de una finalidad tuitiva, una equiparación entre las mujeres que, en todo caso, tienen legalmente esta condición –las mujeres cisgénero («biológicas» en términos de los recurrentes) y aquellas que han realizado la rectificación registral– y las mujeres transgénero que no han acometido la rectificación registral, así como una sustitución del «sexo» por la «identidad de género», que proyecta efectos jurídicos en la esfera civil y penal. Por una parte, otorgar efectos jurídicos al cambio de sexo al margen del cauce procedimental de rectificación registral previsto en el ordenamiento jurídico vulnera las competencias exclusivas estatales en materia de ordenación de registros (art. 149.1.8 CE). Por otra parte, la inclusión de las mujeres transgénero que no han acometido la rectificación registral de la mención del sexo incide o modifica los tipos penales sobre violencia de género, vulnerando los artículos 81.1 y 149.1.6 CE; vulneración en la que también incurre la norma autonómica al definir el consentimiento sexual y las diferentes formas de violencia machista. Por último, el artículo 16, en la medida en que la norma autonómica pretende modificar el régimen jurídico de los partidos políticos, al establecer obligaciones en relación con la prevención de la violencia machista, incurre en una infracción de la competencia estatal en este ámbito (arts. 81.1 y 149.1.1 CE, en conexión con los arts. 20, 22 y 23 CE).

La sentencia estima parcialmente el recurso y declara inconstitucional y nulo el artículo 16 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre.

El voto discrepante sostiene que el recurso de inconstitucionalidad se ha resuelto a través de un examen estrictamente competencial. Sin embargo, hacer un análisis de distribución competencial entre la Generalitat y el Estado en las políticas afectadas no impedía hacer un examen material sobre la determinación de cuál es el sujeto al que se dirigen las políticas contenidas en la ley impugnada. El Pleno ha optado por un enfoque estrictamente formal en sus razonamientos ante una materia tan sensible como es la de determinar cuál es el ámbito subjetivo de las violencias machistas. Esta actividad pasa, necesariamente, por identificar al sujeto al que se dirige la norma impugnada y que, en general, dada su centralidad, debería estar definido en una ley estatal para evitar la desigualdad en diferentes regulaciones de leyes autonómicas.

La ley autonómica redefine el sujeto al que van dirigidas las políticas de prevención de la violencia machista y de la protección y tutela frente a la misma, aumentándolo y asumiendo una conceptualización de mujer como sujeto político y de personas trans (tanto sexual como género) muy controvertida, respecto de la que este tribunal todavía no se ha pronunciado. La crítica que cabe hacer a la sentencia en este sentido se basa, esencialmente, en la idea de que para generar nuevos derechos para colectivos discriminados no es necesario asumir la redefinición o re-etiquetaje del sujeto político mujer. La sentencia pasa por alto que la ley impugnada incorpora una ampliación del concepto de víctima que supone alterar el concepto mismo de mujer como sujeto político.

El voto también pone de manifiesto que el concepto de violencias machistas no se corresponde taxativamente con el de violencia de género. Por lo que, aunque cabe considerar que no se produce un cambio sobre dicho concepto, sí que se produce en Cataluña, respecto de las políticas de género que ejerza la Generalitat, una alteración del resto de violencias machistas que, por propia definición, son todas aquellas ejercidas por hombres motivadas por su supuesta posición de dominación respecto de las mujeres. El resultado es que, en un mismo Estado, conviven diferentes conceptos de víctimas de las violencias machistas cuando la protección frente a este tipo de violencias debe tener un mismo sujeto de tutela, igual que tiene un mismo sujeto activo y una misma motivación.

– STC 48/2024, de 8 de abril. Recurso de amparo promovido por doña L.G.A., en relación con las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de

Sevilla y un juzgado de lo penal de su capital en causa por delito de lesiones psicológicas.

Insuficiente aplicación de la perspectiva de género en relación con una condena penal por acoso sexual.

La demanda atribuye a la sentencia impugnada la vulneración de diversos derechos fundamentales proclamados por nuestra Constitución; en concreto los siguientes: tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho; derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE); y derecho a la integridad moral (art. 15 CE), en relación todos ellos con el artículo 9.2 CE.

La sentencia estima parcialmente el recurso de amparo y declara que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE).

El voto discrepante señala que la principal diferencia con la argumentación seguida en la sentencia está en la aplicación de la perspectiva de género, que debería haber sido más extensa.

La perspectiva de género es un método de interpretación de un conflicto jurídico a través de un análisis que tenga como referencia a las mujeres en un juicio en el que el hecho de ser mujer es determinante y, por tanto, no cabe acudir a la supuesta neutralidad del Derecho. Esta perspectiva en la interpretación y aplicación del derecho deriva de la propia Constitución, que en los artículos 14 y 9.2 CE, reconoce el derecho a la igualdad, y ese derecho es desarrollado legislativamente en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El artículo 4 de esta ley impone la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Además, el anclaje constitucional de la perspectiva de género viene así reforzado por los tratados en la materia a los que España ha decidido obligarse y que, en virtud de artículo 10.2 CE, son un mandato interpretativo para todos los poderes públicos (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer).

La perspectiva de género implica que los juzgadores sean conscientes de que están en un contexto delictivo en que las mujeres son las víctimas propiciatorias porque las conductas penadas se llevan a cabo por hombres que se prevalecen de su posición de poder, privilegio o superioridad. Interpretar y apli-

car la norma con perspectiva de género es, por lo tanto, reconocer la plenitud de los derechos de las mujeres a desarrollar su personalidad de forma autónoma, en libertad y exenta de violencia.

Desde este enfoque metodológico y, por tanto, condicionante de la interpretación del derecho, la respuesta del Tribunal debería haber sido diferente.

En primer lugar, cuestiona la falta de enjuiciamiento del artículo 15 CE, en lo relativo a la concurrencia de un delito de lesiones psicológicas autónomo del delito continuado de abusos sexuales. La aplicación de la perspectiva de género en la respuesta penal a las secuelas psicológicas de la recurrente hubiera debido llevar a analizar como los motivos sobre los que sostuvo la sentencia de apelación su rechazo a reconocer la existencia de un delito de lesiones psicológicas se construyeron sobre un sesgo de género que discriminó a la recurrente en amparo y víctima en el proceso penal. Este sesgo discriminatorio convierte los argumentos sobre los que basa su sentencia la Audiencia Provincial de Sevilla en irrazonables y, por tanto, contrarios al derecho a la integridad de la recurrente, a la luz también de su derecho a la libertad (art. 17 CE) y al libre desarrollo de su personalidad, en una interpretación constitucional, informada por los textos internacionales antes citados, en virtud del artículo 10.2 CE. En este supuesto la decisión de la audiencia provincial sí podía ser tildada de irrazonable, en tanto que, pese a compartir sustrato fáctico con la primera instancia, deconstruyó su argumentario a través de una nueva interpretación que perpetuaba la situación de poder socio-sexual inherente a la discriminación entre hombres y mujeres, sin poner en duda que exista un daño psicológico común y estándar también inherente a todos los abusos sexuales, y, que, por el contrario, la afectación impacta en toda la esfera de bienestar psico-social de la mujer. La Audiencia Provincial situó a la víctima y al criminal en una posición de falsa igualdad que acabó agravando y revictimizando a la demandante de amparo.

El voto finaliza reiterando que hubiera sido oportuno hacer un examen más detallado de la aplicación discriminatoria que lleva a cabo la Audiencia Provincial de las normas penales, en relación con los derechos de la recurrente, y la necesidad constitucional de adoptar la perspectiva de género en los asuntos judiciales relativos a violencias contra las mujeres.

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN COMO MAGISTRADA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SUS VOTOS PARTICULARES Y LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

Catedrática de Derecho Constitucional. UNED

SUMARIO: 1. El feminismo jurídico: la defensa de la igualdad de las mujeres a través del Derecho. 2. La función del voto particular en la jurisdicción constitucional. 3. Los votos particulares de la magistrada María Luisa Balaguer en materia de derechos de las mujeres: selección. 3.1 Igualdad y exigencia de ley orgánica. 3.2 Perspectiva de género como criterio interpretativo. 3.3 Sexo y género. 3.4 Mujer y maternidad. 3.4.1 Parto fuera de dependencias sanitarias. 3.4.2 Interrupción voluntaria del embarazo. 3.5 Maternidad subrogada. 3.6 Educación diferenciada por sexos.

1. EL FEMINISMO JURÍDICO: LA DEFENSA DE LA IGUALDAD DE LAS MUJERES A TRAVÉS DEL DERECHO

Sirvan estas páginas de sincero homenaje a la obra jurídica, aunque no solo¹, de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, que, desde un perfil científico e intelectual muy plural aporta en una extensa obra escrita y en numerosas intervenciones en conferencias y seminarios, relevantes aportaciones sobre distintos temas. En una trayectoria en la que ha aunado la reflexión e interpretación jurídica, como catedrática de Derecho Constitucional y magistrada

¹ María Luisa Balaguer es también escritora. Sirva de ejemplo su obra *Que Nadie Muera sin Amar el Mar. Ensayo Biográfico sobre Iris Zavala*, Huso Editorial, Madrid, 2020 y en un cruce de caminos entre la literatura, la crónica política y el análisis jurídico, *Contranarrativa de la Transición política en España*, CEPC, Madrid, 2021.

del Tribunal Constitucional, con otros enfoques filosóficos y politológicos, encontramos una continuada defensa del feminismo y de los derechos de las mujeres en el marco inexcusable de una sociedad plenamente democrática. Este *curriculum* plural se fundamenta en un recorrido profesional igualmente vario, que la ha llevado del ejercicio de la abogacía, especialmente en el ámbito laboral y la defensa de los trabajadores, a la enseñanza universitaria y, desde 2017, a ejercer como magistrada del Tribunal Constitucional, puesto para el que fue elegida por el Senado. Ha sido, además, vocal del Consejo Consultivo de Andalucía, del Observatorio de Publicidad del Instituto de la Mujer de Andalucía y del Consejo Asesor para la modernización del Estado de las Autonomías de la Junta de Andalucía. Con este bagaje profesional y personal la magistrada María Luisa Balaguer se inserta en el elenco de mujeres juristas que, a lo largo de los años han luchado por los derechos de las mujeres con una aportación realmente relevante² de la que estas páginas apenas darán cuenta.

Probablemente, las *precursoras*³ que dejaron su impronta personal y profesional en nuestra Historia, no pudieron imaginar lo que sus aportaciones ayudarían a la conformación de un feminismo jurídico⁴ que insignes juristas posteriores como María Luisa Balaguer han defendido y aplicado desde sus responsabilidades jurisdiccionales. Desde fines de la década de 1960, en los ámbitos académicos de Estados Unidos hay un número cada vez mayor de mujeres juristas que promueven la agenda feminista, la igualdad y los derechos de las mujeres en cursos, conferencias y artículos que terminan por conformar un acervo bibliográfico especializado. Aquellas producciones germinales adquieren institucionalización universitaria a fines de los años setenta y comienzos de los ochenta, y dan lugar a lo que se identifica entonces como *pensamiento legal feminista* (*feminist legal thought* o *feminist jurisprudence*)⁵, que podemos considerar como un legítimo antecedente del *feminismo jurídico*⁶. Un feminismo jurídico que rechaza una igualdad entendida como asimilación a los modelos masculinos y que analiza críticamente no sólo el princi-

² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Prólogo», en BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Contranarrativa de la Transición política en España*, CEPC, Madrid, 2020, p. 13 y sigs.

³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Juristas contemporáneas y su legado: aquellas mujeres, estas mujeres», *IgualdadES*, 4, p. 35-37.

⁴ En España el término «feminismo» aparece dando título a una obra de Alfonso Posada, *Feminismo*, Ricardo de la Fé Editores, Madrid, 1899, 1.ª edición (con reedición en Cátedra, Valencia, 1994).

⁵ Vid. SHOWDEN, C. R., «Feminist Legal Theory», en KURIAN, G. T.; *The Encyclopedia of Political Science*, CQ Press, Washington, 2011, vol. 2, pp. 582 ss..

⁶ Se crea, a ritmos desiguales y en latitudes diferentes, en torno a los ochenta-noventa del pasado siglo, con impronta occidental, norteamericana, y proveniente de la Academia, una corriente denominada Derecho Feminista o Feminismo Jurídico. Una completa obra sobre el tema puede verse en COSTA, M; *Feminismos Jurídicos*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016.

pio de igualdad como ha sido entendido por la política, sino el principio de igualdad mismo⁷. No se trata sólo de obtener el reconocimiento pleno de los derechos de la mujer de los que, en los países democráticos, ya es formalmente titular, sino de interrogar a la lógica misma de los derechos, a su lenguaje, al sujeto al que son atribuidos. No se trata solo, pues, de la paridad, aun siendo ésta muy importante, sino de reconstruir un mundo que reconozca la existencia de dos sujetos», hombres y mujeres⁸.

Las mujeres percibieron que el Derecho no bastaba, porque también el Derecho y los derechos están contruidos por y para los hombres. En un mundo dominado por lo masculino –o mejor, por lo que es considerado como atributo de lo masculino y asociado a los hombres–, Derecho y derechos reflejan, reproducen y legitiman ese dominio, bajo la ficción de neutralidad e imparcialidad⁹. Por eso se ha podido decir que «el Derecho ha figurado de manera prominente en la lucha por la igualdad de las mujeres, tanto como un ámbito a ser reformado, cuanto como un instrumento para la reforma»¹⁰. En esta lucha por los derechos de las mujeres, el feminismo ha sido un motor esencial¹¹ en el que siempre se han podido reconocer los ideales de igualdad, libertad y justicia, aunque no siempre haya habido igual unanimidad en cómo abordar la desigualdad, la injusticia y la opresión de la mujer. Dicha tensión se hará visible tanto en las relaciones entre el feminismo y el Derecho como en la que entablan los feminismos jurídicos entre sí¹².

En España, la llegada de la democracia y la aprobación de la Constitución española de 1978 representó un hito esencial para la igualdad de mujeres y hombres, sobre todo por lo que se ha podido lograr a partir de entonces. El reconocimiento de la igualdad en la Constitución (como valor, art. 1.1; como igualdad real y efectiva, art. 9.2; como igualdad ante la ley, art. 14; la igualdad de los cónyuges, art. 32; el igual derecho al trabajo y a una remuneración suficiente, art. 35 y la igualdad de las madres y de los hijos, art. 39.2), ha permitido avanzar en la igualdad de mujeres y hombres, a pesar de que la Constitución no incluyera las previsiones que ya en 1978 hubieran sido necesarias para fundar una sociedad, no solo democrática, sino también plenamente igualita-

⁷ Incluyo a continuación reflexiones ya analizadas en mi trabajo citado: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Juristas contemporáneas y su legado: aquellas mujeres, estas mujeres, *IgualdadES*, 4.

⁸ PITCH, T., «Sexo y género de y en el Derecho: el feminismo jurídico/Sex and Gender of and in Law: Legal Feminism», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010), p. 437.

⁹ *Ídem*, pp. 440, 441.

¹⁰ FISS, O., «¿Qué es el feminismo?», *Doxa*, n.º 14, 1993, p. 319.

¹¹ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *El feminismo del siglo XXI. Del #MeToo al movimiento queer*, Huso Editorial, Madrid, 2021, p. 25.

¹² Vid. DAHL, T.S., *El Derecho de la Mujer*, Vindicación Feminista, 1991, p. 83.

ria. Faltan, pues, en la Constitución previsiones específicas para asegurar la igualdad de mujeres y hombres; una decidida apuesta por una regulación que reconozca la singularidad de la desigualdad entre unas y otros y que, sin perjuicio del reconocimiento y tutela debida a otros colectivos, hubiera apostado por medidas diferenciadas para erradicar la desigualdad específica de mujeres y hombres. Con todo, la Constitución ha permitido al legislador, estatal y autonómico, y a los tribunales, especialmente, al Tribunal Constitucional, apoyar los cambios necesarios. Junto a ello, el ingreso de España en la hoy Unión Europea, la recepción de las normas europeas sobre igualdad de mujeres y hombres y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en otra medida y con otro alcance, también de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han afianzado las conquistas. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género vino a completar una legislación penal insuficiente; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres han desarrollado la regulación constitucional, especialmente desplegando la potencialidad de la igualdad real y efectiva contemplada en el artículo 9.2 CE. A estas normas se les han unido una nutrida legislación autonómica y, como ya se dijo, también europea.

Tras la aprobación de la Constitución, las décadas de los ochenta y los noventa son esenciales para la teoría feminista que avanza en extensión y en profundidad. En extensión en cuánto relacionan y amplían su conocimiento con aportaciones decisivas para su teoría en modelos contrastados de situaciones comparadas, y en profundidad, porque llegan a conclusiones que son exportables a otros campos científicos como la filosofía, la sociología o el derecho donde el feminismo comienza a obtener el respeto de la comunidad científica que debe aceptar estudios rigurosos y basados en datos homologables a cualquier otra investigación en sus respectivas áreas¹³. La sociedad percibe que debe estar preparada para mujeres y hombres iguales tanto en derechos como en reales condiciones de vida.

Con todo, el feminismo tiene ante sí grandes retos como la construcción de la mujer como sujeto, especialmente, como sujeto de sus derechos y la de apoyar una teoría feminista del Estado. En ambos casos, el Derecho está siendo un soporte inestimable para el feminismo. Las leyes determinan un antes y

¹³ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *El feminismo del siglo XXI. Del #Metoo al movimiento queer*, Huso Editorial, Madrid, 2021, p. 24-26.

un después en una situación social, y para las mujeres la juridificación de sus derechos ha determinado un hito irreversible. Pero en ocasiones las leyes no logran pacificar los conflictos políticos y sociales y son los tribunales y, como máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional quien decide la interpretación final que debe tener un conflicto concreto. A partir de entonces, siguen siendo posibles opiniones divergentes sobre el asunto, pero los efectos jurídicos serán los determinados en la sentencia que, en el caso del Tribunal Constitucional, adquieren el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente a su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas (art. 164 CE). Sin perjuicio de lo anterior, el citado artículo 164 CE reconoce la facultad a magistradas y magistrados del Alto Tribunal a disentir de la mayoría y, en consecuencia, a emitir un voto particular, opción en la que, como veremos, se ha apoyado la magistrada Balaguer para emitir su opinión sobre la interpretación¹⁴ de casos concretos.

2. LA FUNCIÓN DEL VOTO PARTICULAR EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En un sistema de jurisdicción concentrada como el adoptado en la Constitución de 1978, la función interpretativa del Tribunal Constitucional resulta esencial para la seguridad jurídica y la efectividad del ordenamiento. Como se ha señalado el artículo 164 CE reconoce la posibilidad de que las magistradas y los magistrados integrantes del Tribunal Constitucional emitan un voto particular al establecer que los votos particulares, si los hubiere, se publican junto con la sentencia en el Boletín Oficial del Estado. El artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) se refiere con algo más de detalle al voto particular al señalar que el presidente y el resto de miembros del Tribunal «podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación» y que dichos votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el «Boletín Oficial del Estado». La redacción del artículo 90.2 LOTC permite, pues, a magistradas y magistrados emitir votos disidentes con el fallo, voto discrepante, con parte o toda la argumentación, o voto particular concurrente, posibilidad de la que ha hecho uso la magistrada Balaguer como más adelante se detalla.

¹⁴ Puede verse, BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico*, CEPC/BOE, Madrid, 2022.

La publicidad de los votos particulares de los órganos judiciales no ha sido una constante en nuestro ordenamiento pero sí fue reconocida en el artículo 41.3 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República, como una forma de superar las deliberaciones y acuerdos reservados y de ofrecer una mayor transparencia a los trabajos de estos órganos colegiados a la vez que se permitía a los miembros disidentes manifestar que se apartaban de la decisión adoptada por la mayoría y de exponer sus argumentos jurídicos. Sin embargo, se ha señalado igualmente cómo la polarización puede dañar los posibles efectos beneficiosos de dicha publicidad y mostrar la existencia interna de bloques políticos¹⁵. En el plano teórico, la discusión se ha centrado en conocer si «el llamado *dissent* contribuye positivamente al funcionamiento del control jurisdiccional de constitucionalidad» y en este sentido se han formulado tanto opiniones a favor como en contra¹⁶. La posibilidad de emitir un voto particular no impide la resolución del caso, pues la sentencia surte sus efectos se adopte por unanimidad o por mayoría. Incluso más, una sentencia unánime puede tener votos particulares *concurrentes* (*concurring opinion*) que, como hemos señalado, no discrepan del fallo, pero sí de la argumentación, en todo o en parte. El voto particular es un derecho del juzgador al que se le reconoce la posibilidad de difundir su posición discrepante ante un caso concreto. Sin duda, esta posibilidad representa el reconocimiento del valor de la interpretación de cada miembro del tribunal frente a quienes consideran que lo único jurídicamente relevante es la decisión del órgano colegiado que pone fin al litigio a través de la sentencia. Así se considera en el ordenamiento italiano, en el francés o en el austriaco donde no se reconoce a los miembros de los respectivos tribunales la posibilidad de emitir votos particulares¹⁷. Por el contrario, Estados Unidos y Alemania son, respectivamente, la cuna del voto particular en América y en Europa¹⁸.

¹⁵ CASCAJO CASTRO, J. L., «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, p. 174, y CAMONI RODRÍGUEZ, D., «Teoría, práctica y debate sobre el voto particular en España e Italia», *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, N.º 3 (extra) 2023, p. 56.

¹⁶ Puede verse una exposición de opiniones doctrinales, entre otros, en CASCAJO CASTRO, J. L., «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, p. 176-178.

¹⁷ En realidad, apenas once países del Consejo de Europa rechazan la posibilidad del voto particular en la jurisdicción constitucional: Andorra, Austria, Bélgica, Francia, Irlanda, para el control de constitucionalidad, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, San Marino y Suiza). *Cfr.* CAMONI RODRÍGUEZ, D., «Teoría, práctica y debate sobre el voto particular en España e Italia», *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, N.º 3 (extra) 2023, p. 52.

¹⁸ *Idem*, p. 54.

Estimo que el principal valor del voto particular en los ordenamientos en los que se reconoce esta posibilidad es la de contrastar interpretaciones jurídicas de los miembros de un órgano colegiado. Por tanto, cuando el voto es insustancial, deviene en irrelevante en este sentido; cuando, por el contrario, muestra un camino interpretativo distinto del acogido por la sentencia, lleve o no a disentir también del fallo, aporta un conocimiento jurídico relevante, se esté o no de acuerdo con la argumentación que sostiene el voto. De otra parte, el estudio de los votos particulares durante un determinado periodo de tiempo permite «hacer balance de por donde discurre la tensión permanente entre el Derecho constitucional y la realidad»¹⁹ y también de cómo la interpretación constitucional puede mejorar y depurar el ordenamiento.

Desde los inicios de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional se puso de manifiesto la importancia de la interpretación en materia de derechos fundamentales. Hoy, más de cuatro décadas después, dicha importancia no solo no ha desaparecido, sino que se ha consolidado. La interpretación de los derechos debe ir unida a la realidad de una sociedad democrática que evoluciona de manera permanente²⁰. La aparición de nuevos derechos y la redefinición del contenido esencial de otros confirma la necesidad de, en los estrictos márgenes constitucionales, interpretar los derechos con el inicial criterio del Tribunal español todavía vigente: máxima extensión de la libertad, máxima restricción de los límites. Esta premisa se aprecia en los votos particulares de la magistrada María Luisa Balaguer que más adelante se analizan.

La propia magistrada Balaguer Callejón explica el significado actual del voto particular, que, como ya se ha dicho, puede «discrepar tanto del fallo como de la argumentación del pronunciamiento a que se opone»²¹. En ambos casos, el voto muestra la «existencia de una diferencia de criterio en el Tribunal que resulta notable e insalvable, razón por la que no ha podido ser superada con la deliberación del texto finalmente aprobado por la mayoría. Ni uno ni otro tipo de voto particular hacen perder eficacia al fallo, ni desmerecen su rigor», pero –con cita de Francisco Tomas y Valiente– la magistrada Balaguer sigue afirmando que, tanto el voto discrepante como el concurrente, representan «una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas»²² y muestran a la ciudadanía que, respecto de un tema concreto, existen diferentes soluciones jurídicas posibles y visiones técnicas igualmente válidas.

¹⁹ CÁMARA VILLAR, G., *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español: 1981-1991*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 10.

²⁰ *Idem*, p. 23.

²¹ Voto particular a la STC 106/2022, de 13 de septiembre.

²² Voto particular a la STC 106/2022, de 13 de septiembre.

La función propedéutica de la jurisprudencia es también objeto de defensa por la magistrada Balaguer. Así, en su voto particular a la STC 68/2024, de 23 de abril²³, reprocha al Pleno del Tribunal no haber abordado el asunto de fondo en la sentencia de referencia desde la «imprescindible función propedéutica de la jurisprudencia constitucional²⁴, por la necesidad de «mostrar a la sociedad, de forma clara y didáctica, qué tipo de razonamientos y valores son coherentes con el texto de la Constitución, que debe ir adecuándose por vía interpretativa a la realidad y circunstancias concretas del momento en que la exegesis se produce». La necesidad de hacer accesible la interpretación jurídico-constitucional a la ciudadanía es tanto más necesaria con relación a asuntos «especialmente complejos y esencialmente trascendentes para la consolidación de una democracia avanzada y sostenible» como es el caso de la protección del medio ambiente y la responsabilidad de asegurar los derechos fundamentales de las generaciones futuras. Por ello, ante una degradación ambiental progresiva (en este caso, del litoral español), los pronunciamientos del Tribunal Constitucional –afirma la magistrada Balaguer– no pueden dar lugar a duda alguna sobre el «compromiso con la preservación del medio ambiente en defensa de los derechos básicos de las generaciones futuras, incluso aunque ese compromiso pueda entenderse en detrimento de la capacidad de autogobierno de las Comunidades Autónomas en la gestión de un litoral que no es exclusivamente suyo, sino del conjunto de la ciudadanía del Estado».

Esta tesis, el voto particular como discrepancia técnico-jurídica y como vehículo de comunicación a la ciudadanía de interpretaciones del ordenamiento alternativas a las adoptadas por la mayoría del Tribunal Constitucional, se aprecia nítidamente en los votos particulares de la magistrada María Luisa Balaguer, en los citados y en los que a continuación se analizan.

3. LOS VOTOS PARTICULARES DE LA MAGISTRADA MARÍA LUISA BALAGUER EN MATERIA DE DERECHOS DE LAS MUJERES: SELECCIÓN

Desde el de 2017, fecha en la que la magistrada María Luisa Balaguer asumió sus responsabilidades en el Tribunal Constitucional español ha emitido

²³ STC 68/2024, de 23 de abril de 2024. Recurso de inconstitucionalidad 6521-2023. Interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de la Ley del Parlamento de Galicia 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia.

²⁴ Cuestión que ya fue objeto de atención por la magistrada Balaguer en su previo voto particular a la STC 168/2021, de 5 de octubre.

147 votos particulares²⁵, 18 a autos y 129 a sentencias, que abordan diferentes materias. Para cumplir con el objeto de estas páginas²⁶, rendir tributo a su labor jurisdiccional como magistrada del Tribunal Constitucional y, a través de ello, a toda una trayectoria profesional dedicada al Derecho, pero muy principalmente a los derechos de las mujeres, hemos seleccionado una mínima parte de los votos emitidos por la magistrada Balaguer, aun sabiendo que otros muchos podrían ser incluidos en esta selección. Por ello en estas páginas nos referimos exclusivamente a diez votos particulares, uno más por remisión y los citados en los epígrafes anteriores. De los analizados de manera específica, cronológicamente, el primero es el voto particular a la STC 31/2018, de 10 de abril y el último a la STC 89/2024, de 5 de junio. El punto de encuentro entre todos ellos es la relación directa con la igualdad y los derechos de las mujeres. Llevamos a cabo este análisis a través de seis ámbitos conceptuales, uno de ellos desdoblado en dos conceptos más específicos: igualdad y exigencia de ley orgánica; perspectiva de género como criterio interpretativo; sexo y género; mujer y maternidad (subdividido en parto fuera de dependencias sanitarias e interrupción voluntaria del embarazo), maternidad subrogada y educación diferenciada por sexos.

Es igualmente necesario precisar que los votos particulares de la magistrada Balaguer generalmente se refieren a diferentes motivos de impugnación sobre los que emite su parecer. En estas páginas, los comentarios sobre el contenido de los votos se circunscriben necesariamente al ámbito conceptual de cada apartado, aun sabiendo que con ello limitamos el análisis y, por tanto, el conocimiento de la posición de la autora sobre otros varios aspectos.

3.1 Igualdad y exigencia de ley orgánica

El primero de los conceptos que abordamos es el que se refiere al tipo normativo aplicable al desarrollo del artículo 14 CE, igualdad y no discriminación. Hemos seleccionado el voto particular de la magistrada Balaguer a la STC 89/2024, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 6706-2022, interpuesto por el grupo parlamentario Vox en el Congreso, en relación con diversos preceptos de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que fue desestimado íntegramente por el Pleno del Tribunal. En su voto particular concurrente, la magistrada Balaguer discrepa de

²⁵ El dato al 17 de noviembre de 2024.

²⁶ También razones de extensión nos obligan a acotar la materia objeto de análisis.

la argumentación de la sentencia en lo referente al tipo normativo que debe aplicarse cuando está implicado el principio antidiscriminatorio del artículo 14 CE. El voto particular hace notar que la sentencia aprobada por el Pleno no formula ninguna consideración general sobre la doctrina relativa a la exclusión del artículo 14 CE de la garantía normativa de la reserva de ley orgánica, asumiendo que la ley ordinaria es suficiente para desarrollar el principio antidiscriminatorio y el derecho a la igualdad, cuando –defiende la magistrada Balaguer– debería haberse planteado una reflexión sobre la necesidad de revisar o no la jurisprudencia contenida en la STC 76/1983, de 5 de agosto, que resolvía el recurso previo de inconstitucionalidad contra al Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) y cuyo fallo declaró que dicho Proyecto no podía promulgarse como Ley orgánica (FJ2)²⁷.

No desconoce la magistrada Balaguer que el Tribunal no puede alterar los términos del debate procesal establecidos en la demanda, pero considera que sí está obligado a «definir adecuadamente el parámetro de control aplicable a la solución de la controversia sometida a su juicio» y esa obligación puede incluir, si es al caso, la revisión de la jurisprudencia previa en que se basa la demanda. En este caso, la magistrada Balaguer defendió que la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE), esencialmente formalista y basada en los trabajos constituyentes, había perdido validez y por tanto las bases sobre las que se construyó el juicio de constitucionalidad en la STC 89/2024 eran inapropiadas y debieron ser revisadas por el Tribunal Constitucional. El Tribunal afirmó, pues, que el artículo 14 CE no se incluye entre los derechos fundamentales por no encontrarse dentro de la sección primera, del capítulo II, del título I, rubricado «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y, por ello, no le corresponde la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) que se refiere expresamente al desarrollo de los «derechos fundamentales y las libertades públicas».

²⁷ Recordemos que en esta sentencia el Tribunal Constitucional, afirmó que la «equiparación entre las materias que pueden ser objeto de recurso de amparo y las que han de ser reguladas por Ley orgánica no resulta constitucionalmente defendible». Y añadió que esta exclusión estaba justificada porque «la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general». De ello deduce el Tribunal que «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales a que se refiere el mencionado artículo 149.1. 1.ª de la Constitución (artículo implicado en la sentencia de referencia) podrá tener carácter orgánico, pero no por su referencia a la igualdad, sino por la materia objeto de regulación, que puede coincidir con los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 81.1 de la misma. En este sentido, el Proyecto de LOAPA tendría carácter orgánico tan sólo en la medida en que se pretendiera garantizar en él tal igualdad en relación con algún derecho fundamental concreto.

Aboga, sin embargo, la magistrada Balaguer por una modificación del «paradigma interpretativo del art. 14 CE», así como por la flexibilización de la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad de trato para «huir del parámetro rígido marcado por la dimensión relacional del derecho a la igualdad». Una interpretación –sigue afirmando– sistemática de la reserva de ley orgánica, esencialmente nominalista, que obvia tanto la finalidad de la ley orgánica como la naturaleza actual del derecho fundamental a la igualdad de trato, que es el objeto de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación sometida al control del Tribunal en esta sentencia.

La adaptación de la interpretación constitucional a la evolución del Derecho y de la propia sociedad se muestran en este voto particular en el que la magistrada Balaguer afirma que, tras más de cuatro décadas de vigencia de la Constitución, no puede seguir afirmándose «como se dijo en 1983, que la igualdad no constituye un derecho subjetivo autónomo». La igualdad constituye –sigue afirmando– «un derecho fundamental que, además se ha desarrollado principalmente en la jurisprudencia constitucional. Y por eso mismo la jurisprudencia constitucional debe ser revisada para asumir una posición coherente y sistemática respecto de la aproximación al derecho fundamental a la igualdad de trato».

3.2 Perspectiva de género como criterio interpretativo

Como se ha señalado, el feminismo jurídico encierra una gran potencialidad para interpretar el Derecho de manera rigurosa, pero acorde con unas exigencias de la igualdad de mujeres y hombres que permitan transformar la sociedad y tutelar los derechos de unas y otros en términos de igualdad real y efectiva. Una de las herramientas para canalizar ese feminismo jurídico es la integración de la perspectiva de género en las resoluciones jurisprudenciales como método interpretativo. Así lo defiende la magistrada Balaguer en su voto particular a la STC 48/2024, de 8 de abril, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por una profesora que había denunciado al Decano de su Facultad imputándole la comisión de hechos que podían ser constitutivos de delitos relacionados con la violencia de género. Aunque el denunciado fue condenado por un juzgado de lo penal de Sevilla, se le aplicó la atenuante de dilaciones indebidas y, en apelación, la Audiencia Provincial de Sevilla elevó la consideración de esta atenuante a la condición de muy cualificada. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado apreciando que la recurrente había sufrido discriminación por razón de sexo al desconocer las resoluciones previas

que los abusos sexuales forman parte de los delitos relacionados con la violencia de género.

La magistrada Balaguer emite un voto particular concurrente en el que considera que la perspectiva de género debe aplicarse en el proceso penal con más extensión que la incluida en la sentencia, apenas un párrafo –dice la magistrada Balaguer– que no logra recoger las atinadas alegaciones del Ministerio Fiscal sobre este punto. Afirma la magistrada que «la perspectiva de género es un método de interpretación de un conflicto jurídico a través de un análisis que tenga como referencia a las mujeres en un juicio en el que el hecho de ser mujer es determinante y, por tanto, no cabe acudir a la supuesta neutralidad del Derecho». Pero esta tesis, además, deriva de la propia Constitución, de sus artículos 14 y 9.2 –sigue afirmando la magistrada– y han sido desarrollados en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo artículo 4 impone la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

No olvida la magistrada Balaguer el apoyo que, a efectos interpretativos, tiene el artículo 10.2 CE tomando como parámetro los convenios y tratados ratificados por España, como lo son, entre otros, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

La necesidad de integrar la perspectiva de género en la interpretación en casos, como el comentado, dice la magistrada Balaguer, que se refieren a la violencia sexual contra la mujer, implica que los «juzgadores sean conscientes de que están en un contexto delictivo en que las mujeres son las víctimas propiciatorias porque las conductas penadas se llevan a cabo por hombres que se prevalecen de su posición de poder, privilegio o superioridad». En el análisis de estos casos de evitarse una falsa neutralidad que solo agravará las consecuencias negativas para la víctima, consecuencias negativas que afectan a todos los aspectos de su vida. Por ello –continúa afirmando la magistrada Balaguer en su voto particular– interpretar y aplicar la norma con perspectiva de género es reconocer la plenitud de los derechos de las mujeres a desarrollar su personalidad de forma autónoma, en libertad y exenta de violencia.

Reprocha la magistrada la respuesta del Tribunal Constitucional que, aun amparando a la recurrente, debería haber argumentado en forma distinta. En concreto, se aboga por que, contra la afirmación del Ministerio Fiscal, asumida por la sentencia, de la falta de desarrollo sobre la vulneración del artículo 15 CE en la demanda, se debió apreciar la afectación de la integridad física y moral de la recurrente, afectación que no fue reconocida por la Audiencia Pro-

vincial que negó la existencia de un delito autónomo de lesiones psicológicas, decisión en la que cabe apreciar –dice la magistrada– «un sesgo de género que discriminó a la recurrente».

Termina el voto particular atribuyendo nuevamente a la Audiencia Provincial un sesgo de género en la valoración del caso al atribuir, en parte, a la propia recurrente las dilaciones indebidas que se dieron en el procedimiento por considerar que tardó demasiado tiempo en denunciar los hechos. La magistrada Balaguer entiende que este sesgo sexista nunca debió ser obviado en la causa y que, por tanto, debió tener reconocimiento expreso por el Tribunal en su sentencia.

Lo relevante de este voto particular es, pues, la defensa que la magistrada Balaguer hace de la perspectiva de género como una verdadera herramienta en el proceso interpretativo que coadyuva a que el órgano juzgador emita una sentencia justa.

3.3 Sexo y género

De entre los votos particulares seleccionados, figura el emitido a la STC 44/2024, de 12 de marzo que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, que estimó parcialmente el recurso presentado. En lo que a estas páginas interesa, debe destacarse la posición de la magistrada Balaguer, que, en su voto particular concurrente, reprocha al Tribunal haber adoptado un enfoque estrictamente formal en una materia tan sensible como la de «determinar cuál es el ámbito subjetivo de las violencias machistas» lo que requiere necesariamente «identificar al sujeto político al que se dirige la norma impugnada y que, en general, dada su centralidad, debería estar definido en una ley estatal para evitar la desigualdad en diferentes regulaciones de leyes autonómicas».

La sentencia resuelve el caso con un enfoque exclusivamente competencial, lo cual –afirma la magistrada Balaguer– no hubiera impedido incluir también un muy necesario enfoque material, para la determinación del sujeto político al que se dirigen las políticas contenidas en la Ley. La Ley recurrida modifica el ámbito subjetivo de la prevención, asistencia, protección y demás políticas de género en Cataluña, al afirmar que «[a] tales efectos, la ley establece una serie de medidas generales que han de orientar la actuación de las administraciones públicas catalanas; medidas de prevención, detección y sen-

sibilización, así como de asistencia, protección y recuperación integral de la *víctima*» (cursiva añadida). Se admite así, un cambio, haya sido o no consciente el legislador autonómico, en el alcance del concepto de víctimas de las violencias machistas que son, en la Ley catalana, las mujeres, las mujeres transexuales y las mujeres transgénero. Por tanto, ha sido una ley autonómica la que ha redefinido el sujeto al que van dirigidas las políticas de prevención de la violencia machista y de la protección y tutela frente a la misma, aumentándolo y asumiendo una conceptualización de mujer como sujeto político y de personas trans (tanto sexual como género) muy controvertida, respecto de la que el Tribunal Constitucional todavía no se ha pronunciado, puesto que el recurso interpuesto contra la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, está todavía pendiente²⁸. Mantiene la magistrada Balaguer que, para la protección de nuevos derechos de colectivos discriminados, no es necesario asumir la redefinición o re-etiquetaje del sujeto político mujer.

De otra parte, señala también el voto particular que la sentencia no distingue correctamente los conceptos de violencia de género y violencias machistas al afirmar que «no se produce una ampliación del sujeto pasivo de la violencia de género desde la perspectiva de la LOVG»²⁹, obviando que el concepto de violencias machistas no se corresponde taxativamente con el de violencia de género, por lo que aunque no se produzca «un cambio sobre dicho concepto, sí que se produce en Catalunya, respecto de las políticas de género que ejerza la Generalitat, una alteración del resto de violencias machistas que, por propia definición, son todas aquellas ejercidas por hombres motivadas por su supuesta posición de dominación respecto de las mujeres». Siendo esto así, el resultado es que, «en un mismo Estado, conviven diferentes conceptos de víctimas de las violencias machistas cuando la protección frente a este tipo de violencias debe tener un mismo sujeto de tutela, igual que tiene un mismo sujeto activo y una misma motivación».

Concluye el voto particular que, dado que están pendientes de resolución recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (que también reconfigura el sujeto político mujer), y contra la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (que redefine el concepto de consentimiento), «hubiera sido más adecuado

²⁸ Referencia temporal al 30 de noviembre de 2024.

²⁹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

abordar en la presente sentencia las cuestiones sustantivas sobre las que se construyen las políticas de género, para después determinar su distribución entre Generalitat y Estado, y no al revés». En conclusión, estima la magistrada Balaguer que «hubiera sido más respetuoso con los derechos y libertades de todas las personas afectadas por la Ley 17/2020 y también con un reparto competencial en políticas de género más riguroso, que se hubiera llevado a cabo un estudio previo de una cuestión central como es la determinación de cuál es el sujeto político de este tipo de políticas públicas y el sentido y alcance de la violencia machista», motivos que avalan la emisión de su voto particular.

3.4 Mujer y maternidad

3.4.1 PARTO FUERA DE DEPENDENCIAS SANITARIAS

Las sentencias y autos del Tribunal Constitucional que tienen relación con la maternidad son muy abundantes y abordan problemas de muy diferente alcance. Entre ellas, citaremos dos que responden a sendos recursos del amparo de la misma mujer, por dos diferentes motivos: una por las resoluciones judiciales que autorizaron su ingreso obligatorio en el Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA) que fue resuelto por la STC 66/2022, de 2 de junio, que desestimó en su totalidad las peticiones de la recurrente y otra por las actuaciones médicas recibida durante su ingreso hospitalario, recurso que se resolvió por la STC 11/2023, de 11 de febrero.

La recurrente acudió al HUCA para realizar un control de bienestar fetal, por haber sobrepasado el embarazo las cuarenta y dos semanas de gestación. En dicha consulta se indica a la mujer que, tras las pruebas realizadas, se requiere terminación del embarazo por gestación prolongada, dado el incremento del riesgo de hipoxia fetal y muerte fetal intraútero a partir de la 42.^a semana de gestación. La recurrente, que había decidido que el parto se produjera en su domicilio particular a cuyo fin había dispuesto la asistencia de una comadrona llegado el momento, pide los informes médicos, pero no vuelve a consulta. Los responsables sanitarios dieron traslado al Juzgado de Instrucción de Oviedo, que, con audiencia del Ministerio Fiscal (el voto particular de la magistrada Balaguer señala la importancia de que en estos casos también sea oída la propia interesada), consideró aplicable al caso el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como los arts. 29 y 158 del Código Civil (CC) y decretó el ingreso hospitalario no

voluntario de la recurrente donde finalmente se produjo el parto. La resolución que decretó el ingreso hospitalario no voluntario fue confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial.

La recurrente alegó vulneración de sus derechos fundamentales en relación con su decisión de que el parto se realizara en su domicilio particular, en concreto, vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), a la integridad física y moral, a no padecer penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), a la libertad ideológica (art. 16 CE), y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

En ambas sentencias el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado por la mujer gestante, ponderando los derechos de la mujer y el bien constitucionalmente protegido que representa la vida del *nasciturus*. Consideró el Tribunal que la limitación del derecho de la madre a decidir el lugar del alumbramiento, que puede incardinarse en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar, fue objeto de una limitación proporcionada, inspirada por la finalidad de salvaguardar un bien constitucionalmente protegido como es la vida y salud del *nasciturus*. Tampoco existió –dice el Tribunal– vulneración del derecho a la tutela judicial, en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada, dado que el auto impugnado, que ordenó el ingreso hospitalario no voluntario, justificó la necesidad de la medida y delimitó el fin legítimo cuya consecución se proponía –la protección del *nasciturus*– dando prevalencia a la protección de la vida del futuro bebé sobre el deseo de la madre de dar a luz en su domicilio (STC 11/2023).

1. En su voto particular concurrente a la STC 66/2022, la magistrada Balaguer, entiende que la decisión de ingreso hospitalario no voluntario se decidió por el Juzgador ante una situación de urgencia, pero sin suficiente cobertura jurídica, aspecto que el Tribunal Constitucional valida pero que, a juicio de la magistrada Balaguer «plantea un riesgo que no es deseable en situaciones iguales o semejantes a la aquí enjuiciada: en cada caso, la gestante se va a ver sometida al criterio del órgano judicial en cuanto a la determinación de las normas que puedan prestar cobertura legal a una decisión similar a la que en este caso se adoptó, pudiéndose producir respuestas muy dispares que originen una indeseable quiebra del principio de seguridad jurídica». Recuerda que en nuestro país no hay una normativa que prohíba expresamente que un parto pueda tener lugar en el domicilio, pero tampoco existe un marco jurídico ni una cobertura médica nacional para ello. Por tanto, defiende que el legislador aborde la regulación de situaciones como la producida en este caso, «de modo que las gestantes puedan tener la imprescindible seguridad jurídica y la

necesaria previsibilidad en cuanto a las reacciones que puedan producirse por parte de los poderes públicos frente a las decisiones que adopten libremente en cuanto al proceso de su embarazo y alumbramiento».

El voto particular trata de otro aspecto de relevancia como es el de la legitimación para interponer el recurso de amparo que, en este caso fue presentado por la mujer gestante, por su pareja y ambos en representación de la nacida. La magistrada Balaguer señala la certera respuesta del Tribunal Constitucional reconociendo dicha legitimación a la gestante y negándosela a su pareja y a su hija. Señala el voto particular la relevancia de esta decisión del Tribunal, no solo desde la perspectiva procesal, «sino por las connotaciones sustantivas que tiene en cuanto a la titularidad exclusiva sobre los derechos fundamentales que se han visto afectados en un supuesto como este». Ha de tutelarse —se afirma en el voto particular— «el derecho de la mujer a su propio cuerpo sin mayores injerencias de terceros, aunque se tratara de su pareja y futuro padre de la persona que nació y cualquiera que sea el grado de vinculación». La sentencia aporta criterios claros con relación a que «el embarazo y parto deben entenderse vinculados a la vida privada de la mujer y al derecho a su intimidad personal (art. 18.1 CE), y a su integridad física (art. 15 CE), en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida».

Además, la magistrada Balaguer destaca en su voto la importancia de que el Tribunal Constitucional reconozca a la mujer gestante la «posibilidad de que pueda optar por dar a luz fuera del centro hospitalario, incluso en su propio domicilio, como había decidido la actora en este caso», aunque debe señalarse que Sistema Nacional de Salud solo contempla la prestación de estos servicios sanitarios en centros públicos propios o concertados, pero no en los domicilios particulares. Opción del legislador que «revela una política de incentivo del parto en el hospital, dirigida a proteger la seguridad y la salud de la madre y del hijo o de la hija durante y después del alumbramiento». Con cita en la jurisprudencia del TEDH, el cual ha afirmado que «el derecho de elegir este modo de parto no es nunca absoluto y se encuentra siempre subordinado al respeto de ciertas condiciones médicas» (*Dubská y Krejzová c. República Checa*), la magistrada Balaguer apunta a la conveniencia de indagar sobre los riesgos respectivos del parto en el hospital y del parto en el domicilio, cuestión que, desde luego, afecta a cuestiones sanitarias, pero también de política social y económica.

Insiste en su voto particular la magistrada Balaguer que, ante una situación clínicamente de riesgo, debe haber «una legislación estatal que permita esa posibilidad y regule detalladamente las condiciones para que pueda tener

lugar el parto en el domicilio. No habiendo una normativa legal que la prevea, ni existiendo un marco de requisitos técnico-sanitarios que deban cumplirse en un acto sanitario tan sumamente delicado, si la mujer gestante, por su sola voluntad decide situarse al margen del sistema de la «medicina oficial» por el que hasta ahora se ha decantado el Estado, y dar a luz en su domicilio, poniendo en riesgo tanto su salud como la del *nasciturus*, el sistema público en el que está inserta no puede adoptar una actitud pasiva, sino que debe seguir funcionando, como ocurrió en este caso, en el que se autorizó el ingreso hospitalario no voluntario. Recuerda la magistrada que la valoración del riesgo fue acertada porque la mujer gestante requirió finalmente una cesárea, cirugía que habría sido inatendible en el domicilio. Debe recordarse que, ante las circunstancias clínicas, la mujer gestante finalmente aceptó la atención médica del sistema público, sin oponer obstáculo alguno a ello, aunque, a posteriori, interpuso los dos recursos de amparo que comentamos.

Con todo, la magistrada afirma que el Estado no puede ignorar el hecho de que hay mujeres que deciden dar a luz en su domicilio, por lo que resulta aconsejable que, «por razones de seguridad jurídica y de seguridad sanitaria, se pueda regular esta situación, estableciendo las condiciones precisas para que pueda llevarse a cabo el alumbramiento en lugares distintos de los centros hospitalarios, especialmente teniendo en cuenta no solo los riesgos que pueden producirse ante partos en los que surjan complicaciones, sino, además, las responsabilidades, en las que, como la experiencia nos demuestra, podrían incurrir tanto los sanitarios que atendieran a las gestantes en el parto domiciliario como incluso los propios progenitores».

2. En el voto particular a la STC 11/2023 (que, como se dijo, resuelve las quejas sobre el servicio sanitario recibido), la magistrada Balaguer discrepa de la decisión del Pleno de enjuiciar separadamente los dos recursos de amparo presentados por la recurrente y que tal decisión no puede ignorar la situación excepcional que condiciona la prestación de ese servicio sanitario al que la recurrente en amparo asocia la provocación de daños en su integridad física y moral. A los efectos de los derechos de la mujer, la magistrada Balaguer entiende que la citada STC 11/2023 debió incluir en el enjuiciamiento el concepto de violencia obstétrica, su alcance y su conexión con la prohibición de sufrir tratos degradantes o tratos que menoscaben la integridad física y moral por resultar relevante para concluir si existía o no vulneración del artículo 14 CE. Sigue afirmando la magistrada que para el análisis y evaluación sobre si los hechos denunciados son constitutivos de una situación de violencia obstétrica, era requisito *sine qua non* para apreciar, en su caso, el menoscabo del

artículo 15 CE, en su vertiente de garantía de la integridad física y moral, que a su vez conecta con el derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo.

En consecuencia, la magistrada Balaguer entiende que «una argumentación respetuosa con un modelo de interpretación constitucional con perspectiva feminista hubiera debido partir del análisis de la noción de violencia obstétrica y ginecológica, para analizar si en este caso concurría o no una situación identificable como tal y, en caso de respuesta positiva, concluir con el reconocimiento de la lesión del artículo 14 CE, en conexión con el artículo 15 CE».

Termina su voto particular la magistrada Balaguer insistiendo –como ya hizo en el voto particular a la STC 66/2022, en la especial significación que tiene la protección de la autonomía de la mujer en el proceso del embarazo y el parto por las implicaciones que tienen en su vida. La libre decisión de la mujer debe presidir el proceso de gestación y el del parto, dentro de las opciones clínicas disponibles y habiendo recibido la información adecuada.

3.4.2 INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

La STC 44/2023, de 9 de mayo, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, casi trece años antes, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La magistrada Balaguer emitió un voto particular concurrente a esta sentencia en el que defiende la legitimidad de la jurisdicción constitucional «para construir contenidos constitucionales sin que ello suponga usurpar las funciones del legislador o del constituyente» en un contexto de evolución social y ausencia de reformas de la Constitución. Señala así la relevancia de la «evolución y presencia del feminismo en la esfera pública y las transformaciones que el mismo ha impulsado en la definición de las políticas públicas y de la acción de un legislador conformado hoy de forma paritaria de acuerdo con las previsiones de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres».

Así, el voto particular se refiere, como cuestión previa, a los conceptos de interpretación evolutiva e interpretación constructiva. Afirma la magistrada Balaguer que en sus sentencias el Tribunal suele indicar el canon interpretativo empleado para resolver el caso, pero no suele calificar la adscripción dogmática de ese canon (excepcional y parcialmente sí lo hizo en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio de personas del mismo sexo), con relación a la interpretación evolutiva. Entiende la magistrada Balaguer que en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo se requiere no tanto una inter-

pretación evolutiva sino una interpretación constructiva que, aun poco frecuente, queda dentro de las facultades reconocidas al Tribunal Constitucional y que podría superar el standard internacional que, en materia de interrupción voluntaria del embarazo, es de muy diverso alcance.

La sentencia –recuerda la magistrada Balaguer– resuelve el recurso de inconstitucionalidad desde un planteamiento de conflicto de intereses, entre los derechos de la mujer a interrumpir el embarazo y de limitación de ese derecho en determinadas circunstancias para asegurar la defensa de la vida prenatal entendida como bien constitucionalmente protegido. La STC 44/2023 avanza sobre interpretaciones anteriores al considerar que «los intereses o derechos de la mujer a decidir sobre la continuidad del embarazo se encuentran en una posición constitucionalmente reconocible, lo mismo que los intereses radicados en la preservación de la vida prenatal». Sin embargo, la magistrada Balaguer plantea un paso más, al considerar que no hay derechos constitucionales en conflicto, «en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de esta, su dignidad (art. 10.1 CE), su integridad física y moral (art. 15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art. 18 CE), y su salud sexual y reproductiva (art. 43 CE), los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en tanto que la mujer es titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución».

Conforme a lo anterior, la magistrada entiende que la «proclamación de la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido puede y debe ser reconsiderada, por cuanto se trata de una formulación jurisprudencial perfectamente revisable». No niega el voto particular que el *nasciturus* pueda ser considerado como un bien jurídico digno de protección penal, pero argumenta que puede cuestionarse la cobertura constitucional de su protección, de modo que sea la libre disposición de la mujer embarazada el eje constitucional que marque la argumentación relativa al diseño legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

En base a lo anterior, el voto particular afirma que, un planteamiento laico de este tema debe situar la libertad de la mujer para decidir sobre la interrupción del proceso biológico que es el embarazo, y que se desarrolla en su propio cuerpo, en el centro, reconociéndolas como «sujetos responsables, capaces de decidir de forma racional sobre los efectos de su sexualidad y su capacidad reproductiva» y ello supone reconocer que a) la dignidad de la mujer (art. 10 CE) no está exclusivamente asociada, ni esencialmente unida a su capacidad de ser madre; b) el principio de igualdad (arts. 1 y 14 CE) se proyecta sobre el reconocimiento de la facultad de las mujeres de decidir sobre los procesos biológicos que tienen lugar en su propio cuerpo, en particular sobre

aquellos que pueden afectarles única y exclusivamente a ellas; c) el artículo 17 CE proclama el derecho de toda persona a la libertad, y esta proclamación no debe quedar reducida al reconocimiento de la libertad deambulatoria o la interdicción de privación de libertad física; d) si bien el embarazo es un proceso biológico, la maternidad o paternidad son procesos psicológicos, culturales y sociales, que pueden estar asociados o no al embarazo, proceso que puede vincularse al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE, en conexión con el art. 8 CEDH); y e) dentro de la noción de protección de la salud (art. 43 CE) queda incluida la salud sexual y reproductiva, en la que está comprendida la interrupción voluntaria del embarazo.

Las premisas anteriores conforman la capacidad de autodeterminación de la mujer como derecho que encuentra base constitucional en los citados arts. 10, 14, 15, 17, 18 y 43 CE, y no como excepción al derecho potencial a la vida del *nasciturus*. La penalización de ciertos supuestos de aborto debe analizarse –dice el voto particular– «como un límite al derecho de la mujer, y, por tanto, debe ser examinado desde la perspectiva de la mínima invasión en el ejercicio del derecho, asumiendo en esa línea la posibilidad de la despenalización total del aborto consentido» si el legislador optará por esta opción de política criminal. Por el contrario –sigue afirmando la magistrada Balaguer en su voto particular– un sistema más restrictivo del derecho de autodeterminación de la mujer sobre su propio cuerpo que el que existe ahora, debería ser analizado, desde el ángulo del control de constitucionalidad, con suma precaución y desde la óptica de la no regresividad de los derechos.

Termina el voto particular analizando, conforme a los principios anteriores, las obligaciones del Estado a partir del reconocimiento de la autonomía de la mujer para la protección de su salud sexual y reproductiva; los límites a la autonomía de la mujer lejos de consideraciones religiosas y el consentimiento informado de mujeres capaces para tomar decisiones.

3.5 Maternidad subrogada

No es necesario destacar la relevancia que para los derechos de las mujeres tiene la práctica de la gestación de sustitución o maternidad subrogada. Recordemos que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) declaró la nulidad del contrato de maternidad subrogada y la asignación de la filiación materna por el parto. Sin embargo, como es conocido, este tipo de contratos se realizan en número creciente en países extranjeros lo que ha dado lugar a diferentes res-

puestas en nuestro ordenamiento (resoluciones de la Dirección de Registros y Notariado o resoluciones del Tribunal Supremo).

El Tribunal Constitucional en su STC 28/2024, de 27 de febrero de 2024, aborda este problema al resolver un recurso de amparo interpuesto por una mujer contra las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid que denegaron la adopción de un niño, nacido mediante gestación por sustitución en Kiev (Ucrania), que figuraba como hijo biológico de su esposo y de la mujer gestante. El Tribunal Constitucional estimó parcialmente el recurso de amparo y consideró que la Audiencia Provincial de Madrid había vulnerado con sus resoluciones el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante (24.1CE). Además, para restablecerla en sus derechos, el Tribunal Constitucional no remite la decisión recurrida a la Audiencia Provincial de Madrid para que revise y dicte nueva resolución atendiendo al contenido de la STC 28/2024, sino que directamente declaró la nulidad del auto de la Sección Vigésimocuarta de dicha Audiencia Provincial así como de la providencia de 28 de junio de 2019 también de la Audiencia que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones planteado contra el citado auto, y declaró la firmeza del auto del Juzgado de Primera Instancia que fue favorable a la adopción solicitada por la recurrente de amparo.

En lo que respecta a los derechos de las mujeres, la magistrada Balaguer señala en su voto particular concurrente que, tanto el enfoque de la demanda como el enjuiciamiento realizado por el Tribunal Constitucional, «invisibiliza el problema estructural que existe en el ordenamiento español respecto del fenómeno de la gestación por sustitución o para otros, realizado en el extranjero por mujeres no protegidas por las garantías básicas de nuestro sistema constitucional». La marginación de este aspecto en la interpretación del caso, que, sin embargo, sí fue apreciado por la Audiencia Provincial, «no debió quedar fuera del razonamiento del Tribunal Constitucional, porque es esencial para comprender el argumento subyacente a la irrazonable resolución judicial que, por esa razón, es considerada contraria al artículo 24.1 CE. Resulta evidente, sigue afirmando la magistrada, que en la sentencia se han valorado los derechos del menor y de la madre comitente que insta la adopción del hijo biológico de su marido, pero se han desconocido «los derechos de las que no tienen voz ante los tribunales españoles, mujeres cuyos derechos, al menos en sede constitucional, debieron ser considerados», las madres gestantes.

Resulta evidente que la sanción de nulidad del contrato de gestación subrogada (art. 10 Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, LTRHA) no ha resuelto este problema en nuestro ordenamiento y que se hace necesaria una legislación en profundidad sobre ello, como señaló el Tribunal Supremo

en la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, FJ 6. Es, dice el voto particular, «contrario a la seguridad jurídica del artículo 9.3 CE que el mismo legislador que prohíbe una práctica en España no prevea restricción suficiente para las prácticas equivalentes realizadas fuera de nuestro país, porque ello legaliza *de facto*, por inacción y por la vía de la necesaria protección de los menores, lo que se considera ilegal en nuestro sistema», sin que pueda considerarse que instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Instrucción de 5 de octubre de 2010 e Instrucción de 18 de febrero de 2019) hayan solucionado este problema.

El Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente la obligación de los poderes públicos de proteger el interés superior de los menores en toda actuación que les afecte (por todas, SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3, con cita del artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño), pero –dice la magistrada en su voto particular– que no se ha tomado en cuenta que el Comité de los Derechos del Niño (Observación general núm. 14 (OG14), define el contenido del interés superior del niño de una forma más extensa de lo que lo hace el propio Tribunal Constitucional, ya que, según el Comité, este interés superior abarca tres dimensiones, derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento y que, como derecho sustantivo, el interés superior no se proyecta sobre un niño (tal y como recoge la jurisprudencia constitucional), sino sobre los niños en general, es decir, sobre la infancia; «siendo ese interés superior *una* consideración primordial y no *la* consideración primordial a que se atenderá en la adopción de las medidas que afecten a los niños». La conclusión de lo anterior es que el «interés superior de un niño considerado individualmente puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos ... de otros niños» o sus madres (biológicas o no), hecho que aporta pautas que deben ser tomadas en consideración para la resolución de cada caso.

A lo anterior hay que añadir la relevancia del país en el que se lleva a cabo el contrato de gestación y la gestación misma que, como en el caso de Ucrania, pudiera «dar carta de naturaleza a la venta de niños o a la práctica de adopciones ilegales, así como en la necesidad de garantizar el derecho de los niños nacidos por reproducción asistida a conocer sus orígenes (Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Ucrania, de 27 de octubre de 2022, CRC/C/UKR/CO/5–6, § 21)».

Si bien el Tribunal Constitucional en su sentencia toma en consideración el interés superior del menor afectado por este caso concreto, desconoce otros elementos que deberían haber sido tenidos en cuenta, como la «mercantilización del fruto de la gestación y la cosificación de los niños que tales prácticas

suponen, la posible lesión de la integridad personal de los menores en que puede derivar la desregulación de estas prácticas, así como la necesidad de salvaguardar el derecho de los niños a conocer su origen biológico». En opinión de la magistrada Balaguer, la ausencia de análisis de estos elementos en la sentencia da una «visión sesgada e incompleta de lo que constituye el interés superior del niño».

De otra parte, afirma la magistrada en su voto particular, que la sentencia reconoce, sin exigir pruebas de ello, la paternidad del esposo de la recurrente y sin que exista dato alguno en el expediente que permita evaluar el ajuste del contrato de gestación a nuestro sistema constitucional. También en este punto, el Tribunal Constitucional debería haber profundizado y establecido la repercusión en el caso concreto.

La defensa de los derechos de las mujeres que se hace en el voto particular queda patente, también, en la afirmación de que la gestación por sustitución no altruista, que es la mayoritariamente presente en todo el mundo, independientemente de que la madre reciba una contraprestación económica o no (porque –dice el voto particular– falta altruismo siempre que hay intermediarios que se benefician económicamente de la transacción), mercantiliza la maternidad y el fruto de esta, cosificando a las gestantes y a los niños, y limitando el principio–derecho de dignidad humana (art. 10.1 CE), el derecho a la libre determinación sobre la propia vida (art. 10.1 CE en relación con el art. 8 CEDH), y la prohibición de discriminación por razón de sexo (con cita de los instrumentos internacional que sirven de apoyo a esta manifestación). Por ello –defiende en su voto la magistrada Balaguer– es necesario «considerar contrario a la dignidad humana, *ex* artículo 10.1 CE, el contrato que tenga por objeto o prestación un embarazo por sustitución, cuando se trate de un acuerdo que mute la naturaleza de la mujer de sujeto de derechos a objeto de tránsito mercantil, limitando su libertad personal, y esto sucede siempre que el embarazo deba someterse a determinadas condiciones físicas de desempeño, que no sea posible revocar el consentimiento, que haya una contraprestación económica del tipo que sea para la mujer gestante o para quienes intervienen en el procedimiento como intermediarios sirviéndose de la capacidad reproductiva de la mujer, y que el fruto del proceso de gestación, la persona nacida, no tenga la posibilidad, en el futuro, de indagar sobre sus orígenes biológicos». Por tanto, se sigue afirmando, «si la mujer pierde la autonomía y el control sobre el proceso, si el consentimiento no es constante y permanente hasta el momento del alumbramiento, y en casi ningún sistema lo es (excepción hecha del modelo portugués de gestación subrogada), entonces no es posible tener por válido el contrato, ni cabe alterar la regla de nulidad derivada del artículo 10 de la Ley

14/2006, de 26 de mayo, ni cabe considerar que el pacto se somete a un orden público asentado sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales» (con cita de la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en su STS 277/2022).

Termina el voto particular afirmando que el cumplimiento del orden público en el ordenamiento jurídico exige la conformidad con los valores de dicho ordenamiento que, cristalizados en normas jurídicas, dan congruencia al mismo. La gestación por sustitución presenta graves problemas de acomodación a dichos valores tanto desde el punto de vista del nacido mediante esta práctica como de la propia gestante. Llama la atención la magistrada Balaguer sobre la oportunidad perdida por el Tribunal Constitucional para establecer los argumentos básicos que permitieran extraer de nuestro ordenamiento constitucional la definición del orden público en los supuestos de la gestación por sustitución realizada en el extranjero, intentando un equilibrio de los valores constitucionales en juego.

3.6 Educación diferenciada por sexos

En este último apartado, abordamos el comentario de tres diferentes votos particulares de la magistrada María Luisa Balaguer que se refieren a la resolución por el Tribunal Constitucional de dos recursos de inconstitucionalidad y un recurso de amparo que abordaron cuestiones que inciden en el concepto de educación diferenciada por sexos. En concreto, la STC 31/2018, de 10 de abril; la STC 74/2018, de 5 de julio; y la STC 34/2023, de 22 de mayo.

1. En el voto particular a la STC 31/2018, cronológicamente la primera de las sentencias citadas, la magistrada Balaguer considera que debería haberse estimado la impugnación de los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE)³⁰ en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora de la

³⁰ El apartado 3 del artículo 84 quedó redactado de la siguiente manera:

«3. En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los

calidad educativa (LOMCE)³¹, declarando inconstitucional el precepto y, por conexión con este, la disposición transitoria segunda de la misma ley³², declarando, pues, la inconstitucionalidad de la denominada educación diferenciada por sexos que, sin embargo, la sentencia valida plenamente.

Afirma la magistrada que la educación diferenciada por sexos, «que segrega a niños y niñas en el acceso al sistema educativo y en la organización de las enseñanzas, no tiene cabida en el marco de la Constitución de 1978». Reprocha la magistrada que la sentencia acoja un presupuesto argumentativo, condicionante del resto de los razonamientos, conforme al cual la educación diferenciada por sexos no se sustenta en una determinada concepción de la vida, o en una cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico, sino que responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza. Es decir, la sentencia defiende que se trata de un «sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos». Este argumento se contradice –afirma la magistrada Balaguer– con la mención que hace la sentencia a que esta «opción pedagógica» (la separación de niñas y niños) en el ideario del centro educativo vehiculiza el ejercicio del derecho de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, cuando este derecho de los padres –señala acertadamente la magistrada– sólo actúa respecto de la elección de la formación religiosa y moral, como se afirmó en la STC 133/2010, de 2 de diciembre.

Además, el argumento contenido en la sentencia –la separación como método pedagógico– implica reconocer diferencias cognitivas y/o biológicas, «potencialidades propias de cada uno de los sexos» (dice la sentencia), «que justificarían que las enseñanzas de los niños, niñas y adolescentes se impartiesen en establecimientos escolares o en aulas separadas, en todas o en algunas materias. Afirma sobre el particular la magistrada Balaguer que esta aseveración pretende «transformar en verdad jurídica una falsedad científica manifiesta» (con cita en diversos informes e investigaciones). El voto particular defiende tajantemente que las «diferencias de género son meramente culturales, y que no existe base científica alguna en la consideración de una diferencia bio-

centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad.»

³¹ Como es sabido, la Ley Orgánica fue derogada por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre.

³² La Disposición transitoria segunda decía: Los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor.

lógica, capaz de sustentar las diferencias entre las mujeres y los hombres en relación con sus capacidades intelectuales».

Destaca el voto particular, además, que la diferencia en la forma de enseñar, es un «procedimiento pedagógico que no es inocuo, sino que producirá resultados de perpetuación de roles y estereotipos que tenderán a ahondar en la desigualdad en lugar de reducirla» y recuerda la magistrada Balaguer como la cuestión del acceso a la educación de las mujeres, de los contenidos de dicha educación, y del método de enseñanza de las niñas, es un tema de referencia constante en la literatura constitucionalista desde sus orígenes.

Respecto de la interpretación constitucional, la magistrada Balaguer entiende que los centros educativos privados que establecen un sistema de admisión o de organización de las enseñanzas diferenciadas por sexo, recurren para ello a una categoría sospechosa de ser discriminatoria, el sexo, específicamente citado en el artículo 14 CE. Reprocha la magistrada a la sentencia que no haya seguido la propia jurisprudencia del Tribunal en las exigencias interpretativas de una cláusula sospechosa de producir discriminación como es el sexo (con cita de las SSTC 2/2017, de 16 de enero, 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2, y 162/2016, de 3 de octubre, FJ 4).

En coherencia con lo expuesto, el voto particular defiende que debería haberse declarado inconstitucional el artículo 84.2 y 3 LOE, así como disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, en lo referente a la financiación pública de centros educativos que aplican la educación diferencia por sexos.

2. La posición interpretativa de la magistrada Balaguer se reitera, en concreto respecto de la financiación pública de los centros educativos que apliquen la denominada educación diferenciada por sexos, en su voto particular discrepante y conjunto con el magistrado Valdés Dal-Ré a la STC 74/2018 que, como ya se dijo, resolvió un recurso de amparo interpuesto por un centro educativo, que aplicaba la separación por sexos y al que se había negado la renovación del concierto. La sentencia citada, considera que se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad educativa (art. 27, apartados primero y tercero CE), en conexión con la garantía constitucional de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y ordenó la reapertura del procedimiento administrativo para que la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria se pronunciara nuevamente sobre la solicitud de renovación del concierto del colegio recurrente sin tomar en consideración su orientación monoeducacional.

3. Por último, en la STC 34/2023 se enjuició la constitucionalidad de diversos preceptos de 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, recurso de

inconstitucionalidad que fue desestimado en su totalidad por el Tribunal Constitucional. Uno de los aspectos enjuiciados fue el de la regulación de la educación diferencia por sexos sobre el que el Tribunal consideró que la exclusión de ayudas públicas a la educación diferenciada por sexos constituía una opción constitucional legítima del legislador y que dicha opción era conforme al modelo educativo pluralista. Además, recalca la sentencia que un sistema de pluralismo en la educación no implica que todos los modelos pedagógicos existentes deban recibir ayudas, ni la obligación del legislador de promoverlos a todos ellos de igual manera. Pero la sentencia también afirma que no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos. Esta modalidad de enseñanza no es contraria, por tanto, a los artículos 9.2, 14 y 27.2 de la Constitución, siempre que se imparta en «condiciones de equiparabilidad» para ambos sexos (con cita de la STC 31/2018) [FJ 5].

La magistrada Balaguer emitió un voto particular concurrente a esta STC 34/2023, específicamente en lo relativo al pronunciamiento sobre la educación diferencia por sexos. En este voto particular, la magistrada, aun reconociendo que esta STC 34/2023 corrige aspectos de las SSTC 31/2018 y 74/2018 (cuyos votos particulares ya han sido comentados), considera que la afirmación del Tribunal Constitucional validando que «la decisión del legislador de otorgar ayudas públicas únicamente a los centros educativos que no separen al alumnado por su género es una opción constitucional legítima», debía haber incluido la declaración de que «la educación diferenciada por razón de sexo no es un modelo que tenga cabida en nuestro texto constitucional». Por el contrario y como ya se ha indicado, la sentencia defiende que el pluralismo político (art. 1.1 CE) «deja un amplio margen de libertad al legislador para que pueda configurar un modelo educativo en el que quepan opciones pedagógicas de muy diversa índole con la única exigencia de que no sean contrarias a los derechos constitucionalmente consagrados», de donde puede inferirse que el Tribunal considera que la educación diferenciada por razón de sexo es un modelo educativo aceptable dentro de un sistema educativo pluralista, que no resulta contrario a ninguno de los derechos constitucionalmente consagrados. La magistrada Balaguer rechaza de plano esta posibilidad y afirma que actualmente «la educación que segrega niños y niñas, separándolos en espacios diferentes para transmitirles conocimientos y para socializarles, debe considerarse contraria al mandato del art. 9.2 CE, así como al principio de igualdad y a la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE». Defiende, además, recordando sus votos particulares anteriores que es muy relevante la definición de un mo-

delo educativo con sustento constitucional; modelo educativo que no se puede basar en la mera transmisión de conocimientos «sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1 b), c) LOE]». Recordando su voto particular a la STC 31/2018 ya citado, afirma que si «España no funciona a través de espacios segregados por sexos, no parece razonable que sí deba haberlos en la escuela porque hay determinadas habilidades sociales, valores, capacidades y dimensiones del desarrollo de la personalidad que no pueden ‘aprenderse’ y ‘entrenarse’ más que si en la escuela se reproducen esos mismos espacios mixtos, como premisa de una coeducación efectiva».

Concluye el voto particular afirmando que la educación diferenciada por sexo no forma parte integrante de ninguna de las dimensiones de las libertades educativas que consagra el artículo 27 CE y que, en su opinión, es contraria a los arts. 9.2 y 14 CE, «por desatender abiertamente el mandato de promoción de la igualdad material de las personas, en particular de las mujeres, y por basarse en una causa sospechosa de ser discriminatoria», el sexo, sin que se haya justificado en la sentencia, de forma reforzada como es requerido en este caso, «que la educación separada de niños y niñas ni se sustenta, ni genera, ni sostiene un modelo de sociedad basado en la desigualdad de roles y de reconocimiento de estatuto de hombres y mujeres».

La magistrada Balaguer emitió también voto particular concurrente a la STC 49/2023, de 10 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de 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, desestimado en su totalidad por el Tribunal Constitucional, en el que se remite íntegramente a los argumentos contenidos en el voto particular a la STC 34/2023.

Final

Concluyo como comencé, recordando que el objeto de estas páginas es rendir tributo a la labor de la catedrática y magistrada María Luisa Balaguer Callejón en el ámbito jurídico, recordar algunos de sus reiterados argumentos en favor de los derechos de las mujeres y agradecer que, desde las distintas responsabilidades que ha ocupado, nunca haya olvidado que la defensa de la igualdad y del feminismo contribuirá decisivamente a los cambios que toda sociedad democrática debe perseguir.

Anexo. Sentencias citadas

STC 76/1983, de 5 de agosto.
STC 233/2007, de 5 de noviembre.
STC 133/2010, de 2 de diciembre.
STC 198/2012, de 6 de noviembre.
STC 66/2014, de 5 de mayo.
STC 162/2016, de 3 de octubre.
STC 2/2017, de 16 de enero.
STC 31/2018, de 10 de abril.
STC 74/2018, de 5 de julio.
STC 64/2019, de 9 de mayo.
STC 168/2021, de 5 de octubre.
STC 66/2022, de 2 de junio.
STC 106/2022, de 13 de septiembre.
STC 11/2023, 11 de febrero.
STC 34/2023, de 22 de mayo.
STC 44/2023, de 9 de mayo.
STC 49/2023, de 10 de mayo.
STC 131/2023, de 23 de octubre.
STC 28/2024, de 27 de febrero.
STC 44/2024, de 12 de marzo.
STC 48/2024, de 8 de abril.
STC 68/2024, de 23 de abril.
STC 89/2024, de 5 de junio.

REGULACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN LA AUTONOMÍA CASTELLANOLEONESA

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

**Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca**

SUMARIO: I. Planteamiento del tema. II. La perspectiva de género y su inicial ausencia en la normativa autonómica. III. La reforma estatutaria del año 2007 y la influencia recibida de la LOIEMH del mismo año. IV. Sobre el contenido de la ley autonómica de igualdad 1/2003, de 3 de marzo. V. La violencia de género como una manifestación evidente de la desigualdad que persiste. VI. La evolución del impacto de género en la normativa autonómica. VII. Posibles efectos del plan estratégico de igualdad de género 2022-2025. VIII. A modo de conclusión.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En el artículo 2 de la vigente Constitución Española de 1978 se reconoce el principio de la indisoluble unidad de la Nación Española y se garantiza, al mismo tiempo, el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran. La posibilidad de la descentralización política del Estado español permitió que, en un período relativamente corto de tiempo, quedaran configuradas, gracias a las distintas vías de acceso previstas constitucionalmente, las diecisiete Comunidades Autónomas, más las dos Ciudades Autónomas que conforman nuestro Estado de las Autonomías. La norma institucional básica que hace nacer a la vida jurídica una Comunidad Autónoma recibe el nombre de Estatuto de Autonomía (art. 147 CE).

La Comunidad Autónoma de Castilla y León surgió de la moderna unión de los territorios históricos que componían y dieron nombre a los antiguos reinos de León y Castilla, y obtuvo naturaleza jurídica gracias a la aprobación del correspondiente Estatuto de Autonomía de Castilla y León, mediante la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero; la vía de acceso a la autonomía fue establecida en el artículo 43 de la Constitución Española, denominado por la doctrina «vía ordinaria» o «vía de acceso lento».

Se trata de la Comunidad Autónoma con más extensión territorial de todas las españolas; abarca nueve provincias y, en el año 2023 celebramos el cuarenta aniversario del nacimiento a la vida jurídica de nuestra institución autonómica. Es buen momento para hacer balance del camino recorrido en el proceso de avances de la Comunidad, gracias en gran medida a las reformas estatutarias efectuadas por la Ley Orgánica 11/1994, de 24 de marzo y por la Ley Orgánica 44/1999, de 8 de enero y por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, que, sin duda, ha sido la de mayor calado porque pretende equiparar, en la medida de lo posible, el Estatuto Castellano y Leonés a los Estatutos que fueron aprobados por la vía de acceso directo o privilegiado, establecida en el artículo 151 de la Constitución y en la Disposición Transitoria Segunda.

La última reforma del Estatuto de Castilla y León se sitúa en el marco de las reformas estatutarias de los Estatutos de segunda generación, a partir del año 2006, durante el primer gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero. Es decir, que la reforma del año 2007 pretende lograr una norma estatutaria del más alto nivel competencial y con ello se profundizan y perfeccionan los instrumentos de autogobierno, se incorporan nuevas competencias necesitadas de adecuada financiación, se perfecciona el funcionamiento institucional y, en el Título I (de nueva factura) se reconocen derechos sociales de los ciudadanos castellanos y leoneses, dotándoles de mejores instituciones de garantía.

Esta última reforma debe ser situada en la misma línea que las del resto de los Estatutos modificados durante esa etapa; todos ellos pretenden alcanzar, por influencia mimética de la Norma Suprema, la definición de nuevos objetivos de la acción política de los entes autonómicos, dotando de naturaleza jurídica a la idea de un Estatuto de Autonomía que se define no solo como norma institucional básica de una Comunidad Autónoma, sino también como garante de los derechos y del bienestar de los ciudadanos que conviven en la misma.

La Constitución vigente desde el año 1978 en su artículo 1.1 configura al Estado Español como un Estado social y democrático y de derecho; proclamando como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. A su vez, estos postulados se ven

reflejados en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales que el Título I de la Norma Suprema reconoce y garantiza.

Los Estatutos de Autonomía, que son normas de rango inferior a la Constitución Española según nuestro sistema de fuentes, también deben reconocer y garantizar los derechos y libertades de sus ciudadanos en el ámbito autonómico. Por lo que se refiere al valor superior de la igualdad destacamos que en su dimensión material y formal aparece reconocida y garantizada, respectivamente, en los artículos 9.2 y 14 de la Ley Fundamental. Así pues, la igualdad constitucionalmente reconocida es fundamento del postulado social y democrático de derecho y se aprecia que nos encontramos no solo con un valor superior, sino también ante un principio jurídico y un derecho subjetivo. Esta configuración múltiple y el hecho de que se halle reconocida en el núcleo duro que regula los derechos fundamentales (art. 14 CE) le dota de las mayores garantías en el sentido amplio del término. Destacamos la protección extraordinaria del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Partiendo del mandato constitucional (la CE ha celebrado ya su cuadragésimo quinto aniversario) descenderemos al contenido normativo del Estatuto de Autonomía Castellano y Leonés y trataremos de hacer un balance del derecho a la igualdad de mujeres y hombres en estos largos cuarenta años; no solo en el marco estatutario sino que también analizaremos aquellas normas jurídicas que han desarrollado el contenido esencial de la igualdad compleja en el constitucionalismo del siglo XXI bajo la perspectiva de género, en cuanto categoría de análisis, que ha sido incorporada a los Estatutos de Autonomía de segunda generación.

II. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y SU INICIAL AUSENCIA EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA

Sin duda una de las contribuciones teóricas más importantes del feminismo contemporáneo es el género en cuanto categoría social de análisis, que surgió para explicar las desigualdades entre los sexos, poniendo el acento en la idea de multiplicidad de identidades. Construir el derecho con perspectiva de género implica tener que asumirlo y llevar luego a la práctica el convencimiento de que la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres no se consigue cuando se fijan los mismos derechos para ambos sexos, sino cuando nos encontramos con una situación que permite elaborar normas jurídicas que responden a la suma de los dos géneros. Es una exigencia constitutiva de los Estados sociales de Derecho en el siglo XXI.

Una perspectiva igualitaria de la democracia impide mantener por la vía de los hechos la participación limitada de las mujeres porque no se hayan creado los mecanismos de interpretación que permitan la superación de los obstáculos para la consecución de la igualdad real y efectiva. Construir un ordenamiento jurídico con perspectiva de género requiere una voluntad política sólida para elaborar normas jurídicas no solo para los hombres sino también para las mujeres, y esto debe ser abordado desde las distintas perspectivas que permitan alcanzar una sociedad más democrática, justa y solidaria.

La lucha por la igualdad de género, en sus inicios tuvo como referente el modelo masculino reivindicando para las mujeres los mismos derechos que disfrutaba el hombre en la vida pública. La igualdad, la no discriminación y la promoción de condiciones para conseguir la efectividad de la igualdad y la remoción de los obstáculos que la impidan o dificulten, se regulan en la Constitución Española en distintos artículos, con distinta estructura jurídica, función constitucional, condiciones de ejercicio, garantías y limitaciones. Es en el contexto de esa configuración constitucional donde debemos situar la igualdad de mujeres y hombres, como un supuesto singular de igualdad, pero que debe ser insertado en el conjunto de la igualdad y en el marco general de la Constitución a los efectos de su irradiación hacia los Estatutos de Autonomía.

En su redacción originaria, antes de las sucesivas reformas que se han ido realizando, los distintos Estatutos de Autonomía de la nación española carecían de perspectiva de género; aunque todos ellos contemplaban cláusulas de remisión a la Constitución Española en lo referente a los derechos fundamentales. Por eso, el artículo 14 de la Constitución, que reconoce el principio de igualdad formal ante la ley, es parte integrante del contenido estatutario. Incluso la mayor parte de los Estatutos contaban con preceptos que reconocían, casi en su literalidad, el contenido de la igualdad material del artículo 9.2 constitucional.

En el sentido de lo anteriormente expuesto, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en su redacción de 1983, alude en el Preámbulo a «un proyecto común asentado en los principios democráticos de la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad y el pluralismo político» y en la normativa referente a las competencias asumidas, en el artículo 33, apartado 19, señala literalmente: «la promoción de la mujer». Pero no hay ningún precepto que, en ese momento, de forma directa prohíba la discriminación por razón de sexo. Sin embargo, en su redacción actual, tras la reforma llevada a cabo en el año 2007 el contenido estatutario ha cambiado y se aprecia la introducción de la perspectiva de género a la hora de regular el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo.

En el nuevo preámbulo se alude a que las reformas previas han supuesto avances importantes para remediar insuficiencias, limitaciones y diferencias que existían con otros Estatutos que fueron elaborados y aprobados por la vía privilegiada del artículo 151 de la Constitución; se adapta nuestra norma institucional básica a las cambiantes realidades sociales y políticas ampliando el marco competencial e institucional de la Comunidad. Destaca el Título I, de nueva factura que incluye un catálogo de derechos de los castellanos y leoneses y define los principales objetivos de la acción política de la Comunidad, generando un Estatuto de Autonomía que, además de ser nuestra norma institucional básica, es la razón jurídica de mayor garantía para los derechos y el bienestar de los ciudadanos. Entre los derechos sociales contemplados (que son una manifestación evidente del postulado social en el contenido estatutario) hay que citar: el derecho a la educación, a la salud, acceso a los servicios sociales, derechos laborales en condiciones de igualdad, derechos de las personas mayores, de los menores de edad, de las personas en situación de dependencia, de las personas con discapacidad, derechos a una renta garantizada de ciudadanía y en el artículo 14 el derecho a la no discriminación por razón de género. El cemento que une el contenido esencial de este amplio abanico de la dignidad humana es el derecho a la igualdad en su vertiente material y la prohibición de la discriminación y la actuación arbitraria de los poderes públicos.

Pero, entre los derechos de la ciudadanía castellana y leonesa en su marco estatutario merecen ser destacados también los derechos de carácter democrático (artículos 11 y 12). En el artículo 11 se regulan los derechos de participación política y en los asuntos públicos, destacando para el tema que nos ocupa el apartado tercero que expresamente dice: «la Ley promoverá la igualdad efectiva de las mujeres y de los hombres en el acceso a los mandatos representativos autonómicos».

Pero, sin duda alguna, para la cuestión que abordamos, merece mención especial el artículo 14, que prohíbe cualquier discriminación de género o por orientación sexual, ya sea directa o indirecta y contiene un mandato para los poderes públicos autonómicos de cara a garantizar la transversalidad del principio de igualdad de género en todas sus políticas, promoviendo acciones positivas para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sobre todo en los ámbitos educativo, económico, laboral, en la vida pública, en el medio rural, en relación con la salud y con los colectivos de mujeres en situación de necesidad especial, particularmente las víctimas de violencia de género.

El Título V regula las competencias que asume la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el marco de lo dispuesto en la Constitución y las correspondientes leyes del Estado. Es el artículo 70 el que se ocupa de las competen-

cias exclusivas de la Comunidad, siendo una de ellas la que se contempla en el apartado 11: «promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, con particular atención a las mujeres víctimas de la violencia de género».

III. LA REFORMA ESTATUTARIA DEL AÑO 2007 Y LA INFLUENCIA RECIBIDA DE LA LOIEMH DEL MISMO AÑO

Aunque sean pocos los preceptos estatutarios que se han citado previamente y que se relacionan directamente con la cuestión igualitaria, podemos defender que el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, ha introducido en sus contenidos la perspectiva de género. Fue también en el año 2007 cuando las Cortes Generales aprobaron la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta ley, que nace con la intención de actuar como ley-código de la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una clara influencia en la reforma última del Estatuto Castellano y Leonés, y en especial en lo que se refiere al reto de la efectiva igualdad de oportunidades de mujeres y hombres.

La ley de igualdad estatal se ocupa a lo largo de su articulado, con mucho detalle, de regular el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, no solo en los órganos representativos, sino también en los órganos colegiados de toma de decisiones. Las mujeres han sido excluidas hasta hace pocas décadas de los ámbitos de poder en el muy amplio sentido de la palabra. La conquista de los derechos políticos nos convirtió en ciudadanas, sujetos de los derechos de participación en los aspectos públicos. Pero ello no se consiguió hasta bien avanzado el siglo xx; sin duda el punto de inflexión lo supuso el reconocimiento del derecho al sufragio por parte de las mujeres.

Ahora bien, el reconocimiento formal de la igualdad en los asuntos públicos (sufragio activo) no garantiza que las mujeres participen en igual medida que los hombres en las esferas del poder político y otros ámbitos sociales, económicos... De ahí que sea necesario que las normas jurídicas establezcan los cauces (acciones positivas) para obtener la igualdad material (sufragio pasivo) que equipare la participación de mujeres y hombres en los mandatos representativos, ya que las mujeres no son un colectivo, sino la mitad de la población.

El principio de presencia equilibrada o paridad democrática pretende que las mujeres ocupen, al menos, el cuarenta por ciento de los espacios representativos. Es el artículo 23 de la CE el que reconoce el derecho de participación

y la ley de igualdad de 2007 regula en la Disposición Adicional Primera el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres; este se logra cuando en un órgano representativo las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento. Para alcanzar este objetivo la composición de las listas electorales debe responder al principio previamente aludido. La CE y la Ley de Igualdad obligan a los poderes autonómicos, quienes aplicando la norma electoral al respecto deben configurar las listas electorales de tal modo que el porcentaje de mujeres que aspiran al cuerpo legislativo se mueva en la horquilla del 40 %/60 %.

En esta línea es preciso atender al contenido del artículo 11 del Estatuto de Autonomía, que en su apartado 3 prescribe que «la ley promoverá la igualdad efectiva de las mujeres y de los hombres en el acceso a mandatos representativos autonómicos». Este precepto, la legislación estatutaria en materia electoral han permitido avanzar lentamente a las mujeres en los cargos de representación política en las sucesivas legislaturas. En la actualidad las mujeres en las Cortes de Castilla y León ocupan el 37% de los escaños, no logrando desafortunadamente la tan anhelada paridad. Hemos sufrido un retroceso porque en la legislatura previa ocupaban el 48% de los escaños. Las cifras son aún más bajas en el ejecutivo autonómico, pues en la Junta de Castilla y León solo tres mujeres ocupan una Consejería. Lo que acabamos de resaltar demuestra que no bastan las normas jurídicas para cambiar la situación social y política de la realidad diaria. Se hacen imprescindibles políticas públicas y la buena predisposición de las fuerzas políticas que ocupan el poder para intentar evitar esos retrocesos que tan flaco favor hacen al reto de la igualdad real y efectiva entre los géneros.

Se puede apreciar también que los contenidos del articulado estatutario están redactados en lenguaje inclusivo, evitando en todo lo posible la utilización del masculino genérico; como lo que no se nombra no existe es preciso dar visibilidad a las mujeres y el mejor modo es mostrando en femenino todo aquello que nos afecta. Incluso, cabe destacar que en los preceptos que se ocupan del tema de la igualdad de mujeres y hombres en nuestra Comunidad Autónoma están redactados de tal modo que el término «mujer» aparece siempre antes del término «hombre». Y es que en la disciplina que estudia el derecho antidiscriminatorio se pone el acento en la necesidad de visibilizar las diferentes realidades y ello se puede conseguir en las normas jurídicas aludiendo en primer lugar al sexo infrarrepresentado para destacar dicha situación y que esta sea apreciada.

Tras la última reforma estatutaria el artículo 14 se refiere expresamente al derecho a la no discriminación por razón de género y orientación sexual. Aun-

que pretende emular el contenido del artículo 14 constitucional el Estatuto Castellano y Leonés es mucho más avanzado en la materia. Pues, en la Constitución Española se pone el acento en el sexo de las personas, no en el género; ambas categorías son diferentes, ya que con el término sexo hace referencia a los caracteres biológicos de las personas, mientras que si aludimos al género pondremos el acento en la socialización que los seres humanos hemos sufrido a lo largo de la historia en función del sexo biológico. También se prohíbe la discriminación por orientación sexual, que es una de las categorías que en la actualidad producen mayores sospechas de discriminación y que, sin duda, tiene mucho que ver con el constructo biológico de la categoría sexo.

Discriminar consiste en tratar de forma diferente dos situaciones iguales sin que haya una justificación objetiva y razonable. Nuestro Estatuto prohíbe cualquier discriminación, ya sea directa o indirecta. La discriminación directa por razón de género y orientación sexual prohíbe que una persona sea tratada, por las razones expuestas, de manera menos favorable que otra en situación comparable; mientras que la discriminación indirecta alude a cualquier disposición, criterio o práctica que pone a las personas por razón de género u orientación sexual en desventaja particular respecto a otras, salvo que esta discriminación sea innecesaria, adecuada para conseguir algún fin determinado.

La igualdad formal como punto de partida no consigue los objetivos de la igualdad material (real y efectiva) como punto de llegada. Para ello en el derecho antidiscriminatorio se creó una categoría de análisis que debe interpretar todas las normas de contenido igualitario: la transversalidad del principio de igualdad de género en todas las políticas para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. La transversalidad y la perspectiva de género, en cuanto categoría de análisis, deben permear todos los criterios de actuación de los poderes públicos nacionales y autonómicos. El mandato estatutario castellano y leonés afecta a los ámbitos del derecho a la educación, mundo laboral, económico, vida pública, medio rural, derecho a la salud y colectivos especialmente vulnerables que se encuentran en situaciones de especial dificultad, entre los que destacan las mujeres víctimas de violencia de género. Así pues, el artículo 14 de la LOI se ve miméticamente reflejado en el artículo 14.2 del Estatuto Castellano y Leonés, porque, aparte de recoger los criterios de actuación de los poderes públicos en pro de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, aluden a la imperiosa necesidad de adoptar medidas que pretendan hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad. Se aplicarán únicamente mientras subsistan dichas situaciones y deberán ser razonables y proporcionales en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

En el capítulo V del Estatuto Castellano y Leonés se regulan las competencias que en el marco establecido por la Constitución Española asume la Comunidad Autónoma. Son los artículos 148 y 149 constitucionales los que se ocupan de las competencias exclusivas del Estado y de aquellas compartidas o que puedan asumir los entes autonómicos. Nuestro Estatuto, en su redacción actual, trata esta cuestión en los artículos 69 y 70. Este último precepto regula las competencias exclusivas autonómicas y en el apartado 1.11 se refiere a la «promoción de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, con particular atención a las mujeres víctimas de violencia de género». Desaparece ya del contenido del artículo 32.19 en su redacción del año 1983 y la competencia referente a la «promoción de la mujer».

La perspectiva de género impregna el vigente Estatuto, tras la reforma de 2007 obliga a que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en cuanto principio informador del ordenamiento jurídico, interpretará y será observado en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En este sentido debemos entender el contenido del artículo 70.1 y 11 y el desarrollo que del mismo ha realizado el legislador autonómico y las políticas públicas al respecto, tanto en los temas de igualdad efectiva de mujeres y hombres como en la prevención y erradicación de la violencia de género.

IV. SOBRE EL CONTENIDO DE LA LEY AUTONÓMICA DE IGUALDAD 1/2003, DE 3 DE MARZO

La ley 1/2003, de 3 de marzo, que regula la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León fue publicada en el BOCyL el día 7 de marzo, como una aportación significativa a la fecha del 8 de marzo, Día Internacional de la Mujer. Se trata de una ley pionera en el ámbito estatal y autonómico, cuyo objetivo era servir de marco estable para conseguir una plena igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Comunidad de Castilla y León. Se han cumplido ya veintiún años de la vigencia de esta norma, que fue fruto del consenso entre los partidos políticos y los agentes sociales y que se aprobó en las Cortes por unanimidad, registrándose únicamente la abstención de un procurador.

En el año 1995 desde la Junta de Castilla y León se creó la Secretaría General de la Mujer como órgano especial para tratar cuestiones relacionadas con la «promoción de la mujer»; era la primera vez que en la agenda política comunitaria se introducía la cuestión de la igualdad entre mujeres y hombres. Posteriormente, en el año 1999 se puso en marcha la Dirección General de la Mujer, que

en el marco ejecutivo autonómico centró sus objetivos en elaborar una norma jurídica que se ocupase de los aspectos relacionados con la mujer en torno a dos ejes básicos: la promoción de la igualdad y la asistencia a las mujeres.

Hasta el año 2007 no entró en vigor la ley estatal que regula la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Cuatro años antes ya se recogían en nuestra ley autonómica muchos de los contenidos que se aprecian en la ley estatal. Esta ley autonómica, pionera en España en cuestiones igualitarias entre mujeres y hombres, aplica la normativa de la Constitución Española al respecto (artículos 14 y 9.2), así como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En el marco estatutario, en el año 2003 el Estatuto de Autonomía de Castilla y León reitera el mandato constitucional en el artículo 8.2 y en la cuestión de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma era el artículo 32. 1. 19 el que hacía referencia a la promoción de la igualdad de la mujer. Incluso la ley 1/1995 de 5 de junio, de Régimen Local de Castilla y León en su artículo 20.1 establece que los municipios de Castilla y León ejercerán competencias en materia de promoción de la igualdad de la mujer en los términos que se establezcan en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.

En el sentido de los ordenamientos jurídicos precitados de la Ley de Igualdad de Castilla y León pretende ser el marco de actuación para fomentar la igualdad de la mujer mediante la adopción de medidas de acción positiva para la corrección de desigualdades por razón de género, impulsando la incorporación de la mujer en los ámbitos público, social, económico, laboral y cultural de nuestra Comunidad. La estructura de la ley que comentamos consta de un Título Preliminar y cinco títulos que a lo largo de 46 artículos desarrollan unos contenidos avanzados en derecho antidiscriminatorio si tenemos en cuenta que se trataba del año 2003 y que no existía en España (ni a nivel estatal ni autonómico) ninguna norma de estas características.

Los objetivos generales y los principios que informan la actuación administrativa se contienen en el Título Preliminar. Los nueve objetivos generales fijados destacan aquellos dedicados a la participación de la mujer (desde las instituciones públicas y desde la sociedad) en la planificación, desarrollo y ejecución de las políticas generales a través de los Consejos de la Mujer, Entidades para la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres y Red de Asistencia a la Mujer en Castilla y León. También los que se dirigen a la promoción laboral de la mujer, a trabajar sobre la igualdad y a prevenir y erradicar las situaciones de violencia de género.

Especial mención se debe hacer a los principios que informan la actuación administrativa de nuestra Comunidad Autónoma, destacando la transversalidad,

la planificación y la coordinación. El principio de transversalidad implica aplicar la perspectiva de género en las fases de planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas. Y los planes de igualdad de oportunidades, en cuanto herramienta básica para alcanzar los objetivos igualitarios, ocupan un lugar destacado en el Título Preliminar, clasificándose en tres categorías: los aprobados por la Junta de Castilla y León, los aprobados por las Corporaciones Locales y aquellos que aprueban otras entidades públicas.

La organización administrativa y la distribución de competencias se regulan en el Título I (artículos 6 al 11). Destaca en la organización administrativa la alusión a la Consejería competente en materia de igualdad de oportunidades como entidad encargada de asesorar a otras consejerías sobre las medidas específicas en relación con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Bajo su propuesta la Comisión de Secretarios Generales actuará como órgano colegiado de coordinación interdepartamental de las políticas públicas al respecto. Se reconoce también la distribución de competencias de la Comunidad Autónoma y de las Entidades Locales de su ámbito territorial, garantizando al mismo tiempo el derecho a la autonomía reconocido en la Constitución Española y el derecho a intervenir en los asuntos referentes a su círculo de intereses.

El Título II se dedica a establecer las estrategias de promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y se articula en dos capítulos dedicados a la promoción y a la asistencia a la mujer (artículos 12 al 22). Las actividades de promoción se articulan en torno a doce ejes de actuación, destacando las de sensibilización, conciliación, formación en igualdad, información y dedicando ocho de esos ejes a la promoción en el mundo laboral, cultural, medios de comunicación, ámbito rural, de la salud, participación en la vida pública, etc. Conviene hacer hincapié en el amplio elenco de medidas de acción positiva que se establecen en los artículos 13 al 22 como actuación por parte de los poderes públicos autonómicos para intentar llegar a la igualdad de oportunidades, a la meta final, o igualdad de resultados que es la igualdad real y efectiva. Esas acciones positivas van dirigidas al ámbito económico y laboral; a superar la imagen estereotipada de la mujer; a la conciliación de la vida laboral y familiar; a la participación en la vida pública; a la promoción del área de igualdad de oportunidades; promoción en el ámbito rural; asesoramiento y protección de la salud de las mujeres y en aspectos medioambientales y de consumo.

Pero las acciones positivas se amplían en el Capítulo II del mismo Título para dedicar atención especial a las mujeres en situación de vulnerabilidad, como pueden ser las mujeres maltratadas y con necesidades especiales por razón de género. Se dedican a prevenir la violencia contra la mujer, insertar social y laboralmente a las mujeres maltratadas, promover programas especí-

ficos para su atención, propiciar su seguridad familiar y laboral, así como el acceso a la vivienda y la prevención contra la feminización de la pobreza. Estas medidas de acción positiva de asistencia a la mujer no dejan a un lado la cuestión de la igualdad en la participación política, comprometiéndose los poderes públicos de nuestra Comunidad a establecer medidas, incluso de carácter económico, para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a las funciones y cargos públicos.

En el Título IV que regulaba la Red de Asistencia a la Mujer en Castilla y León está derogado y el Título V, muy amplio, regula cuestiones relativas a la inspección y régimen sancionador (artículos 31 a 46). Este último precepto que regulaba el Observatorio de Género ya no está vigente pero sí lo está y merece ser destacado el artículo 45, que ya en el año 2003, cuando fue aprobada nuestra Ley de Igualdad y que se utilizaba siempre en los escritos administrativos el masculino genérico, en cuanto género no marcado, obliga a las Administraciones Castellanas y Leonesas a hacer visible lo invisible y a poner en funcionamiento los modelos necesarios para asegurar que los escritos administrativos se redacten utilizando un lenguaje no sexista.

V. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO UNA MANIFESTACIÓN EVIDENTE DE LA DESIGUALDAD QUE PERSISTE

Uno de los problemas más graves que debe afrontar el discurso de los Derechos Humanos para lograr su efectividad en la actualidad es el de la violencia de género. Se trata de la manifestación más evidente del maltrato que sufren las mujeres a manos de los hombres por causa de la desigualdad que sigue persistiendo entre ambos sexos. Obedece a planteamientos de una histórica sociedad androcéntrica donde la norma ha sido el dominio y el abuso de poder de los hombres sobre las mujeres; esta legislación de los Derechos Fundamentales es un gravísimo problema social que ninguna sociedad fundamentada en los valores de respeto y solidaridad puede tolerar porque ello impide conseguir sociedades democráticamente avanzadas. El elemento esencial de la violencia de género es la que ejercen los hombres sobre las mujeres; es la más evidente expresión de la desigualdad basada en estereotipos sociales asociados al género.

El binomio igualdad-violencia de género es insoluble. No podemos aspirar a lograr una igualdad real y efectiva si no conseguimos erradicar la violencia de género. A partir de los años setenta del siglo xx la normativa internacional comenzó a abordar la violencia sufrida por las mujeres, pero circunscrita al ámbito familiar. Allí situamos las declaraciones y convencio-

nes de la ONU y las distintas Conferencias Mundiales sobre las Mujeres (la más importante es la de Beijing en 1995). La Unión Europea tampoco ha sido inactiva sobre este grave problema, sobre todo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, donde adquiere fuerza jurídica vinculante la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Destaca el Título III destinado a regular la igualdad y la prohibición de toda discriminación por razón de sexo y, dentro del mismo Título, el artículo 23 que proclama la igualdad entre mujeres y hombres.

También la Constitución Española, como ya hemos puesto en relieve, dedica varios preceptos a regular la igualdad y a prohibir la discriminación. A partir de 1998 se desarrolló en el ámbito nacional una regulación específica para proteger a la mujer que sufriera malos tratos, aprobando para ello el I Plan de Acción contra la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico. En los años siguientes se produjeron amplios avances normativos en el reconocimiento de la violencia contra las mujeres y en la creación de mecanismos de protección de las víctimas. Ello culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, que fue la primera norma europea que recoge una respuesta global frente a la violencia hacia la mujer en el marco de las relaciones de pareja.

El nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León, tras la reforma aprobada por la Ley Orgánica 14/2007, dedica varios preceptos a regular el derecho a la igualdad, a prohibir cualquier discriminación y a promover acciones positivas en distintos ámbitos y, en especial, a lograr la igualdad de oportunidades de las víctimas de violencia de género. A su vez la Ley 1/2003, de 3 de marzo de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León contenía entre sus objetivos primordiales prevenir situaciones de violencia de género, erradicando las relaciones desiguales de poder y haciendo efectiva la igualdad entre mujeres y hombres; asistir y proteger a las mujeres víctimas de violencia de género y aquellas que atraviesan por circunstancias de especial vulnerabilidad por razón de género. Se crea, pues, la Red de Asistencia a la Mujer en Castilla y León, la Comisión Interconsejerías para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, el Consejo Regional de la Mujer y también se dispone que en el plazo de un año se cree la Comisión Regional contra la Violencia hacia la Mujer.

El II Plan contra la Violencia de Género en Castilla y León (2007-2011) preveía incluso como una actuación específica dirigida a los poderes públicos de nuestra Comunidad la promulgación de una ley contra la violencia de género para contribuir al desarrollo de la Ley Orgánica 1/2004, abordando la violencia de género desde una perspectiva integral. Se trata de la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, contra la Violencia de Género en Castilla y León, que pretende

ser un efectivo instrumento para eliminar la violencia de género, potenciando los instrumentos de prevención y sensibilización dirigidos a toda la sociedad, formando profesionales, dedicando recursos a la atención integral de las víctimas y regulando la coordinación entre las distintas instituciones y organizaciones que trabajan en esta grave cuestión para poder conseguir erradicar la violencia de género.

Dicha norma goza del máximo rango normativo en la Comunidad de Castilla y León y se asienta en dos pilares: la prevención y la atención integral a las víctimas. Para ello se estructura en un Título Preliminar, tres Títulos y algunas Disposiciones Derogatorias, Transitorias y Finales.

Debemos resaltar que en el Título preliminar se establece el concepto de violencia de género, ampliando su contenido más allá de lo que expresa la ley integral del año 2004. Se aproxima dicho concepto a lo previsto en el año 2011 por el Convenio de Estambul, en el marco del Consejo de Europa. Así en el artículo 2.1 no se alude únicamente a la violencia sufrida en el ámbito de las relaciones de pareja o expareja, sino que se define la violencia de género hacia las mujeres que se ejerce contra ellas por el mero hecho de serlo y que tiene como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, incluyendo las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en la vida pública como privada. Dentro del ámbito de aplicación de esta ley quedan incluidas, como expresión de la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres hacia las mujeres, cualquier manifestación de violencia hacia la mujer ejercida por alguna de las siguientes formas: violencia física, violencia psicológica, violencia sexual, violencia económica, tráfico y trata de mujeres con fines de explotación, violencia causada por tradiciones culturales que vulneren los Derechos Humanos, acoso sexual, acoso laboral por razón de género y cualquier otra forma de violencia que lesione la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres, basada en la pertenencia al género femenino.

Las formas de violencia a las que previamente nos hemos referido se pueden ejercer en el ámbito de la pareja, expareja o relación de análoga afectividad; en el ámbito familiar; en el ámbito laboral o en el ámbito socio-comunitario. También se establecen los principios rectores de actuación para garantizar la intimidad de las víctimas en todas las actuaciones y procedimientos.

El Título I de la Ley que comentamos desarrolla uno de los pilares básicos para luchar contra la lacra de la violencia de género como es la prevención. Son necesarias medidas de sensibilización dirigidas a toda la sociedad y medidas de formación para todas las personas profesionales que intervienen en la atención en la atención integral a las mujeres; especialmente tiene incidencia en la prevención el ámbito educativo y sanitario.

No podía dejarse a un lado la cuestión de la atención integral de las víctimas dirigida a tomar medidas que aseguren su integridad física y psíquica desde los ámbitos social, jurídico, psicológico, sanitario, laboral y económico. Esto se desarrolla a lo largo del Título II que se cierra con el Capítulo dedicado a la Seguridad, y donde en el marco de las competencias autonómicas se destaca la importancia de la colaboración en la protección de las mujeres víctimas de violencia. Son imprescindibles para lograr los objetivos previamente aludidos determinados instrumentos de planificación y coordinación como ejes rectores de una política pública de carácter integral para aunar los esfuerzos de todas las instituciones, asociaciones y colectivos sin ánimo de lucro que trabajan en la erradicación de la violencia de género. Todo ello aparece reflejado en el Título III, en los artículos 42 y siguientes. La atención coordinada, directa y personalizada a las víctimas de violencia de género se coordinarán con la Secretaría de la Comisión Territorial contra la Violencia de Género a través de un expediente único.

VI. LA EVOLUCIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA

El Estatuto de Autonomía de Castilla y León en su artículo 70.1.11 atribuye competencia exclusiva a nuestra Comunidad para la «promoción de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, con particular atención a las víctimas de violencia de género» y en el artículo 14.2, siguiendo la estela de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, establece que los poderes públicos garantizarán la transversalidad del principio de igualdad de género en todas sus políticas promoviendo acciones positivas para lograr la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Este mismo compromiso fue acogido por la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León, adquiriendo especial relevancia el IV Plan de Igualdad de Oportunidades (2007-2010) que entre sus medidas, en el área de la transversalidad contempla impulsar la modificación de la legislación vigente para introducir y regular el impacto de género en la elaboración de disposiciones de carácter general y de planes de especial relevancia económica y social de la Junta de Castilla y León.

Con dicha finalidad se aprueba la Ley 1/2011, de 1 de marzo, de Evaluación del Impacto de Género en Castilla y León que se ocupa de regular en el marco de nuestra Comunidad Autónoma el impacto de género en el procedimiento de elaboración de las normas autonómicas y en los planes de especial

relevancia económica y social, incorporando como trámite un informe preceptivo: la evaluación del impacto de género. Dicho informe consistirá en un análisis y descripción del diagnóstico de la situación inicial de las mujeres y los hombres en el ámbito de la norma o plan propuesto, incluyendo los datos desagregados por sexos.

Debe valorar las situaciones de desigualdad detectadas en el ámbito sobre el que se va a actuar y, en su caso, la incorporación de medidas de acción positiva que eviten un impacto negativo de género en la actuación que se pretenda. Para la elaboración de estos informes de impacto de género se seguirán las pautas metodológicas establecidas por la Junta de Castilla y León en virtud de su potestad reglamentaria, que establecerá los indicadores a tener en cuenta para garantizar que la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y la transversalidad de género estén presentes en todas las políticas públicas. También las Cortes de Castilla y León podrán articular, en su caso, un procedimiento parlamentario de evaluación del impacto de género para las proposiciones de ley presentadas, de conformidad con lo previsto en el Reglamento de la Cámara (Disposición Adicional única de la Ley 1/2011, de 1 de marzo).

VII. POSIBLES EFECTOS DEL PLAN ESTRATÉGICO PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO 2022-2025

La lucha por alcanzar la igualdad de género debe ser entendida como la imperiosa necesidad de mejorar la organización social y económica, a fin de alcanzar la democracia real, favoreciendo que las mujeres ocupen en la sociedad el lugar que les corresponde. La igualdad no implica semejanza sino homogeneidad de responsabilidades y poder acceder a los recursos disponibles en idénticas condiciones. El camino hacia la igualdad de oportunidades requiere que las desigualdades de partida sean identificadas con carácter previo, evitando criterios neutros, que únicamente servirán para perpetuar las desigualdades. Las acciones positivas y las decisiones políticas transversales permitirán los avances en términos igualitarios incidiendo en las causas que generan desigualdad.

La igualdad de género implica a toda la sociedad y su logro exige aprovechar al máximo las capacidades y el talento de toda la población de la Comunidad de Castilla y León. De acuerdo con lo expuesto, el nuevo Plan Estratégico de Igualdad de Género 2023-2025 (vigente) establece el camino a seguir por la Junta de Castilla y León para la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres en nuestra Comunidad Autónoma.

Aunque el Plan apuesta por la prevención de la violencia de género no incluye las acciones de detección de la violencia de género y atención directa a las víctimas. Estas cuentan con un marco propio que permite afrontar de manera específica la atención a las víctimas de violencia de género y su entorno social. Violencia de género y promoción de la igualdad están muy relacionadas, pero requieren diferentes modos de ser afrontadas. Así pues, el acuerdo 130/2015, de 10 de septiembre, de la Junta de Castilla y León establece las directrices del funcionamiento del modelo de atención integral a las víctimas de violencia de género «Objetivo Violencia Cero», siendo el marco programático para dar respuesta a la violencia de género y, en cambio, en Plan Estratégico de Igualdad de Género regula las actuaciones para generar una cultura igualitaria donde, con la debida prevención, la violencia no tenga lugar. El punto de partida para estos logros es la Agenda para la Igualdad de Género 2020 y la meta a alcanzar es la consecución de la igualdad real en cuestiones de género. Para ello es preciso utilizar una metodología flexible de planificación donde el protagonismo recaiga en los objetivos y principios sin definir de forma rígida con antelación a las actuaciones concretas.

La transversalidad forma parte de la igualdad de género y el mandato de nuestro Estatuto de Autonomía se extiende a todas las políticas públicas que se desarrollan, incluyendo la perspectiva de género. De ahí que la planificación busque implicar a todas las Consejerías y demás organismos públicos de la Comunidad. Es responsabilidad compartida detectar las desigualdades y tratar de hacerlas desaparecer, lo cual implica que participen todos los entes que integran la Administración Pública autonómica. Y se deben incluir también actuaciones de sensibilización, formación e información, actuaciones de prevención de las desigualdades y su detección e intervención ante supuestos de vulneración de la igualdad entre mujeres y hombres y el fomento de la mejora de la posición de la mujer en todos los ámbitos de la sociedad y, en especial, en el ámbito de las relaciones laborales.

El Plan Estratégico de Igualdad de Género 2022-2025 se fundamenta en el trabajo de muchas instituciones y sobre los consensos alcanzados en diversos ámbitos: internacional, europeo, nacional y de la Comunidad de Castilla y León, y nace con vocación de continuidad respecto al trabajo realizado por las instituciones de la Junta de Castilla y León en décadas precedentes, pero también pretende aportar novedades en su diseño, gestión y evaluación.

Proceden las aportaciones de los cambios que se están generando en las dinámicas de planificación estratégica en el sector público; a causa de los cambios sociales y de las transformaciones en el movimiento organizativo. El entorno social actual se define con el acrónimo de VICA (Volátil, Incierto, Com-

plejo y Ambiguo). De ello ya se hablaba a finales del siglo xx, pero la emergencia sanitaria provocada a nivel mundial por la COVID-19 recuerda a la sociedad que las contingencias deben ser tenidas en cuenta y los planes pro futuro deben ser abiertos y flexibles. Por ello este último Plan de la Junta de Castilla y León desarrolla un nuevo paradigma basado en los siguientes principios: a) dar mayor protagonismo a los objetivos y retos a asumir; b) flexibilidad para proponer y ampliar actuaciones que deben ser propuestas anualmente; c) incorporar sistemas de planificación permanente que permitan establecer actuaciones adaptadas a los cambios del contexto; d) incorporar la participación social durante todo el ciclo de vida del plan.

El actual Plan Estratégico de Igualdad de Género incorpora el principio de la planificación constante, con capacidad para hacer frente a los cambios que se produzcan en la sociedad. Ello no impide el derecho de la ciudadanía y de los agentes sociales a conocer con antelación suficiente las actuaciones que van a realizarse y contar con el espacio y el tiempo necesarios para poder proponer cambios y valorar los resultados.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las páginas precedentes hemos intentado, a través del recorrido del derecho antidiscriminatorio, elaborado y vigente durante años en la autonomía de Castilla y León, dar una visión de conjunto de la evolución que la cuestión de la igualdad de género ha experimentado a lo largo de estas décadas. El Ordenamiento Jurídico es un orden que gobierna el mundo y en este caso concreto el legislador autonómico y el resto de los operadores públicos autonómicos han pretendido con las normas aprobadas, desarrolladas y aplicadas dar respuesta en la Comunidad de Castilla y León al problema de la desigualdad de género entre mujeres y hombres y a la lacra execrable de la violencia que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo.

Desde la aprobación del Estatuto de Castilla y León, hace ya más de 40 años, sus distintas reformas, las leyes autonómicas aprobadas y los planes desarrollados, la normativa vigente permite afirmar que el panorama actual en la letra de la ley nos ofrece una visión positiva. Tenemos una legislación progresista sobre esta cuestión en la cual se ven reflejadas todas las aportaciones más actualizadas sobre la doctrina en esta problemática; podemos destacar que la legislación de nuestra Comunidad Autónoma puede competir con las más avanzadas a nivel nacional e internacional. El problema de la desigualdad y la discriminación permea toda la sociedad actual y es de capital importancia. Su

erradicación es un imperativo para la consolidación de la democracia y para alcanzar la igualdad real y efectiva como meta final; si esto llega a conseguirse no serán necesarias normas jurídicas al respecto, ni artículos o comentarios doctrinales sobre el tema.

No obstante, apreciamos que las normas jurídicas no han sido suficientes para la solución de los problemas que persisten: cuesta un gran esfuerzo intentar integrar los méritos femeninos en las mismas condiciones y valores que los masculinos. El techo de cristal y el suelo pegajoso dificultan el acceso de las mujeres a las distintas esferas de poder; es muy difícil hacer desaparecer la brecha salarial, el acoso laboral y el acoso por razón de sexo; la educación en igualdad no cala lo suficiente en la sociedad para integrar al diferente y volver la mirada hacia los colectivos en situación de especial vulnerabilidad y reconocer en ellos a nuestros semejantes; se observan signos evidentes de retrocesos en cuestiones igualitarias en amplios sectores de nuestra sociedad –y destacan entre ellos las relaciones entre los/las jóvenes, que serán la sociedad del futuro–. No llegamos a encontrar una solución a la lacra de la violencia de género y a otras violencias que se sufren a diario con diferentes perfiles y matices, pero con el fin de denigrar a quienes la sufren.

En conclusión: no son suficientes las normas jurídicas para cambiar la sociedad; sin embargo, son imprescindibles. Pero a su lado es necesario insistir en la educación en igualdad, convencidas/os de que los derechos de la mujer se tienen que reconocer, ejercitar y defender al mismo nivel que los de los hombres porque solo así avanzaremos en todos los ámbitos (pero principalmente en democracia). Desde estas líneas que ahora escribo recomiendo que quienes creemos en la imperiosa necesidad de implementar el Derecho antidiscriminatorio no demos un paso atrás ni para tomar impulso.

CONSTITUCIÓN Y PROHIBICIÓN DE PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA

MARÍA SALVADOR MARTÍNEZ

Prof. Titular de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: Introducción. I. La igualdad como decisión constitucional. I.1 Sobre las ideas de igualdad. I.2 Las manifestaciones jurídicas de la igualdad. II. El mandato de la igualdad de mujeres y hombres. III. Proyección de la igualdad de mujeres y hombres en la comunicación (publicitaria). IV. La prohibición de publicidad discriminatorio. IV.1 Valores, principios y derechos en juego. IV.1.1 El bien jurídico protegido: la igualdad y dignidad de la mujer. IV.1.2 La libertad de expresión publicitaria y sus límites. IV.2 Normas que recogen la prohibición de publicidad discriminatoria. IV.2.1 La prohibición general de publicidad discriminatoria en la LGP. IV.2.2 Prohibiciones en normas específicas o sectoriales. IV.2.3 La «auto-prohibición» de publicidad discriminatoria. IV.3 Interpretación y aplicación práctica de la prohibición. IV.3.1 En la vía judicial ordinaria. IV.3.2 A través del Jurado de la Publicidad. V. Consideraciones finales.

INTRODUCCIÓN

La igualdad es una de las decisiones axiológicas fundamentales que contiene nuestra constitución. Es, desde luego, una de las que define al constitucionalismo actual frente al de fases históricas anteriores. Es una decisión revolucionaria, porque fija nuevos objetivos, establece nuevos mandatos y obliga a revisar las categorías y esquemas utilizados anteriormente. Es, además, una de las más exigentes, porque avanzar hacia la igualdad obliga a ir contracorriente,

a enfrentar una realidad cuya tendencia natural es la desigualdad, y a tratar de deshacer las construcciones teóricas y los presupuestos fácticos que la sostienen. La labor es intelectualmente estimulante, motivadora y desafiante, aunque en ocasiones el objetivo pueda parecer inalcanzable.

Así, sin negar desde luego valor a ninguna contribución científica en el campo del derecho constitucional que se ocupe de otros temas, personalmente siempre he considerado que los estudios en materia de igualdad son especialmente valiosos, tanto si se trata de estudios teóricos generales como de análisis concretos sobre diferentes proyecciones de la igualdad en unos u otros ámbitos. Por eso, pero sobre todo porque este texto se ha redactado para formar parte de un *liber amicorum* dedicado a la Profesora M.^a Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga, entre cuyas relevantes contribuciones al derecho constitucional destacan precisamente las relativas a la igualdad¹, es fácil entender que estas páginas estén dedicadas a la prohibición de discriminación y su encaje constitucional.

Cuando en el año 2000 tuve la oportunidad de acercarme al estudio de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de la comunicación me sorprendió la ausencia casi total de estudios constitucionales en la materia, con la excepción de una monografía de M.^a Luisa Balaguer Callejón, publicada en 1985². Desde entonces ha habido nuevas aportaciones al tema, tanto de la propia profesora Balaguer³ como de otros autores y autoras, e importantes avan-

¹ Las contribuciones de BALAGUER CALLEJÓN, M. L., en este ámbito son muy numerosas, por lo que no tiene demasiado sentido citarlas aquí todas, pero, además, no se trata solo de muchas contribuciones en número, sino, sobre todo, de trabajos que han ayudado a crear pensamiento, a construir categorías y a abrir nuevas perspectivas. No obstante, sin ánimo de exhaustividad, desde luego, hay que mencionar las monografías: *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005; *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2010; *Hijas del mercado: la maternidad subrogada en un estado social*, Cátedra, Madrid, 2017. Como codirectora, las obras: *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018; *Legislación sobre igualdad de género*, Tecnos, Madrid, 2018 (2.^a ed.). Y, entre los numerosos artículos y capítulos de libro, desde los primeros, como «La aplicación judicial del principio de igualdad», en *El principio de igualdad en la Constitución española: XI Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia-Civitas, Madrid, 1991, p. 294-312, hasta los más actuales, como «La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona», en *IgualdadES*, núm. 10, 2024, p. 261-288, se encuentran trabajos muy valiosos sobre aspectos generales del feminismo, la construcción jurídica del género y de la igualdad, y sobre proyecciones de estos en ámbitos como la comunicación, la violencia de género, la prostitución o los vientres de alquiler.

² BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *La mujer y los medios de comunicación*, Ed. Arguval, Málaga, 1985. Anteriormente había defendido su tesis doctoral, titulada *Ideología y medios de comunicación: el caso de TVE*, en la Universidad de Granada, en 1984, dirigida por Juan José Ruiz Rico. Conectada con esta línea de investigación se puede citar también la monografía *Ideología y medios de comunicación: la publicidad y los niños*, Ed. Diputación Provincial, Málaga, 1987.

³ «La regulación y el control de la publicidad en el Ordenamiento jurídico constitucional español», en *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 21, 2003, p. 133-168; «Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico. La imagen de la mujer», en *Revista Latina de Comuni-*

ces tanto en la construcción de esquemas teóricos en la materia, como en el plano de las medidas adoptadas por los poderes públicos.

Sin embargo, como se ha señalado, el objetivo de la igualdad obliga a recorrer un camino largo y, a veces, lento. Casi superado el primer cuarto del siglo XXI, aunque se hayan dado ya pasos importantes, siguen existiendo objetivos que no se han logrado, así como nuevos retos a los que hacer frente. Ello explica que siga siendo necesario y oportuno analizar el principio de igualdad entre mujeres y hombres y su proyección en el ámbito de la comunicación y, en concreto, en el campo de la comunicación publicitaria; un análisis que nos recuerde la importancia de defender la igualdad en los mensajes que compartimos como comunidad política, y la necesidad de construcciones teóricas que ayuden a explicar las exigencias que derivan de la igualdad y de medidas que traten de hacerla real y efectiva.

I. LA IGUALDAD COMO DECISIÓN CONSTITUCIONAL

Aunque nos parezca algo sabido, creo que, especialmente en estos temas, es necesario comenzar por el principio; en este caso, con algunas reflexiones generales sobre la igualdad como decisión constitucional y sobre la igualdad entre mujeres y hombres en particular.

1. Sobre las ideas de igualdad

La primera reflexión se refiere al contenido de la idea misma de igualdad en la constitución. Y, de nuevo, creo oportuno comenzar recordando la primera premisa: que en la realidad de la vida social la tendencia natural es la desigualdad y la diferencia; los hombres y los grupos en que éstos se organizan son desiguales (por la propia diversidad natural) y, además, generan desigualdad (por razón del lugar de nacimiento, del status, de la riqueza...). La igualdad, por tanto, es una idea que, como se dicho, va contra la corriente natural, contra la dinámica propia del funcionamiento de la sociedad. Por eso ha sido, desde sus orígenes, un ideal a alcanzar, un objetivo, una utopía incluso⁴.

cación Social, núm. 63, 2008, p. 382-391. Y también en la obra *Derecho de la información y de la comunicación*, Tecnos, Madrid, 2013 (1.ª ed.), 2016 (2.ª ed.).

⁴ Entre otros, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 15.

Ese ideal, aunque haya sido una constante, ha tenido diferentes significados, según el momento y el desarrollo de las ideas políticas y filosóficas. Históricamente no ha existido solo «una idea» de igualdad, sino diferentes «ideas» de igualdad⁵, porque, en realidad, la idea de igualdad nunca ha sido la de la igualdad absoluta, la igualdad «en todo», es decir, la superación de todas las diferencias, sino solo la superación de ciertas diferencias, aquellas que en un momento histórico concreto tenían una determinada relevancia o un significado específico para el orden social. Así, las diferentes ideas de igualdad se corresponden con las igualdades concretas que se intentaban conquistar en un momento histórico determinado o, dicho de otro modo, con el rechazo de ciertas diferencias.

La diversidad de concepciones de la igualdad también se observa en el constitucionalismo⁶. La idea de igualdad está en el germen del Estado constitucional europeo, ya que una de las principales reivindicaciones de los revolucionarios liberales fue el reconocimiento de la igualdad de todos ante la ley, para eliminar los privilegios de determinados estamentos sociales (normas diferentes para cada grupo social y tribunales también distintos). Esa diferencia de trato, que se concretaba en privilegios sólo para unos pocos y se percibía como una diferencia injusta es la desigualdad concreta que se busca eliminar y la que da contenido al concepto de igualdad formal del primer constitucionalismo liberal.

Pero esa primera idea de igualdad, como se sabe, evolucionó al tiempo que lo hizo el propio Estado constitucional liberal transformándose en Estado social y democrático de derecho. Así, el postulado democrático, conforme al cual la legitimidad del orden político depende de la igual libertad de todos para participar políticamente, para intervenir en los procesos colectivos de autodeterminación, exigió pasar del sufragio censitario al sufragio universal masculino y, después, por fin, al verdadero sufragio universal (incluido el femenino). Posteriormente, el advenimiento del estado social culminaría la transformación de la idea de igualdad. De un lado, en lo que se refiere a la igualdad referida al trato que deben dar los poderes públicos a los ciudadanos (*igualdad formal*), la igualdad ya no es solo trato igual para evitar tratos privilegiados, sino que a situaciones distintas hay que darles un trato diferente, siempre que

⁵ Esto es así como consecuencia de que la igualdad es un concepto complejo y relativo: presupone la existencia de dos elementos y una operación de contraste entre ellos tomando como término de comparación un determinado rasgo, que permita concluir si son iguales o diferentes; la conclusión dependerá, por tanto, de cuáles sean esos elementos y de cuál sea el término de comparación, ya que todo es comparable y todo depende del aspecto concreto que se compare.

⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y constitución española*, cit., p. 25-31. Vid. con detalle F. Simón Yarza, «De la igualdad como límite a la igualdad como tarea. Evolución histórica de un principio», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 73-113.

no sea arbitrario y se apoye en criterios admisibles y suficientes para ser justificables. De otro lado, se incorpora la idea de *igualdad material*⁷, que no busca superar desigualdades carácter estrictamente jurídico, porque el principio de la igualdad formal ya asegura que el trato de los poderes públicos no sea discriminatorio, sino desigualdades fácticas que impiden el disfrute real de una posición formalmente igual. La cuestión estriba en que la posición de las personas en una comunidad jurídico-política no viene determinada sólo por factores jurídicos, sino también por factores de otro tipo, económicos, sociales, culturales... que en ocasiones pueden resultar mucho más determinantes que aquéllos, hasta el punto de llegar a impedir que una persona goce real y efectivamente de los bienes o derechos que le haya otorgado una norma jurídica. Así pues, los elementos que esta nueva idea de igualdad toma en consideración son las condiciones fácticas de las personas y el modo en que éstas condicionan las posibilidades para alcanzar un determinado bien o disfrutar de un determinado derecho; y la desigualdad que ésta pretende superar es precisamente la diferencia que marcan dichas condiciones fácticas.

2. Las manifestaciones jurídicas de la igualdad

La segunda reflexión se refiere a las manifestaciones jurídicas de esta idea de igualdad, y al significado y alcance que se les debe dar. La igualdad es en nuestro orden constitucional una decisión de tal calado que se expresa en el plano jurídico como un valor, un principio objetivo y un derecho fundamental. Las tres manifestaciones sirven a la idea que antes se han explicado y lo hacen por tres vías jurídicamente diferentes, no más o menos valiosas unas que otras, sino diferentes y complementarias.

La igualdad como valor se consagra en el art. 1.1 de la constitución, como parte de la fórmula que define en sus rasgos básicos y fundamentales al orden

⁷ Puesto que dicha forma de estado aquel asume como propia la tarea de intervenir en la realidad social y económica para alcanzar determinados objetivos y, en particular, para asegurar a los ciudadanos el disfrute efectivo de los derechos, y ciertos bienes y servicios, la nueva idea de la *igualdad material*, se convierte, junto con los derechos sociales, en la concreción básica del Estado social. Sobre este mandato, MONTILLA MARTOS, J. A., «El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración en el principio de igualdad», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a J. J. Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 437- 463; también, del mismo, «Principio de igualdad y Estado social. La discriminación positiva en la justicia europea y en la justicia constitucional española», en García Herrera, M. Á. (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, UPV, Bilbao, 1997, pp. 87 a 101.

jurídico y político que esta norma establece⁸. Este, junto con el art. 10.1 CE, son la expresión más acabada del fundamento de ese orden, que se apoya en las ideas de igualdad, libertad, justicia, pluralismo y dignidad humana. Así, la igualdad es uno de los valores superiores, es decir, una de las decisiones materiales sobre las que aquel orden se fundamenta. Al respecto, aunque pueda parecer obvio, no está de más recordar que la constitución, como norma suprema del ordenamiento que regula la vida de las personas en una sociedad, contiene el orden de valores conforme a los cuales esa comunidad ha decidido organizarse, un orden que refleja las decisiones básicas de ese grupo social, que es el fundamento de su organización política y debe proyectarse en todos los ámbitos y sectores de la vida en sociedad. Por eso, la igualdad, como decisión axiológica, con el contenido que se ha indicado antes, debe inspirar la actuación de todos los poderes públicos en todas las esferas y respecto de todas las personas y grupos de los que éstas forman parte, así como también de la actuación de los particulares entre sí⁹.

En segundo lugar, la igualdad se expresa jurídicamente como principio objetivo. Esta ha sido históricamente la manera de formular jurídicamente la igualdad. En tanto que principio, contienen un mandato dirigido a todos los poderes públicos, una obligación que éstos deben cumplir y cuyo incumplimiento genera consecuencias jurídicas. En realidad, como sabemos, la constitución establece dos mandatos diferentes: el primero, el de la igualdad formal (art. 14), se concreta en la obligación de los poderes públicos de dar un trato no discriminatorio¹⁰; el segundo, de la igualdad material (art. 9.2), obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las desigualdades reales existentes, las diferencias de hecho que existen entre distintos colectivos de personas, y a intervenir para corregir esas desigualdades y procurar una mayor igualdad real. Entre ambos mandatos no existe nin-

⁸ Así lo ha hecho el propio Tribunal Constitucional: «La igualdad que el art. 1.1. de la Constitución proclama como uno de los valores de nuestro ordenamiento jurídico ... no solo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2 que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y los grupos sea real y efectiva» (STC 216/1991, FJ5; en el mismo sentido, STC 40/2011).

⁹ «La igualdad es un valor preeminente de nuestro ordenamiento jurídico, al que debe colocarse en un rango central» (SSTC 103/1983, FJ 6; en igual sentido 104/1983, 8/1986); es «un valor superior que se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la Constitución deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución proclama» (STC 8/1983, FJ 3).

¹⁰ En el desarrollo de los requisitos para considerar justificado un trato diferente han jugado un papel determinante los Tribunales Constitucionales y los tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en esta materia, *vid.* BILBAO UBILLOS, J. M., y REY MARTÍNEZ, F., «El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española», en CARBONELL, M., *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, CNDH, México, 2003, p.105 ss.

gún tipo incompatibilidad, sino que, al contrario, son complementarios, pues tienen un contenido y carácter diferente. El mandato de la igualdad material no impone actuaciones concretas, no exige a los poderes públicos que actúen de una determinada manera o que den un trato determinado, igual o distinto (como sí hace el principio de igualdad formal); fija un objetivo que los poderes públicos deben intentar alcanzar, el de la igualdad real y efectiva, y les obliga a que, en la medida de lo posible (de lo fáctica y jurídicamente posible), su actuación tienda a alcanzar ese objetivo¹¹.

Por último, en el art. 14 CE se reconoce también un derecho fundamental a «no ser discriminado», cuyo contenido coincide con el del mandato de la igualdad formal. Su reconocimiento obedece al objetivo de reforzar ese mandato, permitiendo a los ciudadanos reaccionar jurídicamente si son objeto de un trato discriminatorio¹².

II. EL MANDATO DE LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

Así pues, el orden establecido en la constitución se apoya en la idea de una comunidad de personas iguales en su libertad, en sus derechos y en su posición frente al Estado, que no podrá darles un trato discriminatorio y que, además, debe procurar su igualdad real y efectiva.

Este último mandato de la igualdad real y efectiva obliga, como se ha dicho, a tener en cuenta las desigualdades reales existentes, de cara a poder actuar sobre ellas. Con ese propósito, hay que levantar la mirada del derecho positivo y analizar la realidad. Si lo hacemos, comprobaremos, en palabras de M.^a Luisa Balaguer, que «la desigualdad sexual, junto con la desigualdad social, constituyen el eje fundamental por el que históricamente transcurre la desigualdad a lo largo de la historia. La desigualdad social ha sido la consecuencia histórica de la desigual distribución de los medios de producción, y la desigualdad sexual ha sido la consecuencia de la distribución entre la funciones productivas y reproductivas en la sociedad. La configuración desigual de los sexos en torno a la

¹¹ Esto podrá lograrse a veces igualando el trato dado a situaciones hasta entonces diferenciadas, pero también, a veces, dando un trato diferente a situaciones que hasta el momento no se distinguían; este principio, pues, servirá en unas ocasiones de argumento para eliminar diferencias existentes, pero en otras permitirá justificar tratos diferenciados.

¹² BALAGUER CALLEJÓN, M. L., desarrolla el análisis del derecho a la igualdad especialmente en *Igualdad y Constitución española*, cit., sobre todo p. 56 ss. También, SALVADOR MARTÍNEZ, M., «La igualdad», en Sánchez González, S. (coord.), *Dogmática y Práctica de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2015, p. 105 ss.; después en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Derechos y libertades*, UNED-Universitas, Madrid, 2021, p.183 ss.

distribución de esas funciones ha generado históricamente una desigual distribución del poder, común a todas las sociedades, y cuya consecuencia fundamental ha sido la inferioridad de las mujeres y su sumisión a los hombres»¹³. La desigualdad entre hombres y mujeres es, sin necesidad de compararla con otras, de naturaleza estructural y de hondísimas raíces, y afecta, además, aproximadamente a la mitad de los seres humanos. Sin duda, es una de las desigualdades que el mandato constitucional de la igualdad material obliga a afrontar.

El reconocimiento expreso de esta desigualdad se recoge en el art. 14 CE, en el que se menciona el sexo junto a otras «categorías sospechosas» de ser discriminatorias («no cabe discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»)¹⁴. Este reconocimiento ha sido considerado insuficiente por un sector doctrinal¹⁵ y criticado, además, porque ha dificultado la construcción de categorías adecuadas a la igualdad de la mujer, más específicas que las genéricas que se han desarrollado para el conjunto de rasgos recogidos en dicho artículo¹⁶. Un reconocimiento adicional, aunque muy concreto, se recoge en el art. 32 CE, que establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

La cláusula de prohibiciones concretas de discriminación del art. 14 es un tipo de disposición que, a partir de un momento determinado, las constituciones¹⁷ y las declaraciones internacionales de derechos¹⁸ incluyeron, junto al principio de la igualdad de trato, con la intención de complementar el contenido de este. Estas cláusulas suponen el reconocimiento constitucional de la existencia de ciertas características o rasgos que históricamente se han utilizado para esta-

¹³ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y constitución española*, cit., p. 140.

¹⁴ No existen grandes diferencias de unas cláusulas a otras, salvo que se incorpore algún rasgo más o menos. Entre las más amplias se encuentra la recogida en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, que establece: «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

¹⁵ VENTURA FRANCH, A., *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999; M.^a Luisa Balaguer Callejón, *Mujer y constitución*, cit., p. 85; más recientemente, I. Gómez Fernández, *Una constituyente feminista*, M. Pons, Madrid, 2017.

¹⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Mujer y constitución*, cit., p. 85.

¹⁷ En España, la primera constitución que recoge una cláusula de este tipo fue la Constitución Republicana de 1931, que en su art. 25 establecía: «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas, ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones ni títulos nobiliarios».

¹⁸ La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1949, establece en su art. 2 la igualdad «sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición», además «no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona».

blecer tratos jurídicos y sociales discriminatorios; que aún tienen un especial arraigo social, lo que las hace susceptibles de seguir siendo causa de discriminación; y que afectan a colectivos que, debido a lo anterior, se encuentren en una situación fáctica de inferioridad o desventaja¹⁹. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, «esta referencia expresa a tales motivos... representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE»²⁰.

Jurídicamente, estas prohibiciones concretas de discriminación no son en realidad «prohibiciones», sino que complementan el principio de igualdad en dos sentidos. En primer lugar, y en relación con la igualdad formal, las características enumeradas en el art. 14 CE se consideran criterios «sospechosos» *a priori*; por ello, inicialmente no es admisible utilizar como causas de diferenciación el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión, y, si se hace, el régimen para considerar justificado un trato diferente será más severo y se producirá una inversión de la carga de la prueba (corresponderá al autor del trato diferente justificar la no discriminación). En segundo lugar, la «prohibición de discriminaciones concretas», en la medida en que constituye el reconocimiento constitucional expreso de desigualdades fácticas, señala a los poderes públicos cuáles son los principales colectivos cuya igualdad material se ha de buscar y a los que se deben dirigir las medidas de fomento y acción positiva correspondientes²¹.

III. PROYECCIÓN DE LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN EL ÁMBITO DE LA COMUNICACIÓN (PUBLICITARIA)

Para dar cumplimiento al mandato de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, los poderes públicos deberán desarrollar las actuaciones

¹⁹ Así, por ejemplo, en relación al sexo, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que esta cláusula debe entenderse como «la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer» (STC 128/87). En la doctrina, BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 33, 1991.

²⁰ STC 17/2003, FJ 3.

²¹ El máximo intérprete de la constitución, por su parte, así lo ha reconocido: «la incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que ... encierra el art. 14 supone ... que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados. [...] Por otra parte, la modulación aludida ... exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección» (STC 216/1991, FJ 5).

que consideren adecuadas, en los ámbitos en los que sea preciso intervenir. Recordemos que la igualdad como valor lo es del conjunto del orden político y social, y que el principio de igualdad, referido a la actuación de poderes públicos, se proyecta sobre todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida política y social. Respecto a cuáles son los ámbitos concretos en los que actuar, y cómo hacerlo, de nuevo el principio de igualdad nos obliga a analizar la realidad.

Entre los diversos ámbitos en los que el principio de igualdad entre mujeres y hombres impone actuar se encuentra, sin lugar a duda, el ámbito de la comunicación. De un lado, porque que la comunicación está en el origen de la comunidad política. Una sociedad se construye a partir de los elementos que sus miembros ponen en común, de la comunicación que se desarrolla entre ellos; esos elementos comunes son los que terminan transformándose en las ideas y convicciones de ese grupo social y, así, en el fundamento del orden político y jurídico que establezca dicho grupo. De otro lado, porque precisamente la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres es deudora de la atribución de distintos roles, que colocan a la mujer en una posición secundaria y subordinada al hombre, de profundas raíces culturales, que se mantiene, consolida y refuerza a través de su comunicación y transmisión. Así, la discriminación estructural de la mujer se manifiesta en la imagen que se transmite de ella en los procesos de la comunicación, una imagen no real y equilibrada, sino estereotipada y sexista; una imagen que, al mismo tiempo, contribuye a perpetuar la desigualdad real y actúa como obstáculo para que las mujeres ocupen el lugar que les corresponde y ejerzan sus derechos en condiciones de igualdad. Si nuestro orden social se fundamenta en la igualdad de género, como valor compartido, y pretende desterrar la desigualdad entre ambos sexos, hay que trabajar para conseguir eliminar dicha imagen estereotipada y construir una imagen real y equilibrada de las mujeres y de su papel en la sociedad, una imagen que, como comunidad, lleguemos a compartir²².

²² BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *La mujer y los medios de comunicación*, cit., p. 65 ss.; «La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico constitucional español», cit., pp. 133 a 165; *Mujer y constitución*, cit., p. 191 ss. También, GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., y SALVADOR MARTÍNEZ, M., «La mujer y los derechos de la comunicación», en Freixes, T., (coord.), *Mujer y Constitución en España*, 2000, CEC, Madrid, pp. 669 a 693; SALVADOR MARTÍNEZ, M., «La imagen de la mujer en los medios: exigencias del principio de igualdad», *Feminismo/s*, núm. 12, 2008, pp. 185-201. En todos estos trabajos se señala que las exigencias que derivan del principio de igualdad no se refieren sólo a la imagen que los medios transmiten de la mujer, sino también a la necesidad de fomentar el ejercicio de las libertades de expresión e información por las mujeres, al acceso en condiciones de igualdad a los medios (acceso a la profesión, a los órganos de decisión de los medios, a la programación), al acceso en condiciones de igualdad a la información, educación y cultura, etc.

De las diferentes formas de comunicación existentes, la publicidad merece una atención especial. La publicidad es una de las actividades comunicativas que más utilizan la imagen de la mujer, porque su finalidad es incitar al consumo y está demostrado que la imagen de la mujer incita al consumo; además, es una de las actividades comunicativas que más claramente ha utilizado una imagen discriminatoria y sexista de la mujer. En los mensajes publicitarios la mujer se cosifica y el cuerpo femenino se utiliza como reclamo comercial; se hace un uso estereotipado de la imagen femenina (el ama de casa, la supermujer, la preocupada por su físico) que perpetúan un rol y una posición de la mujer diferente a la del hombre (inferior, dependiente, secundaria...); incluso se utilizan imágenes de violencia y de actitud pasiva, de sumisión o subordinación a este²³. Pero, además, en relación con lo que se señalaba anteriormente, como explica M.^a Luisa Balaguer, «la publicidad representa en la actualidad una cosmovisión que trasciende su anterior función informativa o persuasiva de consumo», «reproduce la sociedad patriarcal de apariencia neutra y hasta igualitaria, y transmite contenidos regresivos para permitir la perpetuación del modelo económico.. y de una ubicación de la mujer en la sociedad indirecta, subordinada, inferior y supeditada»²⁴. Por ello, la publicidad es una de las formas de comunicación sobre la que se debe proyectar el mandato constitucional de la igualdad.

Una vez determinado que el mandato de la igualdad real y efectiva exige actuar en relación con la publicidad, con el objetivo de que esta no contribuya a perpetuar la desigualdad de la mujer, sino lo contrario, las medidas que pueden adoptar al respecto los poderes públicos son diversas y variadas²⁵. En primer lugar, caben políticas y medidas «educativas», que expliquen el uso de la imagen de la mujer en la publicidad y que recuerden la importancia del papel que desempeñan los mensajes publicitarios. Caben y son necesarias, desde luego, medidas y políticas que promuevan un uso no discriminatorio ni

²³ Al respecto, los trabajos en el campo de la publicidad. Entre otros, MARTÍN CASADO, T. G., *El tratamiento de la imagen de género en la creación del mensaje publicitario del medio prensa a comienzos del siglo XXI*, UCM, Madrid, 2010, pp. 88-95; también en «El sexismo en la creatividad publicitaria: Limitar el estereotipo, por derecho», en *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, núm. 10, 2016, p. 188-208; y «La mujer en la creatividad publicitaria del siglo XXI: De protagonista a profesional del mensaje publicitario», en *Communication papers: media literacy and gender studies*, núm. 1, 2012, p. 105-114.

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Derecho de la información y de la comunicación*, cit., p. 166. También, con más desarrollo, en *Mujer y constitución*, cit., 191-210.

²⁵ Entre otros trabajos que analizan la variedad de medidas, MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 35 ss.; SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales», en Sánchez Gonzalez, S. (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dickinson, Madrid, 2009, p. 29-55.

sexista de la imagen de la mujer en la publicidad, estableciendo el respeto a la igualdad y la dignidad como principios de deben respetar los mensajes publicitarios. Siempre es posible y muy positivo crear instituciones a las que se atribuyan las funciones anteriores, de estudio, educación, promoción y supervisión (Institutos de la Mujer, Observatorios de la Publicidad, Consejos audiovisuales...). Y, claro está, se puede adoptar la medida evidente de prohibir la publicidad discriminatoria. Medidas de todos estos tipos se han ido aprobando a lo largo de estos últimos cuarenta y cinco años, destacadamente a través de leyes sectoriales de comunicación y de leyes de igualdad, nacionales y autonómicas, pero también a través de otras normas²⁶.

A mi juicio, es la combinación de todos estos tipos de medidas la que puede conseguir mejores resultados. Aquí, sin embargo, nos detendremos solo en la prohibición de discriminación, por ser la más clara y contundente, y la que nos permite analizar con detalle la justificación constitucional de una decisión de esta naturaleza, así como valorar su interpretación y aplicación práctica.

IV. LA PROHIBICIÓN DE PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA

1. Valores, principios y derechos en juego

Razonando desde la igualdad, como hemos hecho, resulta claro el fundamento constitucional de la prohibición de publicidad discriminatoria. Sin embargo, en el ámbito de la comunicación y en relación con el ejercicio de la actividad publicitaria están implicados una pluralidad de valores, principios y derechos, que han de ser tenidos en cuenta, por lo que es preciso detenerse algo más en el análisis de la constitucionalidad de esta medida. En concreto, considero que los términos a analizar son dos: de un lado, el bien jurídico cuya protección justifica la medida (la igualdad y dignidad de la mujer) y, de otro, la libertad de expresión del anunciante que resulta limitada por la prohibición.

1.1 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA IGUALDAD Y DIGNIDAD DE LA MUJER

La prohibición de publicidad discriminatoria se establece, como se ha dicho, para evitar que los anuncios transmitan una imagen discriminatoria de la

²⁶ Pueden consultarse, entre otros, en BALAGUER CALLEJÓN, M. L. en *Derecho de la información y la comunicación*, cit., p. 174 ss.; SALDAÑA, M. N., «La libertad de expresión y de información», en M. IGLESIAS, y VENTURA, A., *Manual de Derecho Constitucional con perspectiva de género*, vol. II., Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, p. 321-339.

mujer, que contribuya a perpetuar la desigualdad fáctica de las mujeres. Lo que se está protegiendo es la imagen abstracta de la mujer, no la igualdad y dignidad de mujeres concretas. M.^a Luisa Balaguer apunta la posibilidad de apelar al derecho al honor de las mujeres como sujeto colectivo²⁷, aunque reconoce que no resulta sencillo. No solo porque sea difícil lograr que se reconozca el derecho al honor de este grupo, sino, sobre todo, porque no se trata del honor, tal y como lo entendemos. De lo que se trata es de la imagen de la mujer (y de su posición en el grupo social) que como comunidad cultural, política y social compartimos. Es algo jurídicamente más abstracto, pero materialmente determinante, que nos remite a un principio tan abstracto también, y tan fundante, como la dignidad.

Así, en el plano jurídico, la protección de ese bien (la imagen compartida de la mujer) tiene su anclaje en la igualdad, puesto que el mandato de la igualdad material obliga a remover los obstáculos que impiden o dificulten la igualdad efectiva (como el mensaje publicitario discriminatorio que perpetúa la desigualdad), pero también tiene su anclaje en la dignidad, y en la interconexión de igualdad y dignidad.

A la dignidad el art. 10.1 CE le atribuye una posición fundamentadora de nuestro orden jurídico político («la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»). La constitución y el ordenamiento que la desarrolla responden a una determinada imagen del ser humano (como individuos, pero que forman parte del grupo social y de lo que aspiran a conseguir en su convivencia en tal grupo) y la dignidad es el fundamento compartido de esa imagen del ser humano, tal y como fue sintetizada por Kant²⁸: la dignidad es un valor intrínseco a todo ser humano, esencialmente diferente al precio que es propio de las cosas y excluye que la persona pueda ser reducida a mero objeto de las relaciones sociales, que pueda ser instrumentalizada sin tener en cuenta que su libertad es un fin en sí mismo²⁹. El reconocimiento de la dignidad como fundamento del orden político significa que este se compromete a asegurar un tipo de convivencia congruente

²⁷ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «La regulación y el control de la publicidad...», *cit.*, p. 139; *Derecho de la información y la comunicación*, *cit.*, p. 171.

²⁸ En el opúsculo En torno al tópico: Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica, 1793; recogido y traducido en KANT, I., *Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 2002.

²⁹ Esta es también la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional: la dignidad 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 al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985, FJ 8) de todo trato que «contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno» (STC 192/2003, FJ 7); y, de nuevo, «cualidad consustancial inherente» a la persona (STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2).

con las exigencias derivadas de la dignidad de la persona y su libre desarrollo en comunidad; y también que de él podrán derivarse límites a la libertad individual, así como deberes deducibles de las exigencias de la vida en común³⁰.

Jurídicamente, puede decirse que la dignidad es una expresión de valor, con una función legitimadora e interpretativa, pero que tiene carácter de principio (supremo), del que deriva un doble mandato de respecto a la dignidad (prohibición de normas o actos que tengan efecto degradante o vejatorio) y de protección frente a ataques provenientes de poderes públicos o sujetos privados a la misma³¹. La dignidad es, además, un principio no autónomo, que actúa proyectándose a través de otros principios o derechos fundamentales; en la materia que nos ocupa, actúa junto al principio de igualdad³². La dignidad proyecta la imagen de persona que está en la base del orden constitucional, mientras que la igualdad se predica de todas las personas –mujeres y hombres–, a las que se reconoce iguales en su dignidad, en su libertad y en el resto de los derechos.

Conforme a lo dicho, resulta evidente que el principio de dignidad, en conexión con el de igualdad, justifican la prohibición de publicidad discriminatoria. Los mensajes publicitarios que cosifican e instrumentalizan la imagen de la mujer con un fin mercantil son contrarios a la dignidad como fundamento del orden social, y los poderes públicos, que tienen el deber de protegerla, han de reaccionar frente a ellos. Además, el trato vejatorio resulta también discriminatorio: en la medida en que la publicidad «utiliza» la imagen de la mujer, le está dando un trato diferente injustificado que, de nuevo, contribuye a perpetuar una situación de desigualdad fáctica. En sentido contrario, el trato discriminatorio termina siendo vejatorio: un trato diferente que encasilla a la mujer en un rol secundario, subordinado o inferior no es respetuoso con la dignidad de la mujer³³.

1.2 LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PUBLICITARIA Y SUS LÍMITES

La posición del emisor, en los procesos de la comunicación, está protegida por la libertad de expresión en sentido amplio (que luego se puede concretar en libertad

³⁰ SOLÁZABAL ECHEVARRÍA, J. J., «Dignidad de la persona», en Aragon, M., Agudo (dirs.), *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de derecho constitucional*. Vol. III, Civitas-Thompson Reuters, 2011, p. 21; ESQUEMBRE CERDÁ, M., «Dignidad humana y libre desarrollo», en IGLESIAS, M., y VENTURA, A., *Manual de Derecho Constitucional con perspectiva de género*, vol. II., Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, p. 65-78.

³¹ SOLÁZABAL ECHEVARRÍA, J. J., «Dignidad de la persona», *cit.*, p. 22.

³² Sobre el tema, entre otros, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, 2005.

³³ Sobre esta conexión, ESQUEMBRE CERDÁ, M., *op. cit.*, p. 75.

de expresión en sentido estricto, de información, de expresión artística...), reconocida en el art. 20 CE. Se trata de un derecho fundamental clásico, que ha desempeñado históricamente un papel determinante en la garantía de la libertad en los procesos de formación de la opinión pública y, con ello, en el establecimiento y desarrollo del Estado democrático. Por ello, el fundamento del reconocimiento de esta libertad responde a un doble motivo: de un lado, a la satisfacción de la necesidad básica de expresar libremente ideas y opiniones, condición del libre desarrollo de la personalidad; y, de otro, a la función que cumple esta libertad en una democracia, ya que sirve a la garantía de la libre formación de la opinión individual y pública³⁴. Especialmente por este segundo motivo, la libertad de expresión se ha situado como el derecho fundamental decisivo a garantizar en el ámbito de la comunicación, con un carácter preferente o prioritario sobre otros derechos y libertades³⁵.

A pesar de su posición fundamental y prioritaria, la libertad de expresión, desde su origen, ha estado sometido a límites, que responden a la necesidad de proteger otros derechos, bienes o valores constitucionales. Así, según el art. 20.4 CE, las libertades reconocidas en dicho art. «tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título (el Título I de la CE), en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia». Es decir, los límites de la libertad de expresión, como los de cualquier otro derecho, se encuentran en el respeto de los restantes derechos fundamentales: los derechos de la personalidad y la protección de la juventud y la infancia, que son los que más frecuentemente colisionan con ella, pero también el derecho a la vida, el derecho a la igualdad (en los supuestos de expresiones racistas, sexistas o xenófobas) o el derecho al secreto de las comunicaciones, entre otros. Además, existen otros bienes que también han justificado la imposición de límites a la libertad de expresión, como la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la protección de la moral, de la reputación y de los derechos ajenos..., respetando siempre, eso sí, el contenido esencial de esta libertad, así como el principio de proporcionalidad³⁶.

³⁴ Por todos, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pp. 73-114.

³⁵ Al respecto se podría señalar, sin embargo, que en los actuales procesos de la comunicación, cuyas características son muy diferentes a las de aquellos que se desarrollaban a través de los medios de comunicación social de masas, ya no resulta tan evidente que el emisor sea la posición débil que haya que proteger prioritariamente asegurándole un amplio margen de libertad, sino que las posiciones de los receptores e, incluso, las de las personas que son objeto del mensaje, están exigiendo una mayor atención y protección constitucional.

³⁶ Entre otras obras generales sobre este derecho, BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Derecho de la información y la comunicación*, cit.; o URÍAS, J., *Principios de derecho de la información*, Tecnos, Madrid, 2014.

En España, como en los países de nuestro entorno, la publicidad no se ha entendido tradicionalmente una forma de comunicación merecedora de estar protegida por la libertad de expresión. Las empresas anunciantes no se consideraban titulares de un derecho fundamental a la libertad de expresión, porque su finalidad es promover la contratación de un bien o servicio, vender un producto, y porque el mensaje publicitario, por definición, no busca transmitir ideas, opiniones o informaciones. En los últimos años, sin embargo, conforme a la actual tendencia de interpretación extensiva de los derechos fundamentales, se ha aceptado la idea de que la publicidad puede estar protegida por la libertad de expresión (como forma de comunicación, aunque con un grado de protección más débil, debido a su carácter mercantil), por la libertad de información (para proteger la información del producto que el anunciante transmita) o incluso por la libertad de producción y creación artística³⁷.

Cuando se produce este efecto de interpretación extensiva³⁸, nos encontramos con la necesidad de definir con suficiente precisión ese nuevo ámbito protegido por el derecho fundamental; sobre todo, porque este no tiene por qué coincidir exactamente con el del derecho original o matriz y porque, en todo caso, podrá estar sometido a límites necesarios para proteger otros derechos o bienes constitucionales. Así, la libertad del anunciante no es absoluta, sino que está sujeta a límites, los que derivan de hacer compatible esa libertad con otros demás valores, principios y derechos constitucionalizados, como la obligación de veracidad informativa, el respeto a los derechos fundamentales de las personas y la no discriminación por razón de sexo.

En efecto, en relación con la imagen de la mujer en la publicidad el legislador puede establecer límites a la libertad de expresión publicitaria para proteger la imagen de la mujer y, a través de ella, su igualdad y dignidad de la mujer, adoptando medidas adecuadas para ello, y siempre que la limitación no sea desproporcionada. En este sentido, la prohibición de publicidad discriminatoria y denigrante no puede considerarse que limite desproporcionadamente la libertad del anunciante: éste sigue siendo libre para decidir con qué mensaje promueve la venta de su pro-

³⁷ En la doctrina constitucional, GARCÍA GUERRERO, J. L., «Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Derecho privado y constitución*, núm. 10, 1996, pp. 117-146; del mismo, *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; y DIEZ-PICAZO, L. M., «Publicidad televisiva y derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, 1997, pp. 61-76. La posición doctrinal, sin embargo, no es pacífica al respecto; pueden observarse las diferencias, por ejemplo, en CARRILLO, M.; CORREDEIRA, L.; RODRÍGUEZ, A.; SÁNCHEZ FERRIZ, R.; SOLOZÁBAL, J. J.; URÍAS, J., y VILLAVARDE, I., «Encuesta sobre la libertad de expresión», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, p. 60-65.

³⁸ GARCÍA GUERRERO, J. L. (*La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, cit., p. 215 ss.) sitúa ese momento en la Sentencia del Tribunal Supremo 860/2009, de 15 de enero de 2010 (Sala de lo Civil, Sección 1) que resuelve el caso de Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España.

ducto y para transmitir ese mensaje, simplemente se le impide que utilice a la mujer como instrumento para ello, cosificándola (porque eso es precisamente lo que excluye el principio supremo de la dignidad humana, fundamento del orden político y social) y que utilice estereotipos sexistas o de subordinación, que impidan a las mujeres ocupar en el orden social la misma posición que los hombres (porque eso es contrario al valor y al principio de igualdad, es decir, a la decisión fundamental de que nuestra sociedad está formada por personas iguales). En definitiva, dicha prohibición lo que hace es asegurar que los anunciantes ejercen su libertad de expresión, información o de creación artística respetando los valores superiores del ordenamiento y, en concreto, la decisión constituyente de la igual dignidad de todos sobre la que se construye el orden político y social.

2. Normas que recogen la prohibición de publicidad discriminatoria

El establecimiento legal de la prohibición de publicidad discriminatoria responde, así, a una exigencia constitucional, es conforme con numerosos tratados y documentos internacionales y es común a los ordenamientos de estados constitucionales³⁹. Como decisión legislativa, expresa la medida más contundente que se puede adoptar, pues excluye un determinado tipo de contenido de los mensajes publicitarios, pero es, según lo dicho, coherente y conforme con la constitución. El problema vendrá, como luego veremos, a la hora de determinar cuándo un mensaje publicitario es discriminatorio.

2.1 LA PROHIBICIÓN GENERAL DE PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA EN LA LGP

La Ley General de Publicidad (LGP) es la norma que se ocupa con carácter general de la regulación de la actividad publicitaria y la que contiene la prohibición general de publicidad discriminatoria.

³⁹ Entre otros documentos: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la IV Conferencia de Beijing sobre la mujer; la Conferencia de Nueva Delhi; la Resolución 1557 (2007) de la Asamblea Parlamentaria, del Consejo de Europa, de 26 junio de 2007, sobre La imagen de la mujer en la publicidad; la Resolución 1751 (2010) de la Asamblea Parlamentaria, de 25 de junio de 2010, sobre la Lucha contra los estereotipos sexistas en los medios; la Recomendación CM/Rec (2013) 1, de 10 de julio de 2013, del Comité de Ministros sobre Igualdad de género en los medios de comunicación; y la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, entre otras.

Esta ley se aprobó en 1984 para derogar el anticuado Estatuto de la Publicidad establecido en la Ley 61/1964⁴⁰ y actualizar la regulación de ese sector conforme a las decisiones que al respecto se estaban tomando en el ámbito de la Comunidad Europea, es decir, su objetivo principal era regular los aspectos mercantiles y civiles del mercado de la publicidad⁴¹. El Título II de esta ley recoge los supuestos de publicidad ilícita, que, conforme a su art. 3, son los cinco siguientes: «a) la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer; b) la publicidad engañosa; c) la publicidad desleal; d) la publicidad subliminal y e) la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios». Los siguientes artículos de la ley definían con algo más de precisión los últimos cuatro supuestos, pero no el primero, la publicidad denigrante o discriminatoria, cuya determinación era solo la establecida en la letra a). Esta limitada determinación se demostró poco eficaz en la práctica, porque no aportaba elementos concretos que ayudasen al operador jurídico a distinguir en qué casos un anuncio publicitario vulneraba la dignidad y los derechos de la mujer y en cuáles no.

A superar este problema han contribuido reformas legislativas posteriores, que han ido introduciendo criterios específicos relativos a supuestos que deben considerarse publicidad discriminatoria. Estas reformas destacan, además, porque fueron aprobadas con una perspectiva diferente: no la de regular la actividad y competencia en un mercado, como hizo la LGP, sino la definir programas de actuación que son desarrollo de los mandatos constitucionales a los que antes hemos hecho referencia⁴².

a) En primer lugar, resultó decisiva la LO 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPIVG), que, en realidad, dio una nueva redacción al art. 3.a), según la cual (es ilícita) «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, aparta-

⁴⁰ El art. 7 de dicho Estatuto disponía: «No será lícita la publicidad que por su fin, por su objeto o por su forma ofenda las instituciones fundamentales de la nación, lesione los derechos de la personalidad, atente al buen gusto o al decoro social o sea contraria a las Leyes, a la moral o a las buenas costumbres». Este principio, sin embargo, en el contexto de un orden no constitucional en el que no se reconocían los derechos fundamentales, resulta casi anecdótico a los efectos de este estudio.

⁴¹ En este sentido, BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento...», *cit.*, p. 142; y en *Derecho de la información y la comunicación*, *cit.*, p. 173, así como en otras publicaciones.

⁴² Así lo apunta BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Derecho de la información y la comunicación*, *cit.*, p. 174 ss.

do 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género»⁴³. Así, la nueva redacción eliminaba la referencia expresa a «la infancia, la juventud y la mujer», señalaba específicamente los derechos de los artículos 18 y 20 CE, y, sobre todo, indicaba qué tipo de anuncios debían considerarse publicidad discriminatoria o denigrante (aunque textualmente utilizaba sólo la expresión «vejatoria» para hacer referencia a este tipo de publicidad⁴⁴); para ello, incorporó a la ley criterios ya aceptados sobre en qué casos el uso de la imagen de la mujer es vejatorio y criterios ampliamente demandados sobre la imagen estereotipada de la mujer y que conectaban con el acuciante problema de la violencia de género. Como luego veremos, esta modificación tuvo importantes consecuencias prácticas en la medida en que proporcionó elementos de juicio para determinar cuándo un anuncio publicitario es contrario a la dignidad y los derechos de la mujer.

b) En 2009⁴⁵ se realizó una modificación parcial y puntual, con el objetivo de destacar el papel que juega la igualdad como límite a la comunicación publicitaria y de aclarar que la publicidad discriminatoria forma parte de las consideradas ilícitas según el art. 3.a) LGP. Para ello, en dicho art. se añadió una referencia expresa al art. 14 CE (es ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus arts. 14, 18 y 20, apartado 4) y en el desarrollo de este supuesto a la mención expresa de la publicidad vejatoria se incorporó la referencia a la publicidad «discriminatoria»⁴⁶. De este modo

⁴³ Reforma introducida por la Disp. Adic. 6.ª de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.

⁴⁴ Sin embargo, en su art. 10 esta misma LO 1/2004 establecía: «Art. 10. Publicidad ilícita. De acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio».

⁴⁵ Reforma introducida por el art. 2.1. de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

⁴⁶ «Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género».

quedaba claro que el tipo de publicidad que se define en el art. 3.a) no es sólo la vejatoria sino también la discriminatoria.

c) En 2021 una nueva reforma añadió un párrafo adicional, con una especificación más cuya finalidad era reforzar la prohibición de publicidad discriminatoria que afecta a los menores⁴⁷: «Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomento estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad».

d) En 2022⁴⁸, como parte de las medidas de garantía integral de la libertad sexual, se modificó de nuevo el art. 3.a) para incorporar dos referencias. De un lado, se añadió una mención a la nueva Ley de garantía de la libertad sexual en la descripción del supuesto del art. 3.a), de modo que esta ahora incluye específicamente aquella que usa imágenes estereotipadas que generen violencia sexual⁴⁹. De otro, se incluyó una referencia a la publicidad que promueva la prostitución, como forma de publicidad ilícita que coadyuva a generar violencia⁵⁰.

e) Finalmente, en 2023⁵¹, en el marco de la regulación de la salud sexual y reproductiva, se añadió un último apartado que contine una nueva especificación: «Igualmente, se considerará incluida en la previsión anterior la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución».

En este recorrido realizado a lo largo de cuarenta años el legislador ha asumido la tarea de aportar elementos que ayuden a determinar en qué casos un mensaje publicitario es ilícito, por vejatorio o discriminatorio. Lo ha hecho bajo el amparo de las decisiones básicas que contiene la constitución, a las que hemos

⁴⁷ Reforma introducida por la Disp. Final 5.ª de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

⁴⁸ Reforma introducida por la Disp. Final 3.ª de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

⁴⁹ «Los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la *Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*». Aunque hay que hacer notar que en esta versión la referencia a la publicidad «discriminatoria» junto a la «vejatoria» ha desaparecido; cabe pensar que puede ser un error técnico. En todo caso, no puede adivinarse en la reforma voluntad alguna de eliminar este supuesto específico.

⁵⁰ «Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomento estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, *así como la que promueva la prostitución*».

⁵¹ Reforma introducida por la Disp. Final 1.ª 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.

referencia al inicio de este trabajo, y en cumplimiento de los mandatos que estas contienen; y lo ha hecho al tiempo que se producía un significativo avance en la conciencia social y en la demanda social de este tipo de intervenciones normativas, algunas de ellas, sin embargo, no exentas de debate y polémica.

2.2 PROHIBICIONES EN NORMAS ESPECÍFICAS O SECTORIALES

De forma complementaria a la LGP, la prohibición de publicidad discriminatoria se ha recogido también en diversas leyes cuyo objeto ha sido la regulación de la comunicación en general, los medios de comunicación social o la publicidad en ámbitos específicos. Actualmente cabe citar la Ley 29/2005 de Publicidad y Comunicación Institucional, que establece en su art. 4.c) que «no se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad y de comunicación que incluyan mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales. Por su parte, la Ley 13/2022 General de la Comunicación Audiovisual, en su art. 122 prohíbe «toda comunicación comercial audiovisual que vulnere la dignidad humana, fomente la discriminación contra un grupo de personas o un miembro de un grupo por razón de edad, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, raza, color, origen étnico o social, características sexuales o genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, nacionalidad, patrimonio o nacimiento, fomente comportamientos nocivos para la seguridad o fomente conductas gravemente nocivas para la protección del medio ambiente»; y específicamente prohíbe «la comunicación comercial audiovisual que utilice la imagen de las mujeres con carácter vejatorio o discriminatorio».

2.3 LA «AUTO-PROHIBICIÓN» DE PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA

Además de la prohibición legal, el sector de la publicidad se ha autoimpuesto esta misma prohibición en sus normas de autorregulación. La autorregulación es un fenómeno muy definitorio del mercado de la publicidad, hasta el punto de haber sido así reconocido legalmente⁵², y ha jugado un papel determinante en la interpretación de qué ha de entenderse por publicidad discriminatoria.

⁵² En primer lugar, el art. 13.2 de la LOPIVG dispuso que: «La Administración pública promoverá acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y de resolución extra-

En efecto, en 1995 anunciantes, agencias, medios de comunicación y empresas del sector decidieron constituir la Asociación de Autocontrol de la Publicidad y firmar un Código de Conducta Publicitaria⁵³ que todos ellos se obligaban a cumplir, como reacción a las, a su juicio, normas ineficaces de regulación de la publicidad⁵⁴. El Código dispone, en su principio 10, que: «la publicidad no sugerirá circunstancias de discriminación ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentará contra la dignidad de la persona. En particular, se evitarán aquellos anuncios que puedan resultar vejatorios o discriminatorios para la mujer»⁵⁵. En el seno de esta asociación se han firmado también códigos sectoriales, en algunos de los cuales se recoge la prohibición de publicidad discriminatoria⁵⁶; al respecto ha apuntado M.^a Luisa Balaguer Callejón, que no hay un código ético sobre la mujer⁵⁷, que sería de gran interés.

3. Interpretación y aplicación práctica de la prohibición

La decisión legal de excluir la publicidad discriminatoria, en abstracto, es difícilmente discutible. El problema, como se ha indicado, es interpretar cuán-

judicial de controversias eficaces, contribuyan al cumplimiento de la legislación publicitaria». Posteriormente, el art. 39.2 de la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva, estableció que: «Las Administraciones públicas promoverán la adopción por parte de los medios de comunicación de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquellos se desarrollen. En la legislación publicitaria, el art. 37 de la LCD, modificado por la Ley 29/2009, dispone que se podrán elaborar códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, que podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones. Y, finalmente, la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual, en su art. 15 establece que «En todo caso, se promoverán, tanto a nivel estatal como autonómico, códigos de conducta en los siguientes ámbitos: g) Protección de los usuarios respecto de contenidos que atenten contra la dignidad de la mujer, o fomenten valores sexistas, discriminatorios o estereotipados».

⁵³ El Código de Conducta Publicitaria fue aprobado en la Asamblea General Extraordinaria de dicha asociación, el 19 de diciembre de 1996. La última versión, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria, es del día 4 de junio de 2019.

⁵⁴ Más información en www.autocontrol.es.

⁵⁵ Dicho Código contenía en su redacción original dos principios referidos a la publicidad discriminatoria: el principio 10 disponía que «la publicidad no sugerirá circunstancias de discriminación, ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentará contra la dignidad de persona», y el principio 11 establecía que «la publicidad ha de respetar necesariamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen».

⁵⁶ Arts. 34 a 39 del Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes; o art. 3 del Código de Confianza Online.

⁵⁷ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento...», *cit.*, p. 145; y en *Derecho de la información y la comunicación*, *cit.*, p. 182.

do un mensaje publicitario es contrario a la igualdad y la dignidad de la mujer, y decidir, en cada caso concreto, si se trata de un mensaje discriminatorio, que, por ello, deberá declararse ilícito. En esta fase tan determinante para la prohibición de la publicidad discriminatoria, las aportaciones de los jueces y tribunales ordinarios han sido muy escasas, ya que la conflictividad del sector se ha reconducido al sistema de autorregulación creado en torno a la Asociación de Autocontrol de la Publicidad.

3.1 EN LA VÍA JUDICIAL ORDINARIA

La propia LGT que recoge la prohibición general de publicidad discriminatoria regulaba el procedimiento para actuar contra los mensajes publicitarios ilícitos: se podía presentar una «acción de cesación y rectificación», para solicitar la cesación y/o la corrección del anuncio, primero, al anunciante, y, posteriormente, en caso de que éste no cesase o rectificase, al órgano de la jurisdicción ordinaria correspondiente⁵⁸. Lo más destacable era la amplia legitimación activa: «los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita»; y, a partir de 2004⁵⁹, también la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la mujer, el Instituto de la mujer o su equivalente en el ámbito autonómico, las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro, así como a los titulares de un derecho o interés legítimo⁶⁰, y el Ministerio Fiscal⁶¹.

En 2009 se aprobó la Ley 29/2009 que modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad, y unificó el régimen de acciones y remedios previstos en ambas legislaciones. Desde entonces la publicidad considerada ilícita por la LGP se considera «desleal» a efectos de la Ley 3/1991 de

⁵⁸ Por otro lado, a instancia del demandante, el Juez, cuando lo creyera conveniente, podía, con carácter cautelar, ordenar la cesación provisional de la publicidad o prohibir su difusión. La sentencia estimatoria del Juez podía conceder al anunciante un plazo para que suprimiera los elementos ilícitos u ordenar la cesación o prohibición definitiva de la publicidad. Además, el ejercicio de las acciones descritas era compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondiesen. Arts. 25 a 33 de la redacción original de la LGP.

⁵⁹ Por la Disp. Adicional 6.ª de la LOPIVG.

⁶⁰ Nueva redacción del art. 25 de la LGP.

⁶¹ Nueva disposición adicional a la LGP.

Competencia Desleal (LCD)⁶² y las acciones frente a la publicidad ilícita son las establecidas con carácter general para la competencia desleal en la LCD⁶³. Conforme al art. 32 de esta, contra la publicidad ilícita podrán ejercitarse «la acción de cesación de la conducta o de prohibición de su reiteración futura, y la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica»; además, en las sentencias estimatorias de las esas acciones, «el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora». Como en el régimen anterior, la LDC mantiene también una amplia legitimación activa, ya que cuando se trata de publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, o por promover las prácticas comerciales para la gestación por sustitución⁶⁴, están legitimados, además de los sujetos generales⁶⁵, los específicos que ya preveía la LGP⁶⁶.

A pesar de las posibilidades que ofrece la ley, son escasas las demandas presentadas por publicidad discriminatoria o denigrante. A las dificultades que entraña iniciar un proceso judicial (necesidad de asistencia jurídica profesional, los costes económicos...) se une la relativa satisfacción que se puede obtener a través del mismo; además, la existencia del sistema de autocontrol publicitaria antes citado, menos costoso y más ágil, ha motivado que sea allí donde se re-

⁶² El art. 18 de la LCD, en la redacción dada por la Ley 29/2009, establece que «La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal».

⁶³ El art. 6 de la LGP, en la redacción dada por la Ley 29/2009, dispone que «Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal».

⁶⁴ Este tercer supuesto se introdujo mediante la Ley Orgánica 1/2023, 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.

⁶⁵ Según el art. 33 LCD, están legitimados: de un lado, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo; y, de otro, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios: a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios. b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios. c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas». d) el Ministerio Fiscal, aunque solo podrá ejercitar la acción de cesación.

⁶⁶ Art. 6 LGP, en la redacción dada por la Ley 29/2009: a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico. c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro. d) El Ministerio Fiscal.

suelvan la mayoría de los conflictos en este campo. No obstante, hay que hacer referencia a las sentencias sobre publicidad discriminatoria que se han emitido.

a) La primera fue la sentencia de 3 de marzo de 1992 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ibi (Alicante), que resuelve una demanda presentada por la Federación de Mujeres Progresistas contra un anuncio de juguetes en el que se distinguían los dirigidos a los niños (una oferta de juguetes amplia, relacionada con el mundo exterior y las profesiones) y los dirigidos a las niñas (muñecas y utensilios para la casa y la cocina). La sentencia lo declara ilegal, por sexista y discriminatorio. Para llegar a esta conclusión, el Juez razonó que, dada la falta de concreción del art. 3.a) de la LGP (recordemos lo parca que era redacción original), que se limitaba a referirse a los valores y principios contenidos en la constitución, era necesario acudir a los tratados y convenios internacionales firmados por España, tal y como dispone el art. 10.2 CE. En este caso, en opinión del juez, resultaba de aplicación la «Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer», en la que se califica como discriminación de la mujer «toda distinción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento goce o ejercicio por la mujer de los derechos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera», y en la que los Estados se comprometen a «tomar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a eliminar los prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres». De este primer pronunciamiento destaca la actitud decidida por buscar una respuesta al caso recurriendo a tratados internacionales que ayudasen a concretar el entonces indeterminado art. 3.a) de la Ley General de Publicidad, así como también las características del propio caso, que no se refiere a un determinado uso discriminatorio, por vejatorio, de la imagen de la mujer, sino a un tratamiento claramente discriminatorio en el mensaje publicitario.

b) El segundo caso se resolvió mediante la sentencia de 5 de diciembre de 2013, emitida por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Málaga⁶⁷. En ella se resuelve una demanda presentada por una asociación de consumidores y usuarios, a la que se suman el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado en representación del Instituto de la Mujer, contra la publicidad de la compañía aérea Ryanair que usó como reclamo publicitario la imagen en bikini de mujeres en

⁶⁷ Juzgado de lo Mercantil de Málaga, Sección 2, recurso 29/2013.

actitud sexualmente sugerente junto al eslogan «Tarifas al rojo vivo... y la tripulación!», y otra imagen de la portada de un calendario benéfico con seis azafatas en bikini, a las que se identifica como «Las chicas de Ryanair» (con el subtítulo de «Calendario benéfico de la tripulación en cabina»). La sentencia se apoya en las especificaciones que introdujo la LOPIVG en el art. 3.a) de la LGP y, en base a ellas, consideró los anuncios ilícitos, por vejatorios y discriminatorios, ya que en ellos se emplea el cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad, se utiliza el cuerpo femenino como mero objeto y se aprecia una absoluta desconexión entre la imagen utilizada y el producto que se promociona; además, no hay productos comunicativos similares protagonizados con sus compañeros y el uso de la imagen de la mujer, como objeto sexual, es estereotipado y no tiene en cuenta la realidad actual de la mujer. Por eso concluye la sentencia que «en este caso se estaría utilizando el cuerpo de la mujer reducido a un mero objeto sexual, como un recurso para captar la atención del potencial consumidor, ajeno al contenido del anuncio y de lo anunciado». Interesa señalar que la sentencia revisa la jurisprudencia anterior (el caso de Ibi y el caso Sogecable⁶⁸), así como también los criterios utilizados por el organismo de control del sistema de autorregulación de la publicidad (la asociación Autocontrol) para determinar cuándo una publicidad es vejatoria y/o discriminatoria.

Esta sentencia del Juzgado Mercantil fue recurrida ante la Audiencia Provincial, que confirmó la interpretación realizada en primera instancia⁶⁹. De la sentencia de la Audiencia cabe destacar que no sólo se apoyó en las normas legales aplicables, sino que acudió al art. 14 CE y a la interpretación que el Tribunal Constitución ha dado al mandato de igualdad entre mujeres y hombres, e, incluso, hizo referencia a los límites de la libertad de expresión⁷⁰.

c) El tercer caso presentado ante los tribunales fue resuelto por la sentencia de 22 de diciembre de 2015, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia⁷¹, y en ella se responde a la demanda presentada por varias asociacio-

⁶⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2008 que resuelve un recurso contencioso-administrativo relativo a una sanción de la autoridad audiovisual (entonces la SETSI) al operador televisivo Sogecable, SA por emisión de publicidad sexista. La demanda se interpuso frente a un anuncio del Seat León, en el que aparece una carrera de coches y un primer plano de una mujer a la que se le levanta la minifalda y pueden verse sus nalgas. La sentencia consideró que ese plano no tenía ninguna relación con lo anunciado y, por ello, suponía un uso sexista de la imagen de la mujer.

⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6, de 22 de diciembre de 2016.

⁷⁰ En el fundamento de derecho segundo cita la STC de 27 de abril de 2010, en la que se considera que la exhibición de un cuerpo femenino semidesnudo (en el caso concreto en que se resolvía, relativo a un fotomontaje de una persona famosa) tiene un marcado sesgo sexista, y «difícilmente puede apreciarse interés público alguno en este uso de la imagen».

⁷¹ Juzgado de lo Mercantil de Valencia, Sección 2, Recurso 1225/2014.

nes contra la campaña de publicidad de una compañía cementera (Cementos La Unión) que utilizaba como identidad corporativa una imagen femenina con un casco de obra y vestida con un top y pantalón corto (un personaje llamado «Carol Cluni» –acrónimo de Cementos La Unión–). La sentencia desestima la demanda porque, en el momento de dictarse esta, los elementos más burdos de la campaña demandada ya se habían retirado⁷² y porque los que se mantenían no fueron considerados vejatorios ni discriminatorios. Para llegar a esa conclusión el juez se apoyó en la sentencia del caso anterior y comparó las dos publicidades demandadas. Así, frente al caso anterior, entendió que en este no se utiliza de forma explícita a mujeres de carne y hueso, sino el dibujo de un personaje; en el dibujo aparece una mujer con pantalones cortos y una camiseta tipo «top»; la mujer aparece una mujer de pie sonriendo con los brazos cruzados, careciendo de contenido erótico, sensual o de otra forma que sugiera al espectador un mensaje diferente del producto que anuncia; y, por último, en algunos elementos de la campaña no se añade mensaje (en la publicidad en los sacos y morteros de la web) y en los que sí se hace este es «Utiliza el casco» o «Abre fácil», lo cual carece de connotación de algún tipo y guarda relación con el sector destinatario del producto, el de la construcción. Por todo ello, si bien se apunta que parte de la publicidad aportada inicialmente podía haber tenido encaje en los supuestos del artículo 3.a) LGP, la publicidad que se mantiene no exhibe a la mujer como un mero objeto desvinculado del producto, ni se está ante un estereotipo que atente contra los derechos fundamentales o promueva violencia de género.

Esta sentencia también fue objeto de recurso, resuelto por la Audiencia Provincial de Valencia⁷³, que, sin embargo, sí consideró que los elementos publicitarios que se habían mantenido, aunque fuesen menos burdos que los retirados, eran vejatorios y discriminatorios por utilizar particular y directamente el cuerpo de la mujer como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar. «Solo buscan atraer la atención de los potenciales consumidores –en general hombres– con la presentación, aun en forma de dibujo, de una figura femenina con escasa vestimenta, resaltando sus características físicas más llamativas»; que no está justificada con la potenciación de las medidas de seguridad, pues ni lleva vestimenta apropiada, ni se comprende

⁷² Entre los elementos retirados en la web, por ejemplo, cabe citar el consultorio respondido por la propia Carol Cluni y dos juegos: en el primero se reproducía un cuestionario y según se contestaban y acertaban las preguntas el personaje se mostraba cada vez más sexy; y, en el segundo, aparecía un vestidor y el/la usuario/a podía elegir el modelo de su gusto y Carol Cluni valoraba la elección desde el punto de vista femenino.

⁷³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9, de 17 de octubre de 2016.

que se utilice una figura femenina de características muy acentuadas en una clase y tipo de trabajo (la ejecución de una obra) en que su presencia es prácticamente irrelevante».

d) Un cuarto caso fue resuelto por el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona⁷⁴. La Asociación de Usuarios de la Comunicación actuó contra un anuncio del champú VR6 en el que aparecía solo la imagen de una mujer de pie desnuda (ocultando el pecho con el brazo y tapando la zona del pubis con una toalla que cae al suelo) con el eslogan «No te obsesiones con ella, tú también puedes tener una igual... ¡la melena, claro!» El juez aplicó el art. 3.ª LGP, diferenciando los dos supuestos que se mencionan en él (utilización del cuerpo como mero objeto e imagen estereotipada) y considerando que el anuncio encajaba claramente en el primero, aunque no en el segundo, porque se daban los tres requisitos ya consolidados que lo definen: utilización del cuerpo femenino o partes del mismo con connotaciones eróticas y como parte captatoria de la publicidad; representación del cuerpo femenino como mero objeto, sin que realice ningún rol activo en la acción publicitaria ni guarde conexión con el argumento publicitario; y desconexión absoluta entre la imagen femenina representada y el producto promocionado. Destaca de esta sentencia que, además de declarar la publicidad ilícita y desleal, obligó a la empresa a publicar un nuevo anuncio del mismo tamaño y relevancia (el original ocupaba una página completa de un periódico) con el fallo de la sentencia.

e) En 2019 el Juzgado de 1.ª Instancia de Ciudad Real⁷⁵ resolvió la demanda presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra la publicidad de una compañía de transportes (Transportes Benavent) que mostraba la imagen de una mujer totalmente desnuda en el lateral de las cabinas de sus camiones y del tamaño de estas. De la sentencia hay que destacar que el juez razonó apoyándose no sólo en el art. 3 LGP, sino también desde los arts. 10 y 14 CE y la LOPIVG; específicamente señaló que «la dignidad puede ser definida como la cualidad de ser responsables y tener respeto hacia uno mismo pero también hacia los demás, no permitiendo que otras personas nos degraden o nos puedan degradar. Fomentar a bombo platillo imágenes de este tipo, pasearlas como trofeos a lo largo de las carreteras españolas y europeas fomenta, alienta y sostiene el estereotipo que por desgracia aún a día de hoy se sigue vendiendo de la mujer, ...su cuerpo, como mujer objeto, como trozo de carne con un objetivo de marcado contenido sexual, pues conviene no olvidar

⁷⁴ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Sección 4, de 5 de enero de 2017.

⁷⁵ Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 4 de Ciudad Real, de 28 de junio de 2019.

como sostenía James Frey, que cuando erradicas o le quitas a un ser humano su dignidad creas un agujero, un profundo agujero negro lleno de desolación, humillación, odio, vacío, pena, desgracia y pérdida, que se convierte en el peor infierno». Entendió que tales imágenes no pueden considerarse una «exaltación de la belleza» o de «la mujer», pues son «de marcado carácter sexista, claramente estereotipada –como se hacían en los antiguos almanaques que todos los que hemos pasado de una cierta edad recordamos–, y vejatoria, que supone una evidente cosificación de la mujer, contra la que debemos luchar y que debe ser erradicada; mostrada a lo largo y ancho de nuestras carreteras como trofeo vergonzante e ignominioso». Y concluyó afirmando que «si queremos luchar por una igualdad real, por construir un país avanzado en valores universales y derechos esenciales, debemos empezar con erradicar actividades como las que hemos analizado, por lo que la demanda ha de ser estimada». El juez declaró la publicidad ilícita y desleal, ordenó su retirada y la publicación de la parte dispositiva de la sentencia a costa del demandado, con relevancia tipográfica, en el diario escrito y en el diario digital con mayor número de lectores de la provincia de Ciudad Real. Esta sentencia fue recurrida, pero la Audiencia Provincial la ratificó íntegramente ⁷⁶.

f) Por último, en 2020 el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid ⁷⁷ resolvió la demanda presentada por el Instituto de la Mujer y la abogacía del Estado en representación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad contra la campaña de publicidad de los gimnasios McFit, que incluía un video (en el que en una biblioteca un chico se gira para mirar a una chica colocar unos libros en un movimiento en el que se destaca su trasero, con el eslogan «Somos aquello que te hace girar la cabeza») y unas lonas publicitarias (que solo mostraban la imagen del trasero de una mujer con un short mínimo que dejaba al descubierto más de la mitad de las nalgas junto a la promoción del precio del gimnasio). De la sentencia destaca, en primer lugar, que, aunque algunos elementos de esa campaña ya se habían retirado, el juez considera procedente pronunciarse porque «concorre una situación de riesgo objetivo o probabilidad de reiteración» toda vez que los demandados en ningún momento reconocieron haber infringido la normativa publicitaria. En segundo lugar, y tras un profundo examen de la jurisprudencia anterior y la doctrina del Jurado de la Publicidad, puntualiza en una doble dirección los tres requisitos que hasta ahora se habían exigido para considerar que una imagen hace un uso

⁷⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2, de 3 de mayo de 2021. Recurso: 3846/2019.

⁷⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 28 de enero de 2020. Recurso: 786/2017.

como mero objeto de la mujer. Primero, flexibiliza la exigencia estricta de que se den los tres, dada la profunda interconexión que hay entre ellos («no sólo sirven para ser aplicados individualmente a la hora de analizar la publicidad ilícita, sino que están estrechamente interrelacionados entre sí, hasta el punto de que un requisito implica otros, puede determinar el contenido de otros y puede ser causa o efecto de los otros requisitos»). Segundo, matiza el tercero de ellos, la absoluta desconexión entre la imagen de la mujer y el producto, ya que siempre se puede encontrar algún grado de conexión⁷⁸, y propone exigir, en su lugar, que no haya una conexión «directa e indiscutible»⁷⁹. En base a estas consideraciones, concluye que la campaña analizada es ilícita y desleal, por utilizar la imagen de la mujer como objeto y reclamo publicitario.

De nuevo, esta sentencia fue recurrida, pero la Audiencia Provincial de Madrid la ratificó⁸⁰ en un pronunciamiento en el que admitió la limitación justificada que se produce en la libertad de expresión del anunciante y confirmó el razonamiento realizado en primera instancia.

3.2 A TRAVÉS DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

En el ámbito del Código de Conducta Publicitaria, al que antes nos hemos referido, funciona el Jurado de la Publicidad, órgano creado por la misma Asociación de Autocontrol de la Publicidad como vía alternativa para la solución de conflictos. De este modo, cualquier persona, ya sea asociado o tercero, que considere discriminatorio o denigrante un anuncio del que sea responsable

⁷⁸ «El requisito de la desconexión absoluta entre la imagen de la mujer y el producto promocionado plantea problemas cuando se limita a la comparación conceptual y abstracta entre la imagen y el producto, porque no es esta la forma en que es percibido por el público; tampoco es un requisito que sirva para analizar de forma clara las situaciones, porque la desconexión absoluta y total, en sentido estricto, es bastante difícil que se dé, y siempre hay un mayor o menor grado de conexión que hace que los hechos a enjuiciar se presenten de una forma un tanto difusa, apreciándose una desconexión relativa y parcial».

⁷⁹ «La opinión de este Juzgador es que el criterio que sirve para clarificar esas situaciones es la conexión directa e indiscutible entre la imagen de la mujer y el producto publicitado. Cuando se da esa conexión directa e indiscutible, no estamos ante publicidad ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer. Los creadores publicitarios, anunciantes y órganos administrativos y judiciales con competencias en materia de publicidad deben saber que cuando no se da esta conexión directa e indiscutible y estamos ante conexiones indirectas, aumenta el riesgo y las posibilidades de hallarnos ante publicidad ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer. Como el requisito de la conexión directa e indiscutible entre la imagen de la mujer y el producto se puede dar más fácilmente que el requisito de la desconexión absoluta entre ellos, sólo por eso, el requisito de la conexión directa e indiscutible se muestra más práctico y útil que el de la desconexión absoluta para discernir entre los supuestos que sí constituyen publicidad ilícita, discriminatoria o vejatoria para la mujer de los que no constituyen esta publicidad».

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 11 de abril de 2022. Recurso 267/2021. Resolución: 274/2022.

alguno de los asociados, puede presentar una reclamación ante el Jurado de la Publicidad, es decir, existe también en este caso una amplia legitimación activa⁸¹. Las resoluciones del Jurado tienen eficacia no sólo entre las partes, sino que vinculan a los demás asociados y son decisiones de arbitraje, por lo que es posible el recurso posterior ante los tribunales ordinarios⁸². En la práctica, el Jurado de la Publicidad se ha convertido en el verdadero juez de la publicidad, ya que los conflictos en esta materia se encauzan casi exclusivamente por esta vía, y en todo caso como primer paso para resolverlos.

Aquí se ha desarrollado desde el principio una línea interpretativa sobre la imagen de la mujer en la publicidad, ya que, desde que comenzó a funcionar, el Jurado de la Publicidad ha recibido numerosas reclamaciones contra mensajes publicitarios vejatorios y/o discriminatorios. La doctrina de este organismo, como se ha indicado, ha sido utilizada posteriormente por los jueces ordinarios.

La interpretación que ha realizado el Jurado de la Publicidad en esta materia parte de la premisa de que en una sociedad como la española, plural, abierta, moderna, tolerante, y con disparidad de criterios, donde la consideración de «sexista» puede ser muy subjetiva, resulta difícil pronunciarse sobre el tratamiento de la mujer en la publicidad, lograr un consenso sobre el carácter sexista o no de un anuncio, es decir, lograr una decisión objetiva⁸³. Para ello ha ido estableciendo una serie de criterios sobre cuándo un anuncio puede considerarse discriminatorio, aunque hay muchos casos en los que el Jurado no es capaz de determinar si un anuncio concreto supone un atentado contra la dignidad de la mujer y, después de expresar sus dudas, aplica el principio *indubio pro libertate*, es decir, resuelve a favor de la libertad del anunciante⁸⁴.

En una primera etapa (desde las primeras decisiones hasta la aprobación de la LOPIVG) el Jurado sentó las bases de los criterios que utilizaría, aunque realizó una interpretación bastante permisiva.

Así, en relación con la utilización de la mujer en la publicidad, consideró que «la simple representación publicitaria del cuerpo humano no puede entenderse como un atentado contra la dignidad de las personas» y que «el rechazo generalizado de la simple utilización del cuerpo humano supondría un claro atentado a la libertad de expresión del anunciante». A su juicio, el atentado contra la dignidad se produce solo «cuando por otras circunstancias

⁸¹ Norma 6 del Código de Conducta Publicitaria: «El procedimiento se incoará de oficio o por reclamación de cualquier persona que tenga interés legítimo».

⁸² Norma 7 del Código de Conducta Publicitaria.

⁸³ Caso Prenatal S.A, Resolución de 6 de febrero de 1997. Desde entonces, así se reitera prácticamente en todas las resoluciones sobre la materia.

⁸⁴ Por ejemplo, Caso Ron Barceló II, Resolución de 29 de abril de 2003.

ajenas a la pura y simple representación del cuerpo humano se pudiese entender que el mensaje publicitario atenta contra derechos fundamentales de la mujer, bien haciéndola aparecer como un simple objeto de satisfacción sexual a disposición del hombre, bien relegándola a un papel secundario en nuestra sociedad mediante la utilización de mensajes discriminatorios directos o implícitos»⁸⁵, así como haciéndola aparecer «en actitud de sometimiento o de inferioridad»⁸⁶. Respecto a la utilización de desnudos femeninos, totales o parciales, no tiene «reparos cuando se valora su armonía o su estética» y admite el «uso moderado del desnudo humano, siempre y cuando se sustente en una serie de valores estéticos, esté en consonancia y armonía con el resto del anuncio, carezca de connotaciones morbosas y no resulte procaz u obsceno»⁸⁷. En su opinión, la utilización sexista del desnudo se produce de la interrelación entre éste, que por sí solo no es rechazable, y el eslogan del anuncio,» cuando caben interpretaciones que puedan ofender a la dignidad de la mujer»⁸⁸. De otro lado, consideró discriminatorios los anuncios que «claramente den a entender que existen ciertos productos cuyo uso o consumo debería quedar exclusivamente reservado a los hombres en razón de su masculinidad, promoviendo con ello un diferente posicionamiento social hombre-mujer basado exclusivamente en razones de género»⁸⁹.

La aprobación de la LOPIVG marcó el inicio de una segunda etapa en la interpretación que el Jurado realiza de la publicidad discriminatoria. Los dos nuevos elementos de juicio que introduce esta Ley, y a los que antes hemos hecho referencia, sirvieron al Jurado para concretar con más precisión los criterios que ya había apuntado antes y realizar una interpretación menos permisiva. Así, a lo largo de últimos veinte años se han consolidado los siguientes

⁸⁵ Caso Bardinet S.A, Resolución de 30 de octubre de 1997. También Caso Colonia Jacq's, Resolución de 3 de febrero de 1999.

⁸⁶ Caso Barceló & Co, Resolución de 26 de noviembre de 1997, y Recurso de alzada de 29 de enero de 1998; también, Caso Chicco Española, Resolución de 12 de junio de 1998; y Caso Bacardi-Martini, Resolución de 24 de noviembre de 1997, y Recurso de alzada de 29 de enero de 1998.

⁸⁷ Caso Como2, Resolución de 19 de diciembre de 2000.

⁸⁸ Caso Virgin Express, Resolución de 20 de octubre de 1996. También, Caso Relojes Promaster, Resolución de 29 de julio de 1999; Caso Et cobrim de moda, Resolución de 7 de febrero de 2000; y Caso París, Resolución de 4 de junio de 2001.

⁸⁹ Son admisibles los anuncios que diferencian a un público masculino de uno femenino y en los que simplemente se indica para quién está diseñado inicialmente el producto. En cambio, son discriminatorios aquellos que, traspasando este límite, inciden en la idea de exclusión, presentando un producto como exclusivo de los hombres y absolutamente vetado para las mujeres. Caso Reloj IWC, Resoluciones de 1 de junio de 2000 y de 24 de febrero de 2003; Caso Internacional de Relojería S.A., Resolución de 14 de enero de 2004.

cuatro grandes parámetros, a cuya definición han contribuido la doctrina⁹⁰ y otros organismos con competencias en la materia⁹¹:

a) Es vejatoria la publicidad que utilice el cuerpo femenino como un objeto, que cosifique a la mujer. Puede aparecer el cuerpo desnudo o no⁹², puede haber un texto explícito o no, pero lo determinante es que el receptor pueda interpretar que la mujer se identifica con un objeto. Así, un conocido anuncio de Ron Barceló (en el que aparecía una imagen de mujer y el slogan «objeto oscuro de deseo») que se emitía desde 1996 y cuya licitud fue confirmada por el Jurado en su primera etapa, en esta segunda fue considerado ilícito por considerar que el eslogan se estaba queriendo referir a la mujer.⁹³ Con este criterio, en esta segunda etapa se han considerado vejatorios, entre otros, un anuncio de gafas en el que un hombre entraba en un local lleno de mujeres que claramente evocaba un prostíbulo, con el eslogan “Ten la increíble sensación de estrenar todas las veces que quieras”, porque en él se presentaba a la mujer como mero objeto⁹⁴; o un anuncio de grilletas (esposas) en el que aparecía un cuerpo desnudo de mujer acompañado de mensajes como «Sin largas ataduras, sensible, discreta, sencilla y de un solo uso», por el mismo motivo⁹⁵.

b) Es vejatoria la publicidad que, aunque no identifique a la mujer como un objeto (lo que sucedía en el caso anterior), la está utilizando para captar la atención y esa utilización supone cosificarla. Para que se dé el supuesto de que un anuncio utilice a la mujer como «mero objeto desvinculado del producto» es preciso que confluyan los siguientes requisitos: a) que el cuerpo sea la «parte captatoria del mensaje», que la imagen del cuerpo constituya el elemento principal o protagonista y que, por sus características, atraiga en mayor medida la atención de los destinatarios; b) que el uso del cuerpo sea «decorativo», como mero objeto para atraer la atención, pero sin que desempeñe ningún rol activo en la acción publicitaria ni guarde conexión con el argumento publicitario; y c) que no exista

⁹⁰ Por todos, MEGÍAS QUIRÓS, J. J., «Estándares consolidados para juzgar la publicidad sexista: autocontrol y Consejo Audiovisual de Andalucía», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 54, p. 353-377.

⁹¹ De forma destacada, por ejemplo, el Consejo Audiovisual de Andalucía, con un Decisión 05/2018 del Pleno del Consejo Audiovisual de Andalucía, de 7 de febrero de 2018, por la que se aprueban criterios e indicadores sobre publicidad discriminatoria para la mujer y estereotipos sexistas.

⁹² Es el caso del anuncio de un producto agrícola en el que aparece la imagen de una mujer sin connotaciones eróticas, pero acompañada de un mensaje vejatorio: «¡Agricultor! Si quieres algo mejor que un polvo... pide un Disperss». Caso Cequisa, Resolución Sección 2.ª, de 27 de marzo de 2014.

⁹³ Caso Ron Barceló, Recurso de Alzaga, Resolución de 26 de enero de 2006.

⁹⁴ Caso Multiópticas., «Gafas Mó progresivas de alta gama», Resolución Sección 5.ª, de 21 de mayo de 2015.

⁹⁵ Caso Shot Madrid «Grillote de lazo shoke. Prensa». Dictamen Sección 6.ª, de 12 de enero de 2017.

conexión entre la imagen y el producto promocionado⁹⁶. La concreción de estos tres requisitos ha permitido considerar discriminatorios o sexistas a un altísimo número de anuncios en los que la imagen de la mujer se utiliza como reclamo publicitario, aunque no en todos los que habían sido objeto de demanda y con interpretaciones discutibles en algunos de ellos⁹⁷. Lo cierto es que este segundo parámetro aún permite que se afinen más los posibles supuestos que pueden darse y los elementos que pueden definir el uso de la imagen de la mujer como mero objeto, como se hizo en la sentencia que resolvió el caso McFit.

c) Es discriminatoria la publicidad que utiliza imágenes asociadas a comportamientos estereotipados que perpetúan un rol y una posición de la mujer diferente a la del hombre (inferior, dependiente, secundaria...). Así, por ejemplo, el Jurado considera que la publicidad dirigida específicamente a la mujer no merece per se ningún tipo de reproche, salvo «en aquellos supuestos en los que en la publicidad se incluyan mensajes o alegaciones que, de forma explícita o implícita, indiquen o sugieran que la publicidad se dirige a las mujeres porque son éstas las que, por razón de su género, deben asumir necesariamente determinadas tareas»⁹⁸; esto no sucede en los anuncios en los que no se deduce que se atribuya claramente y de forma exclusiva esa tarea a la mujer. De otro lado, ha entendido que se da este supuesto cuando la publicidad enfatiza «atributos estereotipados que minusvaloran las capacidades de la mujer y parecen circunscribir su centro de intereses a las compras y al aspecto físico, en un contexto en el que además se dirigen a adaptar su conducta para captar la atención del varón o lograr su aprobación»⁹⁹.

d) Es discriminatoria la publicidad que utiliza imágenes de violencia o de subordinación de la mujer, y que contribuyen a generar violencia de género. Esto incluye todos los mensajes publicitarios que usen como reclamo escenas que contribuyan a generar ese tipo de violencia. Como ejemplo se puede poner el famoso y polémico anuncio de Dolce&Gabbana, en el que una mujer con un body estaba postrada en el suelo mientras un hombre con el torso desnudo le sujetaba las muñecas y otros contemplaban la escena, que fue considerado discriminatorio, por contener «una escena de sometimiento sexual de la mujer contra su voluntad»¹⁰⁰, o el anuncio de Alfa Romeo Giulietta, en el que sobre imágenes del coche se es-

⁹⁶ Caso Magnum, Resolución de 15 de diciembre de 2005; Caso Media Markt Saturn, Resolución de 7 de junio de 2006; Caso Air Berlin, Resolución de 20 de junio de 2006; Caso SEAT León, Resolución de 8 de enero de 2007.

⁹⁷ Un análisis de todos ellos en MEGÍAS QUIRÓS, J. J., «Estándares consolidados para juzgar la publicidad sexista: ...», *cit.*, p. 360-364.

⁹⁸ Caso Aldi Supermercados, Catálogo Navidad, Resolución Sección 5.ª, de 23 de diciembre de 2014.

⁹⁹ Caso Nobilis Ibérica, «Secret Flirt», Resolución Sección 2.ª, de 18 de septiembre de 2009.

¹⁰⁰ Caso Dolce&Gabbana, Resolución de 2 de marzo de 2007.

cuchaba la voz de una mujer diciendo «Mírame, tócame, incítame, provócame, sedúceme, contrólame, protégeme, grítame, relájame. Yo soy Giulietta, si vas a hablar de mí, pruébame», y respecto al cual el Jurado entendió que cabía interpretar que era la mujer la que pedía esas acciones, siendo algunas de ellas (contrólame, grítame) proyección de una imagen de sumisión y violencia¹⁰¹.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de la prohibición de publicidad discriminatoria desde la perspectiva del mandato de la igualdad de mujeres y hombres permite realizar una primera consideración, ya advertida por la profesora Balaguer Callejón en sus trabajos¹⁰². En esta materia confluyen los análisis de constitucionalistas, mercantilistas y civilistas, y el imprescindible diálogo entre ellos no resulta sencillo. El sector de la publicidad se ha desarrollado en origen desde una perspectiva propia del derecho privado y solo poco a poco se va introduciendo una perspectiva también constitucional. Es preciso realizar un esfuerzo, desde la primera, para admitir que la constitución y su orden de valores, principios y derechos se proyectan en el ámbito de las relaciones entre particulares; y, desde la segunda, para prestar atención a estos temas que se alejan del núcleo del derecho constitucional, explicando la citada dicha proyección con respeto a la autonomía de la voluntad y los restantes principios que definen al derecho privado.

La segunda reflexión final se refiere a la dificultad de precisar en cada caso concreto si una imagen es discriminatoria o no lo es, porque, en efecto, esa apreciación es en parte subjetiva, pero solo en parte. Por eso de lo que se trata es de contribuir a construir un entendimiento colectivo, compartido, a partir de las decisiones constitucionales, de qué tipo de imágenes son discriminatorias y, por tanto, deben rechazarse. Para ello es fundamental la participación de diferentes sujetos, individuales y asociativos, públicos y privados; la labor coordinada de todos ellos es la que nos permitirá avanzar en la construcción de esos consensos. Al respecto se puede destacar la actuación de las asociaciones privadas e instituciones públicas que han reaccionado contra determinados anuncios, como se visto al analizar los casos resueltos en vía judicial, y también el diálogo mantenido entre jueces ordinarios, Jurado de la Publicidad, instituciones con competencias en la materia y doctrina académica.

¹⁰¹ Caso Fiat Group Automobiles Spain, «Alfa Romeo», Resolución Sección 5.ª, de 5 de julio de 2012.

¹⁰² BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Mujer y constitución*, cit., p. 191.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UN RECORRIDO A TRAVÉS DE LOS VOTOS PARTICULARES Y LA HERMENÉUTICA IUSFEMINISTA DE MARÍA LUISA BALAGUER¹

LAURA NUÑO GÓMEZ

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. El voto particular como instrumento doctrinal, político y social. 2. Metodología. 3. Estado de la cuestión: la relación entre el derecho y el sujeto. 4. Resultados: hacia una interpretación iusfeminista y evolutiva de la igualdad en un estado social. 4.1 La Perspectiva de género como criterio hermenéutico y principio informador del ordenamiento jurídico. 4.2 Ámbito subjetivo y objeto de tutela de la prevención, asistencia y protección frente a la violencia de género. 4.3 El cuerpo como campo de batalla: los límites al biopoder del estado, el mercado y los Grandes relatos. 5. A modo de corolario. Bibliografía citada.

1. EL VOTO PARTICULAR COMO INSTRUMENTO DOCTRINAL, POLÍTICO Y SOCIAL

La trascendencia política y jurídica de la interpretación constitucional explica que sea un campo de análisis no exento de polémica y de resistencias al cambio entre quienes comparten una noción excesivamente nominalista o inmovilista. Máxime, en cuestiones tan sensibles y controvertidas como la

¹ Trabajo realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Género y Feminismo de la Universidad Rey Juan Carlos (GIAR FEMGEN V326- 00008/082).

evolución doctrinal que representa la incorporación de la perspectiva feminista o de género en la conceptualización y juridificación de los derechos y libertades.

Como es sabido la regulación en el estado español de los votos particulares es una de las más flexibles del ámbito europeo, ordinaria los permite tanto en la jurisdicción constitucional como en la ordinaria, haciéndose pública la opinión discordante en ambos casos². La posibilidad de dar a conocer las discrepancias doctrinales representa una novedad en la justicia constitucional española que, tradicionalmente, había otorgado un carácter reservado a las mismas para evitar el riesgo de erosionar la legitimidad de la opinión mayoritaria.

Sin embargo, la actual previsión que contempla su publicidad ha demostrado que, lejos de restar autoridad alguna a las Sentencias, enriquecen el debate jurídico en lo relativo a la resolución adoptada. Ofrecen la posibilidad de matizar una opinión concurrente con el fallo, de incorporar una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales o de actualizar el contenido y alcance de las previsiones constitucionales. Una revisión más sencilla y probable en el sistema de justicia constitucional continental porque, a diferencia del modelo anglosajón, no vincula al Tribunal con los precedentes o la jurisdicción previa; permitiendo una mayor libertad y flexibilidad interpretativa tanto en el control preventivo como en el reactivo.

Así, como mantiene Cámara, G. (1993), la previsión constitucional que faculta a presidencia y magistradas/os para promover Votos Particulares fomenta el debate³, la reflexión crítica, permite ofrecer fundamentos jurídicos

² Así, el artículo 164.1 CE establece que «Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere». En relación al Tribunal Constitucional el artículo 90.2 de Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del tribunal constitucional, recoge que «El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el “Boletín Oficial del Estado”. A su vez, referida a la jurisdicción ordinaria el artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial recoge que «1. Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuviere conforme. 2. El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por mayoría. Cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación de la sentencia, el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella. 3. También podrá formularse voto particular, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, en lo que resulte aplicable, respecto de los autos decisorios de incidentes».

³ La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional convierte en exigencia la deliberación previa si se pretende hacer pública la posición discordante. De forma tal que se podrá reflejar la opinión discrepante sólo cuando «haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación» (art. 90.2 LOTC).

alternativos o una motivación que se oponga, pondere o complemente los argumentos que sustentan la decisión mayoritaria. Evidencian también la dificultad para consensuar un significado monolítico o un alcance unívoco de unas previsiones constitucionales que tienen, no sólo carácter interpretativo, sino evolutivo. A su vez, la divulgación o difusión de su motivación mediante la publicación los textos íntegros en el BOE, junto a la decisión mayoritaria, permite conocer la controversia doctrinal, garantiza la transparencia del debate y faculta a la ciudadanía para conocer el contenido de las deliberaciones. Última previsión que contribuye a fortalecer su propia legitimidad. Así, como mantiene Balaguer Callejón, M.L., «En la motivación se contiene una exigencia importante del derecho, no solo como explicitación a las partes, sino también como una función de legitimación social del derecho explicitada no solamente a los órganos jurisdiccionales o a las partes, sino a la sociedad»⁴. Todo lo cual permite afirmar el trascendental alcance de los Votos Particulares tanto desde un punto de vista doctrinal, político y social.

2. METODOLOGÍA

Con objeto de identificar la perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional a través de los votos particulares de Balaguer Callejón, M.L., se ha recurrido a un examen del contenido de aquellos que se han considerado más relevantes, no sólo para la hermenéutica iusfeminista, sino para la interpretación de conflictos jurídico-políticos especialmente sensibles en la actualidad y que están determinado la propia agenda política del feminismo. Sin ánimo de exhaustividad alguna en el análisis del alcance y trascendencia doctrinal de los mismos, se han seleccionado seis que abordan retos esenciales del feminismo jurídico o de la construcción jurídica del género⁵. Votos que ofrecen propuestas concretas para superar, o al menos enmendar, el asimilacionismo que acompañó el proceso de universalización de la ciudadanía y el sesgo androcéntrico en la construcción de la noción de sujeto y dignidad.

Cuestiones como la salvaguarda de la dignidad como piedra basal de los derechos fundamentales (VP RI 4057-2021), su colisión con prácticas como la gestación subrogada o comercial (VP RA 5067-2019) o con la penalización y

⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, p. 231.

⁵ Propuestas que han contado con la asistencia de Itziar Gómez Fernández y Argelia Queralt, Letradas del Tribunal Constitucional, profesoras de derecho constitucional y miembros de la Red Feminista de Derecho Constitucional.

las limitaciones materiales para hacer efectiva la soberanía de la voluntad en la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en condiciones seguridad (VP RA 4523-2010). Pero también abordan la propia naturaleza del derecho a la igualdad (VP RI 6706-2022), la obligación de incorporar la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas (VP RA 2975-2020) o incluso la necesidad de clarificar el sujeto objeto de tutela en las políticas contra la violencia machista (VP RI 1719-2021) que, por extensión, cabría también predicarse de las políticas de igualdad.

Tabla 1. Votos Particulares seleccionados para el análisis

VP RI 4057-2021 ¹	Voto Particular concurrente. STC 19/2023, de 22 de marzo del 2023, Recurso de inconstitucionalidad núm. 4057-2021.	Interpuesto por cincuenta diputados/as del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados en relación con la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia. Derecho a la vida y a la integridad física y moral: constitucionalidad de la regulación legal del derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos.	BOE núm. 98, 25/04/2023, pp. 57847-57852.
VP RA 5067-2019 ²	Voto Particular STC 28/2024, de 27 de febrero de 2024. Recurso de amparo núm. 5067-2019.	Promovido por doña M.T.E.M., respecto de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid en proceso de adopción. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): sentencia de apelación que, en un supuesto de Gestación Subrogada, no satisface las exigencias del canon de motivación reforzada que rige para los casos en los que la esfera personal y familiar de un menor se ve afectada al estar en juego la construcción de la identidad del menor y la protección de los lazos familiares creados con la recurrente.	BOE núm. 82, 3/04/2024, pp. 38047-38052.

VP RI 4523-2010 ³	Voto Particular concurrente. STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010.	Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la IVE. Derecho a la vida y aborto: fundamentos constitucionales de la autodeterminación de la mujer respecto de la interrupción del embarazo y consideración de la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido, constitucionalidad del sistema de plazos en su conjunto, de la interrupción del embarazo dentro de las catorce primeras semanas de gestación o por indicación terapéutica o embriopática; garantías de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, objeción de conciencia de los profesionales sanitarios y perspectiva de género en la formación de los profesionales; pérdida sobrevenida parcial de objeto del proceso.	BOE núm. 139, 12/06/2023, pp. 83768-83777.
VP RI 6706-2022 ⁴	Voto Particular concurrente. STC 89/2024, de 5 de junio de 2024. Recurso de inconstitucionalidad núm. 6706-2022.	Interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox en el Congreso, en relación con diversos preceptos de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación. Principios de pluralismo ideológico, igualdad y no discriminación, legalidad penal y objetividad de la actuación administrativa, libertades ideológica, de empresa y de enseñanza; reserva de ley orgánica: constitucionalidad de los preceptos legales relativos a la perspectiva de género en las políticas contra la discriminación, igualdad en acceso al empleo por cuenta ajena y a la vivienda, financiación pública de centros docentes que apliquen la educación diferenciada por sexos y tipificación de ilícitos administrativos.	BOE núm. 164, 8/07/2024, pp. 85545-85547.

VP RA 2975-2020 ⁵	Voto particular concurrente. STC 48/2024, de 8 de abril de 2024. Recurso de amparo núm. 2975-2020.	Promovido por doña L.G.A., en relación con las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Sevilla y un juzgado de lo penal de su capital en causa por delito de lesiones psicológicas en Delito Continuo de Abuso Sexual. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: aplicación como cualificada de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas atendiendo al tiempo transcurrido entre la comisión de los hechos delictivos y la presentación de la denuncia.	BOE núm. 118, 15/05/2024, pp. 55630-55636.
VP RI 1719-2021 ⁶	Voto Particular. STC 44/2024, de 12 de marzo de 2024. Recurso de inconstitucionalidad núm. 1719-2021.	Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la Violencia Machista. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, legislación penal, ordenación de registros públicos y reserva de ley en relación con la extensión de la normativa de protección de la violencia de género a las mujeres transgénero: nulidad del precepto legal autonómico que impone obligaciones orgánicas y funcionales respecto de la prevención, detección y actuación ante la violencia machista a los partidos políticos que operen en Cataluña.	BOE núm. 99, 23/04/2024, pp. 45695-45697.

Fuente: Elaboración propia.

Al igual que ocurre con los Votos Particulares sería absolutamente inviable recuperar la extensa producción científica de Balaguer Callejón, M. L., por

⁶ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10044.

⁷ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-6670.

⁸ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-13955.

⁹ Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2024/07/08/pdfs/BOE-A-2024-14002.pdf>.

¹⁰ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-9831.

¹¹ Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2024/04/23/pdfs/BOE-A-2024-8187.pdf>.

lo que sólo se ha recurrido a la misma en aquellos supuestos que ha resultado imprescindible para clarificar o profundizar algún aspecto especialmente pertinente en el análisis. Por último, los Votos Particulares analizados dan respuesta al sesgo del universalismo homogeneizante y, por tanto, con carácter previo se incluye un breve examen de las consecuencias y alcance "del mismo, así como del estado de la cuestión en lo relativo a la relación entre el sujeto y el derecho desde la perspectiva de género.

3. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y EL SUJETO

En *Derecho, Sexo y filosofía: Transmodernidad y normatividad*, una de las últimas monografías de Balaguer Callejón, M. L., afirmaba: «no puede haber derecho sin sujeto porque el tráfico jurídico ha de ser impulsado por alguien y referido igualmente a personas» y proseguía, «solo las personas son sujetos de derechos, aunque hay que apresurarse a decir que no todas las personas lo han sido, ni en los mismos momentos de la historia. La mujer como sujeto de derechos tiene una historia reciente»¹².

Efectivamente, como oportunamente recuerda, la consideración de las mujeres como sujetos de derecho, en el mejor de los casos, tiene apenas un siglo de historia. Aunque objetos del derecho, como señala Julia Sevilla, lo hayan sido siempre¹³ (2023). Pero, incluso cuando obtuvieron dicho estatus, tal reconocimiento se asentó en un falso universalismo que debilitaría su posición como sujetos. Un aspecto esencial en la medida que el constitucionalismo moderno, como señala Balaguer Callejón, M. L., se configura, precisamente, como un constitucionalismo del sujeto, que es tal, en cuanto titular real de sus derechos fundamentales¹⁴.

Sin embargo, la conceptualización de la dignidad, de los derechos y del sujeto parámetro de los mismos viene determinada o limitada por el propio proceso histórico y teórico en el que emergen y se positivizan; lo que en buena lógica obliga a hacer una aproximación desde las propuestas filosóficas que legitimaron su posterior juridificación. Así, como acertadamente apunta Bala-

¹² BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Derecho, Sexo y Filosofía. Transmodernidad y normatividad*. Comares, Granada, 2023, p. 92.

¹³ SEVILLA, J., Entrevista. En: Fernández M., Lidia. *Atlánticas*. Revista Internacional de Estudios Feministas, 2023, núm. 8 (2), pp. 183-186

¹⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *El feminismo del siglo XXI: Del #MeToo al movimiento Queer*, Huso, Madrid, 2021, p. 168.

guer Callejón, M. L., la filosofía ha condicionado la evolución del derecho de forma tal que «en el derecho, en su evolución histórica se percibe claramente esa influencia»¹⁵, aunque, como puntualiza, apenas ha habido indagaciones que aborden el condicionamiento mutuo entre ambas disciplinas.

Una relación causal que es especialmente significativa en la configuración del sujeto político y en los fundamentos epistemológicos de la propia noción y alcance de la dignidad. Así, el canon del sujeto titular de derechos que emana de las diferentes propuestas filosóficas o religiosas reconoció la universalización de la intangibilidad de la dignidad, salvo alguna meritoria excepción¹⁶, bien como consecuencia lógica del pacto fundacional de hombres libres que dio lugar al contrato social, bien como expresión del orden bíblico de la creación según la cual sólo el hombre fue creado a imagen y semejanza de Dios¹⁷. Aunque, en ambos casos, supuso una innovación ética que rompió con el paradigma previo, según el cual la dignidad estaba asociada al estatus social, al honor personal o la libertad civil, representó una condena a la inmanencia, a la insignificancia política y al sometimiento civil de todas las mujeres. En consecuencia, la posterior operativización jurídica de la dignidad, heredera de la exégesis bíblica sobre el orden de la creación y/o del relato contractualista sobre el origen del pacto social, sólo reconocerá a los varones como sujetos titulares de la dignidad y de los derechos o libertades expresión de la misma.

Las mujeres, consideradas seres no racionales, alejadas del sentido común predicado de la fratria, serán las idénticas, las indiscernibles¹⁸, las que carecen de capacidad de individuación o consentimiento. Seres sin posibilidad de reivindicar la dignidad propia de los iguales y legítimos titulares del Contrato. No en vano, la dignidad que se juridifica en la mítica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y que conllevó el reconocimiento de algunas libertades universales inalienables, como la de expresión o participación en la vida pública, sería predicable sólo para los varones¹⁹.

¹⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Derecho, Sexo...* p.1.

¹⁶ Como la propuesta del controvertido florentino Giovanni Pico della Mirandola en su *Oratio de hominis dignitate*, de 1486, promovió una concepción más secular de la dignidad vinculada al valor intrínseco de la naturaleza humana.

¹⁷ Génesis 1:26-27.

¹⁸ AMORÓS, C., «Espacio de los Iguales, espacio de las idénticas. Nota sobre poder y principio de individuación». *Arbor*, núm. 128, pp. 113-127.

¹⁹ Dos años después de la proclamación de la citada Declaración, la girondina Olympe de Gouges difundió un correlato inclusivo bajo el título Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791).

Por ello el Contrato Social, como pacto fundacional de la modernidad, sentó las bases del patriarcado moderno. Un pacto que oportunamente ocultó un Contrato Sexual, según la conocida tematización de Carole Pateman, que excluyó a las mujeres del proceso de universalización de la dignidad, negó su condición de sujetos de la razón y consecuente su posterior reconocimiento como sujetos de derecho. Como colofón, la renuncia al ejercicio de la violencia individual que acompañó el hipotético pacto social será sólo entre los iguales, no sobre las mujeres, que seguirán en su particular estado de naturaleza, expuestas a múltiples formas de violencia consideradas, no sólo legales, sino legítimas. Así, inscritas en un ambiguo limbo contractualista-naturalista: verán negada la paz, la seguridad y las prerrogativas de los varones como titulares del acuerdo en el orden social fruto del contrato, pero también la libertad supuestamente característica del Estado de Naturaleza.

En la segunda mitad del XIX, la persistente vindicación de los movimientos sufragistas, lenta y gradualmente, logró erosionar la legitimidad de la exclusión naturalista y, durante el primer tercio del s. XX se empezaría a constitucionalizar la igualdad formal de las mujeres con los hombres. Pero, la bienvenida universalización de la igualdad se hizo a partir de la condonación formal de los criterios de exclusión previos. De forma tal que la apertura fundacional al universo de los iguales se hizo ignorando el peso de la inhabilitación precedente asociada al criterio de exclusión originario. Como señala Marcuse –reformulando el «como si» kantiano– el mecanismo fue hacer «como si no» se fuera pobre, negro o mujer; en un proceso inclusivo que, por lo general, respetó histórica o cronológicamente este orden.

Un proceso inclusivo que fue formalmente antidiscriminatorio, pero materialmente excluyente en la medida que reconoció la igualdad, bien a través de la equiparación con los varones o bien mediante su reconocimiento en tanto mujeres. En el primer supuesto operó un asimilacionismo que conllevó trato indiferenciado o discriminación por igualdad y, en el segundo, se esencializó la identidad femenina y se construyó como alteridad respecto al canon del sujeto de derechos. Por tanto, no se reconoció la igualdad de mujeres y hombres sino la igualdad «con» los varones como arquetipo o canon universal de lo humano. Y, por ello, «el derecho está concebido, desde su origen, para la defensa de los intereses con un perfil del justiciable, que responde a un varón, de raza blanca, con cierta capacidad económica. En torno a este perfil se construyen las normas jurídicas, y este esquema se puede considerar de aplicación general en todos los órdenes jurisdiccionales»²⁰.

²⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Cátedra, Valencia, 2005, p. 87.

En suma, el universalismo racionalista extendió la titularidad de los derechos a las identidades no hegemónicas, pero no reconceptualizó ni el sujeto de la norma, ni distribuyó los espacios de poder o decisión, ni cambió el paradigma del sujeto político o jurídico ni sus necesidades o intereses. Así,

«desde un punto de vista jurídico, la integración de la mujer como sujeto de derechos y obligaciones se produce dejando intocable el sistema jurídico que se había creado en los siglos XVIII y XIX respecto de la creación del sujeto individual frente al Estado. La mujer no modifica para nada ese sistema, sino que la integración es acrítica e inmutable»²¹.

Pero el androcentrismo no sólo siguió siendo la perspectiva universal y neutral, sino que la diferencia de las mujeres respecto al canon terminó reconociéndose como esencialismo o especificidad no universalizable, convirtiendo la diversidad respecto al varón en subjetividad, particularismo o anomalía²². Todavía en la actualidad, como señala Balaguer Callejón, M. L.,

«la marginalidad de los sujetos respecto de la Constitución depende de la cercanía o lejanía respecto del modelo considerado normal: edad, etnia, lugar de nacimiento, sexo u orientación sexual y estatus de una mayoría social teórica e irreal, a la que probablemente nadie se ajuste»²³.

Por ello, pese a la innovación ética y normativa que, sin duda, supuso la constitucionalización de la igualdad, el androcentrismo, como mirada supuestamente objetiva y neutral, provocó un sesgo interpretativo en su alcance y en la propia noción de la dignidad. Como se demostrará, la persistencia de un marco interpretativo que elude la posición específica de las mujeres como sujetos políticos o de derechos, que ignore el plus de opresión o represión que el biopoder ejerce sobre su cuerpo y sus decisiones vitales, inevitablemente provocará una discriminación por indiferenciación.

²¹ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *El feminismo... op. cit.* p.225.

²² Conviene advertir que, si las diferencias respecto al canon pueden ser múltiples y, cuando se combinan, o interseccionan en una persona sofistican la discriminación. La interseccionalidad (Crenshaw, Kimberlé W. 2008) o la discriminación múltiple se ha recogido en diversos instrumentos internacionales (como la Declaración de Beijing de 1995 o la de Durban de 2001) y, en el ámbito de la Unión Europea, en la Directiva 2000/43/CE de igualdad racial. Pese a ello, la interseccionalidad tiene todavía un tratamiento muy residual en el diseño e implementación de las políticas públicas. La incidencia que puedan tener estos instrumentos internacionales depende de la capacidad de las jurisprudencias nacionales para interpretar el ordenamiento jurídico conforme a los mismos; práctica poco habitual. En este sentido, resulta interesante destacar que la jurisprudencia norteamericana lleva décadas aplicando -de forma discrecional- el denominado «sex-plus»; según el cual la pertenencia al sexo femenino representa un factor añadido a cualquier otra condición o circunstancia personal como la etnia o la raza.

²³ BALAGUER, M. L., *Derecho, Sexo... op. cit.* p. 93.

Por último, no es posible analizar el estado de la cuestión sin examinar la profunda transformación que se está produciendo en la relación entre derecho y sujeto por el desplazamiento de poder de las instituciones estatales a las corporaciones internacionales con la consecuente pérdida de fuerza normativa de las Constituciones en la protección de los derechos y libertades. Como señala Balaguer Callejón, F., «la garantía de los derechos no es posible sin una estructuración del poder estatal que la haga viable»²⁴. Un proceso que, como alerta, está afectando a la propia noción del constitucionalismo del sujeto en la medida el conflicto capital-trabajo, que operaba en la institucionalización estatal, se está trasladando a la tensión entre el capital y el uso o consumo en un incierto y desregulado mercado global.

Así, los derechos tradicionalmente vinculados a la producción se pretenden residenciar ahora en el consumo, corriendo el riesgo de convertir al sujeto de derechos en un mero consumidor o usuario. Como alerta, «la lógica de la globalización, con el desplazamiento de lo estatal al ámbito global y de lo público al ámbito privado interviene en esta remodelación de los derechos constitucionales»²⁵. En el caso de las mujeres, que ya partían de un infraestatus como sujetos, ahora, además de ser consideradas como simples usuarias o consumidoras, están siendo reificadas o cosificadas. Una nueva economía de mercado que promueve la ilusión de tener deseos y satisfacerlos como modelo de éxito está diversificando las formas de explotación sexual o reproductiva de las mujeres, utilizando sus cuerpos como medios o mercancías a escala global. Una vulneración de los derechos humanos generizada imposible de atender, ni de entender, si el sistema de garantías no contempla una adecuada perspectiva de género.

4. RESULTADOS: HACIA UNA INTERPRETACIÓN IUSFEMINISTA Y EVOLUTIVA DE LA IGUALDAD EN UN ESTADO SOCIAL

4.1 La Perspectiva de género como criterio hermenéutico y principio informador del ordenamiento jurídico

El derecho representa un instrumento que permite mantener el control social, el orden establecido o el *statu quo*, pero también puede ser un mecanismo para la transformación social. El derecho constitucional, en concreto, en

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F., *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2022, p. 114.

²⁵ BALAGUER, F., *La constitución...* op. cit. p. 120.

tanto pacto que regula las decisiones políticas fundamentales, tiene una posición estratégica, determinante, en este sentido. Una interpretación o dogmática constitucional acrítica con el proceso inclusivo, ciega a los sesgos en la construcción del sujeto, reproducirá el asimilacionismo y la discriminación que inevitablemente conlleva, condicionando con ello la propia salvaguarda de la dignidad de las mujeres.

Por ello, la perspectiva de género o feminista representa una herramienta correctora indispensable para reducir el impacto del universalismo homogeneizante y para compensar el prejuicio originario que supone considerar el androcentrismo como neutralidad. La necesidad de incorporar la misma se acordó hace casi tres décadas, en 1995, en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing de la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas, asumiendo el compromiso de aplicarla en todas las etapas y ámbitos de las políticas públicas; incluida la acción judicial o jurisdiccional²⁶.

Sin embargo, todavía es una práctica habitual que los operadores judiciales no encuentren sesgo alguno en el canon del sujeto jurídico o incluso que, en la medida que interiorizan el androcentrismo como neutralidad, interpreten que es precisamente la perspectiva de género la que representa un enfoque de parte o parcial. La resistencia para incorporar dicho enfoque en la acción judicial provocó que, veinte años después del compromiso asumido en Beijing, el Comité CEDAW aprobara, en agosto de 2015, la Recomendación General núm. 33 *sobre el acceso de las mujeres a la justicia*²⁷. En la citada Recomendación se condena a los Estados para que mejoren «la sensibilidad del sistema de justicia a las cuestiones del género», aseguren que los operadores judiciales «tramiten los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género» y para que «revisen las normas sobre carga de la prueba para asegurar la igualdad entre las partes, en todos los campos en que las relaciones de poder priven a las mujeres de la oportunidad de un tratamiento equitativo de su caso por la judicatura» (Párrafo 15, RG 33 CEDAW).

En concreto, el ámbito del Derecho constitucional, como aprecia Gómez, I., dicha perspectiva es todavía «la hija no querida del constitucionalismo moderno»²⁸ y, como tal, lo habitual es que se ignore en la interpretación mainstream de la dogmática constitucional. Un déficit llamativo porque, en el contexto español,

²⁶ La Transversalidad de la perspectiva de género sería posteriormente asumida en el ámbito de la Unión Europea, en el Tratado de Ámsterdam (1997), la Agenda Social Europea (Lisboa, 2001) o la Agenda Social Renovada 2008-2011.

²⁷ CEDAW/C/GC/33. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/leg/coment/cedaw/2015/es/133599>.

²⁸ GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (2017) *Una constituyente feminista: ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Marcial Pons, Madrid. 2017, p. 161.

además de la obligación de incorporar la misma en virtud de los acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por España (art. 10. 2 CE) se deriva también de la propia Constitución (arts. 9.2 CE y 14 CE,) y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH)²⁹. En concreto, como se ve obligada a recordar Balaguer, M.L., en el VP RA 2975-2020, el artículo 4 de la LOIMH, establece que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas»; configurándose como un «criterio hermenéutico» de obligado cumplimiento en la interpretación de las normas jurídicas»³⁰.

Pese a ello, es frecuente que la perspectiva de género esté ausente en la aplicación e interpretación de las normas. Un hecho especialmente grave cuando se trata de un delito generizado como representa la violencia machista. De ser así, como cabe apreciar del VP RA 2975-2020, no se pondera adecuadamente la situación víctimas y victimarios, ni el impacto real de las lesiones que derivan de la violencia; pudiendo incluso interferir en la valoración estereotipos de género que ponen en duda la veracidad o verosimilitud del testimonio de las víctimas. Último supuesto en el que el principio jurídico *in dubio pro reo*, que opera en el derecho penal, puede exonerar al victimario, vulnerando con ello el deber de diligencia debida y de tutela judicial efectiva. Así, como alerta Balaguer, la ausencia de perspectiva de género sitúa «a la víctima y al criminal en una posición de falsa igualdad», impidiendo conocer «los impactos diversos que las violencias machistas tienen en cada mujer» y produciendo una revictimización o una victimización institucional que agrava y se suma a las secuelas psicológicas ya sufridas por ésta³¹.

Así, la ausencia de la perspectiva de género resulta especialmente gravosa cuando se trata de un conflicto jurídico en el que el sexo de la víctima o el hecho de ser mujer resulte determinante o sea la causa del propio hecho delictivo. Por ello, los operadores jurídicos o judiciales deben ser conscientes que, en supuestos de violencia de género, incluida la sexual, «están en un contexto delictivo en que las mujeres son las víctimas propiciatorias porque las conductas penadas se llevan a cabo por hombres que se prevalecen de su posición de

²⁹ Para un análisis sobre la LOIMH ver BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El derecho de igualdad de género: la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres». En Figueruelo, Ibáñez, A., M. L., y Merino, R. M. (eds.) *Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Comares, Granada, 2007.

³⁰ Como así lo apreció la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el FJ4 de la STS 576/2022, de 23 de junio de 2022.

³¹ VP RA 2975-2020, BOE núm. 118, 15 de mayo de 2024, p.55635.

poder, privilegio o superioridad» y, en consecuencia, «no cabe acercarse al estudio de estos supuestos de una forma falsamente neutral puesto que esto solo supondrá la revictimización de las mujeres»³².

4.2 **Ámbito subjetivo y objeto de tutela de la prevención, asistencia y protección frente a la violencia de género**

En este sentido, Balaguer Callejón, M. L., no sólo propone la necesaria interpretación de las agresiones selectivas provocadas por el género como construcción social o cultural del sexo, sino que alerta de su carácter sistémico. Recuerda que, 1) la violencia de género es resultado de sociedades patriarcales y, por tanto, tiene un alcance estructural y 2) representa una violencia ejercida específicamente sobre las mujeres y niñas por el hecho de pertenecer al sexo femenino. En suma, supone una violación de derechos y libertades de carácter estructural que se administra, selectivamente, contra las mujeres.

Conviene aclarar que, históricamente, las diferentes manifestaciones de la violencia de género se consideraron como un problema privado que afectaba tan solo a víctima y victimario o, en el supuesto de ser expresión de ritos o tradiciones culturales, se naturalizaron o se justificaron desde un relativismo cultural³³. Como respuesta, en la década de los años setenta del siglo pasado teóricas inscritas en el feminismo radical politizaron y denunciaron la cultura de la violencia contra las mujeres como expresión de un supremacismo sexual de carácter estructural. La violencia abandonaría su carácter privado, individualizado o meramente cultural para pasar a ser un problema público, colectivo y político.

Sin embargo, hasta la segunda mitad década de los noventa (1992-1996) el Derecho Internacional Público no asumiría la lucha contra la violencia de género entre sus compromisos. La politización o institucionalización de la misma fue resultado de las políticas implementadas dos décadas antes, fundamentalmente entre el año 1975 y 1979³⁴ contra la discriminación por razón de

³² VP RA 2975-2020... *op. cit.*, p.55632.

³³ Como la violación en el matrimonio, los crímenes de honor, los pies de loto o media luna de la cultura tradicional china, la Mutilación genital femenina, el rito del pañuelo romaní, el maltrato a las viudas en los ritos funerarios hindús, las mujeres jirafa de Chiang Mai, entre otros.

³⁴ La etapa se inaugura con la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer (ICMM), celebrada del 19 de junio a 2 de julio de 1975 en Ciudad de México, coincidiendo con el Año Internacional de la Mujer (1975) y concluye en 1979 con la adopción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW); instrumento que, en lo sucesivo, se convertiría en el referente internacional en la defensa de los derechos de las mujeres.

sexo³⁵. El primer documento internacional que considera la violencia contra las mujeres y niñas como una violación de los derechos humanos será la Recomendación General 19 de la CEDAW (1992)³⁶. Tras la cual verían la luz el Programa de Acción de Viena sobre Derechos Humanos (1993), la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994), la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995), la proclamación de la Resolución WHA49.25 de la Organización Mundial de la Salud (1996)³⁷.

La Recomendación General 19 de la CEDAW (RG19) identificará la desigualdad y los estereotipos sexistas como el origen o la causa de las agresiones selectivas que sufren las mujeres (Párrafo undécimo)³⁸. Un año después, en diciembre de 1993, la Declaración de Naciones Unidas *sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer* (DEVAW) ofrecería, por primera vez en el Derecho Internacional Público, una definición de las agresiones selectivas perpetradas contra las mujeres y niñas. Así, por violencia de género se entenderá «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada» (art. 1).

La mítica declaración recoge tanto la obligación negativa de los Estados de abstenerse de ejercer violencia contra las mujeres como la positiva de activar mecanismos para prevenirla, perseguirla y erradicarla con la diligencia debida³⁹

³⁵ Para un análisis actualizado sobre la evolución del tratamiento de la violencia contra las mujeres y niñas ver MARTÍNEZ DE ARAGÓN LÓPEZ, L., «Tres décadas de vanguardia de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belem do Pará» y NUÑO, L., «¿hacia un cambio de paradigma en la normativa comunitario en materia de derechos humanos? Directiva 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica». En Nuño, L., y Fernández Montes, L. (coord.), *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI*. Comares, Granada, 2024.

³⁶ Conviene advertir que el ECOSOC había emitido con anterioridad la Resolución 1990/15, de 24 de mayo de 1990 y la Resolución 1991/18, de 30 de mayo de 1991 recomendando la aprobación de un instrumento internacional que abordara específicamente en la lucha contra la violencia ejercida hacia las mujeres.

³⁷ Unos años más tarde, en 1999, la Resolución de Naciones Unidas (54/134) declarará el día 25 de noviembre como Día Internacional para la erradicación de cualquier forma de violencia ejercida sobre la mujer.

³⁸ Cuyo contenido sería actualizado, en el marco de la Agenda 2030 en el año 2017, por la Recomendación General 35 (RG35), emitida el 15 de julio de 2017, que denunció la insuficiencia de la legislación estatal en la materia y por la Recomendación general núm. 38 del CEDAW, de 20 de noviembre de 2020, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial.

³⁹ Según el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas la diligencia debida «comprende el uso de todos los medios de carácter jurídico, político, administrativo y social adecuados para promover la protección de los derechos humanos y la obligación de velar para que los actos de violencia se consideren

(art. 4). Pese a su relevancia histórica, sin embargo, la DEVAW no pasaría del estatus de *soft law* y su contenido nunca se recogería en una Convención. No obstante, incluso teniendo en cuenta las limitaciones en lo relativo a su eficacia real o aplicabilidad, no ofrece duda alguna sobre que la violencia de género representa cualquier agresión administrada selectivamente sobre las mujeres.

Sorprende por ello que la Magistrada Balaguer, M. L., en el voto particular en respuesta al Recurso de inconstitucionalidad presentado contra la modificación de la ley catalana contra la violencia machista⁴⁰, se encuentre impelida a recordar que el ámbito subjetivo de la prevención, asistencia y protección frente a la violencia de género son las mujeres y niñas. Como señala, la bienvenida protección normativa de otros colectivos o identidades no debiera conllevar ni la imprecisión jurídica ni una redefinición del sujeto político mujer de consecuencias imponderables. Así, «para generar nuevos derechos para colectivos discriminados no es necesario asumir la redefinición o re-etiquetaje del sujeto político mujer»⁴¹. Como interpela al legislativo catalán «La Ley catalana opta por una conceptualización, que viene precedida de mucha confusión terminológica e, incluso, de algunos conceptos no propiamente jurídicos, como mujeres u hombres cis⁴², que han sido contestados desde amplios sectores doctrinales»⁴³.

Como advierte, de admitirse como válida una ampliación o modificación del sujeto activo o del objeto de la tutela frente a la violencia de género, no sólo se estaría generando una indefinición y confusión terminológica que provocaría inseguridad jurídica, incumpliendo con ello el artículo 9.3 CE, sino que no se estaría atendiendo la normativa internacional y estatal en la materia. Por ello, siguiendo la más pura tradición amorosiana (2004) recuerda al legislativo autonómico que, para legislar acertadamente es necesario conceptualizar adecuadamente, se precisa un «estudio previo de una cuestión central como es la determinación de cuál es el sujeto político de este tipo de políticas públicas y el sentido y alcance de la violencia machista».

El Voto particular resulta especialmente relevante, no sólo en lo relativo a la conceptualización y juridificación de la violencia de género, sino porque

y traten como actos ilegales, para los que existan castigos y recursos, incluidas reparaciones, suficientes, efectivos, rápidos y apropiados» (ONU, 2010, 14.º período de sesiones).

⁴⁰ Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

⁴¹ VP 1719-2021, BOE núm. 99, 23 de abril de 2024, p. 45695.

⁴² El término cisgénero o más exactamente el prefijo «cis» proviene etimológicamente del latín y significa «de este lado». Surge por oposición a las denominadas identidades aglutinadas en el prefijo trans («del otro lado»). Las personas cis o cisgénero serían aquellas que se identifican con su sexo biológico o que tienen una concordancia entre su identidad de género y lo que denominan sexo «asignado» y las trans serían aquellas en las que no se produce esta concordancia.

⁴³ VP 1719-2021... *op. cit.*, p.45695.

atiende una reciente y creciente polémica que afecta a la propia identidad del sujeto político del feminismo, a la consideración de la categoría sexo como una característica performativa y a su confusión con el género⁴⁴. Respecto a esta última cuestión, conviene aclarar que, si bien es cierto que las nociones de sexo y género están conectadas, de forma tal que la segunda es expresión de los roles y mandatos asociados al sexo, no son en absoluto términos equivalentes.

Como ocurría con la redefinición del sujeto político del feminismo, de su distinción se derivan indudables consecuencias normativas. Así, según recoge en su obra *Derecho, Sexo y Filosofía. Transmodernidad y normatividad*, «la identificación entre sexo y género supondría restar a las mujeres posibilidades de liberación respecto a los roles y estereotipos asociados éste último»⁴⁵. Como acertadamente recuerda, la reivindicación del feminismo es, precisamente, que el sexo de cada persona no implique mandatos de género, abolir el patriarcado requiere abolir el género y «esa servidumbre y esas obligaciones de la representación de roles sociales en las que consiste ser mujer»⁴⁶. Entre otras, la represión y opresión que el biopoder religioso, moral o económico ejercen sobre su cuerpo.

4.3 El cuerpo como campo de batalla: los límites al biopoder del estado, el mercado y los Grandes relatos

La defensa de la dignidad de las mujeres exige eliminar prácticas históricas que legitiman, incluso legalizan, la expropiación de su cuerpo, su utilización como medio para el cumplimiento de fines ajenos y erradicar los mandatos punitivo-moralizadores que impiden el libre desarrollo de su personalidad. Una exigencia compleja culturalmente en la medida que se enfrenta, por una parte, a las resistencias que todavía suscita entre algunos colectivos la innovación ética que supuso la juridificación de su igual dignidad. Y, por otra, a una interpretación androcéntrica y confesional de la intangibilidad de la dignidad presente, de forma extemporánea, en algunos discursos y posicionamientos.

⁴⁴ La definición del sujeto político mujer y la diferencia entre los conceptos sexo y género fue abordada en el Fundamento Jurídico Tercero de la STC 67/2022, de 2 de junio de 2022, relativo a al Recurso de amparo 6375-2019 promovido por vulneración de la prohibición de discriminación por identidad sexual y del derecho a la propia imagen, de la que fue ponente la propia BALAGUER, M. L., BOE núm. 159, de 4 de julio de 2022, pp. 94518-94519. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11083.

⁴⁵ BALAGUER, M. L., *Derecho, Sexo... op. cit.* pp. 100.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 101.

Así, como es sabido, la universalización de la dignidad femenina tiene una historia reciente. Fue resultado del consenso internacional, tras la enorme debacle de la Segunda Guerra Mundial, sobre unos mínimos principios de convivencia. En la actualidad, se configura, al menos sobre el papel, como fundamento del orden público internacional⁴⁷. De hecho, es bastante infrecuente encontrar un instrumento internacional en materia de derechos humanos que no invoque el respeto y la intangibilidad de la dignidad humana como fundamento de los Derechos Humanos⁴⁸.

En nuestro ordenamiento constitucional la intangibilidad de la dignidad se encuentra recogida en el artículo 10 de la Constitución y se configura como fundamento del orden político y la paz social. Si bien es cierto que, a diferencia del caso alemán, cuya fórmula inspiró el texto español no se configura como un derecho fundamental⁴⁹. Por tanto, su posición constitucional implica que debe ser reconocida como «principio o valor y, por tanto, tiene una función interpretativa respecto a las demás normas jurídicas»⁵⁰, representa «el punto de arranque o el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos»⁵¹.

Pero el reconocimiento de la dignidad humana en sociedades pretendidamente democráticas exige superar su concepción originaria (androcéntrica y/o confesional) para abordar su alcance desde una perspectiva laica y de género. Y esa ha sido, precisamente, una de las mayores contribuciones académicas de Balaguer, M. L., que lógicamente se ha visto también plasmada en sus Votos Particulares⁵². Como señala, la consideración de la dignidad como elemento

⁴⁷ Aunque inicialmente su inclusión en el Preámbulo de la Carta de las Naciones de 1945 le otorgo un reconocimiento meramente declarativo, tres años y medio después, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) proclamaría en su artículo primero que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Máxima que, esta vez, sería predicable sobre las mujeres, pero subsumidas en la categoría universal de «lo humano».

⁴⁸ Por su parte, el ordenamiento jurídico comunitario, a través de la opinión expresada por su Tribunal de Justicia (TJUE), considera la dignidad humana como un principio general del derecho. Ver, entre otras, STJUE de 9 de octubre de 2011 y STJUE de 14 de octubre de 2004. Para un análisis sobre la cuestión Gómez, Yolanda (2005) La dignidad en el ordenamiento comunitario, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo* núm. 4, pp. 219-254.

⁴⁹ Para un análisis sobre el artículo 10.1 CE consultar BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social*. Valencia: Cátedra, Valencia, 2017, pp. 29-71.

⁵⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Hij@s...* *Ibid.*, p.31.

⁵¹ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3). Disponible en: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_053_1985.pdf.

⁵² En este sentido, son especialmente ilustrativos los Votos Particulares que acompañaron a las Sentencias en respuesta a los Recursos de Inconstitucionalidad presentados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Derecho a la vida y a la integridad física y moral (RI 4057-2021) y contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (RI 4523-2010) o el Voto particular frente al Recurso de amparo presentado en un proceso de adopción en un supuesto de gestación comercial (RA 5067-2019).

distintivo y diferenciador de «la familia humana» contrasta todavía con una noción sacralizada de la misma. En el contexto español, como denuncia «la aproximación a los arts. 10.1 y 15 CE, hasta este momento, se ha visto marcada por una secularización interpretativa inacabada»⁵³. Propone, por tanto, «un planteamiento jurídico genuinamente laico y despojado del sesgo de moral religiosa»⁵⁴. Según sus tesis, su salvaguarda exige liberarla de la injerencia de cosmovisiones religiosas, pero también del poder que ejercen las instituciones y el mercado sobre la vida y los cuerpos de las mujeres. Un biopoder⁵⁵; que se manifiesta tanto en el control disciplinario de los cuerpos individuales para regular su comportamiento como en la biopolítica de la población en su conjunto. Como alerta, «el Estado ejerce poder sobre los ciudadanos y ciudadanas, entendidos no sólo como sujetos de derecho, sino como seres vivos, con una serie de condicionantes biológicos, a través de la capacidad del derecho y de las instituciones para gestionar la vida de las personas, y la forma en que esa vida surge, crece, se organiza, produce y termina»⁵⁶.

El reconocimiento de la dignidad como atributo inherente al ser humano exige defender la capacidad de autodeterminación individual sobre el propio cuerpo y sobre las opciones vitales siempre desde el parámetro de una auténtica laicidad. Cuestionar y deconstruir el biopoder que, hasta la fecha, ha limitado o impedido el libre desarrollo de la personalidad, muy especialmente en el caso de las mujeres, que hace de la biología destino. En este sentido, la propuesta de Balaguer es heredera de tesis beauvoirianas de *El Segundo Sexo* (1949), según la cual, los cuerpos femeninos pertenecen en conjunto a la especie, no a su particular portadora. Una enajenación que impide su trascendencia y determina «la situación que [la mujer] ocupa en el mundo»⁵⁷.

Como exige Balaguer Callejón, M.L., «el Estado, y el ordenamiento jurídico, deben dejar de ser correa de transmisión de formas morales de control sobre las decisiones vitales del ser humano»⁵⁸. La consideración de la vida o la dignidad no pueden venir condicionadas por relatos o realidades «externas al propio ser humano»⁵⁹. Como convenientemente alerta «Las modificaciones legales y jurisprudenciales que conocemos en el derecho comparado nos muestran como la regresividad es posible en el mismo instante en que el eje decisorio de la polí-

⁵³ VP RI 4057-2021, BOE núm. 98, 25 de abril de 2023, p. 57848.

⁵⁴ VP RI 4523-2010, *op. cit.*, p. 83772.

⁵⁵ Según conceptualización de Michel Foucault. *El nacimiento de la biopolítica*, publicado en 1979. Disponible en castellano en la editorial Akal.

⁵⁶ VP RI 4057-2021... *op. cit.*, p. 57849.

⁵⁷ S. de Beauvoir, *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, Madrid, 2011, p.99.

⁵⁸ VP RI 4057-2021... *op. cit.*, p. 57850.

⁵⁹ VP RI 4057-2021... *op. cit.*, p. 57848.

tica criminal se coloca del lado de la moral religiosa y de la lógica del biopoder a través del control del cuerpo y los proyectos vitales de las mujeres»⁶⁰.

Sin embargo, todavía en la actualidad el biopoder tiene una influencia determinante en decisiones como la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) o en otras formas y métodos de expropiación del cuerpo de las mujeres. Todavía la actividad sexual y reproductiva de las mujeres se conceptualiza como un deber y no como un derecho⁶¹. Y, todavía, las mujeres han de sortear los impedimentos de objetores individuales y objeciones colectivas de confesiones religiosas que se oponen a admitir su soberanía reproductiva. En este sentido, como propone Balaguer, M. L., «El derecho penal sólo puede establecer una convención que, respetando el pluralismo moral, permita a cada mujer realizar sus propias opciones morales, decidiendo que consideración tiene para ella el producto de la gestación»⁶².

Para el caso de la IVE, como alerta, la colisión entre los derechos de la gestante⁶³ y del no nacido deviene de una legitimación tradicional, de consideraciones morales inscritas en un sentido confesional de la existencia, pero no de una legitimación racional o de un análisis jurídico en la medida que «el no nacido no es titular de los derechos proclamados por o derivados de tales preceptos constitucionales»⁶⁴. En consecuencia, «la decisión del legislador de perseguir penalmente la interrupción voluntaria y consentida del embarazo debe analizarse como un límite al derecho de la mujer, y, por tanto, debe ser examinado desde la perspectiva de la mínima invasión en el ejercicio del derecho, asumiendo en esa línea la posibilidad de la despenalización total del aborto consentido»⁶⁵.

Pero la salvaguarda de la dignidad no exige sólo impedir la injerencia de las instituciones, la moral o los dictados de los Grandes relatos en las decisiones individuales, que requiere también de la obligación positiva del estado de garantizar las condiciones de posibilidad para que la expresión de la autonomía de la voluntad sea tal. Por ello,

«No se trata solo de limitar el control del Estado sobre el individuo, sino de reconocer que existen obligaciones de hacer por parte del Estado para asegurar el pleno ejercicio de la autonomía, sobre todo allí donde la autodeterminación res-

⁶⁰ VP RI 4523-2010... *op. cit.*, p. 83773.

⁶¹ NUÑO, L., y MARTÍNEZ DE ARAGON, L., «¿Deberes o derechos?: hacia una reconceptualización teórica y jurídica de la libertad sexual y reproductiva de las mujeres». *Revista IgualdadES*, 6, 2022, pp. 45-76.

⁶² VP RI 4523-2010... *op. cit.*, p. 83775.

⁶³ Artículos 10, 14, 15, 17, 18 y 43 CE y artículo 8 CEDH.

⁶⁴ VP RI 4523-2010... *op. cit.*, p. 83745.

⁶⁵ VP RI 4523-2010... *op. cit.*, p. 83773.

pecto de ciertas opciones vitales suponga la intervención de un determinado servicio público, como por ejemplo el servicio público sanitario. Dicho en otros términos, no se trata solo de despenalizar el aborto o la asistencia al suicidio, haciendo desaparecer el control represivo. Se trata también de asegurar que quien toma esa decisión pueda contar con la asistencia del servicio público que garantiza las prestaciones médico-sanitarias, para que dicha opción se materialice en condiciones de seguridad, salud, respeto a la integridad física, respeto a la integridad moral de las personas, y a la exclusión de cualquier tipo de trato degradante»⁶⁶.

En suma, el respeto a la dignidad y ejercicio del derecho a la libre determinación del propio cuerpo exige, no sólo garantizar un derecho de libertad que despenalice determinadas prácticas, sino un derecho prestacional que garantice el acceso a servicios públicos de salud en condiciones seguras y dignas. En suma,

«Admitir la posibilidad de interrumpir el propio embarazo no es solo afirmar un derecho o una libertad positiva (libertad para abortar), sino que también supone reconocer la existencia de un derecho de resistencia frente a un mandato externo, una libertad negativa de que es titular la mujer que no quiere verse constreñida a convertirse en madre contra su voluntad»⁶⁷.

Por último, la protección de la dignidad frente a las injerencias del poder no sólo exige que no se penalicen las decisiones sobre el propio cuerpo y que se garanticen derechos prestaciones que las posibiliten, sino que las condiciones materiales de la existencia no embarguen el libre consentimiento o enmascaren la autonomía de la voluntad⁶⁸. Revisar los requisitos éticos para la validez de la libre elección, limitar el poder del mercado y lo que puede o debe ser objeto del tráfico jurídico. Porque, como oportunamente recuerda Ferrajoli, la libertad como derecho individual es, inevitablemente, un derecho contra el mercado⁶⁹.

Sin embargo, lejos de ello, una nueva economía globalizada, que cabría denominar postwestfalista, ha favorecido que tanto el capital como muchos bienes y servicios gocen de una libertad de movimiento sin precedentes, algo que no ocurre con los derechos. Y así, pese a la bienvenida proclama que supuso la Declaración de los Derechos Humanos y el interdicto de cualquier acto

⁶⁶ VP RI 4057-2021... *op. cit.*, p. 57851.

⁶⁷ VP RI 4523-2010... *op. cit.*, p. 83773.

⁶⁸ Para un análisis crítico reflexivo sobre la validez del consentimiento BALAGUER, M.L. «La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona». *Revista IgualdadES*, 10, 2024, pp. 261-288.

⁶⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999, pp. 97-125.

que vulnere la dignidad, la interpretación del alcance o contenido de la misma depende de regulaciones estatales muy variables, como ocurre con prácticas como la denominada gestación subrogada o comercial.

Como alerta Balaguer, M. L., los contratos gestacionales o los denominados vientres de alquiler transforman tanto la propia naturaleza de las mujeres como de la/os menores. En el primer caso, ellas pasan de ser sujeto de derechos a objetos o medios procreativos y, en el segundo, son considerados mercancías objeto del tráfico comercial. Una consideración que claramente vulnere la dignidad de ambos y que desplaza el proceso gestacional de la lógica sanitaria a la del mercado, convirtiendo la gestación en un nuevo modo de producción: el modo de producción reproductivo.

En la medida que el orden público español considera nulo el contrato (art. 10 LRHA) ⁷⁰ y que la entrega de los/as menores incurre en el ilícito penal recogido en el artículo 220.2 y 221.1 del Código Penal relativo a su entrega o cesión cuando media compensación económica, lo más frecuente es que la práctica se contrate fuera de nuestras fronteras por lo que se ignora o «están ausentes los derechos de las que no tienen voz ante los tribunales españoles, mujeres cuyos derechos, al menos en sede constitucional, debieron ser considerados» ⁷¹. Según la apreciación de Balaguer, M.L., en los supuestos de vientres de alquiler, debiera aplicarse el artículo 12.3 del Código Civil según el cual no será de aplicación una ley extranjera contraria al orden público español. Pero si «el mismo legislador que prohíbe una práctica en España no prevea restricción suficiente para las prácticas equivalentes realizadas fuera de nuestro país ... (se) legaliza de facto, por inacción y por la vía de la necesaria protección de los menores, lo que se considera ilegal en nuestro sistema» ⁷².

En suma, según la dogmática balagueriana, la intangibilidad de la dignidad exige impedir que las mujeres sean reificadas por el mercado o consideradas meros medios para el cumplimiento de fines ajenos. Una consideración que impugnaría el imperativo categórico kantiano que exige que un ser humano sea tratado como un fin en sí mismo.

⁷⁰ El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida establece que «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

⁷¹ VP RA 5067-2019, BOE núm. 82, 3 de abril de 2024, p. 38048.

⁷² VP RA 5067-2019... *op. cit.*, p. 38048.

5. A MODO DE COROLARIO

Durante los últimos años, el largo centenar de votos particulares de la Magistrada Balaguer Callejón, M.L., no sólo han ofrecido una visión evolutiva y constructiva de la interpretación constitucional desde la perspectiva de género como herramienta correctora del prejuicio originario en la construcción del sujeto, sino una bienvenida «pedagogía constitucional»⁷³ en la que la motivación representa un elemento propedéutico de la función del derecho en un estado social, que abre o devuelve el debate a la sociedad. La hermenéutica crítico-reflexiva balagueriana remite a una concepción realmente universal de los derechos humanos, exenta de injerencias confesionales o de género, y a una defensa de la igualdad material como expresión de una noción de justicia de carácter finalista.

Como se ha señalado, la incorporación de las mujeres al universo de la ciudadanía supuso una ampliación del *demo*, pero no una modificación del *Kratos* ni del derecho. La perspectiva androcéntrica se consideró el punto de vista universal y las mujeres, en tanto sujetos contruidos como alteridad respecto al canon originario, quedaron fuera del marco interpretativo mainstream. Así, sus necesidades o su particular posición frente al biopoder quedaron en los márgenes de las previsiones, supuestamente objetivas y neutrales, de una justicia que, como habitualmente se simboliza, será ciega. Y sin duda así será en lo relativo a los intereses de los sujetos contruidos como alteridad respecto al canon. De hecho, como señala Balaguer, M. L., «el derecho se crea para el hombre, y la incorporación progresiva de la mujer como sujeto de derechos no modifica las normas, sino que las hace extensibles a otros sujetos»⁷⁴.

Por ello, si existe pretensión alguna de alcanzar una sociedad en las que mujeres y hombres sean iguales en dignidad y derechos es imprescindible corregir el sesgo originario que provoca que las primeras sean todavía sujetos débiles y tengan una infraestatus en su condición de ciudadanía. Como apunta Balaguer, M. L., es preciso adoptar un enfoque evolutivo en la interpretación de los derechos y libertades que incorpore la perspectiva de género como marco interpretativo, no sólo porque así lo recoge el marco normativo estatal o internacional, sino porque es el único mecanismo que garantiza la protección de los derechos fundamentales de las identidades alternativas al canon. Sólo así será posible apostar por un marco interpretativo de los derechos que abandone el sesgo originario para asumir una noción de sujeto en el derecho o de derecho del sujeto que responda al verdadero universal.

⁷³ VP RI 4523-2010, BOE núm. 139, 12 de junio de 2023, p. 83769.

⁷⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Mujer y Constitución...* op. cit. p. 88.

Pero esto sería una condición necesaria, mas no suficiente. Como recuerda Balaguer, hay dos elementos que pueden coadyuvar o impulsar el reto igualitario o, por el contrario, obliterarlo y frenarlo. El primer elemento es el ámbito subjetivo o el objeto de tutela de las políticas contra la violencia de género y, por extensión, de las de igualdad. La confusión terminológica entre género y sexo, o la atribución a este último de un carácter meramente performativo, podría desvirtuar la categoría sexo como un factor discriminatorio. En el paroxismo más paródico de dicha concepción las mujeres dejarían de estar discriminadas, oprimidas, reprimidas, violentadas, explotadas o incluso acabarían con la brecha salarial, el techo de cristal o la violencia sexual, simplemente con que se declararan varones. Mientras esto ocurre, la perspectiva o la categoría género está pasando a ser una nebulosa conceptual que integraría identidades, orientaciones sexuales, el género o el sexo, sea performativo o no, y lo fluido de las percepciones o sentimientos individuales. Pero no necesariamente la posición diferencial de mujeres y hombres en la sociedad, desde un punto de vista materialista, como inicialmente fue prevista la categoría género. No en vano, la polisemia y la confusión conceptual que ha ido adquiriendo la noción de género está provocando que, con frecuencia, se evite el término y se recurra a otros como «mujeres» o «feminismo» que tienen, de momento, un significado algo más claro o monosémico.

La segunda condición que, para Balaguer, M. L., podría bien limitar o bien afianzar la igualdad de mujeres y varones es la capacidad del biopoder—ya sea el del estado, el del mercado y el de las confesiones y relatos culturales— para imponer mandatos sobre sus vidas y cuerpos, impidiendo la decisión sobre su proyecto vital y vulnerando su dignidad. Un biopoder que reifica y cosifica a las mujeres, expropia y coloniza su cuerpo como un medio para fines ajenos e impone mandatos punitivo-moralizadores que limitan, cuando no impiden, la autonomía de la voluntad de las mujeres en decisiones que afectan a cuestiones tales como su sexualidad, su reproducción, su indumentaria, etc. Se produce, así, una suerte de condicionamiento recíproco inversamente proporcional entre el biopoder y el respeto a la dignidad. De forma tal que cuando mayor es la capacidad impositiva del primero, para las mujeres menor es la posibilidad de un libre desarrollo de su personalidad.

Los mandatos del biopoder se conviertan en deberes y obligaciones legales si, como tradicionalmente ha ocurrido, las diferentes confesiones consiguen que la legislación recoja y se adapte a su particular interpretación de los Grandes relatos o de las leyes de su Dios. Una paradójica pretensión en la medida que, mientras universalizan los mandatos de su credo, tanto entre fieles como entre infieles, no hacen lo mismo respecto al tratamiento y consideración

de estos últimos, que siguen extramuros, pero se ven obligados a acatar los ritos, mandatos y reglas de una confesión religiosa ajena.

En este sentido, Balaguer Callejón, M. L., es especialmente clara respecto a la necesidad de partir de una noción de vida y de dignidad exenta de injerencias de visiones confesionales o religiosas. Pero también alerta de la necesidad de impedir que el mercado colonice los cuerpos de las mujeres, vulnerando con ello su libertad y su dignidad. La globalización de la economía, pero no la de los derechos, que permite el flujo de capitales, no así de las personas, está provocando un incremento de las desigualdades Norte-Sur y de las situaciones de vulnerabilidad. Un escenario que tiene un incierto pronóstico teniendo en cuenta la rentabilidad de la pobreza y la debilidad del derecho internacional. Así, la feminización de la pobreza o de la supervivencia se ha convertido en un nicho de mercado para el lucrativo negocio del proxenetismo prostitucional y gestacional que mercantiliza, si demasiada dificultad, cuerpos de mujeres, siendo, en muchas ocasiones, incluso menores de edad. Sobre todos los de aquellas que residen en territorios con un sistema de protección de los derechos y libertades precario, cuando no inexistente, donde a la vulnerabilidad económica y familiar se suma la política o civil. Por ello, para la dogmática balagueriana la salvaguarda de la dignidad exige una vida libre de violencia y de injerencias también del poder del mercado.

En suma, el respeto a la dignidad exige salvaguardarla del biopoder estatal, religioso o económico sobre el cuerpo de las mujeres. Sólo así será posible no solo un libre desarrollo de su personalidad, sino que la igualdad sea, efectivamente, un principio, valor y derecho. Un derecho a la igualdad que, para Balaguer, M.L., en el caso español constituye

«Un derecho fundamental a que seamos tratados por las normas, actos y decisiones de quienes ejercen poder público y de quienes se relacionan con nosotros de cualquier modo, de forma igual o equivalente a quienes ocupan una posición o estatuto jurídico idéntico al nuestro. Un derecho fundamental a que eventuales diferencias de trato tengan una justificación objetiva y razonable, que encuentre sustento en la protección de otros bienes o principios constitucionales. Un derecho fundamental a que los sesgos discriminatorios sean erradicados del «comportamiento jurídico» y del comportamiento social en sentido amplio. Después de cuarenta y cinco años de vigencia de la Constitución no podemos seguir manteniendo, como se dijo en 1983, que la igualdad no constituye un derecho subjetivo autónomo. Constituye un derecho fundamental que, además, se ha desarrollado principalmente en la jurisprudencia constitucional. Y por eso mismo la jurisprudencia constitucional debe ser revisada para asumir una posición cohe-

rente y sistemática respecto de la aproximación al derecho fundamental a la igualdad de trato»⁷⁵.

Por ello, como propone, es preciso revisar la dogmática del Tribunal Constitucional, no sólo en lo relativo a la naturaleza de la igualdad como derecho, sino también en la pertinencia de contemplar una discriminación por indiferenciación descartada previamente también por el alto tribunal. En su defecto, la falta de consideración de la situación de vulnerabilidad de las mujeres, de la feminización de la pobreza, de su riesgo a sufrir innumerables formas de violencia o su propia especificidad biológica, como en el contexto de la reproducción humana o de la mercantilización de su cuerpo, provocará una lesión de su dignidad, condenándolas a la inmanencia e impidiendo su libre desarrollo como sujeto político y ser racional. En suma, Votos Particulares que representan una bienvenida hermenéutica crítico-reflexiva que remiten a una concepción realmente universal de los derechos humanos, exenta de sesgos de género, pero también a una noción de dignidad libre de estereotipos y mandatos confesionales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMORÓS, C. (1987) «Espacio de los Iguales, espacio de las idénticas. Nota sobre poder y principio de individuación». *Arbor*, núm.128, pp. 113-127.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.: *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., (2024) «La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona». *Revista IgualdadES*, 10, pp. 261-288.
- (2023) *Derecho, Sexo y Filosofía. Transmodernidad y normatividad*. Granada: Comares.
- (2022) *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: CEPC.
- (2021) «La seguridad jurídica en los textos legales. Una legislación sobre las personas trans en un estado social». En Rodríguez Magda, R.M. (ed). *En El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*. CEPC, Madrid, pp- 221250.
- (2017) *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social*. Valencia: Cátedra.
- (2007) «El derecho de igualdad de género: la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres». en Figueruelo, Ángela, Ibáñez, María

⁷⁵ VP RI 6706-2022, BOE núm. 164, 8 de julio de 2024, p. 85547.

- Luisa y Merino, Rosa María (eds.) *Igualdad ¿para qué?: a propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Granada: Comares.
- (2005) *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Valencia: Cátedra
- CÁMARA VILLAR, G., (1993), *Votos particulares y Derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*. Madrid: Secretaría General del Ministerio de Justicia.
- CRENSHAW, K. W., (2008), «Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color». En Bailey, Alison y Cuomo, Chris (eds.) *The Feminist Philosophy Reader*. New York: McGraw-Hill, pp. 279-309.
- DE BEAUVOIR, S., (2011) [1949], *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra.
- FERRAJOLI, L., (1999) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- FRASER, N. (2015) *Fortunas del feminismo*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., (2017) *Una constituyente feminista: ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?* Marcial Pons, Madrid.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., (2005) La dignidad en el ordenamiento comunitario, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, pp. 219-254.
- MARTÍNEZ DE ARAGÓN LÓPEZ, L., (2023) «El tratamiento jurídico internacional de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva iusfeminista». *Atlánticas: revista internacional de estudios feministas*, Vol. 8, núm. 2, pp. 79-109.
- (2024) «Tres décadas de vanguardia de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belem do Pará. En L. Nuño y L. Fernández Montes *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI*. Comares, Granada, pp. 133-154.
- MILLETT, K., (1997) *Política sexual*. Madrid: Cátedra.
- NUÑO, L., (2024) «¿Hacia un cambio de paradigma en la normativa comunitario en materia de derechos humanos? Directiva 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. En L. Nuño y L. Fernández Montes *La violencia contra las mujeres en el siglo XXI*. Comares, Granada, pp. 105-132.
- PATEMAN, C., (1995) *El Contrato sexual*. Barcelona: Anthropos.
- SEVILLA, J., (2023) Entrevista a Julia Sevilla Merino. En. Fernández M., Lidia. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, num 8 (2), pp. 183-186.

PRESENCIA EQUILIBRADA DE MUJERES Y HOMBRES: DE LA LEY DE IGUALDAD A LA LEY DE PARIDAD

ASUNCIÓN VENTURA FRANCH

Profesora de Derecho Constitucional. Jubilada.
Universitat Jaume I. Castelló

SUMARIO: 1. La presencia equilibrada en la Ley de Igualdad. 2. La presencia equilibrada en la Ley Orgánica 2/ 2024 de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. 3. A modo de conclusión. Bibliografía.

1. LA PRESENCIA EQUILIBRADA EN LA LEY DE IGUALDAD

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en adelante LOI dedica la Disposición Adicional Segunda a la representación política, el artículo 16 a los nombramientos realizados por los poderes públicos y el Capítulo II del Título V (artículos 52 a 54) a la aplicación del principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma.

El texto recoge, en su Disposición Adicional Primera, como uno de los principios fundamentales de la Ley, el principio de presencia o composición equilibrada acuñado, en los diferentes textos europeos que reclaman un equilibrio en la composición de los puestos de decisión como una referencia implícita al desequilibrio que se produce básicamente por la ausencia de mujeres en estos espacios. La ley es clara y rotunda en cuanto a la titularidad de los sujetos –mujeres y hombres–, manteniendo en todo el texto la bidireccionalidad de las medidas, también, por tanto, para el caso en que el sexo predominante fuera el femenino.

En la mencionada Disposición encontramos el sentido que la ley atribuye a este principio: la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60 por ciento ni sean menos del 40 por ciento, límites que permiten una horquilla del 20 por ciento en su aplicación que puede ser cubierta por uno de los dos sexos de forma que pueda conseguirse la mitad para cada uno de ellos. No faltaron voces que en este, como en otros artículos, consideraban que la ley debía proponer el 50 por ciento como presencia equilibrada¹.

Al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles (art. 149.1 CE), la ley extiende su aplicación a la generalidad de las políticas públicas en España, por lo que tanto la política de nombramientos como en las candidaturas se aplicará a todo el Estado.

La ley hace extensible la idea de la presencia equilibrada a la representación política y también a la participación en los asuntos públicos y en los cargos y funciones públicas tal y como señala el artículo 23 de la Constitución.

Así el artículo 16 que regula los nombramientos realizados por los poderes públicos para que estos «procuren atender» el principio de presencia equilibrada en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan. La ley regula de manera general el efecto de la misma sobre los poderes públicos que deberían organizarse de acuerdo con el principio de presencia equilibrada.

Así para determinar la noción de poder público, referiremos la STC 35/1983, de 11 de mayo, que muy al principio de la puesta en marcha del Tribunal Constitucional sienta la siguiente doctrina: «La noción de poderes públicos que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos los entes y sus órganos que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía del Estado y procedente en consecuencia a través de una mediación más o menos larga del propio pueblo». También se refiere a esta cuestión otra sentencia del TC al decir que «las Cortes Generales, como titulares de la potestad legislativa del Estado, pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, pero esta potestad tiene sus límites... y en todo caso lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente» (STC 05/08/83).

En relación con el Poder Judicial la STC 16/1982, de 28 de abril, da un alcance máximo a la expresión poderes públicos al señalar que «la Constitu-

¹ Enmienda núm. 92 del GP de Senadores de Coalición Canaria.

ción es una norma jurídica... y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial están sujetos a ella».

El ámbito «poderes públicos» abarca infinidad de órganos como el propio Tribunal Constitucional, el Consejo de Estado, los tribunales, los órganos constitucionales y estatutarios, dejando a salvo en relación con las comunidades autónomas la potestad de autoorganización tanto de éstas como de las administraciones locales garantizadas tal y como se recoge en la STC 50/1999 de 6 de abril.

En el caso del Poder Judicial el dictamen, del Consejo General del Poder Judicial a la Ley, razona que la expresión «poderes públicos» es aplicable a todos sin excepción y, por tanto, también en el ámbito del gobierno judicial. El mismo informe sugiere que la expresión «procurarán» implica una especial inspiración en el ejercicio de su política de nombramientos aunque en el caso del Poder Judicial el incumplimiento de este artículo puede plantear problemas como se reconoce en el propio dictamen –en la conformación de las salas de gobierno y en aquellos órganos formados por miembros natos y electos mediante sistema de listas abiertas– por lo que el CGPJ ve adecuado que la Ley se limite a fijar unas pautas de carácter general.

También el artículo 16 guarda una cierta relación con el artículo 52 que trata de los nombramientos de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración General del Estado en los que el Gobierno debe atender al principio de presencia equilibrada. En ambos casos es la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) la que reconoce los requisitos que presiden los nombramientos a que se refieren estos artículos.

Es la propia LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril) la que distingue en su artículo 1 entre Administración General del Estado y los organismos de ella dependientes, todos ellos incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 52 LOI que hubo de ser modificado en su tramitación parlamentaria², para que se garantizara el principio de presencia equilibrada no sólo para los empleados públicos de la Administración General del Estado, sino también para los empleados públicos de estos organismos que constituyen un gran número. Pensemos que son alrededor de cien organismos públicos entre los que se encuentran la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, el Instituto Nacional

² Los tres artículos que conforman el Capítulo II del Título V, así como el propio título de este Capítulo, fueron ampliados mediante una enmienda presentada por el GP Socialista para añadir a la Administración General del Estado los organismos públicos vinculados o dependientes de ella (enmienda núm. 472).

de Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, las confederaciones hidrográficas, etc.

La LOFAGE clasifica los órganos de la administración en superiores y directivos, que se proveen por medio de nombramientos (art. 6)³, y abarcan desde los Ministros, cuyo nombramiento corresponde al Rey a propuesta del titular de la Presidencia del Gobierno, hasta las personas titulares de secretarías de Estado, nombradas por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio y por la persona que ocupa la Presidencia del Gobierno, por lo que respetar el principio de presencia equilibrada compete al titular de la Presidencia del Gobierno.

En el dictamen emitido por el Consejo de Estado se advierte en relación con la posibilidad de que estas medidas puedan chocar con los principios constitucionales de igualdad de acceso a la función pública o las que puedan afectar al derecho fundamental de acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad. En su opinión, el amplio margen de actuación que tiene el legislador debe llevarle a ponderar en cada caso la medida que deba adoptarse en cada situación concreta desde la perspectiva de la igualdad, del derecho afectado o de los principios en juego en función del ámbito de que se trate, por lo que considera más adecuado aplicar medidas de fomento que aquellas de tipo coercitivo, poniendo como ejemplo el dictado del artículo 9.2 de la CE que utiliza expresiones como promover condiciones, remover obstáculos, etc.

Los artículos 16 y 52 de la LOI persiguen fundamentalmente la neutralidad que el Consejo de Estado considera debe presidir la acción de los poderes públicos ya que, como hemos repetido, en todos los artículos de la Ley se habla de mujeres y hombres. En favor de esta regulación hay que decir que el propio Consejo de Estado pone de relieve la existencia de una situación de desventaja social como condición para el establecimiento de una medida preferencial. Si atendemos a las estadísticas podemos comprobar la situación de inferioridad en la que están las mujeres en los ámbitos a los que acabamos de hacer referencia⁴. Es también el motivo que ha llevado a la ONU y a la Unión

³ Superiores son las personas titulares de los Ministerios y Secretarías de Estado y los directivos las personas titulares de las subsecretarías y secretarías generales. Las secretarías generales técnicas y direcciones generales, las subdirecciones generales, las delegaciones de gobierno en las comunidades autónomas, que tendrán rango de subsecretaría, y las subdelegaciones de gobierno en las provincias cuyos titulares tendrán nivel de subdirección general. A ello se añade la Administración General del Estado en el exterior en el que los órganos directivos son las personas titulares de las embajadas y representantes permanentes ante organizaciones internacionales. Todos los demás órganos de la Administración General del Estado se encuentran bajo la dependencia y dirección de un órgano superior directivo.

⁴ Instituto de la Mujer. http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/poder/admon_general.htm (Altos cargos de la Administración).

Europea a insistir en la importancia de la paridad en los altos niveles de funcionariado en los sistemas de selección.

El artículo 53 de la LOI⁵ regula la composición de los órganos de selección que debe ser colegiada y, salvo determinadas excepciones como docencia, sanidad, justicia y defensa, no pueden estar formados mayoritariamente por funcionarios de los mismos cuerpos o escalas a los que va dirigido cada acceso selectivo, excluyéndose también de la composición del tribunal a aquellos funcionarios que hayan realizado tareas de preparación de aspirantes durante los cinco años anteriores al proceso.

Estas normas, que tratan de objetivar el proceso de selección, añaden la posibilidad de contar con asesores técnicos especialistas para completar el órgano de selección de que se trate. Generalmente están formados por los niveles superiores del funcionariado, así como por cargos públicos y por alguna persona experta que suele provenir del Cuerpo de Catedráticos⁶, compuesto mayoritariamente por hombres, por lo que este precepto viene a paliar este efecto de partida promoviendo la paridad en estos órganos salvo, como dice el propio artículo, por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas.

Cuando en las administraciones públicas se mide el mérito y la capacidad, resulta que somos el 52 % sólo cuando se da la mediación de varios hombres, un órgano de decisión mayoritariamente representado por hombres, disminuimos hasta cuotas absolutamente irrelevantes, es decir, el 2 ó el 1 por ciento. Por lo tanto, tiene que haber un mecanismo que corrija estas disfunciones y que a la vez el hecho de que nosotras estemos presentes impulsen estas medidas. La presencia de las mujeres en los órganos de decisión, equilibradamente, es también un elemento de tirón, de reflexión y de incorporación cultural de pautas sociales y de formación. Es importante la presencia de mujeres en los ámbitos de decisión para que se haga justicia social⁷.

⁵ Todos los organismos cuya composición regula están incluidos en el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (RD 364/1995, de 10 de marzo).

⁶ El análisis de los datos estadísticos al tiempo de aprobarse la LOI es expresivo, las mujeres son el 54 % de estudiantes, el 59 % de licenciadas, superan el doctorado el 51 %, pero a partir de aquí la proporción se invierte de forma totalmente descompensada: 12,7 % de catedráticas, sin que se salgan de la tendencia las carreras consideradas como «femeninas», como por ejemplo ciencias de la salud con un 75 % de alumnas, en el que sólo hay un 35 % de mujeres docentes. Queda poco que decir ante datos tan abrumadores.

Todos los Estados europeos detectan la gran frecuencia con la que se produce un injusto drenaje de mujeres con formación, en los distintos escalones a lo largo de una carrera científica o universitaria, el fenómeno coloquialmente denominado «fugas en las tuberías».

⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 78, Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la igualdad de oportunidades, sesión núm. 17, de 24 de octubre de 2006, p. 6.

El último artículo de este Capítulo, el 54, se refiere a la designación de representantes de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas. Igualmente se propone la observación del principio de presencia equilibrada en los nombramientos para los Consejos de Administración de las Empresas en cuyo capital el Estado participe.

Es interesante comprobar las posiciones de los Grupos Parlamentarios coherentes con la ideología que sustentan a lo largo de todo el debate. Así, el GP Popular pretende reducir el carácter obligatorio de las medidas a la puesta en marcha de acciones incentivadoras⁸, como veremos pretende igualmente en la Disposición Adicional Segunda. La posición contraria, en este caso defendida por el GP Coalición Canaria, que proponía suprimir la cláusula de excepción –salvo que existan razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas– con la que finaliza este artículo⁹.

En el caso de los Consejos de Administración es más que evidente la pertinencia de estas medidas, siguiendo el criterio expuesto por el Consejo de Estado, por la escasa presencia de mujeres en los Consejos de Administración de las Empresas del IBEX-35¹⁰. Como expuso el Ministro en la tramitación de la Ley, a la ausencia o escasa presencia de mujeres en determinados ámbitos no se puede oponer la falta de mujeres con capacidad para ocupar estos puestos, ya que «por fortuna hay un número suficiente con el mérito y la capacidad adecuados para acceder en absoluta igualdad de condiciones que los hombres a todos los puestos de trabajo y a los consejos de administración. Consideramos que la entrada y permanencia de mujeres en todos los ámbitos, lejos de perjudicar su eficiencia y competitividad, son un factor decisivo para el logro de ambas»¹¹.

⁸ Enmendando, en este sentido, los artículos 53 y 54.

⁹ En este caso consideraba que podía dar lugar a una aplicación arbitraria de la norma, puesto que la presunta objetividad en la aplicación de este principio puede variar a lo largo y así se ha hecho en el tiempo precedente a la Ley en función de las personas que hayan de designar a los miembros de estos organismos, por lo que esta salvaguarda puede dar lugar a que se amparen situaciones discriminatorias (enmienda núm. 90 del Senado, en el caso del artículo 53, y 91 en este artículo).

¹⁰ El número de personas que ocupaba la presidencia es el 2,86 %, en descenso con referencia al año 2004, el de vicepresidentas el 2,44 %, el de consejeras el 3,69 %, y el de consejeras-secretarías no existe ninguna mujer con el rango de consejeras-secretarías. Y en el 2011 de 33 presidentes ninguna mujer, de 50 VP 8 % de mujeres y de 387 consejeros 11,37 % mujeres, y ninguna ocupa el cargo de consejera secretaria.

¹¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 225, Pleno y Diputación Permanente, Sesión núm. 209, de 21 de diciembre de 2006, pág. 11.458.

Hemos de relacionar estos tres artículos, con la disposición transitoria primera de la Ley, que, a simple vista, parece afirmar lo obvio cual es el principio de irretroactividad de la ley, pero que, también es obvio, debe querer decir algo más. Este algo más pensamos sea resolver las dudas que se podrían plantear al aplicar el principio de presencia equilibrada a los nombramientos, tal y como la Ley dispone. La razón de esta disposición es excluir los nombramientos ya realizados de la preceptiva composición y representación equilibrada definida en la disposición adicional primera, que dice «que en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el 60 por ciento, ni sean menos del 40 por ciento». En este sentido, se podría pensar que, en el caso de los órganos colegiados, al efectuar la renovación parcial, los nombramientos que se vayan a realizar deberían tener en cuenta la previa composición de los mismos y, de esta forma, el cumplimiento del principio de composición equilibrada en el conjunto a que se refiera implicaría que con los nuevos nombramientos deberían equilibrar el órgano en cuestión, lo que sin duda llevaría a que en las renovaciones, por poner un ejemplo, del Tribunal Constitucional tuvieran que proponerse solamente mujeres con el fin de equilibrar este órgano. Si a este razonamiento añadimos que en la exposición de motivos al hablar del principio de presencia equilibrada leemos que este principio tiene como finalidad asegurar una representación suficiente, la conclusión anterior se vería reforzada y afectaría a todos los nombramientos para la composición de órganos, presencia en los nombramientos que puedan hacer las asambleas parlamentaria, etc.

De una correcta interpretación de la Disposición Adicional primera desde el punto de vista sistemático y en relación con todos los artículos de la Ley que regulan los nombramientos, no se puede deducir el cese de las personas previamente nombradas, pero sí que con los futuros nombramientos se alcanzase la composición equilibrada del órgano en cuestión para que en su conjunto se respete la proporción que la disposición adicional primera indica, lo que supondría que en un plazo relativamente breve se habría cumplido el cometido de la ley. Sí, por el contrario, la interpretación es que el contenido de la Disposición Adicional primera se refiere a la composición equilibrada, no respecto al conjunto de los órganos, sino en el número de puestos a cubrir a partir de la ley, el objetivo será, sin duda, a más largo plazo.

La regulación en la Ley de Igualdad de la presencia equilibrada en la representación política ha sido uno de los aspectos más relevantes de la misma y que más trascendencia ha tenido. Son varias las causas de esta relevancia, la primera de ellas porque es el cambio que más debate ha producido en los países que nos han precedido en su aprobación y que recuerda la polémica que provocó la constitucionalización de este derecho. La diferencia en ambos casos reside

en las razones utilizadas que en la Revolución Francesa y hasta en los albores del siglo XX, no estaban revestidas como ahora de pátina jurídica, sino que lisa y llanamente eran estereotipos elevados a la categoría de argumentos. En segundo lugar porque los partidos políticos que forman el arco parlamentario difieren en los medios elegidos para eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres formar parte de los órganos que representan a todo el pueblo.

La presencia equilibrada y la paridad son conceptos diferentes aunque a veces se utilizan como conceptos intercambiables pero es necesario establecer las similitudes y las diferencias entre ambos.

En España, como hemos visto, el término «presencia» equilibrada aparece por primera vez en documentos oficiales españoles en las leyes de igualdad. Son las leyes autonómicas de Castilla y León, Galicia, País Vasco y Baleares las que incorporan este término al referirse a la composición de órganos para los que, de una forma más o menos imperativa, se predica la presencia equilibrada de hombres y mujeres. Más tarde el texto de la LOI lo concretará porcentualmente incluyéndolo en parte de su articulado. Sin duda alguna introducir este término y su significado en uno de los tres preceptos por los que a esta ley se atribuye el carácter de orgánica es coherente con una norma que pretende hacer efectiva la igualdad real e irradiar este principio, junto a la no discriminación, a todos los ámbitos de la vida política, jurídica y social para lo que se encomienda su cumplimiento a todos los poderes públicos.

Su presencia, valga la redundancia, en documentos y textos legales provoca más aceptación o menos rechazo que sus equivalentes «paridad y democracia paritaria». Quizá la razón estribé en que estos últimos protagonizaron las demandas de participación de las mujeres en las esferas de poder, especialmente en Francia y España, que fue utilizado en la Declaración de Atenas de 1992 y, sobretudo, que pretendía deducirse del principio democrático cuestionando la interpretación que, hasta ahora, se había dado de este sistema.

El concepto *democracia paritaria*, originaría, si fuera realizado plenamente, una nueva comprensión de las relaciones sociales y políticas y transformaría los procesos por los que opera una sociedad. En última instancia, alteraría la cara de la agenda política. La democracia paritaria es un concepto que reconoce el hecho de que la democracia sólo puede calificarse como tal cuando abarca a todos los seres humanos tal como realmente son, mujeres y hombres, y no como alguna forma de entidades abstractas y neutrales. El acceso de las mujeres a la toma de decisiones se ha convertido en principio de distribución de poder y reflejo de la existencia de dos sujetos sociales, mujeres y hombres, que constituyen la sociedad de forma singularizada y dual y que por tanto debe reflejarse en todas las esferas representativas. Con la definición de democracia

paritaria y su aplicación se quiere romper con la ocupación y división social por sexos y en espacios público/privado.

Con cierta periodicidad se hace balance del progreso en este campo de la representación mujeres/hombres, en el que se aprecia la lentitud de la incorporación de mujeres en los espacios carentes de norma que obligue. Hay que recordar que la exclusión de las mujeres de la condición de ciudadanas cuando este término adquirió un contenido político, convirtiendo a su titular en sujeto de derechos entre los que se incluía la capacidad de representar a la nación y formar parte de la soberanía nacional, trasladó al plano jurídico la diferenciación fáctica de las mujeres. De esta forma se instauró legalmente, por primera vez en la historia, la discriminación de una mayoría basada en la única razón de la diferencia sexual definida de forma negativa: no ser hombre.

Es por ello que documentos como la Carta de la Mujer de Naciones Unidas (2010) inciden en que las mujeres aun no tienen pleno acceso a compartir el poder y la toma de decisiones pese a que, la consecución del equilibrio entre sexos en la toma de decisiones políticas y económicas, así como en el sector público y privado, ayudaría a Europa a elaborar políticas más eficaces. Igualmente mantiene que de esta forma se impulsaría la construcción de una sociedad basada en el conocimiento sensible a las cuestiones de género que propiciaría una democracia más sólida y próspera. En el mismo sentido se pronuncia la Estrategia Europea para la igualdad de mujeres y hombres 2010-2015 o las Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011-2020 y la Estrategia de igualdad de género 2018-2023 del Consejo Europeo.

En España el camino hacia la paridad¹² o equilibrio en la representación se inicia con la aprobación de cuotas en los estatutos internos de los partidos políticos (PSOE e IU) que necesariamente tendrían que ser cubiertas por mujeres.

Algunos partidos promovieron la formalización legal de este derecho y así el Grupo Parlamentario Socialista, en 2001, presentó una Proposición de Ley (en adelante PPL), de Reforma de Ley Orgánica 5/1985, de 19 de julio, de Régimen Electoral General, que contemplaba la modificación del artículo 44,

¹² Las instituciones europeas, NU y UIP, han utilizado indistintamente ambos términos para referirse al objetivo de la igualdad en la representación, a la paridad se han referido las mujeres francesas en su lucha por la representación y también el movimiento feminista en España, pero es un término que despierta recelos pese a que su significado es la igualdad perfecta asumible también en el porcentaje 40/60.

El proceso hacia la paridad se inició en el momento en que la diferencia sexual se elevó a la categoría política para excluir a las mujeres y sólo se cerrará cuando la diferencia sexual sea plenamente aceptada como categoría política para la inclusión de las mujeres (Gallego, 1999).

que regula la presentación y proclamación de candidatos ¹³. Al año siguiente se presentaron otras dos PPL, una por el GP Federal Izquierda Unida (25/01/2002) y la otra por el diputado de Iniciativa per Catalunya, que formaba parte del Grupo Parlamentario GP Mixto (31/07/2002) ¹⁴. Todas ellas fueron rechazadas con los votos del GP Popular.

Esta es la situación que encuentra la Ley de igualdad al diseñar, en la Disposición Adicional segunda, la reforma de la LOREG desarrollada en sus cinco apartados: 1.º añade un artículo, el 44 bis, por el que la elaboración de las candidaturas que se presenten para las elecciones generales al Congreso, Municipales, de Consejos y Cabildos Insulares canarios, al Parlamento Europeo y a los Parlamentos autonómicos, «deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres» de forma que «en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el 40 por ciento».

En la tramitación parlamentaria se aprueba una enmienda que permite a las Comunidades Autónomas adoptar en sus leyes electorales fórmulas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas a sus Asambleas legislativas. ¹⁵. Caso en el que se encuentran todas las Autonomías que han aprobado reformas de las leyes electorales.

Asimismo, cuando las candidaturas al Senado se agrupan por listas, como previene el artículo 171 LOREG, también deberán «tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico».

La obligación de presentar listas con presencia equilibrada concierne a los municipios a partir de 3.000 habitantes, pero también se establece una moratoria, por la que este tope solo se aplicará a los municipios a de 5.000 habitantes a partir del año 2011 ¹⁶. En cambio en las islas se establece sin

¹³ Añadiendo un nuevo apartado el IV, para que las listas fueran elaboradas teniendo en cuenta el equilibrio entre mujeres y hombres con la proporción indicada, ni más del 60 %, ni menos del 40 % de cada uno de los dos sexos, y la no aplicación de la medida en municipios cuya población fuese inferior a 2000 habitantes o las circunscripciones a las que por ley correspondiera un número de representantes inferior a cinco, en cuyo caso, la proporción entre hombres y mujeres sería la más próxima al 50 %.

¹⁴ La primera Proposición de Ley pretendía añadir un punto nuevo al artículo 46 de la LOREG para que en las candidaturas no existiera una diferencia entre hombres y mujeres superior a uno, y la segunda, de las presentadas constaba de tres puntos: candidaturas configuradas con la alternancia de mujeres y hombres; en las elecciones municipales, en los municipios de 2000 a 10000 habitantes la proporción fuera ni más del 70 %, ni menos del 30 % para ambos sexos y que existiera un periodo gradual para que se pudiera aplicar esta reforma de tal forma que no se tuviera en cuenta en las convocatorias electorales de 2003-2004.

¹⁵ Enmienda del GPV (AES-PNV) defendida por la diputada Usía Etxebarria D.S.S Congreso, Comisiones núm. 723 de 12.12.2006. pp. 6 a 9.

¹⁶ Enmienda núm. 191, del GP Socialista (GPS): «Lo previsto en el artículo 44 bis de esta ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes». Justificación: Mejora técnica.

cambio el límite de 5.000 habitantes para la elaboración de listas con presencia equilibrada. Esta restricción fue cuestionada primero en las intervenciones habidas en la Comisión de la Mujer e Igualdad de Oportunidades de representantes de asociaciones de mujeres¹⁷, personas expertas y, también, por los Grupos Parlamentarios que consideraban el techo de 5.000 habitantes excesivamente alto¹⁸.

Era casi obligado que el PP, como se ha visto, impugnara la constitucionalidad de esta reforma de la LOREG contenida en la LOI por coherencia con la posición expresada en los recursos ya planteados y en la mantenida en los debates parlamentarios. Sintetizamos brevemente los argumentos de los recursos presentados por esta formación política: el PP parte de algo que, en nuestra opinión, es una confusión conceptual básica al calificar la DA 2.^a de la LOI de medida de acción positiva. Como decimos a lo largo de estas páginas la ley desarrolla derechos constitucionales y, en este caso, es el derecho a la participación política de mujeres y hombres, por lo que no se puede juzgar con los parámetros de esta también importante figura (las acciones positivas) para conseguir la igualdad. Tanto el TC español como el TEDH, admiten la posibilidad de establecer diferencias justificadas y razonables siempre que no vayan en contra de la dignidad humana, como sucede en este supuesto.

Enmienda núm. 192, del GP Socialista (GPS). Se añade un nuevo apartado (Cinco) a la Disposición Adicional Segunda con la siguiente redacción: «Cinco.—Se añade una nueva disposición transitoria séptima, redactada en los siguientes términos: En las convocatorias a elecciones municipales que se produzcan antes de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis sólo será exigible en los municipios con un número de residentes superior a 5.000 habitantes, aplicándose a partir del 1 de enero de ese año la cifra de habitantes prevista en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 187 de la presente ley». Justificación: Mejora técnica.

¹⁷ Tanto esta Ley como la ley contra la violencia de género incluyeron en su tramitación un plus democrático y es que, además de los preceptivos informes que deben acompañar todo Proyecto de ley, fueron consultadas personas y asociaciones expertas en sus contenidos.

¹⁸ Congreso:

Enmienda núm. 147, GP Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. No se debe excluir a los 6.874 municipios rurales, de menos de 5.000 habitantes, que suponen el 85 % de los municipios y el 15 % de la población femenina española.

Enmienda núm. 232, GP Coalición Canaria-Nueva Canarias. La misma justificación.

Senado:

Enmienda núm. 43, de Don Eduardo Cuenca Cañizares (GPMX), presenta la misma enmienda.

Enmienda núm. 93, del GP Senadores de Coalición Canaria (GPCC). Justificación: Si ya no es comprensible que no se use el criterio del 50 por ciento, mucho menos lo es que en el número dos se exceptione con respecto a los municipios de menos de 5.000 habitantes, y en el número tres con respecto a las islas de menos de 5.000 habitantes. Entendemos que no existe razón alguna para que las mujeres no puedan participar en la misma proporción en los municipios menores de 5.000 habitantes y en las islas de menos de 5.000 residentes, además si se efectuara esta regulación se estaría dejando a un lado de la aplicación de la Ley electoral a un porcentaje elevado de mujeres. En Canarias existen muchos municipios con menos de 5.000 habitantes. Así, como meros ejemplos y según datos del ISTAC de 2006: Valverde: 4.955 hab. Garafía: 1.886 hab. Vilaflor: 1.905 hab. Betancuria: 905 hab. Vallehermoso: 3.094 hab.

El Tribunal Constitucional resolvió positivamente la constitucionalidad de la LOI impugnada por el recurso interpuesto por más de 50 diputados del G.P. Popular del Congreso de los Diputados en la Sentencia 12/2008 de 29 de enero en la que también se sustanció la cuestión de inconstitucionalidad 4069-2007 promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife ante la no aceptación por la Junta Electoral de Zona de la candidatura presentada por el Partido Popular, formada exclusivamente por mujeres, en el municipio de Garachico en las elecciones de 27 de mayo de 2007 mediante Auto de 5/5/2007.

El último pronunciamiento del TC sobre la representación paritaria fue la sentencia que resolvió el recurso presentado por 62 señorías del GP Popular del Congreso de los Diputados contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero para la igualdad de mujeres y hombres. Todos ellos relacionados con la exigencia de presencia equilibrada de mujeres y hombres en diferentes órganos de la Administración pública de Euskadi, entre los que se encuentra la modificación de la ley electoral.

La sentencia del TC 013/2009 de 19 de enero, es desestimatoria del recurso frente a los argumentos de los recurrentes que, en lo que afecta a la ley electoral, insisten en la argumentación de la sentencia 12/2008. Por lo demás, la sentencia sigue la línea marcada por el pronunciamiento de referencia sobre la LOI.

En la sentencia del TC, cuando aborda el análisis acerca de la constitucionalidad de las disposiciones finales cuarta y quinta de la Ley vasca, se considera que la regulación del derecho de sufragio es una competencia del Estado (art. 149.1.1.ª CE) y, de acuerdo con el artículo 81.1 CE, el Estado debe establecer las condiciones básicas que con carácter general han de cumplir las listas electorales para garantizar el derecho a la igualdad en el ejercicio del derecho de sufragio. Esta es la justificación competencial para que el legislador estatal haya regulado en la LOI los mínimos y los máximos de mujeres y hombres en las listas electorales. También el legislador estatal en la Disposición Adicional Segunda de la LOI ha contemplado la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas a través de las normas que regulan las elecciones a sus respectivas Asambleas legislativas.

La Ley del parlamento vasco ya había introducido esa mejora, como se ha señalado anteriormente, estableciendo un umbral mínimo, pero no máximo, de al menos el 50 % de mujeres en las listas electorales. El TC entiende que la medida adoptada en la Ley del País Vasco es constitucional por cuanto establece un mínimo de mujeres dentro de la horquilla que regula la LOI en su Disposición Adicional Primera, entre el 40 % y el 60 %, pero siempre y cuando tal

regulación garantiza, precisamente en base a la noción de presencia equilibrada establecida en la LOI, que los hombres cuentan al menos con el 40 % en las listas electorales (FJ 11). Como puede apreciarse, el TC no entra a examinar en qué medida la regulación vasca permite remover en mejores términos los obstáculos para que la igualdad de mujeres y hombres sea efectiva en el sufragio pasivo (arts. 9.2 y 14 CE). Es decir, el examen de su constitucionalidad se realiza en función de la noción de presencia equilibrada establecida por la LOI y de las cuestiones competenciales concernidas. Por consiguiente, las Comunidades Autónomas pueden regular que la presencia de mujeres alcance hasta el tope máximo del 60 % en las listas electorales, pero no más porque, en tal caso, no serían conformes con la noción de presencia equilibrada sancionada en la LOI.

Resulta gratificante la sintonía del órgano que tiene por misión la interpretación de la Constitución, con la argumentación que las constitucionalistas españolas hemos hecho de la paridad o presencia equilibrada, como se lee en la LOI.

2. LA PRESENCIA EQUILIBRADA EN LA LEY ORGÁNICA 2/ 2024 DE 1 DE AGOSTO, DE REPRESENTACIÓN PARITARIA Y PRESENCIA EQUILIBRADA DE MUJERES Y HOMBRES

Esta Ley aprobada recientemente parece una continuación de la ley 3/2007 no en cuanto al desarrollo de la misma sino en cuanto su ejecutividad, podríamos afirmar que si la ley de igualdad (3/2007) se hubiera cumplido, en realidad, no hubiera hecho falta esta Ley. Transcurridos 20 años desde la aprobación de la Ley, un tiempo más que suficiente, para poder ser aplicada en todos los ámbitos donde la LOI desplegaba sus efectos, poderes del Estado, administración pública y también en las sociedades de capital, sin embargo contrariamente a lo previsto en la misma hemos asistido a una falta de equilibrio de sexo en todos los ámbitos en los que regula la Ley 2/2024, hasta el punto de que el gobierno ha ejercido la iniciativa legislativa, entiendo que entre otras razones, para intentar solucionar la falta de paridad en la sociedad española casi 20 años después de haber aprobado una ley que en teoría iba a paliar ese déficit.

Cuando en el año 2007 se aprobó la Ley de Igualdad hubo una contestación de la oposición parlamentaria, a través de recursos de inconstitucionalidad que finalmente resultaron favorables a su constitucionalidad, pero también se dio una serie de acciones de omisión con respecto a la aplicación de la misma en muchos ámbitos que, directa o indirectamente, dificultaron su puesta en mar-

cha y sobre todo su efectividad y aunque no se reconoce expresamente en el Preámbulo de la Ley de 2024 si que se menciona la falta de efectividad de la LOI como deficiencias en su aplicación« *el tiempo transcurrido desde la citada reforma ha puesto de manifiesto que, pese a haberse corregido sustancialmente el desequilibrio existente entre mujeres y hombres en las diferentes listas electorales, la media de hombres continúa siendo ligeramente superior a la de mujeres...*» (Preámbulo, párrafo 5 de apartado segundo). También en ese mismo sentido se hace referencia a los Órganos constitucionales « *Por ello, la presente Ley Orgánica se dirige a garantizar esa presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos constitucionales...*» (Preámbulo, párrafo segundo, apartado III). Igualmente en el ámbito de la Administración General del Estado si bien la Ley de Igualdad exige cumplir con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de los órganos directivos en su conjunto la ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público no recogió esta exigencia en su articulado ni la extendió a los órganos superiores (Preámbulo, párrafo primero y segundo del apartado V).

Uno de los aspectos que contribuyeron a su falta de efectividad, sobre los que algunas voces en aquel momento ya incidían, era que al no establecer sanciones por su incumplimiento la eficacia de la Ley se podría ver comprometida y así se puede constatar muchos años después. Es cierto que en el ámbito donde la Ley ha tenido una mayor eficacia es el ámbito de las elecciones a las Cortes Generales, Parlamento Europeo, Cortes autonómicas y elecciones municipales, a pesar que todavía existe un déficit de mujeres en la representación, y esto no se debe a una mayor diligencia en los partidos políticos sino en la regulación de la Ley que determina que las listas electorales que no cumplan con la presencia equilibrada las juntas electorales no las tendrán en cuenta (Ver DA segunda de la LOI). Se trata pues de una medida no sancionadora, pero si muy eficaz, dado que los partidos o las agrupaciones de electores no van a dejar de participar por no cumplir el requisito del 40/60. Esa regulación hizo posible que los partidos cumplieran con la ley, algunos ya cumplían ese requisito voluntariamente con anterioridad a la regulación legal, sin embargo otros se mostraban y todavía lo hacen de manera muy reticente a cumplir con esa composición pero lo hacen porque el perjuicio de no hacerlo es peor.

La falta de medidas que obliguen al cumplimiento de la norma se sigue reproduciendo en la Ley de Paridad, dado que no prevé el incumplimiento de la norma por parte del organismo correspondiente que realice los nombramientos, se podría argumentar que no hace falta que expresamente lo regule la Ley porque un acto que no reúne los requisitos que señala la ley sería un acto nulo o anulable; pero la práctica nos demuestra que no ha sido así con la Ley 3/2007 y

se han aceptado muchas propuestas de nombramiento que no cumplían con la Ley, porque el hecho de iniciar un procedimiento para declarar la nulidad es mucho más lento y costoso para la persona que lo impugna, para el caso que lo haga, cosa que no ha ocurrido de forma mayoritaria.

Por ello, la experiencia tenía que haber alertado al legislador de la necesidad de regular la posibilidad del incumplimiento de la Ley de paridad y establecer medidas para que no ocurriera, sin embargo no se ha hecho, desconocemos las motivaciones si es que las ha habido o simplemente se debe a un olvido que se podría calificar como imperdonable.

La Ley Orgánica 2/2024 se denomina de representación paritaria y presencia equilibrada, el título supone una concreción de la Disposición Adicional primera de la Ley 3/2007 a la vez que recoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina académica que han señalado que la paridad no es contraria a la presencia equilibrada, sino que es una modalidad de la misma, los límites a la participación/representación estarían en el 40/60 y la paridad 50/50 respeta esos límites.

En un primer momento en los años 2007 algunas teóricas feminista defendían que la presencia equilibrada podría ser una medida reparadora de la desigualdad que han sufrido las mujeres en la representación política, además de abrir la posibilidad a reparar el déficit de mujeres, en algunos órganos, porque aún en el caso de que se cumpliera con los porcentajes establecidos en la ley de igualdad, el déficit en el conjunto de los órganos se mantenía, dado que estos estaban fundamentalmente compuestos por varones y para equilibrar el déficit era necesario haber nombrado el 60 % de mujeres, cosa que no ocurrió en la mayoría de los supuestos.

Así, en términos generales, esta posibilidad se convirtió en una ilusión y no solo no se nombraba al 60 % de mujeres sino que el porcentaje mínimo (40 %) de la presencia equilibrada, se había convertido en una cuota para las mujeres, llegando incluso a denominarla así en algunos ámbitos, por lo que el resultado de su aplicación evidentemente mejoraba la situación anterior pero en ningún caso se alcanzaba un equilibrio en la representación.

Ante esta situación la paridad (50/50) podía considerarse como la mejor solución para alcanzar una representación/participación equilibrada de mujeres y hombres y así algunos gobiernos autonómicos optaron por regular la paridad en el ámbito de su Comunidad Autónoma (caso de la Ley valenciana 2017). De esta manera no resulta extraño que la LO 2/2024 se denomine de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. Sin embargo, llama un poco la atención la denominación porque parece que sean dos conceptos diferentes y en realidad la paridad es una concreción de la pre-

sencia equilibrada, aquella que establece que la representación participación debe ser del 50/50 de cada uno de los sexos. La ley podría haber optado por un porcentaje diferente y también denominarse presencia equilibrada, por ejemplo atendiendo a criterios de infrarrepresentación de uno de los dos sexos establecer un porcentaje del 55 % para el sexo que se encuentre en situación de infrarrepresentación, esto es que esté por debajo del 40 %.

Sin embargo, a pesar del título de la ley de Paridad en realidad opta de manera mayoritaria por la presencia equilibrada y prácticamente sólo obliga a la paridad en el Capítulo I, modificación de la LO 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General y obliga a que las listas sean ordenadas de forma alternativa (listas cremallera), dejando la opción de paridad o presencia equilibrada en el caso de la legislación electoral autonómica. Excluye de la exigencia de la paridad a los municipios con 3000 o menos habitantes (Igual que la LOI) y también excluye de la paridad a los municipios que tengan entre 3000 ó 5000 habitantes, manteniendo en este caso el porcentaje del 60-40 %, siendo más restrictiva que la LOI dado que ésta en la DA segunda solo excluía a los ayuntamientos de 3000 o menos habitantes.

Cabe destacar que una cuestión muy importante en esta regulación, al igual que lo hizo la Ley de Igualdad, es que las listas que no cumplan con este requisito las juntas electorales no las pueden aceptar, esta sí que es una medida eficaz para el cumplimiento de la Ley, cosa que no se contempla en el resto de la Ley.

a) Exigencia de Presencia equilibrada

El artículo segundo de la Ley de paridad modifica la Ley Orgánica 3/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional y para este caso opta por la presencia equilibrada cuestión que no es del todo comprensible porque es más garantista para la presencia de mujeres que se establezca la paridad, todavía no se ha alcanzado en este Órgano (actualmente 5 mujeres y 7 hombres). Por tanto, se puede entender que cuando la Ley de Paridad regula la presencia equilibrada en realidad permite un porcentaje inferior al 50 por cien de mujeres, porque en estos casos ya no se está hablando de criterios y conceptos generales sino de una realidad que ha dificultado el acceso de las mujeres a estos puestos, desde luego no por su falta de preparación sino por la resistencia del patriarcado a que las mujeres ocupen cargos relevantes. Así podemos afirmar que para el caso del TC la presencia equilibrada en la práctica impide alcanzar la paridad. Otra cuestión que se ha señalado anteriormente es que la modificación de la

LO del TC podría haber incluido que no se aceptaran candidaturas que no cumplan con la presencia equilibrada al igual que se regula en la ley del régimen electoral general. Está claro que la propuesta que no cumpla con esta condición sería contraria a la ley pero, como se ha señalado anteriormente, ello significa que habría que iniciar un procedimiento de impugnación de las propuestas que acarrearía tiempo y dinero.

Las modificaciones de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (Artículo tercero); la de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, la Ley Orgánica 27/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del sector Público; en todas ellas se opta por el principio de presencia equilibrada lo que en la práctica, como se señala anteriormente, supone que el mayor porcentaje será para los hombres. Tampoco en estos casos la Ley contempla la posibilidad de no aceptación de las candidaturas que en su composición no cumplan con la presencia equilibrada.

También se aplica el principio de presencia equilibrada en el Consejo de Estudiantes Universitario del Estado modificando la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario así en el apartado 4 del artículo 17 de la mencionada LO y en relación con el Consejo de Estudiantes señala que «... en su composición se garantizará el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, de forma que aquellas incluyan como mínimo un cuarenta por ciento de cada uno de los sexos...». La primera cuestión que suscita esta redacción es porque el legislador no incluye directamente la paridad en este caso y segunda cuestión a que se refiere de forma que aquellas incluyan el 40 por cien como mínimo suponemos que serán las candidaturas aunque no lo pone y parece que se refiera a las mujeres. Sin embargo, el porcentaje de mujeres en el estudiantado universitario es mayor que los hombres, salvo en los grados de informática, ingenierías y servicios (<https://www.universidades.gob.es>). Por qué entonces la Ley de paridad no aplica en este ámbito la paridad? Será porque el legislador tenía la ilusión de que las mujeres superen una representación del 50 % como pensaban algunas feministas con respecto a la LOI?

La modificación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, también establece la presencia equilibrada para los órganos de gobierno y representación de las fundaciones siempre que el número de personas empleadas durante el ejercicio sea superior a 125 y que el presupuesto anual supere los 20 millones en los demás casos estarán exentas de cumplir con esa obligación siempre que lo justifiquen.

También se regula la presencia equilibrada en las modificaciones de las leyes 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social y la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de economía Social.

b) No exigencia de la presencia equilibrada

La modificación del texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el RD Legislativo 1/2020, de 2 de julio introduce la transposición de la Directiva 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas. En este caso se opta por la presencia equilibrada con algunas condiciones, estableciendo que el Consejo de administración tenga una composición que asegure la presencia del 40 %, como mínimo, del sexo menos representado. El número total de consejeros que se considerará mínimo necesario para alcanzar tal objetivo deberá ser el porcentaje más cercano al cuarenta por ciento, sin que pueda superar en ningún caso el 49 % de miembros del Consejo de Administración. La verdad es que es una redacción un poco contradictoria por una parte se afirma que como mínimo debe asegurarse el 40 % del sexo menos representado para inmediatamente decir que puede no ser el 40 % sino el porcentaje más cercano, osea menos del 40 % y además pone un tope en el nivel máximo que en teoría sería el 60 % de acuerdo con el criterio general de la presencia equilibrada, para decir que el tope máximo debe ser el 49 % de los miembros del consejo. Así que en la práctica ni se alcanza la paridad ni la presencia equilibrada. El apartado cuarto del artículo 529bis recoge esta posibilidad y regula que que si no se alcanza los objetivos establecidos en el artículo anterior (lo más cerca al 40 % y el tope del 49 % del sexo menos representado) se deberá ajustar los procesos de selección de las personas candidatas a miembros del consejo de administración, para garantizar la consecución de los mismos. Y establece un procedimiento para el caso que varias personas candidatas estén igualmente capacitadas deberán dar preferencia a la persona candidata del sexo menos representado, pudiendo incumplir esta obligación en supuestos excepcionales, cuando existan motivos de mayor alcance jurídico, como que se persigan otras políticas de diversidad. La cuestión sería plantear si realmente pueden existir motivos excepcionales que invaliden el principio de igualdad aplicado a la igualdad de mujeres y hombres.

También se aplica el principio de presencia equilibrada en la modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero sobre Colegios Profesionales estable-

ciendo que en las juntas de gobierno, comités de dirección u órganos asimilados de los Consejos Generales y de los Colegios profesionales, se garantizará que los miembros del sexo menos representado ocupen como mínimo el cuarenta por ciento de los puestos, salvo que existan razones objetivas y debidamente fundadas, y siempre que se adopten medidas para alcanzar el porcentaje mínimo. Estableciendo la posibilidad, debidamente justificada, de no alcanzar el 40 %. La única cuestión justificada sería que nadie del sexo menos representado quiera asumir el cargo, después que se demuestre que se han realizado acciones para que esta posibilidad no se dé, fuera de este supuesto es muy difícil poder justificar cualquier otra situación.

c) Confusión entre paridad y presencia equilibrada

La ley de paridad en alguno de sus contenidos parece tener una cierta confusión respecto a lo que es la paridad y la presencia equilibrada que tal y como se ha señalado anteriormente no es lo mismo aunque la presencia equilibrada abarcaría la paridad siempre que la composición de los órganos o ámbitos sea del 50 por cien de cada sexo. Sin embargo, la ley en algunas de las modificaciones identifica paridad y presencia equilibrada, así:

En la modificación de la ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, en el artículo duodécimo añade un nuevo apartado el 4 que señala que la elección de los miembros de los Consejos informativos se hará cumpliendo el principio de representación paritaria entre mujeres y hombres, de forma que aquellos incluyan como mínimo un cuarenta por cien (entendemos que el texto del BOE por error dice por cierto cuando quería decir por cien) de cada uno de los sexos. Huelga decir que la paridad supondría que debería incluir el 50 % de cada uno de los sexos, cuando hace referencia al 40 % como mínimo estamos ante un porcentaje de presencia equilibrada un mínimo de 40 y un máximo de 60 %. Igual ocurre con la modificación de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical en la que se añade una nueva Disposición adicional que regula: «Los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos constituidos al amparo de esta ley se nombrarán atendiendo al principio de representación paritaria y presencia equilibrada, de tal manera que las personas de cada sexo no superen el 60 por ciento ni sean menos del 40 por ciento. Además en este caso prevé una excepción al cumplimiento de esta regulación siempre que se proporcione una explicación motivada de las causas así como las medidas adoptadas para alcanzar el porcentaje.

La Disposición Adicional primera de la ley de Paridad dedicada al concepto de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres se señala que: «A los efectos de esta ley se entiende por representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres aquella situación en las que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del 40 por ciento en un ámbito determinado». La DA prevé que es posible no aplicar la paridad ni la presencia equilibrada cuando se trate de una medida de acción positiva entendemos que para este caso se puede superar el 60 por ciento del sexo menos representado.

Constatamos una confusión en los conceptos de paridad y presencia equilibrada que se hacen evidentes en el texto de la Ley pero que se especifica en esta Disposición adicional, por tanto la conclusión es que realmente la ley no es de Paridad sino de presencia equilibrada y solo para el caso de las elecciones se aplica la paridad.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Han transcurrido casi 20 años desde la aprobación de la LOI hasta la de la Paridad y es verdad que ha sido una ley que ha supuesto avances importantes para la igualdad de mujeres y hombres en el ámbito de su regulación y así se constataba en el libro «El Derecho a la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007». Pero estos avances no han alcanzado la igualdad real y efectiva como se preveía así se puede constatar que en la representación participación política todavía las mujeres no están en condiciones de igualdad. Es muy evidente que la Ley de Paridad ha surgido porque todavía hay un déficit de mujeres en todos los ámbitos que regula la ley. Por tanto, nos parece importante la iniciativa de regulación legislativa en este sentido, seguro que su aplicación va a aumentar el nivel de participación de las mujeres pero quizá podría haberse regulado con una mayor contundencia y, sobre todo, con mayores garantías para su efectividad.

Quizá la primera impresión al estudiar la ley de paridad y compararla con la LOI es afirmar que para este resultado no hacía falta tanto empeño, seguramente, a partir de la aprobación de la LOI se podría haber iniciado un proceso de reforma de las correspondientes leyes para establecer la obligatoriedad de la presencia equilibrada que, en principio, entendemos que no hacía falta por cuanto que una interpretación de la DA primera de la LOI posibilitaba su aplicación a todo el ámbito público.

Seguramente, la Ley de Paridad tendrá un efecto mayor que la LOI en cuanto a la presencia equilibrada al introducir en los respectivos textos que modifica la obligatoriedad de la presencia equilibrada, no paridad, con algunas matizaciones realizadas anteriormente, al ver que es obligado tener en cuenta los porcentajes de uno y otro sexo, al menos hará evidente que la realidad y lo que dice la norma que regula el órgano correspondiente no coinciden (por ejemplo la foto de la inauguración anual del curso judicial).

Sin embargo, a pesar de estos supuestos avances que entendemos va a permitir la Ley de Paridad se podría haber regulado la diferencia entre paridad y presencia equilibrada de manera que no diera lugar a confusión además de exigir la paridad, sobre todo, en aquellos ámbitos en los que existe un porcentaje de mujeres y hombres cercano a la misma (ejemplo: consejo de estudiantes) porque la ficción de que las mujeres son mayoría y la paridad limitaría la posibilidad de una representación mayor de mujeres es, como bien señalamos anteriormente, una hipótesis jurídica que no se da en la realidad. Además de que no queda impedida esa posibilidad dado que la Disposición Adicional Primera permite la aplicación de acciones positivas que de acuerdo con el artículo 11 de la LOI pretenden corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres y esto de acuerdo con el Preámbulo de la Ley de Paridad se produce en todos los ámbitos de su regulación.

Otra cuestión de la máxima relevancia es que la Ley de Paridad debería haber contemplado que todo nombramiento que no cumpla con la presencia equilibrada será nulo y sin efecto, al igual que el artículo 10 de la LOI, esta medida que no es propiamente una sanción pero podría ser de gran eficacia para el cumplimiento de la norma como se ha podido constatar en los procesos electorales.

BIBLIOGRAFÍA

- VENTURA FRANCH, A. y ROMANÍ SANCHÓ, L. (coordinadoras). El derecho a la participación política de las mujeres. Tirant lo blanc, Valencia 2014.
- VENTURA FRANCH, A., y GARCÍA CAMPÁ, S. (Dirección). El Derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Una Evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007. Thomson Reuters. Aranzadi. Navarra 2018.
- El nuevo concepto de Igualdad de mujeres y hombres en el ordenamiento jurídico español. Su aplicación en el ámbito laboral a través de las acciones positivas y la corresponsabilidad. Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho al empleo. Pp 142-178. 2021.

EL GÉNERO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EN LA PUBLICIDAD¹

ANA ABA CATOIRA
Universidade da Coruña
Ana.abac@udc.es

SUMARIO: I. Presentación. II. Las mujeres en los medios y en la publicidad. III. La regulación de los medios: la perspectiva de género. IV. Medidas contra la discriminación en los medios y en la publicidad. V. Recapitulando a modo de cierre.

I. PRESENTACIÓN

Desde la aprobación de la Constitución de 1978 se ha ido gestando un completo marco jurídico de la igualdad. A lo largo de estas décadas, la normativa², la

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación concedido por el Instituto de las Mujeres en la convocatoria de subvenciones destinadas a la realización de investigaciones feministas publicada en el BOE 117 de 14 de mayo de 2024, bajo el título «Comunicación y publicidad digital con perspectiva de género para una sociedad justa y equilibrada».

² Dos leyes como la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género han sido fundamentales. Ahora bien, no ha sido hasta la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuando tuvimos una ley específica y única sobre la igualdad y la no discriminación, pues hasta la fecha un conjunto de leyes estatales y autonómicas se encargaban del desarrollo de este derecho. Esto, obviamente, condujo a una dispersión normativa, con regulaciones sobre todos los ámbitos, tanto públicos como privados. Los Tratados internacionales suscritos por España y las Declaraciones internacionales y supranacionales en la materia, contemplan el principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación de forma similar al artículo 14, es decir, desde un punto de vista general sin referencia a relaciones jurídicas concretas, y, desde una perspectiva más específica, de forma similar a nuestra legislación estatal y autonómica. La igualdad y la no discriminación están reconocidos como valores esenciales de la Unión en los artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Los artículos 8 y 10 del Tratado de Funcionamien-

jurisprudencia y las investigaciones académicas³ han ido conformado un corpus tan relevante como enriquecedor, claro signo de fortalecimiento democrático en garantía de la dignidad humana. Así, Balaguer Callejón concluye, con mucho acierto, que «la legislación que se ha producido en materia de género, conlleva un cambio radical de concepción del modelo de vida, de distribución de roles y pautas sociales, políticas y económicas, y en definitiva de revolución social [...]»⁴. Asimismo, Rey Martínez afirma que «la explosión del Derecho antidiscriminatorio es sintomática de la evolución social y política»⁵.

En efecto, la normativa internacional, española y autonómica es profusa como también lo es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional que ha confirmado la constitucionalidad de todas las leyes de género que se han ido aprobando en este país además de dictar muchas otras sentencias fundamentales en materia de igualdad de trato.

El profundo arraigo de la discriminación que sufren las mujeres y su carácter estructural ha motivado que los poderes públicos concentren sus esfuerzos en lograr la igualdad de género a través de la implantación de una perspectiva adecuada⁶. Las mujeres son discriminadas por el simple hecho de serlo, por lo que, independientemente de la raza, ámbito geográfico o cualquier otra circunstancia social o económica, más de la mitad de la humanidad está en riesgo de sufrir discriminación⁷. En la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral

to de la Unión Europea (TFUE) establecen, respectivamente, que la Unión ha de promover la igualdad entre hombres y mujeres y que ha de luchar contra toda discriminación por razón de sexo en todas sus acciones. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea protege el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en sus artículos 21 y 23. La Unión ha adoptado ya varias Directivas para combatir la discriminación.

³ Así las cosas, el Derecho antidiscriminatorio constituye una rama específica del ordenamiento jurídico, de esta opinión REY MARTÍNEZ, F.: «Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018», UNED. *Revista de Derecho Político* N.º 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 125-171, en concreto p. 128; BALAGUER CALLEJÓN, M.ª L.: *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, Col. Feminismo, Madrid, 2005; «La Constitución europea y la igualdad europea», <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE3/15marialuisabalaguer.htm>.

⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M.ª L.: *Igualdad y Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 190.

⁵ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019, p. 22.

⁶ Con carácter general sobre discriminación por razón de sexo y género se puede consultar, entre otras obras, Freixes, T. (coord.): *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; BALAGUER CALLEJÓN, M.ª L.: *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Madrid, Cátedra, 2005; VENTURA FRANCH, A.: *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1999; REY, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995.

⁷ En palabras de Rey Martínez la discriminación sufrida por las mujeres es «la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores –se trata mejor a las mujeres porque se las considera más débiles), la que afecta al mayor número de personas (las mujeres no son

para la igualdad de trato y la no discriminación, se habla de «discriminación estructural» en referencia a «las desigualdades históricas [que son el] resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos» (III, Preámbulo).

En este sentido, la introducción de la perspectiva o enfoque de género de manera transversal en todas las políticas públicas es un mandato normativo dirigido a garantizar la igualdad y equidad de género de modo que los derechos y oportunidades no dependan de ser mujeres u hombres. La normalización de esta perspectiva se produce con el artículo 4 de la Ley de Igualdad Efectiva que establece que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». De modo que la igualdad debe integrarse en todas las políticas y en ámbitos específicos como son los medios de comunicación, lo que ya fue puesto de manifiesto durante la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing (1995) donde se consideró a los medios de comunicación como una de las 12 áreas de especial interés para conseguir el objetivo de lograr la igualdad real de oportunidades para mujeres y hombres. Fue a partir de ese momento cuando el ámbito de la comunicación adquirió estratégicamente el mismo nivel de importancia otorgado a la economía, la participación política, la violencia o la salud⁸.

No olvidemos como los medios de comunicación han sido desde siempre esencialmente masculinos asumiendo la reproducción de los patrones y cánones de una sociedad patriarcal dirigida por y para los varones⁹. Por consiguiente, los medios de comunicación y la industria de publicidad no escapan de este mandato de igualdad constituyendo ámbitos específicos por su influencia en la construcción social. En palabras de la exposición de motivos de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de la Comunicación Audiovisual «son una herramienta

una minoría, sino la mayoría social) y la más primaria porque siempre se añade a las demás discriminaciones (combinando diversas formas de discriminaciones múltiples)», *Derecho antidiscriminatorio*, op cit., p. 147; LOUSADA AROCHENA, J. F.: «Evolución de la igualdad desde la Constitución de 1978: del patriarcado fuerte hacia la igualdad de género», *iQual. Revista de Género e Igualdad*, N.º 5, 2022, p. 2: «Y es que la discriminación por razón de sexo (o, más técnicamente, por razón de género: el género abarca las diferencias socioculturales asociadas al sexo como mera diferencia física) es la discriminación con una mayor extensión espacial (en todos los lugares), temporal (en todas las épocas) y modal (desde la violencia de género hasta el paternalismo protector), a lo que coadyuva su acumulabilidad a otras discriminaciones (discriminación múltiple)».

⁸ *Fourth World Conference on Women* (United Nations, 1995), celebrada en Beijing en 1995.

⁹ Buen ejemplo de ello lo constituye la prensa femenina a través del cual se transmite una información formal e informal a la mujer, una socialización femenina en base a las necesidades y características del momento concreto de la historia para fomentar que sea una buena esposa y madre y para ello se prescribe como debe ser su comportamiento, que se espera de ella, cuáles deben ser sus preocupaciones y ocupaciones e incluso indicando como debe ser su vestimenta y físico.

para transmitir valores, significados e identidades, así como para contribuir a preservar la diversidad cultural y lingüística en una sociedad, transmitir una imagen igualitaria, no discriminatoria, no sexista y no estereotipada de mujeres y hombres y, en último término, educar y formar a sus miembros. Los servicios de comunicación audiovisual y de intercambio de vídeos a través de plataforma tienen una tercera virtualidad que la regulación no puede desconocer, a saber, el papel que desempeñan en una sociedad democrática en tanto que instrumentos idóneos para el ejercicio de la libertad de expresión e información, derechos fundamentales consagrados en el artículo 20 de la Constitución española, así como para garantizar la diversidad y el pluralismo de opinión».

Su poder de transmisión de ideas influye en la sociedad de modo que se trata de que esta capacidad transformadora sea positiva rompiendo con la programación de contenidos que bajo una apariencia de neutralidad ideológica niega la diversidad y proyecta identificaciones negativas excluyentes y discriminatorias; o con el tratamiento periodístico de la violencia machista desde una perspectiva patriarcal; y lo anterior, sin olvidarnos del lenguaje sexista tan normalizado que «reproduce y legitima la discriminación, unas veces por exclusión, omisión o anonimato; otras por subordinación o por denigración del sexo femenino»¹⁰. En este sentido, la legislación de igualdad más reciente se refiere expresamente a los elementos que integran la cultura social, es decir, los prejuicios y los estereotipos que, integrados en nuestros sistemas de creencias, son los principales causantes de la desigualdad existente¹¹.

Así y todo, queda mucho por hacer, lo que no oscurece lo importante de lo logrado¹².

¹⁰ GUERRERO, Susana: «El debate social en torno al lenguaje no sexista en la lengua española», *IgualdadES*, N.º 2, 2022, pp. 201-221, en concreto p. 204, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.2.07>.

¹¹ Sirva de ejemplo la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, es precisamente la superación de unas preconcepciones acerca de las mujeres con discapacidad y de su (in)capacidad para dar su consentimiento en una relación sexual la fundamentación de la supresión del párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal.

¹² Resulta necesario recordar cómo estas cuestiones no fueron objeto de estudio durante mucho tiempo. Decía Balaguer Callejón que «Desde el punto de vista de la regulación jurídica, es importante reseñar la escasa atención que desde el Derecho Constitucional se presta a todas aquellas cuestiones relacionadas con el derecho de la imagen las mujeres. En general, la publicidad no ha interesado a los constitucionalistas, pero desde luego mucho menos los derechos de las mujeres desde la óptica de su instrumentación como valores de cambio al servicio del mercado. El Derecho Constitucional ha estado ocupado por los grandes problemas institucionales y de Estado, pero hay un bajo nivel de investigación acerca de temas que no son centrales al Derecho Constitucional, y que se están construyendo desde los respectivos sectores del ordenamiento. En este caso, desde el Derecho Mercantil, que considera a la publicidad desde el punto de vista del intercambio contractual, comercial o meramente economicista, pero que no entra a considerar los aspectos de la publicidad que hacen referencia a todos aquellos elementos valorativos o sociales, *Mujer y Constitución*, cit., p. 584.

Las primeras publicaciones relevantes BALAGUER, M.ª L.: *La mujer y los medios de comunicación*, Málaga, Ed. Arguval, 1985; y «La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico cons-

II. LAS MUJERES EN LOS MEDIOS Y EN LA PUBLICIDAD

El estudio de los medios de comunicación desde una perspectiva de género nos sitúa ante varios elementos que están conectados entre sí. Por una parte, la presencia de las mujeres en los medios en su condición de profesionales; por otra, su representación en los contenidos difundidos; y, por último, el tratamiento que reciben las cuestiones que afectan directamente a las mujeres como la desigualdad de oportunidades en cualquier ámbito social y económico, el sexismo o la violencia de género¹³.

La desigualdad profesional se materializa en una menor representación y participación femenina, a pesar de ser mayoría las mujeres periodistas frente a los varones, especialmente a medida que se asciende en los puestos de decisión y poder. El hecho de que la participación femenina sea más baja se traduce en que los contenidos sean creados en menor medida por las mujeres, lo que es una evidencia sobre la existencia del techo de cristal en los medios de comunicación y que sus opiniones y puntos de vista en la organización no tengan el mismo peso e influencia.

En definitiva, la incorporación y participación igualitaria de las mujeres en los medios no se ha alcanzado, existiendo resistencias u obstáculos como la menor participación, un sesgo de género que determina el reparto de temas en función de su relevancia e influencia; y, las dificultades que existen para promocionar o ascender profesionalmente. En cuanto a la representación de la imagen femenina cabe hacer dos afirmaciones muy relacionadas con lo anterior, por un lado, la invisibilidad femenina y, por otro, la presencia e influencia de estereotipos sexistas en los contenidos o la exigencia de un determinado físico y edad para estar en pantalla¹⁴.

titucional español», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 21 (2003), pp. 133-165; «Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico. La imagen de la mujer», *Revista Latina de Comunicación Social* 63 enero, 2008, pp. 382-391; GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., y SALVADOR MARTÍNEZ, M.: «La mujer y los derechos de la comunicación», en Freixes, T. (coord.): *Mujer y Constitución en España*, op. cit., pp. 669-693; y SALVADOR MARTÍNEZ, M.: «Mujer, derechos fundamentales y comunicación», en Benavides, J.; Alameda, D.; Fernández, E., y Villagra, N. (coords.), *Nuevos retos y perspectivas de investigación en la comunicación*, Madrid, Fundación General de la Universidad Complutense, 2005, pp. 281-299.

¹³ La plataforma de acción acordada en la Conferencia Mundial de la Mujer, de Beijing 1995 plantea como una medida a seguir para la lucha contra la violencia de género: «Concienciar acerca de la responsabilidad de los medios de comunicación en la promoción de imágenes no estereotipadas de mujeres y hombres y de eliminar los modelos de conducta generadores de violencia que en ellos se representan así como alentar a las personas responsables del contenido que se difunde a que establezcan directrices y códigos de conducta profesionales; y sensibilizar sobre la importante función de los medios de información en lo relativo a informar y educar a la población acerca de las causas y los efectos de la violencia contra las mujeres y a estimular el debate público sobre el tema».

¹⁴ BERNÁRDEZ, A.: «Cuerpos imaginarios: ¿exhibición o encubrimiento de las mujeres en la publicidad?», *CIC. Cuadernos de Información y Comunicación*, Madrid, N.º 5, 2020, pp. 67-78; VEGA SALDAÑA,

Esta baja presencia de mujeres en los puestos de responsabilidad y de toma de decisiones resulta determinante para que en los contenidos informativos los temas de género y aquellas noticias producidas por mujeres ocupen un segundo plano. Por lo que, como afirma Oliveira, un periodismo con perspectiva de género afectaría positivamente tanto a la construcción del texto periodístico como al contexto en el que es producido¹⁵, sería apostar por una auténtica estrategia de género en paralelo a la estrategia editorial o como elemento sustancial de esta última.

Sin esa mirada de género la representación de las mujeres seguirá vinculada a la falta de autoridad y experiencia en temas de economía o de política mientras que estarán sobrerrepresentadas en temas domésticos o de cuidados considerados de menor relevancia informativa; se mantendrán los micromachismos, tal como ocurre en aquellos deportes considerados tradicionalmente masculinos plagados de sesgos machistas como resaltar el físico frente a los resultados positivos¹⁶; y la hipersexualización femenina, más grave aún si se trata de niñas o adolescentes¹⁷.

Sin embargo, sí que se han producido cambios, siendo muy constatable en el tratamiento de la violencia de género abordada en los medios con la seriedad y rigor que merece dada su gravedad como problema social. Un logro que, sin duda, responde a la perspectiva de género que cierra la puerta a un tratamiento morboso o sensacionalista.

III. LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS: LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Se ha insistido en el papel relevante de los medios de comunicación como una institución mediadora entre la realidad (hechos) y lo que se cuenta sobre

S.; BARREDO IBÁÑEZ, D., y MERCHÁN CLAVELLINO, A.: «La identificación de las mujeres españolas con los anuncios de las revistas de alta gama», *Comunicación y Género*, N.º 3, Vol. 1, 2020, pp. 61-70.

¹⁵ OLIVEIRA, F.: *Comunicación desde una perspectiva de género: artes, medios y otras tecnologías*, Egregius, 2020, p. 18.

¹⁶ PÉREZ-ÚGENA, M.: «Medios de comunicación y fomento de la igualdad de las mujeres en el deporte», *Comunicación y Género*, N.º 3 (2), 2020, pp. 195-203, en concreto p. 195, <https://doi.org/10.5209/cgen.70261>.

GUERRERO SALAZAR, S.: «La representación de las deportistas a través del lenguaje en las portadas de los diarios Marca y Sport» en *Feminismo/s*, N.º 39, 2022, pp. 97-122.

¹⁷ VERDÚ DELGADO, A.: «El sufrimiento de la mujer objeto. Consecuencias de la cosificación sexual de las mujeres en los medios de comunicación» en *Feminismo*, N.º 31, 2018, pp. 167-186; GRANDE-LÓPEZ, V.: «La hipersexualización femenina en los medios de comunicación como escaparate de belleza y éxito» en *Communication papers: media literacy and gender studies*, Vol. 8, N.º 16, 2019, pp. 21-32.

ellos. De modo que no solo transmiten información, sino que conforman la realidad influyendo en la sociedad a través de los mensajes difundidos, el lenguaje utilizado o con la representación que se hace de las personas¹⁸. Esta influencia tiene que ser positiva y contribuir a la consecución de la igualdad construyendo un orden social justo y equitativo no solo a través del funcionamiento de los medios sino también concienciando a la masa social para prevenir conductas discriminatorias y reaccionar frente a sus diversas manifestaciones que ponen en jaque las políticas sociales de igualdad¹⁹.

La regulación de los medios de comunicación se contiene en un entramado de normas generales muy centradas en la igualdad de género y en la lucha contra las violencias que sufren las mujeres²⁰ y en normas sectoriales, conformándose un marco teórico denso y, en ocasiones, complejo, que pretendemos revisar con el propósito de ofrecer algunas consideraciones críticas y propuestas de mejora. En cualquier caso, vaya por delante, que los cambios que se han producido en las últimas décadas obedecen a la entrada en la agenda política de las cuestiones de género y, por consiguiente, en las normas de igualdad de género.

En el caso de España hay una clara evolución normativa que arranca, como no podría ser de otro modo, de las previsiones constitucionales en materia de igualdad y de otros preceptos constitucionales relacionados con los medios de comunicación como el artículo 20 que regula la libertad de expresión e información y la creación y funcionamiento de los medios de comunicación y el artículo 38 aplicable a la publicidad como manifestación de la libertad de empresa. En todo caso dos derechos cuyo ejercicio se limita en aras a la protección de bienes jurídicos constitucionales como la veracidad informativa y el respeto a los derechos fundamentales de las personas²¹.

En el ámbito europeo son numerosas las resoluciones y recomendaciones que buscan influir en la regulación de los medios de comunicación en cuanto actores influyentes en el proceso de construcción de la igualdad²². En este

¹⁸ GALLEGU AYALA, J.: *De reinas a ciudadanas: medios de comunicación ¿motor o rémora para la igualdad?*, Barcelona, UOC, 2015, p. 19.

¹⁹ CODELUPPI, V.: «El papel social de la publicidad», *Pensar la Publicidad*, vol. 1, n.º 1, 2007, pp.149-155.

²⁰ Un marco normativo que persigue la construcción de una sociedad no discriminatoria: BALAGUER, 2005, LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014 y «Evolución de la igualdad desde la Constitución de 1978: del patriarcado fuerte hacia la igualdad de género», *op. cit.*

²¹ BALAGUER CALLEJÓN, M.ª L.: «La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico constitucional español», *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga*, 21, 2003, pp. 133-165, en relación a la discriminación por razón de sexo.

²² Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, 5 de octubre de 1995, sobre el tratamiento de la imagen de las mujeres y de los hombres en la publicidad y en los medios de comunicación; Resolución, de 25 de julio de 1997, sobre la discriminación de la mujer en la publicidad.

sentido promueven la eliminación de los estereotipos sexistas; la realización de campañas de información y sensibilización dirigidas a las agencias de publicidad, medios y al público para que sean capaces de distinguir los contenidos discriminatorios basados en el sexo que se transmiten por la publicidad y por los medios; la promoción de la creación de órganos de supervisión, en su caso en el marco de la autorregulación voluntaria; iniciativas que sensibilicen a las agencias publicitarias y a los medios de comunicación acerca de la igualdad de oportunidades y sobre un reparto más equilibrado de las responsabilidades; la formación en igualdad de profesionales de la publicidad y de los medios de comunicación; o fomentar una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los órganos de producción, en los órganos dirigentes y en los puestos de decisión.

La lucha contra la transmisión de estereotipos sexistas a través de la publicidad, los medios de comunicación y las plataformas en línea, es un reto prioritario incluido en la agenda global de los organismos internacionales, como Naciones Unidas (CEDAW) y la Unión Europea, que luchan por remover los obstáculos que impiden alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres²³. En este orden de cosas, los Estados deben cumplir el Pacto Europeo para la Igualdad de Género que requiere que las instituciones emprendan campañas de sensibilización contra los insultos sexistas y las imágenes degradantes de las mujeres en la publicidad y en el marketing con especial atención a la publicidad en los programas de entretenimiento infantil. En este sentido, como se propone en la Recomendación del Comité Asesor sobre Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres de la Comisión Europea sobre la ruptura de los estereotipos de género en los medios²⁴, las personas que trabajan en los medios y ejercen el periodismo deben recibir formación en perspectiva de género para lo que existen guías y recursos y, obviamente, debería realizarse una supervisión de contenidos y discursos utilizados.

²³ Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, «Televisión Sin Fronteras»; Recomendación 1799 (2007), sobre la imagen de las mujeres en la publicidad; Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre el impacto del marketing y la publicidad en la igualdad entre mujeres y hombres (2008/2038(INI)); Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, relativa a la protección de los menores y a los medios audiovisuales; Recomendación CM/Rec (2019) del Comité de Ministros a los Estados Miembros para combatir y prevenir el sexismo.

Ver *Areste, Arrinconando estereotipos en los medios de comunicación y la publicidad*, Madrid, Dirección General de la Mujer, 2003.

²⁴ Recomendación CM/Rec (2013)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre igualdad de género y medios de comunicación, 10 de julio de 2013.

En definitiva, la prohibición del sexismo y de los estereotipos de género deben estar prohibidos en cumplimiento de la Directiva sobre igualdad de trato.

La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 contempla entre sus objetivos combatir la estereotipia y lograr la participación y representación igualitaria con un planteamiento de integración de la perspectiva de género combinada con actuaciones específicas. Un claro ejemplo de lo anterior es la campaña que el 8 de marzo de 2023 se lanzó desde la Comisión Europea para cuestionar los estereotipos de género que afectan tanto a hombres como a mujeres en diferentes ámbitos de la vida, incluidas las opciones profesionales, el reparto de las responsabilidades en el cuidado de familiares y la toma de decisiones.

El Informe sobre igualdad de género en los medios de comunicación en la Unión²⁵ aborda diversos aspectos que aparecen recogidos en este trabajo como la baja presencia de mujeres en los medios de comunicación y el papel de los medios para lograr el cambio social por su poder de influencia en la formación de la opinión pública. Es recomendable en este sentido recurrir a herramientas para comunicar con perspectiva de género como la Guía de estilo interinstitucional de la UE o las instrucciones sobre un lenguaje neutro en cuanto al género y consejos de redacción publicados por la Oficina de Publicaciones de la UE²⁶; la Guía de estilo para autores de la Agencia de Derechos Fundamentales que incluye una sección sobre cómo evitar el lenguaje discriminatorio y ofensivo y el uso de un lenguaje neutral al género²⁷.

En cuanto a la regulación estatal lo primero a destacar es su variedad y complejidad, pues a la legislación de igualdad se suma aquella otra sectorial que regula la actividad de los medios de comunicación y la publicidad muy marcada por la función que se les asigna en la norma constitucional de contribuir a garantizar una opinión pública libre y el límite que no pueden franquear, esto es, el respeto de los derechos fundamentales. Por consiguiente, la comunicación y la publicidad encuentran limitaciones jurídicas a fin de garantizar la igualdad y la no discriminación siendo abundante la regulación de la publicidad vinculada a la igualdad de género.

Hemos considerado que la primera referencia debe ser la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género y sus homónimas a nivel autonómico, con normas encaminadas a la represión de la publicidad discriminatoria hacia la mujer. Según su

²⁵ *Informe sobre igualdad de género en los medios de comunicación en la Unión*, 23 de febrero de 2018-[2017/2210(INI)]; https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0031_ES.html.

²⁶ <https://www.publications.europa.eu/code/en/en4100600en.htm>.

²⁷ https://www.fra.europa.eu/sites/default/files/annex_2_to_annex_a1_-_fra_style_guide_for_authors.pdf.

artículo 2 uno de sus objetivos o principios rectores es el fortalecimiento de las medidas de sensibilización ciudadana de cara a la prevención de la violencia por lo que se dota a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, servicios sociales, sanitario, publicitario y mediático.

En este cuerpo normativo la publicidad sexista es considerada como una de las causas que motivan la violencia y, en este sentido, se modifica la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Así, su artículo 3.a) adquiere una nueva redacción dirigida a tipificar con mayor exactitud los supuestos de publicidad vejatoria o discriminatoria hacia la mujer²⁸. Una representación de las mujeres que utilice particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar o que utilice su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley²⁹.

Además, la Ley impone obligaciones específicas a los medios de comunicación, como sucede con los artículos 13 y 14. En el primero se establece el deber de las administraciones de velar por el cumplimiento de la legalidad con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en todos los medios de comunicación social. Asimismo, se insta a la promoción de la autorregulación para establecer mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de conflictos para cumplir la legislación publicitaria. En el segundo de estos preceptos, se dispone que para fomentar la igualdad se ha de cuidar que las informaciones sobre violencia de género cumplan escrupulosamente con la objetividad informativa, la defensa de los derechos humanos, la libertad y dignidad de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijos, teniendo especial cuidado con el tratamiento gráfico de las informaciones.

²⁸ Así, la ley reformada, frente a la regulación anterior que establecía que la publicidad ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente la que afecte a la infancia, la juventud y a la mujer, especifica más. En este sentido, su artículo 3.a) establece que es ilícita la publicidad que utiliza la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

²⁹ RODRÍGUEZ MARTÍN, N.: «La imagen de la mujer en la publicidad gráfica en España en el primer tercio del siglo xx», en Amador Carretero, M. P.; Robledano Arillog, J., y Ruiz Franco, M. R. (coords.), *Quintas Jornadas Imagen, Cultura y Tecnología*, Madrid: Editorial Archiviana, 2007, pp. 383-400; BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L.: «Género y regulación de la publicidad en el ordenamiento jurídico. La imagen de la mujer» en *Revista Latina de Comunicación Social*, 63, 2008, pp. 328-391; PÉREZ MARÍN, I.: «Estereotipos de género y derechos de las mujeres en la publicidad. Regulación y autorregulación» en Belando Garín y Montiel Roi, G. (coords.), *Contenidos y mercado en la regulación de la comunicación audiovisual: el nuevo marco de la Ley 7/2010 General de Comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 113-137; «¿Mujer, objeto publicitario?» en Azcárraga, C. (coord.), *Derecho y (des)igualdad por razón de género: una visión multidisciplinar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 175-199.

En segundo lugar, sin ser norma específica sobre medios y publicidad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, dedica su título III a la igualdad y los medios de comunicación. En este sentido, lo primero a destacar es que tipifica la publicidad discriminatoria como publicidad ilícita además de modificar la Ley sobre actividades de radiodifusión televisiva para imponer especiales obligaciones a los medios de comunicación para promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. La Ley no introduce un nuevo tipo de publicidad ilícita pues viene a reiterar que la publicidad discriminatoria es publicidad ilícita conforme con las previsiones de la legislación general de publicidad donde se recoge el concepto de publicidad discriminatoria (artículo 41)³⁰.

A mayores impone obligaciones adicionales para los medios que tendrán que velar por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, y promover el conocimiento y difusión del principio de igualdad. Además, respecto a los medios de comunicación privados se establece que las administraciones promoverán la adopción de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legalidad (artículos 36 y 39).

La Ley 15/2022, Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, contiene previsiones específicas en materia de publicidad, medios de comunicación y servicios de la sociedad de la información. Así, su artículo 22 establece que todos los medios respetarán el derecho a la igualdad de trato, evitando toda forma de discriminación en el tratamiento y formato accesible de la información, en sus contenidos y su programación. Se insiste, una vez más, en la promoción de acuerdos de autorregulación de los medios de comunicación social, publicidad, internet, redes sociales y las empresas de tecnologías de la información y comunicación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad de trato y no discriminación e intolerancia y a la promoción de una imagen no estereotipada de las diferentes personas y grupos de población, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquellos se desarrollen e instando a un lenguaje y mensajes contrarios a la discriminación y a la intolerancia. Asimismo, promoverán la adopción de acuerdos con las empresas y plataformas de servicios de internet que mejoren la efectividad en la prevención y eliminación de contenidos que atenten contra el derecho a la igualdad en este ámbito.

³⁰ Se modifica la Ley sobre actividades de radiodifusión televisiva o Ley de Televisión sin Fronteras porque además de prohibir la publicidad sexista, establece que, cuando se emite publicidad televisiva dirigida a menores, se debe transmitir una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres.

Este largo recorrido normativo, especialmente significativo para el desarrollo de la igualdad de género, ha impactado en legislación sectorial relativa a los medios y a la publicidad, pues han tenido que adecuarse a las obligaciones normativas en ella establecidas. Sin embargo, la igualdad (fundamentalmente la igualdad entre mujeres y hombres) no se ha traducido en medidas concretas de obligado cumplimiento que conlleven exigencias de responsabilidad, por lo que el compromiso efectivo con la igualdad queda en muchos casos supeditado a la voluntad de cumplimiento de las empresas ³¹.

Por lo que respecta a esta legislación sectorial se modificó el concepto de publicidad ilícita, se promueven campañas de sensibilización y fomento de la igualdad y diversidad y se establecen prohibiciones específicas de difusión de mensajes o contenidos discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales y el fomento de la presencia equilibrada en la composición de órganos colegiados de dirección ³².

IV. MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN LOS MEDIOS Y EN LA PUBLICIDAD

Todo el marco legal y deontológico referenciado promueve la integración de la perspectiva de género en los medios de comunicación para reconocer el papel fundamental de las mujeres en la sociedad como sujetos activos y para proporcionar información completa y veraz ofreciendo contenidos más diversos y sin un tratamiento hegemónico. Como se ha señalado la perspectiva de género en los medios de comunicación es un enfoque que busca analizar y representar las relaciones de poder entre los géneros y cómo son tratadas a través de los contenidos mediáticos.

Por otra parte, el marco regulador se dirige a prevenir y erradicar la publicidad discriminatorio en cuanto publicidad ilícita. Ahora bien, cierto es que la regulación recoge que se ha de comunicar y difundir contenidos acordes con

³¹ ABA CATOIRA, A.: «Discriminación en la comunicación y en la publicidad: comentario del artículo 22 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación», *IgualdadES*, N.º 9, 2023, pp. 107-141, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.04>

³² Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional; Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal; Ley 56/2007, de 28 de diciembre, Medidas de Impulso de la Sociedad de Información; Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual que califica como muy grave la emisión de contenidos audiovisuales que fomenten la discriminación o el machismo y encarga a la CNMC «un informe anual sobre la representación de las mujeres en los programas y contenidos audiovisuales emitidos por prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal».

la igualdad y que promuevan la igualdad de género, pero, existen dificultades para controlar estos procesos de comunicación porque entramos de lleno en el ámbito de las limitaciones de libertades fundamentales para el funcionamiento del sistema democrático.

En este orden de cosas, la legislación regula la responsabilidad jurídica exigible a los medios, públicos y privados, como sucede con el artículo 10 de la Ley de Igualdad de 2007 que declara la nulidad de pleno derecho de todo acto contrario a la norma de prohibición de discriminación y el artículo 11 que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres según lo preceptuado en el artículo 53.1.º C.E. Por otra parte, para garantizar este derecho la autoridad audiovisual se encargará de velar por el cumplimiento de las obligaciones por los medios pudiendo adoptar al respecto todas las medidas que considere necesarias para asegurar un tratamiento igualitario de las personas, es decir, conforme con los principios y valores constitucionales.

La Ley General de Publicidad sólo contempla una vía de actuación administrativa contra la publicidad ilícita, en el caso de comunicaciones comerciales asociadas a determinados bienes y servicios y cuando pueda considerarse que se ha producido una infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y/o en la Ley General de Sanidad (artículo 5.6). Por su parte el artículo 6 concreta que en el caso de publicidad sexista se puede actuar contra una práctica de competencia desleal.

Por tanto, las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal³³. Así, siguiendo el artículo 6.1.º caben las siguientes: si el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que correspondiera.

En la regulación de la Ley de Competencia Desleal (artículo 32) se contienen las siguientes acciones y la intervención de la Autoridad para la Igualdad de Trato y No Discriminación: acción declarativa de deslealtad, acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura y, si la conducta no se ha puesto en práctica, cabría ejercitar la acción de prohibición, si la con-

³³ Dice el artículo 18 de la Ley General de Competencia que la publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal.

ducta todavía no se ha puesto en práctica. Además, la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal, la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente y la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Esta acción antecede a la vía jurisdiccional, pues cabe ejercitar otras acciones civiles, penales o administrativas que derivan de la publicidad ilícita. La ley integral ha establecido que, en caso de obtenerse sentencia estimatoria tras interposición de acción declarativa y de rectificación, el tribunal, si lo estima procedente y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora. Esta publicación podrá realizarse a criterio del tribunal y previa remisión al efecto a través de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y los observatorios o de los órganos competentes del departamento u organismo con competencias en materia de igualdad entre mujeres y hombres de ámbito nacional o sus equivalentes autonómicos.

Por lo que respecta a los sistemas de autorregulación estamos ante otro modo de garantizar el cumplimiento normativo, pues descansan sobre normas éticas y deontológicas de la propia organización. Por tanto, depende de la voluntad y compromiso con las exigencias de igualdad efectiva y de oportunidades lo que no siempre se materializa pudiendo quedar en una declaración de intenciones. La responsabilidad contra la publicidad es asumida por el Organismo Europeo de Autorregulación Publicitaria (EASA) en inglés European Advertising Standards Alliance; Autocontrol que es un organismo independiente de autorregulación de la Comunicación Comercial; la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) y la Oficina de Consumidores y Usuarios (OCU). Estos se ocupan de identificar casos de uso de lenguaje sexista y representaciones sexistas de las mujeres.

El Organismo Europeo de Autorregulación Publicitaria promueve la autorregulación publicitaria en la Unión Europea, labores de coordinación de las reclamaciones transfronterizas y regula las normas comunitarias de buenas prácticas. En cuanto a Autocontrol es un organismo independiente de autorregulación de carácter privado integrado por las principales agencias publicitarias y medios de comunicación del país que cuenta con el Código de Conducta Publicitaria supervisado por su Jurado de la Publicidad. La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) defiende los derechos de la ciudadanía

como usuaria de los medios de comunicación, como protagonistas de contenidos o como destinatarias de los mismos asumiendo la resolución extrajudicial de conflictos entre los distintos actores implicados.

En cuanto a la Oficina de Consumidores y Usuarios (OCU) es una organización privada y sin ánimo de lucro que se dedica, tanto a nivel nacional como internacional, a la información y a la defensa de las personas consumidoras y usuarias.

Otros ejemplos son el Código Ético de Confianza Online o el Código Deontológico de la Publicidad Infantil de la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEFJ), con la pretensión de dar cumplimiento del derecho a la información de manera responsable contribuyendo a la igualdad.

Por lo que respecta a la eficacia de las medidas cabe afirmar que en la práctica surgen numerosos problemas para sancionar comportamientos ilícitos, pues las administraciones competentes en materia de consumo derivan las denuncias a los organismos de igualdad carentes de potestad sancionadora. Por consiguiente, en algunos casos los medios o agencias de publicidad retiran o modifican los contenidos denunciados a instancia de los organismos, pero en otros, hacen caso omiso de sus peticiones.

Las acciones se pueden sintetizar en los siguientes tipos:

- Requerimiento directo al anunciante para que cese en la difusión de la publicidad considerada discriminatoria o para que rectifique algunos aspectos de la misma.

- Reclamación ante las instancias de regulación voluntaria para que resuelvan si la parte denunciada se somete a Autocontrol o de no ser así que emita una resolución no vinculante.

- Denuncia administrativa ante las autoridades teniendo presente que los organismos de igualdad, el Instituto de la Mujer o sus asimilados autonómicos, no tienen competencia administrativa para imponer sanciones.

- Demanda ante la jurisdicción ordinaria ejercitando la acción de cesación por publicidad ilícita.

No cabe cerrar este epígrafe sin referirnos a una realidad constatable y es el cambio que se ha producido en la comunicación. Lo cierto es que ahora no solo encontramos medios como los portales de noticias de género y los de colectivos feministas propiamente dichos, sino que los grandes medios de comunicación han incorporado a sus agendas algunos temas de género como la trata de personas para explotación sexual, derechos sexuales y reproductivos, aborto, violencia de género, siendo este último, el que ha alcanzado un mayor desarrollo en el tratamiento de los medios. Y ello, a pesar de las difi-

cultades que persisten, resultado de las desigualdades profundamente arraigadas. Por un lado, la inferior presencia femenina que se traduce en que la dirección y toma de decisiones sigue siendo mayoritariamente masculina y con una deficitaria dimensión de género que tendría que ser transversal con presencia en todos los contenidos informativos que quedarían libres de estereotipos y prejuicios³⁴.

Es evidente que el marco normativo ha surtido efecto y la sensibilización y promoción de medidas ha dado resultados. En este orden de cosas, son variadas las iniciativas para un desarrollo igualitario de los procesos de comunicación que suponen una aplicación de la perspectiva de género en toda acción o decisión tanto en su diseño como en su realización. Algo absolutamente necesario porque informar con y desde esta perspectiva es mucho más que crear contenidos dirigidos a las mujeres o hacer entrevistas a mujeres, por poner algún ejemplo, sin duda es algo más complejo porque requiere formación para saber colocar a la desigualdad en el epicentro y explicar las relaciones sociales en función del género en todos y en cada uno de los ámbitos de la realidad. En definitiva, sensibilidad, pero, también, rigurosidad en el tratamiento de la noticia aportando toda la veracidad posible.

Así, informar con esta perspectiva supone una labor no siempre fácil que requiere «ir al fondo del discurso periodístico, cuestionar algunos convencionalismos, algunos principios aparentemente inamovibles y desvelar de manera crítica, pero constructiva, los mecanismos mediante los cuales se reproduce un discurso que en nada favorece al necesario y equitativo tratamiento informativo»³⁵. Una labor difícil porque nos obliga a mirarnos de frente ante el espejo y a cuestionarnos lo que hacemos y como lo hacemos.

En este orden de cosas, las organizaciones cuentan con políticas internas, manuales de estilo o guías de buenas prácticas que tienen como finalidad concienciar y fomentar la integración de la perspectiva de género³⁶. En cualquier caso, no resulta baladí recordar que estas normas de estilo o pautas internas deben actualizarse al ritmo que evoluciona la sociedad porque dichos cambios se reflejan tanto en el lenguaje verbal como en el simbólico. Por ejemplo, hasta hace poco no existían normas internas para informar con perspectiva de género lo que se evidenciaba en el lenguaje utilizado y en los contenidos pu-

³⁴ SHARMA, K.: «A gendered lens: seeing what you want to see». In: Sharma, Kalpana (ed.). *Missing half the story: Journalism as if gender matters*. New Delhi: Zubaan, 2012, pág.4.

³⁵ GALLEGO AYALA, J.: *De reinas a ciudadanas ... op. cit.*

³⁶ La Unesco creó en 2019 los *Gender sensitive indicators for media* que los medios pueden utilizar a su medida a efectos de diagnosticar su grado de aplicación de la perspectiva de género.

blicados, sirva de ejemplo las informaciones sobre temas que afectaban directamente a las mujeres o las noticias sobre violencia de género.

En los últimos años si se constata un cambio en los medios respecto a la aplicación de la perspectiva de género a través de diferentes iniciativas más o menos innovadoras que buscan no solo tratar la información desde la igualdad sino también sensibilizar y educar a la sociedad en materia de género. Obviamente se trata de un avance en la autorregulación que pretende adecuar el funcionamiento interno de la organización y el desarrollo del trabajo a las demandas de igualdad.

En relación con lo anterior resultan de interés las columnas sobre lengua española que tratan temas del lenguaje en relación con las mujeres (CSLM) que, en palabras de Guerrero, «contribuyen a la creación de un determinado imaginario sobre feminismo y lenguaje, que viene impulsado por unos columnistas con autoridad que parten de un *ethos* prediscursivo muy respetado socialmente, pues son académicos, lingüistas, filólogos, escritores o periodistas»³⁷. Y, además, la aparición de secciones de temática feminista, blogs o la carta de género a cargo de una figura como es la corresponsal de género, editora de género, redactora jefa de género o especialista en igualdad, entre otras acepciones³⁸. Una figura novedosa e importante porque supone asumir con proactividad la transformación de los contenidos y enfoques de la información en la redacción, es decir, realizar una actuación transversal que implica a todos los puestos y a todos los temas o contenidos con el fin de promover una nueva cultura en los procesos de comunicación integrando la perspectiva de género.

En 2017 *The New York Times* asumió esta iniciativa que fue definida por su editora de género, Jessica Bennett, como «una lente desde la que vemos la redacción en su globalidad [...]; más que simplemente producir contenidos nuevos, también significa pensar en el tono, la presentación visual, quién escribe las piezas, quién aparece en esas fotografías, qué fuentes se citan»³⁹. En España, El País fue el primer medio en crear una corresponsalía de género, en 2018, seguido de eldiario.es, aunque no se ha generalizado en todos los medios.

³⁷ GUERRERO SALAZAR, S.: «Las columnas sobre la lengua en la prensa española de los 80: mujeres y feminismo» en *Ideologías sobre la lengua y medios de comunicación escritos: el caso del español*. Berlín, Peter Lang, 2019, pp. 182-203; «El discurso sobre mujer y lenguaje en las columnas sobre la lengua de la prensa española: de la feminización del lenguaje al lenguaje inclusivo de género», *RILCE: Revista de Filología Hispánica*, Vol. 39 N.º 3, 2023, pp. 963-994.

³⁸ Laboratorio de Periodismo, «Editora de género. El puesto desde el que garantizar una perspectiva de género en las redacciones», *Laboratorio de periodismo*, 9 marzo 2021. <https://laboratoriodeperiodismo.org/editora-de-genero-el-puesto-desde-el-que-garantizar-una-perspectiva-de-genero-en-las-redacciones>.

³⁹ SHARMA, K.: «A gendered lens: seeing what you want to see», *op. cit.*, p. 7.

Lo cierto es que esta figura solo tendrá el impacto deseado si responde a un compromiso real por la igualdad y responsabilidad social y no por un mero posicionamiento en el mercado siendo deseable que se apruebe un estatuto profesional y que les sean reconocidas garantías de autonomía e independencia.

V. RECAPITULANDO A MODO DE CIERRE

Hasta ahora hemos podido comprobar que existe un nutrido marco normativo, estatal y autonómico de carácter general o sectorial que tiene como objeto la lucha contra la desigualdad de género en la comunicación y contra la publicidad sexista. La aplicación de una perspectiva de igualdad es el instrumento adecuado para la prevención y detección de aquellos comportamientos y actitudes contrarios a esta profusa legislación. En el ámbito de la comunicación la publicidad ilícita en su modalidad de publicidad sexista no siempre es fácil identificar ni, por consiguiente, sancionar.

De hecho, dada la indeterminación de las normas la declaración de ilicitud responde a una casuística, es decir, se determinará si el contenido vulnera o no la legislación en atención al caso concreto y a todas las circunstancias que lo rodea. No obstante, de un análisis de la jurisprudencia y de la doctrina contenida en las decisiones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad es posible establecer determinados elementos cuya presencia en un mensaje publicitario genera una alta probabilidad de que sea calificado como sexista y tipificado como ilícito⁴⁰.

La mayoría de los casos no se judicializan, sino que se solucionan en el marco de la autorregulación existiendo dificultades para calificar los supuestos como sexistas amparados en el ejercicio de las libertades de expresión y comunicación⁴¹. Las sentencias son escasas y permiten comprobar como los tribu-

⁴⁰ La utilización del desnudo o semidesnudo femenino como instrumento para captar al público sin relación con el producto publicitado; utilización de imágenes del cuerpo femenino con contenido erótico para captar al público; la representación explícita o implícita de escenas que impliquen sometimiento sexual de la mujer o cualquier clase de atentado contra su libertad sexual; la transmisión de mensajes publicitarios de incitación a la violencia; dirigir productos exclusivamente destinados a mujeres u hombres sin estar justificado por razón del producto porque se fundamenta en razones naturales o roles asignados tradicionalmente; en el caso de la publicidad dirigida a un público infantil, la transmisión explícita o implícita de mensajes según los cuales un juguete está principal o exclusivamente dirigido a los niños o a las niñas.

⁴¹ Entre las resoluciones del Jurado destacamos la adoptada en 2005 en relación con la campaña de Ron Barceló en la que aparecía una mujer arrodillada en una playa junto a dos botellas de la bebida promocionada figurando en la parte superior del anuncio la marca y en letra más pequeña el eslogan «Oscuro objeto de deseo». En su polémica resolución el órgano de autorregulación declaró lícita la publicidad por considerar que la imagen no degradaba a la mujer y que el mensaje no era ambivalente en el sentido de no permitir que el público entendiese que el oscuro objeto de deseo fuese la mujer representada en la imagen.

nales han consolidado dos criterios, el de discriminación por asignación por sexo de rol estereotipado y el de utilización del cuerpo de la mujer como recurso captatorio. Las razones de esta escasez son varias, que se suman a que solo se establecen dos supuestos de uso ilícito de la imagen de la mujer. Por una parte, la restricción de la legitimación activa para denunciar y el coste económico del procedimiento. Esto hace que la mayor parte de las denuncias se hayan sustanciado en el ámbito administrativo y, sobre todo, en el de la autorregulación, de acceso universal y gratuito para los particulares⁴².

Por último, el elemento fundamental a nuestro juicio, es la formación y sensibilización de los medios y las agencias de publicidad en la necesidad de reforzar su compromiso con la sociedad. Por una parte, para que todas las personas que trabajan en estas organizaciones disfruten de la igualdad de oportunidades y que no sufran violencia simbólica. Por otra, porque tienen un deber ético y legal de informar con veracidad y rigor. Y lo anterior sin olvidar que deben ser agentes activos en la construcción social de la igualdad en este caso con su aporte y contribución para generar relaciones sociales más igualitarias, justas y equitativas sobre todo cuando sus contenidos se dirigen a los menores y adolescentes.

Ahora bien, en estas páginas nos hemos centrado en los medios escritos sin analizar los canales digitales, concretamente las redes sociales, en los que la juventud establece sus relaciones prácticamente sin límites. En esta realidad virtual se recrea un escenario donde rigen unas reglas propias y donde todo se puede radicalizar e incluso reinventar. Así se comprueba el papel esencial que cumplen en la construcción de la igualdad de género, pues la desigualdad y las violencias de género tienen sus propias manifestaciones en estos canales digitales donde se normalizan como formas de expresión de la juventud siendo muy complicado identificar los mensajes sexistas diluidos entre bromas que aluden a la fragilidad femenina o al carácter complicado de las mujeres frente a los mensajes abiertamente sexistas y violentos. Otro fenómeno de máxima preocupación, recogido en el Informe de Amnistía Internacional «Violencia y abuso contra las mujeres en internet. #ToxicTwitter», es la violencia que sufren las mujeres en general y las mujeres periodistas en particular, a través de las redes sociales. En efecto, acoso, amenazas, expresiones vejatorias y discri-

La resolución contó con un voto particular y fue recurrida en alzada estimando el pleno del Jurado que, si podría interpretarse en un doble sentido, por lo que una parte de las personas consumidoras podían deducir que el mensaje o eslogan si se refiere a la mujer e incluso la califica como un objeto. La publicidad se declaró ilícita.

⁴² El Jurado los clasifica en cuatro supuestos: presentación o utilización de la mujer como simple objeto, utilización del cuerpo de la mujer para captar la atención, representación de la mujer sometida o subordinada al varón y atribución de estereotipos discriminatorios.

minatorias o campañas de manipulación informativa con el fin de desprestigiarlas profesionalmente que conducen a una decisión de «autosilenciarse» o rebajar su actividad y visibilidad en Internet. Todo lo anterior aun cuando existe regulación normativa que permite denunciar este tipo de comportamientos y que las propias plataformas cuentan con políticas internas para prevenir e identificar situaciones sexistas y violentas.

Este fenómeno merece una especial atención y un análisis específico y pormenorizado que no es abordado en este trabajo.

IGUALDAD E INTELIGENCIA ARTIFICIAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

ADORACIÓN GALERA VICTORIA

agalera@ugr.es

SUMARIO: 1. Premisas iniciales. 2. Algoritmos, igualdad y no discriminación. 3. Algoritmos e igualdad de género. 4. Reflexiones finales. 5. Referencias bibliográficas.

1. PREMISAS INICIALES

Es un hecho que la revolución tecnológica ha generado profundos cambios en la vida cotidiana de las personas en la sociedad contemporánea. El desarrollo de las tecnologías ha supuesto un cambio civilizatorio como lo fue la aparición de la imprenta en la edad media. Se han convertido, como ocurrió entonces mediante la difusión del conocimiento, en un poderoso instrumento de transformación social y cultural. En este nuevo contexto digital, la opción constitucional por ordenar el poder y la convivencia mediante fórmulas que limiten el ejercicio del poder y logren garantizar los derechos pasa por tomar consciencia de la existencia de nuevas desigualdades en la realidad y su enorme potencial como «agente de cambio social»¹. La tecnología y los sistemas de información particularmente, se han convertido en un mecanismo de reordenación social proporcionando nuevas oportunidades para las personas, pero también un nuevo factor para la existencia de desigualdades sociales y econó-

¹ CABO MARTÍN, C. de; *Desigualdad real y constitucionalismo crítico*, CEPC, Madrid, 2021, p. 152.

micas entre los individuos y los grupos sociales². Por tanto, es necesario identificar y analizar este nuevo factor transformador de la realidad, desde un enfoque crítico y constitucional donde la igualdad, y sobre todo, la desigualdad tienen una naturaleza determinante para el progreso y el cambio social.

Sobre los postulados de un constitucionalismo crítico que subraya las desigualdades sociales y los factores que las acentúan y que, por tanto, deben ser corregidos para lograr la justicia social transita la trayectoria académica y profesional de la profesora M.^a Luisa Balaguer. Su firme compromiso con el feminismo en la actividad investigadora y profesional es un ejemplo de inquebrantable acción transformadora en defensa de la igualdad de género. La lucidez de sus crónicas de legislación europea publicadas desde hace dos décadas en la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, sus aportaciones a la teoría feminista cuestionando categorías conceptuales aparentemente asépticas que impactan en la comprensión y la práctica jurídica³ o sus publicaciones sobre interpretación constitucional, ahora vinculada con la verdad⁴, aciertan en el método, los instrumentos y los principios para alcanzar objetivos clásicos que deben afrontarse con nuevos paradigmas. Y es que, en efecto, en este progresivo avance tecnológico, la inteligencia artificial nos sitúa ante nuevas tensiones en los procesos jurídicos y desafíos para mantener la solidez de los sistemas de protección de los derechos y la igualdad.

Para abordar el objeto de este análisis sobre el impacto de la inteligencia artificial desde una perspectiva de género conviene no obstante recordar algunas premisas básicas del constitucionalismo y de su vinculación con la protección de la igualdad y los derechos y contextualizarlo en el mundo digital. Es

² CASTELLS, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Siglo XXI Editores, México, 2002.

³ Una mínima referencia a su abundante producción científica sobre esta temática nos conduce a sus libros *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en un estado social*, Cátedra, 2017; *Igualdad y Constitución Española*, Madrid, Tecnos, 2010; *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género* Cátedra, 2005. O sus artículos más recientes «La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona», *IgualdadES*, núm 10, 2024, pp. 261-288; «El movimiento feminista en España: influencias de los modelos americanos y europeos», *IgualdadES*, núm 1, 2019, pp. 19-42; «El feminismo de hoy» y «Feminismo y utopía», publicados en *Paradigma: revista universitaria de cultura*, núms. 22 (2019) y 19 (2016), pp. 90-93 y 140-143 respectivamente. Igualmente su contribución dogmática en «Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario», *Revista de Derecho Político*, núm. 73, septiembre-diciembre 2008, pp. 71-100; o sus contribuciones en el Boletín de información y análisis jurídico *Artículo 14, una perspectiva de género* durante el periodo 1999-2011.

⁴ Al respecto su obra *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico* con prólogo de Peter Häberle Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Boletín Oficial del Estado, BOE, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, publicada por Tecnos en una primera edición de 1997, o su obra *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, Cívitas, 1990. BALAGUER CALLEJÓN, F., y BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L. *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, Aranzadi, Pamplona, 2023.

sabido que la exigencia de garantizar los derechos ha llevado al movimiento constitucionalista a buscar constantemente la manera de adaptar los mecanismos de control y limitación del poder. La creciente importancia de la tecnología digital en la sociedad contemporánea ha conferido un extraordinario poder a actores no estatales, como las grandes empresas multinacionales y las organizaciones transnacionales que poseen, comercializan o gestionan esta tecnología, en detrimento de los actores constitucionales tradicionales⁵. La tecnología digital genera grandes beneficios en la vida cotidiana de muchas personas, pero también supone riesgos para el disfrute pleno y la garantía de los derechos fundamentales. Estos cambios pueden interpretarse globalmente como una alteración del equilibrio constitucional entre los poderes y las relaciones sociales cuyo ajuste adquiere una doble proyección. Por un lado, la actualización de los controles y las garantías jurídicas ante la aplicación de sistemas inteligentes es determinante en términos constitucionales, pero también lo es la adaptación de la cultura constitucional al nuevo escenario digital.

En el actual escenario tecnológico, la relación entre Constitución e inteligencia artificial y, en segundo término, la relación entre los derechos fundamentales y los algoritmos, suele plantearse con interrogantes que, formulados de diverso modo, conducen a la esencia del constitucionalismo: ¿cómo limitar el poder tecnológico, para garantizar la igualdad, la libertad y los derechos fundamentales? ¿Qué respuesta debe o puede ofrecer la lógica constitucional aplicada a un mundo digital para la protección de los derechos fundamentales frente a la IA? ¿Cómo regular los algoritmos para garantizar el contenido constitucional de los derechos? Las respuestas suelen conducir a la necesidad de regular los usos, controles y límites de los sistemas inteligentes en un nuevo momento del movimiento constitucional, el constitucionalismo digital, que emerge ante los desafíos producidos por la tecnología digital, y que reacciona con medidas normativas que logren restablecer el equilibrio constitucional. Y es que, los parámetros e impulsos que alimentan la revolución tecnológica con sus indudables ventajas, no comparten la lógica constitucional, ya que el respeto a la dignidad humana, la igualdad, la protección de los derechos y la democracia han sido el eje de construcción y desarrollo del constitucionalismo.

Los beneficios que los sistemas de inteligencia artificial incorporan en sus múltiples aplicaciones y los avances que suponen para el éxito de diversas

⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F., *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 1.ª edición 2022; Del mismo autor, «La cultura constitucional en la era digital» en Pérez Collados, J. M. (coord.), *La cultura jurídica en la era digital*; Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 35-55; ID: «Inteligencia artificial y cultura constitucional» en Balaguer Callejón, F., et alii (coord.) *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, 2023, pp. 41-66.

facetas del desarrollo humano (artísticas, laborales, educativas, medioambientales, judiciales o policiales) son numerosos. También plantean interrogantes teóricos y prácticos que desde una perspectiva jurídica y constitucional, muestran los cada vez más numerosos estudios dogmáticos centrados en esta problemática⁶. En particular, la aplicación de modelos algorítmicos con funciones cognitivas y perceptivas antes reservadas al pensamiento, el juicio y la razón humana⁷, plantea cuestiones relativas a sus límites y controles para garantizar los derechos y proteger los presupuestos de la democracia y el Estado de Derecho. Los riesgos del llamado «poder decisorio» de la inteligencia artificial en el ámbito de las relaciones humanas son significativos y los mecanismos de control jurídico deben funcionar como garantías sólidas de los derechos fundamentales. Con la inteligencia artificial surgen peligros como los sesgos algorítmicos, la ampliación de las desigualdades sociales mediante una nueva brecha social, ahora digital, o las dificultades para distinguir la certeza de los resultados de la intervención de la voluntad humana consciente y deliberada particularmente con la inteligencia artificial.

Es evidente que la tecnología está mostrando un enorme poder transformador de la realidad y un potencial impacto en la dignidad, los derechos de la persona y la democracia. Por eso no resulta irrelevante para el derecho y, en particular, para el derecho constitucional. Son muchos los derechos que pueden verse afectados, singularmente los derechos a la igualdad y no discriminación, libertad y la seguridad, la identidad personal y la esfera privada de las personas, así como los derechos de participación política en su dimensión individual y colectiva. Así ha sido advertido con la claridad y el rigor que define la obra de la profesora Balaguer que tratamos de seguir en estas páginas, tanto en la perspectiva constitucional como en el compromiso académico del análisis de los problemas. En particular, en este estudio se pretende subrayar el potencial efecto lesivo que una aplicación descontrolada o irracional de los sistemas algorítmicos produce en las posiciones de igualdad de las personas y,

⁶ Al respecto, entre otros, RODOTÀ, S. «Una Costituzione per Internet?» *Politica Del Diritto* núm. 3, pp. 337-351, 2010; SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., «El Derecho Constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la Inteligencia Artificial como objeto constitucional», *Estudios de Derecho. Universidad de Deusto*. Vol. 64/2, julio-diciembre, 2016; CELESTE, E., «Digital constitutionalism: a new systematic theorisation», *International Review of Law, Computers & Technology*, núm. 33:1, pp. 76-99, 2019, DOI 10.1080/13600869.2019.1562604. BALAGUER CALLEJÓN, F., *La constitución del algoritmo*, op. cit.; in totum. Del mismo autor, «La cultura constitucional en la era digital» op. cit. pp. 35-55; ID: «Inteligencia artificial y cultura constitucional» op. cit. pp. 41-66.

⁷ Según la definición de LESLIE, D.; BURR, Ch.; AITKEN, M.; COWLS, J.; KATELL, M., & BRIGGS, M., como «algorithmic models that carry out cognitive or perceptual functions in the world that were previously reserved for thinking, judging, and reasoning human beings» Guía *Inteligencia artificial, derechos humanos*, democracia y estado de derecho, Council of Europe - The Alan Turing Institute, 2021, p. 8.

de manera más incisiva en las mujeres, consolidando estereotipos de género en lugar de erradicarlos o neutralizarlos. Ese es, o debería ser, el camino para avanzar en la sociedad ahora digital.

2. ALGORITMOS, IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En la sociedad digital, la igualdad o, mejor, la desigualdad se acentúan y manifiestan de distinto modo. En las relaciones sociales, el individuo se encuentra en una posición más debilitada frente a las empresas tecnológicas cuya acción invade nuestras vidas, nuestras conciencias y nuestros estados de ánimo. Desde la visión crítica del constitucionalismo que se defiende es preciso reclamar, también en este contexto digital, la incorporación en condiciones de igualdad de todas las personas y los grupos sociales en todos los ámbitos (públicos y privados) de desarrollo de la vida. Es preciso tomar consciencia de la ruptura de la realidad (física y virtual) que se ha producido y con ella, la quiebra de una idea común, compartida, de la noción de igualdad, la segunda de las cinco rupturas de las que se refiere F. Balaguer, entendida no sólo como no discriminación, sino vinculado a la acción transformadora del poder público para lograr mayores y mejores condiciones de vida de las personas⁸. Se trata de una fragmentación social (cultural) que nos debilita como sujetos en el espacio digital. Por eso el Derecho debe reaccionar, debe regular los nuevos espacios de desarrollo social y utilizando la igualdad (las desigualdades) como actor transformador y fortalecer las posiciones subjetivas y los derechos reconocidos en el orden jurídico.

La dimensión prestacional que define un modelo de ordenación de la convivencia mediante las fórmulas constitucionales que buscan lograr mayores niveles de igualdad social, debe evitar que la transformación de la realidad involucre en logros ya consolidados. La opción constitucional por un modelo social introdujo modificaciones determinantes en el sujeto de los derechos. De este modo, se evidencia la relevancia jurídica de la desigualdad y de los llamados «sujetos débiles»⁹. El Estado, mediante el Derecho interviene en la realidad quebrando el formalismo universal y abstracto del sujeto a favor del

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F., *La constitución del algoritmo*, op. cit. pp. 60 ss.

⁹ CABO MARTÍN, C. de, «El sujeto y sus derechos», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7, 2001, pp. 117-136; Sobre la relevante aportación de tesis desde la perspectiva de BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., «El sujeto débil en la doctrina de Carlos de Cabo», *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, García Herrera, M. A.; Asensi Sabater, J., y Balaguer Callejón, F. (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 339-368.

reconocimiento su diversidad y subjetividad. Desde esta visión la desigualdad de género es la expresión de una desigual distribución en los modos y formas de producción entre mujeres y hombres ¹⁰ que se consolida secularmente en las relaciones y el reparto del poder político y social y que se proyecta también en la sociedad digital mediante las nuevas brechas sociales y digitales. Como ha advertido el profesor C. de Cabo. «Si ahora el poder está y circula por la red, el desigual acceso a la misma, a sus medios tecnológicos, a la información y comunicación que proporciona, es una obviedad, pero también una contundente realidad, se produce un enorme desequilibrio social, con influencia decisiva en la dinámica, en el conflicto. Porque si, como insiste, el poder está en la red, quiere decirse que el conflicto, aunque se origine en las relaciones socioeconómicas, se sustancia en la red generando una dificultad nueva» ¹¹. No parece pues admisible que el cambio de dimensión, de la física a la virtual, nos haga tolerar tratamientos discriminatorios dirigidos contra personas o grupos sociales que en el espacio físico consideramos ya intolerables.

Pero la garantía de la igualdad en la era de la inteligencia artificial se extiende también, como hemos recordado, a nuevas problemáticas derivadas de los riesgos que plantean los sesgos técnicos y sociales que incluyen desigualdades históricas y contemporáneas estructurales como la discriminación por sexo, origen étnico, cultura, creencias religiosas, edad, capacidad económica... Se trata de un problema adicional no derivado de los datos utilizados para entrenar el sistema o tomar decisiones, sino de las diferentes actividades relacionadas con el ciclo de vida de los sistemas algorítmicos. Y ello, normalmente en las fases de diseño, programación o aplicación del sistema, que reproducen o añaden de forma inadvertida o intencionada, perfiles o sesgos discriminatorios atendiendo a rasgos físicos, emocionales o comportamentales ¹², quebrantando por tanto, las normas de derecho interno e internacional de protección de la igualdad ¹³. De hecho, el objeto de las recientes normas europeas e internacionales de protección de los derechos centra su atención de manera

¹⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución española*, op. cit. pp. 140 ss.

¹¹ CABO, C. de; *Desigualdad real y constitucionalismo crítico*, CEPC, Madrid, 2021, p. 152; Vid. Igualmente, el último acercamiento a esta problemática por el autor en *Dinámica social-estática constitucional en la fase actual desde el constitucionalismo crítico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024

¹² *Rapport explicatif* al Convenio marco del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos la democracia y el Estado de Derecho –STCE 225– Vilnius.5.IX.2024. <https://rm.coe.int/1680afae67>, en su versión en francés, párrafo 76.

¹³ Desde nuestros parámetros de protección habría que invocar el contenido del artículo 14 del CEDH y de la Constitución español, así como los artículos 20 a 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE.

singular en la protección de la igualdad y el control de los sistemas frente al perfilado que reproduzca estereotipos discriminatorios.

Un claro ejemplo es el artículo 14 del convenio marco del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho cuya redacción se limita no solo a impedir cualquier expresión de trato desfavorable sin justificación objetiva y razonable sobre la base de sistemas algorítmicos, sino el compromiso de que los Estados, en este nuevo entorno, adopten nuevas medidas que permitan superar desigualdades históricas y persistentes de acuerdo con sus compromisos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos¹⁴. Porque, insistamos, la elección de los datos y la configuración de los algoritmos con datos predefinidos y determinados perfiles sobre tipos (fenotipos) de personas y comportamientos (movimientos, modo de caminar, gestos) predeterminan un resultado de acuerdo con un objetivo definido y cuyos resultados pueden ser discriminatorios.

Es claro que los algoritmos no son neutros y se orientan al logro de objetivos concretos. La información sobre características físicas o de comportamiento de los individuos puede tener un alto potencial discriminatorio. Aunque, en un sentido inverso, también pueden reducir los prejuicios y eliminar factores de discrecionalidad humana¹⁵. Pueden servir a las empresas y las administraciones públicas para ofrecer servicios o prestaciones en condiciones distintas reproduciendo o multiplicando sesgos discriminatorios. Por eso la cuestión de los sesgos algorítmicos ocupa y preocupa de manera destacada los análisis sobre los potenciales riesgos de la utilización de sistemas inteligentes en los más diversos sectores tanto del espacio público como del privado. En el ámbito de regulación del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial, el convenio marco incorpora un elenco de motivos de no discriminación relacionados con las características personales de los individuos, su condición o pertenencia a un grupo, incluidos en el corpus jurídico aplicable según la interpretación de la jurisprudencia y la de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos¹⁶. En el seno de la Unión Europea, la preocupación por garantizar la

¹⁴ *Ibidem* párrafo 77. Para un mayor desarrollo *vid.* GALERA VICTORIA, A., «Inteligencia artificial, biometría y tutela de derechos a la luz del convenio marco del Consejo de Europa y la jurisprudencia del TEDH», en Balaguer Callejón, F., y Escajedo San Epifanio, L. (dirs), *Vigilancia biométrica masiva, inteligencia artificial y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2024.

¹⁵ Al respecto, PRESNO, M., *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 65-66.

¹⁶ Conforme al artículo 17: Article 17 – Non-discrimination La mise en œuvre des dispositions de la présente Convention par les Parties est assurée sans discrimination fondée sur quelque motif que ce soit, conformément à leurs obligations internationales en matière de droits de l’homme. El significado de discriminación en el artículo 17 es idéntico al establecido en la legislación internacional aplicable, como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 2 del Pacto Internacional de

igualdad y, especialmente, frenar los riesgos de los sesgos discriminatorios lleva a identificar y definir como «factor de riesgo grave» la utilización de sistemas inteligentes que incluyan datos vinculados a factores de vulnerabilidad de un grupo de personas asociadas a su edad, etnia, discapacidad, sexo, situaciones sociales o económicas concretas o en definitiva que consoliden situaciones de discriminación.

Las prohibiciones fijadas en el artículo 5.1 del Reglamento europeo sobre inteligencia artificial¹⁷, pretenden frenar la comercialización, puesta en servicio o el uso de sistemas algorítmicos que utilicen de manera directa o subliminal o exploten cualquier vulnerabilidad física o de grupo de las personas que puedan condicionar o distorsionar una decisión o comportamiento humano y con ello, producir un efecto negativo o dañino en las personas o grupos. Se prohíben pues prácticas manipuladoras de la autonomía de la voluntad o la libertad de elección o decisión realizadas mediante interfaces máquina-cerebro o realidad virtual con las que se alcanzan un mayor grado de control de los estímulos humanos que pueden distorsionar su comportamiento con efectos muy perjudiciales. Asimismo, se prohíben sistemas inteligentes de puntuación social dirigidos a la evaluación o clasificación de personas físicas o grupos en función de su comportamiento social o de sus características personales o de personalidad que generen un trato perjudicial o/y desfavorable 1) en contextos sociales que no guardan relación con los contextos en los que se generaron o recopilaban originalmente los datos; 2) injustificado o desproporcionado en relación con su comportamiento social o su gravedad¹⁸. Los sistemas de puntuación social son objeto de prohibición expresa en la medida en que pueden reproducir sesgos y resultados discriminatorios y excluyentes de personas o grupos. Y es que, como expresa el considerando 31 del Reglamento europeo sobre inteligencia artificial¹⁹, este tipo de prácticas son singularmente lesivas de la dignidad y las

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo n.º 12, el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de San José. Vid. *Rapport explicatif* – STCE 225 párrafos 113 y 114 en concurrencia con párrafos 72 y 73.

¹⁷ Vid. Artículo 5.1 subapartados a) y b) *Artificial Intelligence Act* (Reglamento (UE) 2024/1689), Diario Oficial de 13 de junio de 2024. Expediente interinstitucional: 2021/0106(COD). Sobre esta regulación vid. en la doctrina Barrio Andrés, M. (coord.) *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024; Igualmente, PRESNO LINERA, M. A., «La prohibición, en el reglamento europeo de inteligencia artificial, de los sistemas que evalúan y clasifican a las personas con efectos discriminatorios» en Balaguer Callejón, F., y Escajedo San Epifanio, L. (dirs), *Vigilancia biométrica masiva, inteligencia artificial y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2024.

¹⁸ Artículo 5.1 apartado (c) Reglamento de Inteligencia Artificial (Reglamento (UE) 2024/1689).

¹⁹ Cfr. Reglamento de Inteligencia Artificial, *considerando 31*, <https://artificialintelligenceact.eu/recital/31/>.

exigencias de igualdad y no discriminación y con ello, de los valores de justicia e igualdad.

Especial consideración merece la aplicación de la prohibición de la evaluación del riesgo de comisión de delitos apoyada exclusivamente en perfiles o rasgos físicos o de la personalidad de las personas. Queda a salvo de tal prohibición la utilización de los algoritmos cuando sirvan para apoyar una evaluación humana previa realizada sobre la base de hechos objetivos o verificables²⁰. Y es que, la presunción de inocencia como principio esencial del sistema de principios y valores del Estado de Derecho que sostienen la Unión Europea no debe quebrar por la aplicación de la inteligencia artificial en los procesos de investigación y persecución de actos delictivos²¹. El perfilado de personas basados exclusivamente en rasgos físicos o de personalidad, o en su comportamiento o vestimenta que indiquen origen, creencias religiosas, ideología, vida u orientación sexual o capacidad económica o cualquier otros datos que pueda ser motivos de tratamiento discriminatorio debe ser desechado de las labores de predicción o investigación de actividades delictivas.

En definitiva, la inteligencia artificial desarrolla un enorme y dinámico poder transformador de la realidad mediante diferentes aplicaciones en los más diversos ámbitos de interés social con efectos positivos en una sociedad en proceso de cambio. Sin desconocer sus ventajas, desde el derecho hemos de subrayar los peligros que presenta un desarrollo descontrolado o puramente mercantilista de la aplicación de sistemas inteligentes. La inteligencia artificial y su capacidad para acceder a todos los ámbitos de desarrollo del ser humano están poniendo en juego valores y principios constitucionales esenciales y espacios para la protección de los derechos de las personas. Este nuevo contexto, con nuevos paradigmas culturales y territoriales el Derecho se enfrenta a la *hidra digital* con instrumentos jurídicos renovados que tratan de combinar medidas flexibles ante el dinamismo y complejidad del objeto de regulación y precisas y eficaces en la respuesta y cuyo centro de regulación son los datos, personales y algorítmicos²². El marco regulatorio actual a nivel internacional y europeo ha

²⁰ Artículo 5.1 apartado (d) la comercialización, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de un sistema de IA para realizar evaluaciones de riesgo de personas físicas con el fin de evaluar o predecir el riesgo de que una persona física cometa un delito, basándose únicamente en el perfil de una persona física o en la evaluación de sus rasgos y características de personalidad; esta prohibición no se aplicará a los sistemas de IA utilizados para apoyar la evaluación humana de la implicación de una persona en una actividad delictiva, que ya se basa en hechos objetivos y verificables directamente relacionados con una actividad delictiva;

²¹ Cfr. Reglamento de Inteligencia Artificial, *considerando* 42, <https://artificialintelligenceact.eu/recital/42/>

²² Al respecto, *vid.* JOVE VILLARES, D., «La importancia de los contextos. Datos personales y tratamiento». *Nuevos horizontes del Derecho Constitucional*, núm. 4, 2023, pp. 5-23; Para un mayor desarrollo

centrado su interés más reciente en adecuar la respuesta jurídica al nuevo contexto digital. El interés jurídico se proyecta sobre los efectos negativos de la aplicación de sistemas inteligentes sobre las personas, en puridad, sobre sus datos personales y su tratamiento. Sensibles o no, los datos revelan información de las personas por lo que su tratamiento no resulta indiferente para el derecho, particularmente para la igualdad y las protección de los derechos. La normativa internacional y europea examinada ha previsto cautelas y prevenciones frente al perfilado condicionado o sesgado de los datos algorítmicos. No obstante, las manifestaciones del tratamiento algorítmico discriminatorio se proyectan de diversos modos y con un mayor impacto sobre los sujetos débiles, donde la vulnerabilidad frente al acceso, conocimiento y uso de sistemas inteligentes o la protección frente a sus efectos lesivos son mayores. En las páginas que siguen centraremos nuestra atención en la posición de las mujeres en el nuevo entorno digital donde el tratamiento de los datos y la brecha digital ofrece unos resultados más desfavorables para la igualdad entre mujeres y hombres. La conciencia de esta nueva realidad desde una perspectiva de género sitúa en el centro del objeto de nuestra atención las exigencias de garantizar las posiciones de igualdad de las mujeres en el escenario digital.

3. ALGORITMOS E IGUALDAD DE GÉNERO

Como bien expresó Bauman, vivimos en *tiempos líquidos*, en sociedades flexibles, abiertas y dinámicas en las que las estructuras sociales no logran asentarse y la incertidumbre se instala en el poder y la política²³. En la secuencia lógico-histórica de los derechos, en esa progresiva conquista de los derechos individuales primero, políticos y de participación política y los derechos sociales imprescindibles para lograr los derechos políticos²⁴ a los que se unen los derechos de solidaridad, ahora se completa con nuevos derechos, los derechos digitales y nuevos *perfiles digitales* de los ya consolidados. La globalización nos ha conducido hacia una nueva comprensión del mundo marcada por la universalidad y digitalización de los derechos.

Como en épocas anteriores estamos ante el resultado de movimientos sociales que logran conquistar o consolidar nuevos derechos antes impulsados por corrientes de pensamiento específicos como el pacifismo, el ecologismo o

vid. ID *La protección de lo sensible, o cuando la naturaleza del dato no lo es todo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

²³ BAUMAN, Z., *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Tusquets, Barcelona, 2007.

²⁴ *Ibidem*, pp. 92-96.

el feminismo²⁵. Centrándonos en este último, desde su surgimiento a finales del siglo XIX en el marco del movimiento sufragista, el feminista es uno de los movimientos sociales que más logros y luchas por la conquista de la igualdad se han librado con mayores éxitos. No obstante, este mundo abierto, cambiante y dúctil abre nuevas fallas y retos para garantizar la igualdad y frenar los efectos negativos de la aplicación de la tecnología en el desarrollo humano, particularmente incisivo en la vida de las mujeres.

Conviene recordar que la actual fase del feminismo se caracteriza por su reconfiguración como feminismo teórico a partir de su progresiva intelectualización y la manifestación de una teoría feminista del Estado²⁶. Desde la primera vertiente, el feminismo actual promueve la construcción de la mujer como sujeto de derechos, desde la segunda, el feminismo del Estado que identifica la existencia de un sistema patriarcal, busca regular los derechos de las mujeres de un modo más amplio y profundo para corregir las circunstancias de discriminación, pero también abordar acciones positivas de igualdad que conduzcan a la igualdad real con los hombres²⁷. Sobre los avances que gracias al legado del feminismo jurídico se han alcanzado en defensa de la igual posición de las mujeres y los hombres en el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales, el feminismo actual se encuentra con nuevos retos sociales y jurídicos²⁸. Así, junto a la necesidad de apuntalar de nuevo, logros conseguidos y evitar involuciones en el disfrute de derechos de las mujeres, en la sociedad digital, la teoría feminista y el feminismo jurídico debe advertir de los nuevos factores de desigualdad y promover la protección de las mujeres frente a la discriminación algorítmica y las agresiones a sus derechos. La necesidad de romper la desigualdad de género, de cambiar el modelo de relación entre mujeres y hombres en todos los espacios la vida en sociedad, como siempre ha defendido la profesora Balaguer, es ahora aún más apremiante en un mundo digital y una sociedad patriarcal dominada por algoritmos.

²⁵ Al respecto afirma el profesor FERRAJOLI, L., «La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas», en «Sobre los derechos fundamentales», texto disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>.

²⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., «El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos» *IgualdadES*, 1, 2019, 19-42. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.01>.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Juristas contemporáneas y su legado: aquellas mujeres, estas mujeres», *IgualdadES*, 4, 11-41, 2021, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.4.01>

La Inteligencia Artificial nos sitúa pues, ante un nuevo cambio en el escenario de la sociedad digital. La elección de datos y la configuración de los algoritmos con datos predefinidos con determinado un sesgo (de género, de raza, de capacidad económica...) predetermina un resultado de acuerdo con un objetivo económico (empresarial, comercial) o público, (control de fronteras, seguridad nacional), que puede ser contrario a los principios y valores constitucionales, a la igualdad y los derechos de las personas²⁹. Por eso, resulta determinante que los sistemas inteligentes respeten los derechos fundamentales en general, y de manera explícita los modelos atiendan al principio de igualdad y no discriminación de las mujeres.

Y es que parece difícil objetar que la aplicación de la IA está reproduciendo los sesgos de discriminación estructural desarrollados secularmente por el patriarcado³⁰. Es cierto que, en un sentido positivo, el uso de la inteligencia artificial puede convertirse en una poderosa herramienta de empoderamiento³¹. Pero también lo es que en el contexto digital los derechos y las posiciones de las personas y grupos más vulnerables se ven aún más debilitados dada la proliferación y multiplicación de canales de información y comunicación potencialmente lesivos y por las deficiencias de controles y garantías de protección. Sin embargo, es evidente que en un espacio constitucional democrático no son admisibles actos discriminatorios por razón de sexo, (etnia, opinión, creencias o cualquier otro origen) procedan del medio o instrumento (analógico o virtual) del que procedan. No son admisibles actos lesivos de la igualdad entre mujeres y hombres y degradantes de colectivos minoritarios o vulnerables. Entonces ¿Por qué admitir que en el espacio digital se produzcan retrocesos en la vigencia de valores y principios esenciales como puede ser la igualdad? ¿Podemos admitir que el uso de las tecnologías, la configuración de algoritmos para una finalidad comercial, económica, de seguridad, pueda incorporar datos con sesgo de género o condiciones lesivas o restrictivas de derechos? La respuesta negativa es obvia.

Y es que como hemos recordado en páginas anteriores, el dominio de la tecnología en la sociedad actual ha producido una ruptura de la idea comparti-

²⁹ BALAGUER, F., *La Constitución del algoritmo*, op. cit. p. 34 y 40. Del mismo autor «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm 32, 2019, texto disponible en https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm también publicado en HÄBERLE, P.; BALAGUER CALLEJÓN, F.; SARLET, I. W., y AGUILAR CALAHORRO, A., *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel. Libro homenaje a Jörg Luther*. Civitas-Thomson, 2020, pp. 107-112.

³⁰ SENENT VIDAL, M. J., y VENTURA FRANCH, A., «Inteligencia artificial e igualdad de mujeres y hombres: una regulación jurídica necesaria. Especial referencia al proyecto de reglamento europeo» en *IgualdadES*, 10, 2024, pp. 45-71 doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.02>, p. 54.

³¹ *Ibidem*, p. 48.

da de igualdad que conecta las exigencias de tratamiento igualitario de todas las personas y grupos con la existencia de desigualdades y su poder transformador de la realidad en una necesaria búsqueda de la igualdad real y efectiva. La conciencia de la desigualdad y de la desigualdad de género en particular, es absolutamente necesaria para abordar los retos jurídicos actuales y futuros en un nuevo contexto donde las causas y circunstancias de trato discriminatorio han multiplicado sus manifestaciones y efectos negativos. El activismo jurídico a favor de la igualdad real no sólo se enfrenta a nuevos factores que debilitan logros ya consolidados, sino que debe contribuir al proceso de transformación de la realidad digital, fijando las posiciones de igualdad individual y colectiva y corrigiendo las desigualdades en este nuevo escenario abierto a continuos cambios.

Es claro que las nuevas tecnologías tienen un enorme potencial de transformación social, pero también una enorme capacidad para acrecentar las desigualdades e involucionar en espacios de igualdad ya conquistados en la realidad física. Desde una visión optimista, el potencial transformador de los algoritmos y las tecnologías permite empoderar a mujeres y niñas mediante la creación de empleos y oportunidades de negocio, la prestación de servicios públicos o la generación de estrategias para mitigar o afrontar nuevos retos del mundo actual derivados del cambio climático o las emergencias con origen en fenómenos naturales o sanitarios. Pero también es preciso eliminar y atender otras manifestaciones de la desigualdad y la discriminación de género de singular relevancia social, política y jurídica que, por sí solas, merecerían un tratamiento específico mucho más profundo de las pretensiones de este estudio. Se trata de la proyección de la violencia contra las mujeres en el espacio digital con manifestaciones como la cosificación femenina, el sexting, la pornografía digital, el acoso sexual o la invasión de la privacidad a través de las redes sociales o medios digitales cuya difusión en tiempo y espacio y sus cámaras de eco revierten consecuencias atroces para las mujeres³². Un mínimo repaso sobre estas diversas expresiones del impacto del desarrollo tecnológico en las mujeres y sus derechos arroja una conclusión inmediata poco optimista sobre el nuevo orden social. No obstante, una vez identificados los problemas, tratemos de revertir los riesgos y aprovechar el contexto digital para lograr la igualdad real y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas.

³² Aránguez Sánchez, T., y Olariu, O., (coord.) *Feminismo digital violencia contra las mujeres y brecha sexista en Internet*, Dykinson, 2021, en especial, pp. 381 en adelante. Sobre esto igualmente, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N., «Discriminación por razones de género: el concepto «género» en el «ordenamiento jurídico penal español» *IgualdadES*, 1, pp. 159-183, 2019, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.05>.

Por otro lado, es igualmente imprescindible cerrar la brecha digital entre mujeres y varones, brecha aún más amplia en los países de rentas más bajas, de modo que las mujeres accedan y disfruten en condiciones de igualdad de las herramientas digitales y del desarrollo tecnológico (Informe ONU 2020) ³³. Pues, como hemos advertido, la protección de la igualdad de género frente a la aplicación de la inteligencia artificial se conecta directamente con la cuestión de los sesgos, pero no sólo. En el contexto tecnológico el efecto sobre la desigualdad de género tiene lugar a través de la llamada «brecha digital de género», concepto que designa la nueva forma de la desigualdad entre mujeres y hombres ³⁴ y que se manifiesta de muy diversas formas y espacios.

Es ineludible educar y formar en igualdad en el acceso, la creación y aplicación de los avances tecnológicos, particularmente en un contexto modificado por los algoritmos. La ética y la democracia nos sitúan ante la necesidad de fomentar una cultura tecnológica de género y adoptar medidas educativas, laborales y políticas reductoras de la brecha digital ³⁵. Esta constatación nos sitúa ante la necesidad de garantizar la educación y la formación tecnológica de las mujeres y niñas y con ello, salvar la nueva brecha que se abre para ellas en un entorno algorítmico. La educación continúa siendo una de las áreas con mayores brechas de género, donde la segregación por sexos en la elección de formación específica resulta evidente. La realidad y el futuro, si no se identifica y aborda el problema es abrumadoramente negativo pues a la edad de 15 años menos del 1 % de las niñas frente al 8 % de los niños en la OCDE aspiran a convertirse en profesionales de las tecnologías de la información y la comunicación ³⁶. En la infancia y adolescencia es el periodo de la vida en que se forman y conforman las vocaciones y los proyectos profesionales para el futuro. Por eso, es esencial centrar el foco de atención y los esfuerzos colectivos e individuales, de la acción pública y privada, en reorientar un sistema educativo que desplaza a las niñas de la adquisición de competencias y habilidades necesarias para el desarrollo de sus vidas y tan determinantes para su futuro tecnológico y del conjunto de la sociedad.

³³ Informe 25 años Beijing, texto disponible en <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2020/03/womens-rights-in-review>.

³⁴ ARENAS RAMIRO, M., «Brecha digital de género. La mujer y las nuevas tecnologías», *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV*, 2011, pp. 97-125.

³⁵ *Ibidem*, pp. 109 y 117-119.

³⁶ Informe OECD, *Gender equality and digital transformation*, 2024 <https://www.oecd.org/en/topics/gender-equality-and-digital-transformation.html> Igualmente, vid. UNESCO *Descifrar el código: la educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)*, 2019 Documento disponible en Extraído de: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366649>.

De acuerdo con la realidad actual, también es preciso advertir la desigualdad de género que genera la exclusión de las mujeres en el empleo, la innovación y el liderazgo tecnológico. Es evidente la brecha abierta entre mujeres y hombres en el acceso y desarrollo de actividades laborales en el ámbito de las tecnologías³⁷. La promoción y el fortalecimiento del empleo de las mujeres en todos los niveles del sector tecnológico mediante medidas concretas resulta determinante. Hay que subrayar el impacto de género que tiene el desarrollo y aplicación de la inteligencia artificial en el acceso al mercado laboral, el rol y las oportunidades de las mujeres en el empleo generado, relacionado o desarrollado por sistemas inteligentes. Tanto las mujeres como los hombres deben beneficiarse por igual de las ventajas de la inteligencia artificial.

Por ello, deben identificarse los riesgos y oportunidades asociados a las mujeres y adoptar las medidas necesarias que permitan aprovechar los beneficios de una realidad dominada por datos y modelos algorítmicos (mayor productividad, innovación y crecimiento económico) sin aumentar las desigualdades y la resistencia al progreso tecnológico³⁸. Monitorear el impacto de la IA en la actividad laboral a través de una perspectiva de género, adoptar un enfoque inclusivo para la adquisición y actualización de competencias adecuadas para trabajar con IA, incorporar los programas de formación orientada a reducir la brecha de género, adoptar criterios de contratación que priorice habilidades y exijan diversidad en los concursos de selección de personal, ofrecer opciones de trabajo flexibles o apoyar a las empresas tecnológicas dirigidas por mujeres son medidas concretas propuestas en el seno de la OCDE para reducir la brecha digital en el sector laboral³⁹. De hecho, esta organización ha subrayado la utilidad de la IA para identificar y combatir los sesgos humanos y

³⁷ Al respecto, vid. los datos suministrados y conclusiones del Estudio elaborado por Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad, VELASCO, L., (coord.) *Brecha digital de género*. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación digital. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, 2022, texto disponible en <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE2110.pdf>. Igualmente vid. MATEOS SILLERO, S., y GÓMEZ HERNÁNDEZ, C., Libro Blanco de las mujeres en el ámbito tecnológico. Secretaría de Estado para el Avance Digital. Ministerio de Economía y Empresa, 2019. Disponible en: <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/libreria/LibroBlancoFINAL.pdf>

³⁸ Policy Brief, *Algorithm and Eve: How AI will impact women at work*, OECD Publishing, 6 December 2024, París, <https://doi.org/10.1787/a1603510-en> disponible en https://www.oecd.org/en/publications/algorithm-and-eve_a1603510-en.html. Igualmente vid. M. LANE, «Who will be the workers most affected by AI?: A closer look at the impact of AI on women, low-skilled workers and other groups»: OECD Artificial Intelligence Papers, núm. 26, 31 octubre 2024, <https://doi.org/10.1787/14dc6f89-en>; en https://www.oecd.org/en/publications/who-will-be-the-workers-most-affected-by-ai_14dc6f89-en.html

³⁹ Policy Brief, *Algorithm and Eve: How AI will impact women at work*, op. cit. disponible en https://www.oecd.org/en/publications/algorithm-and-eve_a1603510-en.html.

ofrecer soluciones que permitan incorporar nuevos métodos basados en datos para fundamentar decisiones más justas e igualitarias.

Es clara la desigual participación de mujeres y hombres en las redes sociales, en el diseño, producción y aplicación de contenidos digitales como en el uso de las aplicaciones de ocio digital. La economía, los negocios y, en definitiva, el poder tecnológico esta masculinizado. La sociedad tecnológica es una sociedad dirigida y construida por varones, con herramientas diseñadas y programadas por varones para el desarrollo de las más diversas actividades de desarrollo humano⁴⁰. El lenguaje de la tecnología también es masculino. Y el uso del lenguaje es expresivo del pensamiento y de una realidad social y cultural, por eso importa⁴¹. El lenguaje no es neutral, el uso del masculino genérico perpetúa la dominación masculina⁴² lo que claramente sucede en un nuevo contexto tecnológico acaparado por varones donde la mujer vuelve a ser desplazada a espacios muy secundarios o auxiliares o directamente discriminada por los sistemas algorítmicos.

En efecto, el espacio tecnológico y los modelos algorítmicos consolidan o acrecientan la desigualdad y la discriminación por sexo por ejemplo cuando se vinculan palabras o frases relativas a logros y actividades de liderazgo tales como diseñar, realizar, crear o gestionar a actividades realizadas por hombres mientras que las ligadas a tareas asistenciales, afirmativas o expresivas de emociones, (como ayudar, asentir o afirmar, sonreír o llorar) se identifican con actividades realizadas por mujeres⁴³. Son claros y muy criticables los ejemplos como el uso de los pronombres she/he para la asignación de tareas o roles asociados a estereotipos de género: asistenciales para *ella*, liderazgo, gestión y poder para *él*. La programación, el diseño y la enseñanza del sistema de los chatbots y los asistentes de voz feminizados reproducen sesgos de género. Las más frecuentes atienden dudas en el sector de las ventas, atención al cliente, consultas sobre información turística como *Rosi*, o *Lola* para resolver dudas o facilitar información en las universidades públicas y, cómo no, las célebres Siri

⁴⁰ A pesar de que va incrementado el número de mujeres en este sector, se mantiene un estereotipo de género pues los varones se concentran en el desarrollo de interfaz (front end), tarea mejor remunerada, mientras que las mujeres son relegadas a tareas subordinadas (back end), al respecto *id.* SÁINZ, M., ARROYO, L., CASTAÑO, C., *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos*. Instituto de la Mujer, Ministerio de Igualdad, 2020, DOI:10.30923/MujDigBreAlg-2020, pp. 59-60.

⁴¹ BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., «Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario», *Revista de Derecho Político*, núm. 73, septiembre-diciembre 2008, pp. 71-100, p. 99.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Al respecto *id.* SÁINZ, M.; ARROYO, L., y CASTAÑO, C., *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos. op. cit.* pp. 59-65.

y Alexa⁴⁴, entre otros sistemas que reproducen y consolidan estereotipos de género.

Por tanto, los sistemas algorítmicos tienen un enorme potencial para proporcionar resultados más precisos y rápidos que los que puede ofrecer la acción humana, pero no son neutros. Los algoritmos pueden contener sesgos de género que reproducen o incluso agravan estereotipos de género. Los sesgos de género se manifiestan en diversas áreas de la vida social, incluso en los contenidos de ocio digital donde es importante identificarlos y eliminarlos cuando consolidan roles y actitudes sexistas y discriminatorias. Por eso, es esencial la universalización del acceso, uso y desarrollo de la tecnología en condiciones de igualdad. Es preciso eliminar las desigualdades digitales de naturaleza social, política, cultural o económica que además tienen una dimensión de género pues debilitan la sociedad en su conjunto y quiebran la universalidad del principio de igualdad perpetuando la desigualdad y limitando oportunidades para las mujeres. En esta línea pueden ser examinadas las medidas políticas y legislativas adoptadas en los últimos años a nivel internacional y europeo.

En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio marco sobre derechos humanos, democracia y Estado de Derecho regulador de la inteligencia artificial determina un espacio de protección internacional centrado en la protección de la dignidad humana y la igualdad personal. El compromiso con un desarrollo de la inteligencia artificial compatible con los derechos humanos y, particularmente en la igualdad y no discriminación, se expresa en una regulación de un catálogo detallado de causas o circunstancias de discriminación incluidos en el acervo jurídico aplicable según la interpretación del TEDH y las normas y protocolos adoptados en el marco de esta organización internacional.

En el seno de la Unión Europea las propuestas para cerrar la brecha digital de género se enmarcan en la estrategia global asumida por los organismos internacionales para la defensa de la igualdad y el empoderamiento de las mujeres en la era digital. La igualdad de género es un principio fundamental de la Unión, consagrado en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y en el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales. La integración de la perspectiva de género es pues un principio instrumental en todas las políticas, medidas y acciones de la Unión. Con esta base, las últimas resoluciones adoptadas por el parlamento europeo sobre la garantía de los derechos y las posiciones de igualdad de las mujeres en la sociedad digital tratan de asegurar que

⁴⁴ Al respecto, *vid.* SÁINZ, M., ARROYO, L., CASTAÑO, C., *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos. op. cit.* pp. 59-65; ORTÍZ DE ZÁRATE, L., y GUEVARA GÓMEZ, A., *Inteligencia artificial e igualdad de género. Un análisis comparado entre la UE, Suecia y España*, Estudios de Progreso 101, Fundación Alternativas, 2021, en especial pp. 26-29.

las políticas relacionadas con la transición digital tengan en cuenta las necesidades específicas de género y no afecten negativamente a las mujeres y las niñas en diversos contextos⁴⁵. Las medidas horizontales enunciadas en la resolución del parlamento europeo sobre el cierre de la brecha digital de género⁴⁶, marcan el camino de acción de la Comisión y los Estados para integrar la perspectiva de género en las políticas y acciones en el contexto digital.

Se indican así, medidas dirigidas a aumentar la participación de las mujeres en el sector digital, la integración de las mujeres y niñas en la educación digital en todos los niveles, la lucha contra las desigualdades, los estereotipos y la discriminación de género y la mejora del acceso de las mujeres al mercado laboral y de sus condiciones de trabajo en las empresas de los sectores de las TIC y afines, así como en la economía digital. Se requiere la adopción de políticas horizontales que reduzcan la brecha de género a través de medidas específicas para garantizar el equilibrio de género en la contratación, liderazgo, dirección de empresas y puestos de empleo público en el sector digital.

La última manifestación del interés y compromiso de las instancias europeas por garantizar un espacio algorítmico igualitario entre mujeres y hombres se halla en la regulación sobre inteligencia artificial. Como hemos recordado en páginas anteriores el reglamento europeo aprobado en marzo de 2024, presta una atención singular a la protección de la igualdad y no discriminación. Los sesgos de género constituyen el eje de las medidas de supervisión cualificada en todas las fases de creación y aplicación de los sistemas de IA con el fin de advertir o, en su caso, corregir la presencia de estereotipos y discriminación por razón de sexo en los sistemas de IA. En particular se han concretado tres medidas de garantía de la igualdad de género muy claras: a) Formación obligatoria en igualdad y no discriminación por razón de sexo b) presencia equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones sobre la inteligencia artificial y, por último, c) sistemas de entrenamiento y vigilancia específicos a fin

⁴⁵ Vid. entre otras la Resolución, de 10 de junio de 2021 sobre la promoción de la igualdad de género en la enseñanza y las carreras relacionadas con la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas (CTIM) Textos aprobados, P9_TA(2021)0296. En el ámbito de la Lucha contra la violencia de género: la ciberviolencia vid. la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia de género: la ciberviolencia [2020/2035(INL)], Texto aprobado P9_TA(2021)0489 y disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0489_ES.pdf.

⁴⁶ Al respecto, vid. particularmente las resoluciones del Parlamento europeo de 28 de abril de 2016, sobre la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer en la era digital (DO C 66 de 21.2.2018) y la resolución, de 21 de enero de 2021, sobre el cierre de la brecha digital de género: participación de la mujer en la economía digital (DO C 456, de 10 de noviembre de 2021 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021IP0026>).

de corregir eventuales sesgos de género⁴⁷. Y es que, en definitiva, el desarrollo tecnológico en su última versión a través de la inteligencia artificial y la inteligencia artificial generativa ofrecen indudables ventajas para el desarrollo humano y beneficios productivos y económicos. Las mujeres como los hombres son los sujetos destinatarios de esos beneficios y deben ser protagonistas de los avances tecnológicos en condiciones de igualdad. Herramientas tan poderosas como los sistemas algorítmicos requieren de medidas eficaces para eliminar los sesgos y la brecha digital de género en sus diversas variantes y frenar los potenciales riesgos que un tratamiento sesgado de los datos o la tecnología pueda generar a la mitad de la población.

4. REFLEXIONES FINALES

Desde hace decenios el progreso de la humanidad ha estado ligado a movimientos sociales a favor de la igualdad y la erradicación de las desigualdades basadas en los más diversos factores: la riqueza y el capital, las relaciones subjetivas en entornos laborales, las desigualdades en entornos urbanos y rurales, y, como no, la integración de la sociedad por hombres y mujeres. La lucha por la igualdad ha sido un motor de avance social y, particularmente, el movimiento feminista ha logrado éxitos incuestionables para reequilibrar las posiciones de igualdad y los derechos de las mujeres.

Pero en la sociedad actual, en este mundo abierto, cambiante y dúctil se abren nuevas fallas y retos para garantizar la igualdad y frenar los efectos negativos del progreso tecnológico en el desarrollo humano, más desventajoso para los sujetos débiles de la sociedad. En este contexto social, digital y algorítmico, no se puede admitir el retroceso en los logros alcanzados y, en cambio, sí promover, desde nuevos parámetros, medidas que garanticen la igualdad de género. La brecha digital de género y los sesgos algorítmicos son las manifestaciones más evidentes de las distorsiones que la tecnología produce en las posiciones de igualdad de las mujeres en el nuevo espacio digital.

Identificar los problemas contribuye a la búsqueda de soluciones. Deben identificarse los riesgos de acrecentar o consolidar las desigualdades de género en entornos digitales o algorítmicos como han sido advertidos en ámbitos de la

⁴⁷ SENENT VIDAL, M. J., y VENTURA FRANCH, A., *Aplicación de la perspectiva de género a la regulación de los sistemas de inteligencia artificial*. En Gonzalez, E., y Siurana, J. C. (eds.). *Inteligencia artificial. Concepto, alcance, retos*. Valencia: Tirant Humanidades, 2024, pp. 368-370; ID: «Inteligencia artificial e igualdad de mujeres y hombres: una regulación jurídica necesaria. Especial referencia al proyecto de reglamento europeo» *op. cit.* pp. 52-53 y 65 ss.

educación y la formación, el ocio, el empleo, la innovación, la economía, el poder, la violencia. Pero también hay que identificar las oportunidades que genera y adoptar las medidas que permitan aprovechar los beneficios de la inteligencia artificial para las mujeres. De hecho, organismos internacionales y europeos ya han subrayado la utilidad de la inteligencia artificial para identificar y combatir las brechas de género y los sesgos algorítmicos y para ofrecer soluciones que permitan incorporar a la mujer de manera plena a la sociedad y evitar nuevos modos de discriminación basados en los datos.

La necesidad de garantizar la igualdad conlleva pues desafíos éticos y jurídicos en el tratamiento de los datos. Uno de los más evidentes consiste en eliminar los sesgos de género que pueden incorporarse o servir para entrenar los modelos con datos sesgados por razón de género. Pero también adquiere singular relevancia la adopción de medidas activas a favor de la incorporación de la mujer en los procesos de diseño, programación y entrenamiento de los algoritmos, así como la utilización del lenguaje de género y la garantía del acceso y disfrute de las tecnologías en condiciones de igualdad para todas las personas.

En suma, en este escenario digital dominado por los datos, donde su tratamiento es tan relevante como la información que contienen, es preciso que la sociedad en general y los operadores jurídicos en particular, sean conscientes y reaccionen frente a los nuevos ataques a los derechos que acrecientan las desigualdades de género. También, es preciso que las instituciones públicas aborden la nueva realidad con medidas que eviten y prevengan la discriminación hacia las mujeres y fomenten la igualdad real y efectiva. Solo mediante una participación en condiciones reales de igualdad en este mundo abierto y dinámico se logrará satisfacer las exigencias de una sociedad compatible con los principios y valores democráticos. Solo así se podrá responder a los desafíos que plantea la inteligencia artificial para la igualdad desde una perspectiva de género.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T., y OLARIU, O. (coords.) *Feminismo digital violencia contra las mujeres y brecha sexista en Internet*, Dykinson, 2021.
- ARENAS RAMIRO, M. «Brecha digital de género. La mujer y las nuevas tecnologías», *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV*, 2011.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. «Inteligencia artificial y cultura constitucional» en F. Balaguer Callejón *et alii* (coord.) *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, 2023.
- «La cultura constitucional en la era digital» en Pérez Collados, J. M. (coord.), *La cultura jurídica en la era digital*; Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

- *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 1.^a edición 2022.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., y BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L. *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, Aranzadi, Pamplona, 2023.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm 32, 2019, texto disponible en https://www.ugr.es/~redce/REDCE32/articulos/04_F_BALAGUER.htm
- BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L. *Igualdad y Constitución Española*, Madrid, Tecnos, 2010.
- *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género* Cátedra, Madrid, 2005.
- «El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos» *IgualdadES*, 1, 2019, 19-42. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/Ig-dES.1.01>
- *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en un estado social*, Cátedra, Madrid, 2017
- «El feminismo de hoy», *Paradigma: revista universitaria de cultura*, núm. 22, 2019.
- «El sujeto débil en la doctrina de Carlos de Cabo», *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín* / coord. por Miguel Angel García Herrera, José Asensi Sabater, Francisco Balaguer Callejón; Carlos de Cabo Martín (hom.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- «Feminismo y utopía», *Paradigma: revista universitaria de cultura*, núm. 19, 2016.
- «Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario», *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008.
- «La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona», *IgualdadES*, núm 10, 2024.
- *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Boletín Oficial del Estado, BOE, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022. (1.^a edic, 1997, en Tecnos).
- *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, Cívitas, 1990.
- BALMACEDA, T.; SCHLEIDER, T., y PEDACE, K. «Bajo observación: inteligencia artificial, reconocimiento facial y sesgos» en *Artefactos. Revista De Estudios Sobre la Ciencia y la tecnología*, núm. 10(2) pp. 21–43, 2021
- BARRIO ANDRÉS, M. (coord.) *El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024
- BAUMAN, Z. *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Tusquets, Barcelona, 2007.
- CABO MARTÍN, C. de, «El sujeto y sus derechos», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 7, 2001.

- CABO MARTÍN, C. *Desigualdad real y constitucionalismo crítico*, CEPC, Madrid, 2021.
- *Dinámica social-estática constitucional en la fase actual desde el constitucionalismo crítico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.
- CASTELLS, M. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Siglo XXI Editores, México, 2002.
- CELESTE, E. «Digital constitutionalism: a new systematic theorisation, *International Review of Law, Computers & Technology*, núm. 33:1 2019, DOI 10.1080/13600869.2019.1562604.
- Consejo de Europa. Guía Inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y estado de derecho, Council of Europe - The Alan Turing Institute, 2021.
- Consejo de Europa. *Rapport explicatif de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur l'intelligence artificielle et les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit*. – STCE 225 – Intelligence artificielle 5.IX.2024, Vid. en <https://rm.coe.int/1680afae68>
- FERRAJOLI L. «Sobre los derechos fundamentales», texto disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>.
- GALERA VICTORIA, A. «Inteligencia artificial, biometrías y tutela de derechos a la luz del convenio marco del Consejo de Europa y la jurisprudencia del TEDH», en Balaguer Callejón, F., y Escajedo San Epifanio, L. (dirs), *Vigilancia biométrica masiva, inteligencia artificial y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2025.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. «Juristas contemporáneas y su legado: aquellas mujeres, estas mujeres», *IgualdadES*, 4, 11-41, 2021, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/Ig-dES.4.01>
- Informe 25 años Beijing*, texto disponible en <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2020/03/womens-rights-in-review>
- Informe OECD, Gender equality and digital transformation*, 2024 <https://www.oecd.org/en/topics/gender-equality-and-digital-transformation.html>
- JOVE VILLARES, D. *La protección de lo sensible, o cuando la naturaleza del dato no lo es todo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.
- «La importancia de los contextos. Datos personales y tratamiento». *Nuevos horizontes del Derecho Constitucional*, núm. 4, 2023.
- LANE, M. «Who will be the workers most affected by AI?: A closer look at the impact of AI on women, low-skilled workers and other groups»: *OECD Artificial Intelligence Papers*, núm. 26, 31 octubre 2024, <https://doi.org/10.1787/14dc6f89-en>; en https://www.oecd.org/en/publications/who-will-be-the-workers-most-affected-by-ai_14dc6f89-en.html.
- MATEOS SILLERO, S., y GÓMEZ HERNÁNDEZ, C., *Libro Blanco de las mujeres en el ámbito tecnológico*. Secretaría de Estado para el Avance Digital. Ministerio de Economía y Empresa, 2019. Disponible en: <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/ficheros/libreria/LibroBlancoFINAL.pdf>.

- MUÑOZ RUÍZ, A. B. *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: implicaciones jurídico-laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N. «Discriminación por razones de género: el concepto «género» en el «ordenamiento jurídico penal español» *IgualdadES*, 1, 2019, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.05>
- ORTÍZ DE ZÁRATE, L., y GUEVARA GÓMEZ, A. *Inteligencia artificial e igualdad de género. Un análisis comparado entre la UE, Suecia y España*, Estudios de Progreso 101, Fundación Alternativas, 2021.
- Policy Brief, Algorithm and Eve: How AI will impact women at work*, OECD Publishing, 6 December 2024, París, <https://doi.org/10.1787/a1603510-en> disponible en https://www.oecd.org/en/publications/algorithm-and-eve_a1603510-en.html.
- PRESNO LINERA, M. A. «La prohibición, en el reglamento europeo de inteligencia artificial, de los sistemas que evalúan y clasifican a las personas con efectos discriminatorios» en F. Balaguer Callejón y L. Escajedo San Epifanio (dirs), *Vigilancia biométrica masiva, inteligencia artificial y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2024.
- *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- RODOTÀ S. «Una Costituzione per Internet?» *Politica Del Diritto* núm. 3, 2010.
- SÁINZ, M.; ARROYO, L., y CASTAÑO, C. *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos*. Instituto de la Mujer, Ministerio de Igualdad, 2020, DOI:10.30923/MujDigBreAlg-2020.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. «El Derecho Constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la Inteligencia Artificial como objeto constitucional», *Estudios de Derecho*. Universidad de Deusto. Vol. 64/2, julio-diciembre, 2016.
- SENENT VIDAL, M. J., y VENTURA FRANCH, A. *Aplicación de la perspectiva de género a la regulación de los sistemas de inteligencia artificial*. En Gonzalez, E., y Siurana, J. C. (eds.). *Inteligencia artificial. Concepto, alcance, retos*. Valencia: Tirant Humanidades, 2024.
- «Inteligencia artificial e igualdad de mujeres y hombres: una regulación jurídica necesaria. Especial referencia al proyecto de reglamento europeo» en *IgualdadES*, 10, 2024 doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.02>.
- UNESCO *Descifrar el código: la educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)*, 2019 Documento disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366649>
- VELASCO, L. (coord.) *Brecha digital de género*. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad, Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación digital. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, 2022, texto disponible en <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE2110.pdf>.

LA CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE PARA EL LOGRO DE LA IGUALDAD EFECTIVA: UNA JURISPRUDENCIA IMPRESINDIBLE

ANA MARRADES PUIG
Universitat de València

SUMARIO: 1. El marco europeo de la corresponsabilidad y el cuidado. 2. El marco normativo sobre cuidados y corresponsabilidad en el panorama español y su necesaria interpretación con perspectiva de género. 3. El valor de los pronunciamientos de la magistrada María Luisa Balaguer en el ámbito de la jurisprudencia constitucional sobre conciliación y corresponsabilidad. 4. Retos para el futuro de la conciliación corresponsable.

1. EL MARCO EUROPEO DE LA CORRESPONSABILIDAD Y EL CUIDADO

El artículo 33 de la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre vida familiar y profesional, dispone que «Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño». Este artículo en el Capítulo IV, sobre la solidaridad, complementa al artículo 23 de la igualdad entre hombres y mujeres, que señala que ésta será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución y que, asimismo, el principio de igualdad no impide el manteni-

miento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado¹.

La conciliación redundante en el bienestar del menor ya que el artículo 24 dispone que los y las menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar y, además, todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre (... salvo si son contrarios a sus intereses). Así la Unión Europea sienta las bases para desarrollar tres pilares fundamentales de bienestar, esenciales para lograr la igualdad plena: cuidados, conciliación y corresponsabilidad.

Como expone la *Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones sobre la Estrategia Europea de Cuidados* del 7 de septiembre de 2022, «Los cuidados nos conciernen a todos, crean el tejido que mantiene unidas nuestras sociedades y que aúna a nuestras generaciones. A lo largo de la vida, tanto nosotros como nuestros seres queridos necesitaremos cuidados o los dispensaremos». La estrategia gira en torno a dos propuestas de recomendación del Consejo: la relativa a la revisión de los objetivos de Barcelona sobre los servicios de educación y cuidados de la primera infancia, y la relativa al acceso a cuidados de larga duración asequibles y de calidad. En ambos casos, además de unos servicios públicos de calidad se requiere el ingrediente fundamental de la conciliación corresponsable, auspiciada también por unas políticas públicas de corresponsabilidad construidas sobre una pedagogía del cuidado amparada también por las políticas educativas basadas en la igualdad, la coeducación y la ética del cuidado.

Partiendo del principio de igualdad y del derecho a la conciliación que debe existir para hacerla posible (la igualdad de mujeres y hombres (artículo 3.3 TUE), de la igualdad de oportunidades en el trabajo (el art. 135.1.i) del TFUE) y, de la igualdad en empleo, el trabajo y la retribución (art. 23 de la Carta) y del derecho a la conciliación (art.33, Carta), la Directiva 2019/1158 del parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores señala la conciliación de la vida familiar y la vida laboral como uno de los mayores retos para la igualdad de madres y padres trabajadores que tienen responsabilidades en el cuidado de familiares, en especial debido a la creciente prevalencia del horario laboral ampliado y de los cambios en los calendarios de trabajo, lo que repercute negativamente en el empleo femenino, resaltando como *factor importante que contribuye a la infrarrepresentación de las muje-*

¹ <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/work-life-balance/>.

res en el mercado de trabajo la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares. La Directiva recalca que el cuidado de la descendencia, de familiares enfermos o dependientes se asume por las mujeres que terminan por abandonar por completo el mercado de trabajo.

Asimismo, destaca de forma crítica las carencias existentes: primero, los pocos incentivos que el marco jurídico vigente de la Unión proporciona a los hombres para que asuman la misma cantidad de responsabilidades en el cuidado de familiares, segundo, la ausencia de permisos de paternidad y permisos parentales remunerados en muchos Estados miembros que contribuye a la baja frecuencia con la que los padres se acogen a estos permisos y tercero, el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre hombres y mujeres que incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar; por eso, dispone que las políticas de igualdad de trato deben orientarse a hacer frente al problema de los estereotipos en las profesiones y funciones tanto masculinos como femeninos, y se anima a los interlocutores sociales a que sensibilicen sobre la necesidad de combatir la discriminación.

Pues bien, el trabajo realizado por María Luisa Balaguer, no solo desde su labor docente como profesora de derecho constitucional sino también, y muy especialmente, como magistrada del Tribunal constitucional ha sido imprescindible para contribuir a erradicar el problema de los estereotipos en las profesiones, en las funciones y sobre todo en los roles asignados por razón de sexo, causantes de la perpetua discriminación de las mujeres en el ámbito laboral y en términos más amplios, en todo el contexto social, político y económico. Asimismo, su aportación al feminismo jurídico ha sido esencial para la Academia e indispensable para el desarrollo de la jurisprudencia con perspectiva de género.

2. EL MARCO NORMATIVO SOBRE CUIDADOS Y CORRESPONSABILIDAD EN EL PANORAMA ESPAÑOL Y SU NECESARIA INTERPRETACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

En el panorama nacional nuestra Constitución es clara al determinar el deber y el derecho, de todas las personas, al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia (artículo 35) y al mismo tiempo situar la protección de la infancia en el centro (art. 39), desta-

cando el deber de los padres y madres de prestar asistencia de todo orden a los/las hijos/as habidos/as dentro o fuera del matrimonio, así como la necesidad de que los poderes públicos aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia, todo ello sobre la base del artículo 14 que establece como principio basilar del ordenamiento jurídico la igualdad ante la ley de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo. La combinación de estos tres artículos constituye el sustrato necesario para la reforma de los permisos maternales y parentales por la que durante tanto tiempo se ha estado batallando, siendo la profesora Balaguer una de las principales protagonistas ya que, a través de su producción jurisprudencial ha ido argumentando en favor de su necesidad.

Es evidente que la maternidad es una situación específica que repercute negativamente en la actividad laboral de la mujer; desde el embarazo, pasando por el nacimiento, el período de lactancia, y los primeros años de vida del hijo/a, incluso durante toda su minoría de edad. La presencia de las hijas e hijos menores eleva la productividad del tiempo doméstico haciendo más atractiva en términos relativos la ocupación doméstica respecto a las distintas posibilidades de vinculación laboral. Y, en segundo lugar, la producción y crianza de los hijos exige tiempo y, en la medida en que este tiempo sea incompatible con el tiempo de trabajo, tenderá a hacer menos productivo el tiempo de mercado. Si además la maternidad implica un alejamiento temporal del mercado de trabajo, como realmente ocurre, o si es percibido por los empleadores como una pérdida de productividad, llevará a que éstos eviten contratar mujeres, o se nieguen a dedicar recursos a la formación interna de mujeres, en definitiva, a que rehúsen a incluirlas en su plan de recursos humanos², de ahí la necesidad de implantar la plena conciliación corresponsable. Si bien el cuidado de la infancia no es el único escenario que requiere de las medidas de conciliación sí que es el que más repercute en los derechos de las mujeres en un momento vital en que se encuentran iniciando o tratando de consolidar su desarrollo profesional.

El documento normativo más significativo sobre igualdad y corresponsabilidad es el *Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*, que contiene la igualación progresiva de los permisos por nacimiento y adopción, los llamados permisos de maternidad y paternidad.

² MARRADES PUIG, A., «Discriminación por embarazo o maternidad», *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Dir. Ventura Franch, A., Y García Campá, S., Aranzadi, 2018.

Como se expone en su preámbulo, los artículos 2 y 3 de éste equiparan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Ello responde a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que los poderes públicos deben atender. De este modo se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Esta equiparación se lleva a cabo de forma progresiva, en los términos previstos en las disposiciones transitorias del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto Básico del Empleado Público que introduce el decreto-ley.

Sin embargo, existen algunas voces discordantes con la plena equiparación e intransferibilidad. Por ejemplo, la asociación PETRA³ considera que desde el feminismo se debe luchar por la ampliación de los derechos de las madres y no por la ampliación de los derechos de los varones. Y en todo caso, por la ampliación del permiso de maternidad a 32 semanas sumando la transferibilidad. Consideran que el permiso de las madres debería ser mayor por una cuestión biológica de crianza (lactancia materna especialmente, por la madre no mediante biberón), y también de justicia: consideran injusto que a una madre sola se le concedan las 16 semanas mientras a un varón acomodado se le conceda el mismo tiempo.

A partir de estas reivindicaciones el Consejo General del Poder Judicial, a través de su Comisión permanente (4 febrero 2021⁴), reconoció que «los jueces y juezas que sean progenitor legal único en familias monoparentales pueden disfrutar de forma acumulada de los permisos por nacimiento de hijo o hija que la normativa vigente reconoce de manera separada a cada uno de los progenitores en familias biparentales» con el fin de proteger el interés superior del menor. Y el Tribunal constitucional ha avalado el refuerzo a las maternidades de mujeres progenitoras únicas. Según la STC 140/2024, de 6 de noviembre, (cuestión de inconstitucionalidad 6694-2023) las madres biológicas de

³ <https://www.elsaltodiario.com/maternidad/feministas-contra-permisos-iguales-intransferibles>, 5 enero, 2021.

⁴ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-avala-que-una-magistrada-progenitora-unica-acumule-los-permisos-por-nacimiento-que-la-ley-preve-para-familias-biparentales>.

familias monoparentales tienen derecho a que se les reconozca la posibilidad de ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de menor disfrutando del permiso que correspondería al otro progenitor.

En esta línea, Patricia Merino⁵ considera que la «intransferibilidad» refuerza el rol tradicional paterno y además asegura, en relación con los permisos, que posiblemente solo los vayan a disfrutar aquellos padres de nivel socioeconómico alto o cuyas parejas lo sean, o aquéllos que trabajen en el sector público o en profesiones feminizadas, y probablemente los disfruten como «un largo permiso de acompañamiento a la madre». En todo caso la mencionada asociación considera que los padres concienciados no necesitan de beneficios para dedicarse al cuidado de su prole, y no habría que «incentivarles» para ello. En efecto la labor pedagógica debería estar haciéndose en paralelo. Una verdadera pedagogía que transmita el valor del cuidado y la corresponsabilidad como esenciales para un estado democrático, y políticas públicas que impliquen corresponsabilidad familiar, social e institucional y revisión del sistema educativo para incorporar la transmisión de estos valores.

Frente a las distintas posturas y el riesgo de que se diluya el verdadero motivo y la finalidad de estas medidas resulta esencial la interpretación de este marco normativo con perspectiva de género que permite observar qué subyace en el fondo de la discriminación y plantea las soluciones más convenientes para erradicarla.

Para entender cómo abordar la interpretación con perspectiva de género resulta de interés estudiar el trabajo realizado por la Asociación de Mujeres Juezas de España⁶ que en el artículo 2 de sus Estatutos explican que su creación *parte de la necesidad de informar, concienciar y sensibilizar a la ciudadanía en general y a las/os juezas/es en particular sobre la necesidad impostergable de la defensa de los derechos humanos de todos/as, pero en particular de las mujeres y de las niñas, niños y adolescentes hasta su mayoría de edad, con el objetivo de ayudar a mejorar su nivel de vida y la promoción y defensa de sus derechos, ante la constatación de una generalizada situación de desigualdad por razones de género, así como ante la existencia de violencia frente a las mujeres y frente a las niñas, niños y adolescentes.*

⁵ MERINO MURGA, P., *Maternidad, Igualdad y Fraternidad*, Madrid: Clave intelectual, 2017, p. 342.

MERINO MURGA, P., ¿Son los permisos intransferibles la medida de conciliación que este país necesita? 2019 en https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/permisos-iguales-intransferibles-conciliacion-necesita_129_1253943.html.

⁶ <https://www.mujeresjuezas.es/estatutos/>

Poyatos i Matas⁷ explica que juzgar con perspectiva de género significa metodológicamente utilizar una técnica de análisis jurídico holístico y contextualizado que obliga a los tribunales a adoptar interpretaciones conforme al principio *pro persona*, mediante soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. Es un método de análisis jurídico para franquear los estereotipos, que apuntalan el *status quo* de las discriminaciones en tiempos de igualdad jurídica. Además, la perspectiva de género nos ayuda a descubrir la invisibilización de las asimetrías de género que siguen existiendo en nuestro derecho.

Gómez Fernández⁸ también define muy bien lo que significa aplicar la perspectiva feminista a la interpretación normativa por parte de la judicatura: «Juzgar con perspectiva feminista supone asumir que la aplicación de disposiciones normativas no es neutral a un dato como el sexo de las personas, e implica inscribir a quien ostenta el poder judicial en una lógica en la que no es un mero aplicador de la norma a partir de su sentido propio e inmanente, sino un sujeto creativo, al que se exige una cierta capacidad de análisis para atribuir a la norma un sentido que viene dado, también, desde el contexto que rodea a su aplicación y condicionado por los efectos que produce la misma en sus destinatarios. Si el intérprete comprende que esos efectos suponen refuerzo de desigualdades estructurales por razón de sexo, y asume que otra interpretación de los preceptos legales puede cambiar ese efecto, optando por esa exégesis alternativa, entonces está formulando jurisprudencia con perspectiva de género», es decir, no solo entender el contexto de la aplicación de la norma sino también los efectos o el impacto que aquélla produce en quienes la reciben.

El ámbito del derecho laboral y de la Seguridad Social es uno de los campos donde mejor se aprecia la interpretación de la norma con esta perspectiva, porque «lo femenino es tratado como una excepción dentro de la «normalidad» de un mercado de trabajo, sostenido sobre un concepto de productividad

⁷ POYATOS I MATAS, G., El cuidado como complemento a la justicia, en: <http://www.mujeresjuezas.es/2018/04/12/el-cuidado-como-complemento-a-la-justicia-por-gloria-poyatos-socia/> 12 de abril 2018.

POYATOS I MATAS, G., El derecho tiene género y no es el femenino, en: https://www.huffingtonpost.es/entry/el-derecho-tiene-genero-y-no-es-el-femenino_es_5d1cd5d3e4b0f312567db90a, 4 de Julio de 2019.

POYATOS I MATAS, G., Nueva sentencia con enfoque de género en el ejercicio del derecho a cuidar y trabajar. A propósito de la sentencia de la sala de lo social del TSJ de Canarias de 27 agosto 2019. *IQUAL. Revista de género e igualdad*, 2020, 3, 148-154.

⁸ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., Encuesta sobre igualdad entre hombres y mujeres. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, pp.15-99.

Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24398>.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., De la litigación estratégica a la jurisprudencia con perspectiva feminista, 8 de marzo de 2021.

Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2021/03/de-la-litigacion-estrategica-a-la-jurisprudencia-con-perspectiva-feminista/>.

que desprecia todo lo relativo a los cuidados familiares, discriminando a las personas, mujeres mayoritariamente, pero también hombres, por no dejar de cuidar a otras»⁹.

Ciertamente, como explica De la Puebla Pinilla¹⁰, «el ejercicio de los derechos de conciliación no puede analizarse prescindiendo de la perspectiva de género». Las razones son obvias ya que son todavía las mujeres trabajadoras las que mayoritariamente utilizan las medidas de conciliación y las que soportan, por tanto, el impacto que ello genera en su trayectoria profesional y en sus condiciones laborales. Sin embargo, considera que el ejercicio de estos derechos por los hombres también exige protección frente a tales consecuencias negativas y, en este sentido, «la finalidad de fomentar la corresponsabilidad que caracteriza a las medidas de conciliación incide en la valoración y calificación de las decisiones o prácticas empresariales que, de alguna manera, perjudican a los trabajadores varones que las ejercen». Si lo que se pretende es evitar que la conciliación suponga una consolidación del papel de la mujer como cuidadora y principal responsable de los cuidados en la familia, es preciso ampliar la tutela para los trabajadores varones que solicitan o ejercen derechos de conciliación, porque cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad, como también sostiene María Luisa Balaguer en sus pronunciamientos y votos particulares.

3. EL VALOR DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA MAGISTRADA MARÍA LUISA BALAGUER EN EL ÁMBITO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE CONCILIACIÓN Y CORRESPONSABILIDAD¹¹

Desde que en 2011 el Tribunal Constitucional apreciara el factor de discriminación «por circunstancias familiares» se ha ido consolidando una doc-

⁹ POYATOS I MATAS, G., *Op.cit.*, 2019.

¹⁰ PUEBLA PINILLA, A. de la, Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad, *Femeris*, Vol. 6, No. 2, p. 216 / doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6143> 215 <http://www.uc3m.es/femeris>.

¹¹ Este epígrafe se extrae de mi capítulo «La Interpretación con perspectiva de Género en el Ámbito de los Cuidados y la Corresponsabilidad» publicado en la obra colectiva *La interpretación y aplicación del derecho en clave de igualdad de género*, coordinada por SALAZAR BENÍTEZ, O., y CÁRDENAS CORDÓN, A., (2021), ya que tiene por objeto justamente poner de relieve la importancia de la interpretación y aplicación del derecho con perspectiva de género, por lo que sirve también de homenaje a la labor de María Luisa Balaguer Callejón como magistrada.

trina desde el asunto Roca Álvarez en la UE que ya tenía algunos precedentes en España, si bien la tendencia no ha sido siempre evolutiva.

La Sentencia 26/2011, de 14 de marzo de 2011 otorga el amparo y en consecuencia el reconocimiento de su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias familiares (art. 14 CE) al demandante de amparo que recurrió las resoluciones judiciales que rechazaban, «mediante una interpretación restrictiva de los arts. 36.3 y 34.8 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET) y del convenio colectivo aplicable, su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas durante el curso 2007-2008 en el centro en que presta servicios, con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad», con las consecuencias que ello tenía para el ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral, por consideraciones de estricta legalidad, sin ponderar la dimensión constitucional del asunto planteado. Además, el recurrente sostenía que el rechazo de su pretensión situaba a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en condición de víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos.

El Tribunal Constitucional en este caso consideró que «la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares». Como precedente recurrió a la Sentencia Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009, que considera que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena (art. 37.4 LET) constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada que se opone a los arts. 2 y 5 de la Directiva 76/207/ CEE. Y ello porque tal exclusión «no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social..., ni una medida tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social», y sí, en cambio, una medida que puede «contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental».

El Tribunal dejó claro que la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores había de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el

efectivo logro de la conciliación laboral y familiar era ya una finalidad de relevancia constitucional fomentada desde la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo reforzado después por disposiciones legislativas ulteriores, como las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en ella pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares.

Siendo la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales –art. 14 CE–, como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia –art. 39 CE–) la orientación para solucionar las dudas interpretativas que puedan suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar, hay que valorar las concretas circunstancias personales y familiares del trabajador o trabajadora demandante, así como la organización del régimen de trabajo donde presta servicios para ponderar los argumentos que nieguen el ejercicio de sus derechos. En relación con las circunstancias familiares concurrentes, habría que tener en cuenta el número de hijos e hijas, su edad y situación escolar, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia de la denegación del horario nocturno en la conciliación. Tras realizar las pertinentes ponderaciones el TC concluyó que no había sido debidamente tutelado por los órganos judiciales el derecho fundamental del recurrente a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (art. 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (art. 39.3 CE). En este caso el alto Tribunal hizo una interpretación contextualizada, pero no siempre ha sido así.

Más adelante al resolver los casos planteados en relación con las propuestas de los permisos iguales e intransferibles el TC tuvo ocasión de interpretar sobre la base de la desigualdad sistémica, contextualizando y considerando el fenómeno de la discriminación estructural y tomando como criterio interpretativo -como había dicho en su precedente ST 26/2011- la dimensión constitucional de las medidas que favorecen la conciliación y la corresponsabilidad, sin embargo el Tribunal se decantó por seguir la línea discursiva y los mismos métodos para analizar la discriminación por razón de sexo que los

demás factores ignorando el contexto de la discriminación estructural y las consecuencias negativas que ello conlleva para las mujeres en el ámbito laboral¹². Así el Tribunal Constitucional ha mantenido en los últimos años tendencias a la involución de su doctrina que parecía ya consolidada, si bien las resoluciones de algunos casos en que se ha mostrado reacio a reconocer el impacto que sobre las relaciones de género tiene cierta normativa o no ha realizado una interpretación desde esa dimensión contextualizada se han visto matizadas y adaptadas a las reivindicaciones sobre igualdad por los votos particulares de la Magistrada María Luisa Balaguer.

La Sentencia 111/2018, de 17 de octubre de 2018 desestimaba el recurso de amparo interpuesto por un padre y la asociación *Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción* (PPiNA) dirigido contra las resoluciones judiciales que desestimaban la solicitud inicial de equiparación del permiso de paternidad con el permiso de maternidad a las que se imputan la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y del mandato a los poderes públicos de protección de la familia, consagrado en el artículo 39 CE por entender que «Siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo. La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre (SSTC 109/1993, FJ 4, y 75/2011, FJ 7)».

El mismo caso se planteó en la Sentencia 117/2018, de 29 de octubre de 2018, alegando la misma vulneración de artículo 14 y del 39 de la CE y con el mismo fallo. Ante los mismos la magistrada Balaguer realizó un voto particular contextualizado a las necesidades y reivindicaciones cuya regulación más tarde se plasmaría en el mencionado Real Decreto-ley de 2019.

El voto de Balaguer se centra en valorar si la configuración de dicho permiso, una vez previsto, resulta o no atentatoria de la igualdad constitucional-

¹² GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *op. cit.*, 2019, p. 79.

mente reconocida como derecho fundamental (art. 14 CE), habida cuenta de que la duración del permiso de paternidad y la del permiso de maternidad no son en absoluto coincidentes. «Para resolver la controversia el Tribunal se sitúa en un planteamiento que refuerza y actualiza con el reenvío al Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión. Dicho planteamiento se sustenta en el reconocimiento de diferencias biológicas que asocian el embarazo y el parto a las mujeres, y de las que se pueden derivar desventajas en el ámbito de la integración laboral. La superación de tales desventajas exige recurrir a políticas, acciones y disposiciones normativas que protejan la opción por la maternidad de las mujeres trabajadoras, y garanticen que el embarazo, y posterior período de lactancia, no suponga un trato desfavorable en el entorno laboral».

El análisis del Tribunal permanece ajeno a una realidad mucho más compleja, que no ha llegado a abordar hasta la fecha. «El asunto que se resuelve en la Sentencia en cuestión proporcionaba una ocasión excepcional para analizar el impacto negativo que tienen parte de esas medidas garantistas del fenómeno de la maternidad, en el tratamiento igualitario de las mujeres en el marco del mercado laboral. Con esta Sentencia, el Tribunal ha perdido la ocasión de explicar por qué las medidas de protección de la parentalidad, cuando se asocian exclusivamente con una naturaleza reforzada a las mujeres, si bien pueden suponer una garantía relativa para quienes ya están en el mercado laboral, sin duda se erigen como una clara barrera de entrada frente a quienes están fuera y un obstáculo a la promoción de quienes están dentro, porque generan un efecto de desincentivo en quien contrata que solo afecta a las mujeres, y que, por tanto, incide en la perpetuación de la discriminación laboral».

Balaguer entiende que dichas medidas podrían convertirse en un factor de discriminación indirecta. La magistrada entiende que «Ni la finalidad exclusiva del permiso de maternidad es la recuperación física de la madre, ni la finalidad del de paternidad es (solo) la conciliación, sino la garantía de la igualdad en el acceso, promoción y desarrollo de la actividad laboral de hombres y mujeres. Y es que no se trata únicamente de asegurar al padre el disfrute de “su” derecho a conciliar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, sino de repartir entre el padre y la madre el coste laboral que la decisión de tener descendencia tiene en las personas, de modo tal que dicha decisión impacte por igual, en el sentido que sea (positivo o negativo) tanto en el hombre como en la mujer.

La interpretación que formula el Tribunal, y que no deja de traer al centro del análisis el reparto equitativo de las responsabilidades familiares, olvida que no se trata solo de la corresponsabilidad en el ámbito familiar, sino de la

repercusión externa que la asunción de responsabilidades familiares tiene en el ámbito laboral. Y la desigual duración de los permisos, en la proporción en que tal desigualdad se prevé en la normativa (trece días frente a dieciséis semanas), resulta injustificada y desincentiva la contratación de mujeres en edad fértil. La Sentencia ignora que existe un efecto claro de discriminación indirecta de las mujeres, asociado al hecho de la maternidad, que el legislador debiera tratar de erradicar por mandato del artículo 9.2 CE. Un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber reconocido la necesaria evolución de la realidad social, y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan». Con este argumento se pone de manifiesto la relación entre la corresponsabilidad familiar y las consecuencias que para la igualdad tiene el tratamiento que se le dé.

Balaguer hace referencia a la STC 128/1987, que si bien fue un hito para la evolución jurisprudencial de la igualdad en los años 80', hoy día una interpretación también con perspectiva de género nos conduce a otro contexto social que hay que considerar. Seguramente si aquel caso de la solicitud del padre del complemento de ayuda para guardería se hubiese presentado ahora el fallo del Tribunal hubiese sido diferente. Entonces el TC razonaba sobre la base de un argumento irrefutable «la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene» pero como explica Balaguer: «si bien las circunstancias han cambiado en treinta años, una generación más tarde sigue existiendo una fractura clara entre hombres y mujeres en el mercado laboral. Esta se traduce, y se visualiza estadísticamente, en las diversas modalidades de contratación –mayor temporalidad en la contratación de mujeres y mayor contratación a tiempo parcial–; en la brecha salarial; en la elección de los perfiles profesionales; o en las dificultades de ascenso a determinados puestos de responsabilidad. Hoy ya no se trata solo de lamentar que la mujer concentre la mayor parte de cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente del cuidado de los hijos, porque sigue haciéndolo a pesar de los avances innegables. Se trata de analizar por qué las medidas desarrolladas para compensar esa realidad social, destinadas fundamentalmente a las mujeres, no logran superar como debieran esa realidad y no aseguran la igualdad real de las mujeres en el acceso al mundo laboral y su promoción dentro del mismo. Se trata de examinar por qué esas medidas no logran atajar el problema del desigual reparto de los desincentivos entre los hombres y las mujeres». Este razonamiento contextualizado hace que el voto particular esté

utilizando el género como categoría de análisis¹³ y en ello radica principalmente la interpretación con perspectiva de género.

También considera que *el Tribunal perdió la ocasión de vincular los permisos que buscan la conciliación personal, familiar y laboral, con el disfrute del derecho a la vida familiar (art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos), derecho del que son titulares los progenitores pero también, y sobre todo, los niños y las niñas. Los hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella merece un mayor grado de protección que el vínculo paterno-filial. Esta consideración, implícita en la Sentencia, consolida una división de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente con el artículo 9.2 CE, de lo que es la igualdad material entre los sexos*. En efecto, se trata de un alegato doctrinal de gran trascendencia que puede resumirse en tres argumentos principales: en primer lugar, las medidas de protección de la «parentalidad» cuando se asocian solo a las mujeres desincentivan la contratación y como consecuencia llevan consigo discriminación laboral. Estas medidas no persiguen solo conciliar sino promover la corresponsabilidad, o sea la responsabilidad compartida, imprescindible para avanzar en igualdad para que el hecho de ser madre o padre impacte por igual a mujeres y a hombres (tanto en sentido positivo como negativo). Y tercero, las hijas y los hijos no son responsabilidad exclusiva de las madres tampoco en la primera infancia, considerar lo contrario incidiría en una división/consolidación de los roles del cuidado que perpetúa la desigualdad.

4. RETOS PARA EL FUTURO DE LA CONCILIACIÓN CORRESPONSABLE

De un análisis de la jurisprudencia constitucional extraemos que se han producido grandes avances del feminismo jurídico pero, al mismo tiempo, podemos concluir que queda mucho por hacer.

El primer reto tal vez sea abordar el concepto de conciliación y definir su conveniencia y su verdadero sentido. Con independencia de la perspectiva ideológica más o menos compatible con el mantenimiento del sistema impe-

¹³ GARCÍA CAMPÁ, S., Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 433, 2019, p. 17.

GARCÍA CAMPÁ, S., El registro salarial o retributivo, *Trabajo y Seguridad Social CEF*, num. 455, 2021.

rante es una obviedad que, en tanto no se transforma la estructura de las relaciones de trabajo, o siendo optimistas, durante el proceso de transformación hacia un modelo laboral más humano, más compatible con la vida que tenga en cuenta su sostenimiento antes que la lógica del capital¹⁴, es preciso dotarnos de medidas en todos los sectores que nos permitan desarrollar las distintas facetas de nuestra personalidad en consonancia con el artículo 10 de la Constitución española, para el que sin duda el derecho a la conciliación de la vida familiar/personal con la profesional es indispensable¹⁵. Como explica Reche Tello, la conciliación es una necesidad básica de las personas trabajadoras en las sociedades actuales, que exigen poder compatibilizar de manera efectiva la vida personal con el trabajo para poderse desarrollar libre y dignamente en todas las facetas de la vida, sin sufrir trabas ni discriminación por su ejercicio, considerando la ansiada corresponsabilidad una revolución pendiente¹⁶.

El segundo reto se plantea desde la necesidad de extender el significado de la corresponsabilidad en sentido amplio. Este concepto ha ido evolucionando¹⁷ desde el contexto familiar y de pareja hacia otro que contempla la corresponsabilidad social. Si bien comienza a ser reivindicada en la relación de pareja para atender las necesidades de cuidado y las tareas que hacen posible el bienestar de las personas del entorno familiar de forma equilibrada o por igual pasa a ser reclamada ahora en un sentido más extenso que se dirige a la responsabilidad social, política e institucional.

El Documento de bases por los cuidados¹⁸, elaborado por el Ministerio de Igualdad, Instituto de las Mujeres declara que «avanzar hacia el derecho al cuidado como principio orientador del sistema socioeconómico y materializar el derecho al cuidado como derecho subjetivo ante situaciones concretas requiere la construcción de corresponsabilidad en sentido fuerte». La corresponsabilidad en sentido fuerte supone la gestión de la interdependencia de forma tal que los flujos de cuidados se produzcan en clave de simetría y reciprocidad

¹⁴ PÉREZ OROZCO, A., *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida*, Traficantes de Sueños, 2019, p.120 ss.

¹⁵ En línea con la Directiva 2019/1158 del PE y el Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores y medidas concretas aprobadas por el RD-Ley 7/2023 de 19 de diciembre para completar su transposición.

¹⁶ RECHE TELLO, N., «Limitaciones de la corresponsabilidad: la revolución inacabada», *Reflexiones y propuestas para el liderazgo femenino* (Dir. Martín Guardado, S.) Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 167.

¹⁷ MARRADES PUIG, A., «Corresponsabilidad», *Breve Diccionario de Feminismo*, Cobo Bedia, Rosa y Ranea Triviño, Beatriz, Catarata, 2020, p.57.

¹⁸ Instituto de las Mujeres (sobre la base de los informes encargados a las autoras mencionadas en la coordinación de los capítulos y las aportaciones recibidas de los diferentes grupos de trabajo de la Mesa Asesora por los Cuidados y de los Foros de Deliberación Pública: Encuentro social para la Estrategia Estatal de Cuidados) Documento de bases por los cuidados, 2023, p. 35.

y la distribución de la responsabilidad del cuidado entre una multiplicidad de agentes en función de los niveles de intensidad y las especificidades de las necesidades de cuidados.

Se plantea visualizar la organización del cuidado corresponsable como una espiral que contempla los agentes corresponsables en la provisión de cuidados teniendo en cuenta la distinta escala en la que intervienen y trazando un hilo de continuidad entre ellos y que implica la responsabilidad empresarial desde un ángulo distinto al de la provisión de cuidados (ausencia del ánimo de lucro en la espiral). Frente al diamante simbólico del cuidado: familia, mercado, Estado y comunidad, se plantea un «sujetos» en el marco de una familia diversa que pasa por la comunidad/los barrios/los pueblos/los servicios públicos en un ámbito global de sistema público de cuidados.

Para lograrlo es preciso promover un cambio de paradigma que permita avanzar en esa corresponsabilidad en sentido fuerte, un cambio de paradigma que contemple el cuidado como una necesidad vital imprescindible, un bien para todas las personas y por tanto universal y, como consecuencia de ello traslade a la ciudadanía también el sentimiento de responsabilidad en la asunción de las tareas de cuidados. Ello debe comenzar por un diseño de políticas públicas del cuidado que promuevan la pedagogía del cuidado a través de la educación, de la sensibilización y también de la cultura del cuidado en las organizaciones empresariales e institucionales.

La responsabilidad y asignación del trabajo de cuidados recae desproporcionadamente en los hogares, y en particular en las mujeres; ya sea de manera no remunerada, o a través de las redes más cercanas (abuelas, vecinas, amigas), o contratando mujeres, en gran medida de origen migrante y en situación de precariedad, generando las denominadas cadenas globales de cuidados por ello, es indispensable que cualquier sistema integral de cuidado aborde esta dimensión de cambio social y cultural para lograr cambios transformadores desde la perspectiva de género, que permitan impactar de manera efectiva en los usos de los tiempos y revertir la injusta organización de los cuidados actual, asegurando la corresponsabilidad de todos los actores del sistema, y permitir avances en la autonomía económica y política de las mujeres¹⁹. En este cambio cultural y de paradigma juega un papel primordial la jurisprudencia. Su labor pedagógica y de producción jurídica es fundamental para la consoli-

¹⁹ *Ibidem*, en capítulo II, «Ampliar la mirada y acompañar el cambio cultural» coordinado por ROVIRA IZQUIERDO, C., y SANTAMARÍA GALÁN, C., p. 51.

dación de esta cultura del cuidado, de estas democracias cuidadoras a las que se refiere Joan Tronto²⁰.

Finalmente, insistir en la necesidad de asociar siempre ambos conceptos. La conciliación, si bien surge como medio para promocionar el desarrollo profesional de las mujeres, no es una medida solo para las mujeres, así como la responsabilidad de hacerse cargo del cuidado familiar también es un deber compartido, por tanto, debe entenderse como conciliación corresponsable. Como recuerda el Tribunal Constitucional en la Sentencia 119/2021, de 31 de mayo de 2021²¹, acogiéndose a lo dispuesto en su doctrina sobre conciliación corresponsable (SSTC 3/2007, de 15 de enero, FJ 6, y 26/2011, de 14 de marzo, FJ 6), «la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional, fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares».

²⁰ TRONTO, J., *Caring Democracy*. NYU Press, 2013 y Tronto, *Riesgo o cuidado?*, Medifé, 2020.

²¹ Recurso de amparo 3199-2020 contra la sentencia dictada por un juzgado de lo social de Lugo en proceso de conciliación de la vida laboral y familiar. Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: resolución judicial que no pondera las circunstancias personales de quien impugna una modificación de jornada de trabajo que incide sobre el disfrute de la reducción que tiene reconocida por cuidado de hijos.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LABOR JURÍDICA: NECESIDADES, RETOS Y CAUTELAS

SILVIA SORIANO MORENO*

Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. Introducción. II. La necesidad de un método: 1. Propuestas de organismos e instituciones; 2. Propuestas desde la academia. III. El reto del género en los estudios jurídicos: 1. Ejemplos de especificidad; 2. Propuestas de transversalidad. IV. Cautelas: resistencias y formación adecuada. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta contribución, en la obra homenaje a la Profesora Balaguer Callejón, es la de poner en valor la importante contribución que ha realizado a lo largo de sus años como Magistrada del Tribunal Constitucional en la incorporación de la perspectiva de género en la argumentación del máximo intérprete de la Constitución –especialmente a través de sus votos particulares–. Por ello, se van a citar lo que se consideran como necesidades, retos y cautelas para la adecuada incorporación de la perspectiva de género en la labor y la argumentación jurídicas. Porque la puesta en valor que se pretende no puede quedar en la mera constatación de su tarea, sino en la reivindicación de su extensión y consolidación en todas las esferas de la acción jurídica para lo

* Esta aportación se enmarca en la estancia de investigación desarrollada en la Universidad Nacional de Río Negro (Argentina), recogiendo parte de la labor de su equipo docente en materia de incorporación de la perspectiva de género en la docencia en la carrera de Abogacía y en la argumentación jurídica.

cual, por desgracia, todavía queda mucho camino por recorrer, aunque este se haya iniciado con paso firme.

Esta reivindicación no es sólo una cuestión política y científica; hay que tener en cuenta que son diversas las normas que se refieren a esta necesidad y que España ya ha sido condenada por no aplicar adecuadamente la perspectiva de género en la labor judicial¹, además de seguir recibiendo llamadas de atención de organismos de protección de los derechos humanos a este respecto². Porque si «la igualdad de género solo puede venir desde el derecho»³, también podemos afirmar que el derecho no son sólo los textos de las normas, sino el conjunto de la labor de quienes operan en el ámbito jurídico.

Entendemos la perspectiva de género como una metodología de análisis que permite evaluar las implicaciones diferentes para las personas en función de su género de leyes, políticas públicas, programas, investigación y cualquier otra decisión que afecte a las personas⁴. Cuando nos referimos a la perspectiva de género en la labor jurídica, esta se referiría a la legislación, las políticas públicas o el proceso de juzgar, entre otros. La necesidad de su incorporación trae causa, no sólo de una amplia previsión normativa a todos los niveles territoriales que no se va a reproducir aquí, sino a la constatación de que el derecho no es neutro, que se construye a partir de exclusiones y que consolida desigualdades⁵; además, la legislación en materia de igualdad no resulta suficiente en

¹ Dictamen del caso González Carreño vs. España del Comité CEDAW, 16/7/2014 (CEDAW/C/58/D/47/2012). Disponible en <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhslEELoUVuU1rtqrRBladIK2rtkwI0P%2BIHPP1JBInI1ZoADsBZv89NuU0iAp%2Bmg%2BiLCbpxjpugoayCgYD2pL9f35JJ7Hhe6P68qD8U%2FizHsl5%2B4VjB4zp63ZP9vE%2FPIGn1A%3D%3D> [consulta 1 de junio de 2024].

² Por ejemplo, respecto a la utilización de estereotipos de género en lo que respecta a la falta de investigación en casos violencia a la infancia: Naciones Unidas, *El sistema judicial de España no protege a los niños de padres abusivos, afirman expertos de la ONU*, 09/12/2021. Disponible en <https://news.un.org/es/story/2021/12/1501202> [consulta 1 de junio de 2024]; u Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, «España: Expertas de la ONU denuncian una decisión sobre custodia infantil que ignora pruebas de abusos sexuales», *Naciones Unidas*, 28/02/2022. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/02/spain-un-experts-denounce-child-custody-decision-ignores-evidence-sexual> [consulta 1 de junio de 2024].

³ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos», *IgualdadES*, núm. 1, 2019, p. 42.

⁴ Existen muchas definiciones y un interesante proceso de desarrollo del concepto, pero puede consultarse, a modo de ejemplo, la definición de ACNUDH, *Integración de género. El ACNUDH y los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género*, Naciones Unidas, s/f; disponible en <https://www.ohchr.org/es/women/gender-integration> [consulta 2 de junio de 2024]; o ONU Mujeres, *Incorporación de la perspectiva de género*, s/f; disponible en <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming> [consulta 2 de junio de 2024].

⁵ Resultaría extensa la referencia doctrinal que ha puesto de manifiesto la falta de neutralidad del derecho. Simplemente a modo de ejemplo, COSTA, M., *Feminismos jurídicos*, Ediciones Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016; o R. West (ed.), *Género y teoría del derecho*, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Unifandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000.

tanto que la igualdad jurídica se ha venido construyendo conforme a una falsa neutralidad del derecho⁶. Aunque también se ha utilizado a este respecto la expresión «perspectiva feminista»⁷, no es objeto de esta contribución entrar en el debate conceptual existente sobre la cuestión –que trascendería nuestro objetivo y, sobre todo, extensión–, por lo que se hará referencia al concepto «perspectiva de género» por ser el comúnmente utilizado por organismos internacionales y por las previsiones normativas de todos los niveles⁸.

En primer lugar, y a modo meramente introductorio, se va a atender a la perspectiva de género en las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, TC). No es el objetivo de esta contribución la realización de un análisis de las argumentaciones realizadas aplicando la perspectiva de género, labor que comenzó a través de votos particulares⁹ y que cada vez está más presente en los fundamentos jurídicos de las sentencias. El paso al contenido de los fundamentos jurídicos ha sido posible gracias en parte a las distintas mayorías que conforman el TC y a contar cada vez con más magistradas y magistrados con sensibilidad y formación adecuada para esta labor¹⁰. Tratar de recoger aquí estas sentencias y/o votos particulares, aunque resultaría una labor de gran interés, excedería el objetivo propuesto. Simplemente centraremos la atención en ejemplos en los que el TC se ha referido al concepto de perspectiva de género, o lo ha incorporado como método citándolo expresamente.

Así, si realizamos una búsqueda específica de las referencias expresas que el TC ha hecho a la perspectiva de género en la argumentación de sus sentencias, encontraremos no excesivos ejemplos, pero concentrados principalmente en los dos últimos años. En este sentido, cabe destacar a los siguientes:

– STC 159/2016, de 22 de septiembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno, contra diversos preceptos de la Ley

⁶ A este respecto, se puede destacar el trabajo relacionado con el *tertium comparationis* de la igualdad y la discriminación. Ver BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del TC», *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, pp. 99-123; o en BARRÈRE UNZUETA, M., «Igualdad y discriminación positiva: Un esbozo de análisis teórico-conceptual», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003.

⁷ En el marco del Tribunal Constitucional, este concepto ha sido utilizado en el Voto particular que formula la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón en la STC 11/2023, de 23 de febrero.

⁸ Un repaso de las previsiones en la normativa interna y una aproximación al debate conceptual en SALAZAR BENÍTEZ, O., «La necesaria perspectiva feminista en la enseñanza, interpretación y aplicación del Derecho», *Investigaciones Feministas*, vol. 12(2), 2021, pp. 359-369.

⁹ A este respecto, GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2019.

¹⁰ Hemos atendido previamente a las referencias al feminismo en las sentencias del Tribunal Constitucional en SORIANO MORENO, S., *Violencia y acoso contra las mujeres en el ámbito político como límite a los derechos de participación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 83-85.

del Parlamento de Cataluña 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. El TC se refiere a la incorporación de la perspectiva de género en la citada Ley y analiza sus previsiones desde un punto de vista meramente competencial. Para la cuestión que nos ocupa, es de interés el FJ5 de la Sentencia, que entiende la perspectiva de género como «un mero criterio de actuación de la Administración pública».

– STC 34/2023, de 18 de abril, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, contra la totalidad de 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. Para la cuestión que nos ocupa, nos centraremos en la impugnación de quienes recurren a los preceptos de la Ley Orgánica que se refiere a la incorporación de la perspectiva de género en la educación. A este respecto, el TC recoge de algún modo el argumento de quienes recurren al calificar la perspectiva de género de «ideología» –cuestión sobre la que se volverá más adelante– y se limita a afirmar que la perspectiva de género como principio pedagógico «se dirige por consiguiente a administraciones y centros educativos, no a los alumnos a quienes el legislador no impone, por tanto, ninguna perspectiva o adhesión ideológica, como sostiene el recurso». Previamente, el TC se refiere al artículo 4.4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que se refiere a que «se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros». Con ello, el TC afirma la constitucionalidad de los preceptos impugnados, basando la misma en «la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y en la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE), que en este concreto ámbito han sido desarrollados por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en especial en sus artículos 23 y 24 para las políticas en materia de educación». Por su parte, el apartado 3 de los Antecedentes de la Sentencia recoge las alegaciones del Gobierno, que afirma que «La perspectiva de género, en fin, es una perspectiva transversal que persigue la equidad, el desarrollo de todos los talentos y la igualdad de oportunidades».

La Magistrada María Luisa Balaguer Callejón formula un Voto Particular a esta Sentencia donde aplica, como en ocasiones anteriores, la perspectiva de

género para su argumentación. No se van a recoger elementos del mismo por cuanto se trata de una aplicación material de la perspectiva de género y por las razones ya expuestas.

– STC 44/2023, de 9 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Cabe destacar que esta Sentencia se demoró por un largo periodo de 13 años, pero que, como afirma Rodríguez Ruiz, «Paradójicamente, la anomalía democrática que ha supuesto tan larga dilación ha contribuido a nutrir el argumentario democrático de la Sentencia»¹¹. Para la cuestión que nos ocupa, esta Sentencia resulta clave, en tanto que dedica especial atención al concepto de la perspectiva de género. Es el FJ10 de la Sentencia el que se encarga de contrarrestar los argumentos de ideología y adoctrinamiento que alegan quienes recurren en cuanto a la incorporación de la perspectiva de género que prevé la Sentencia. Así, se recoge que «si bien la Ley Orgánica 2/2010 no define esta expresión, lo cierto es que su significado –como categoría de análisis de la realidad desigualitaria entre mujeres y hombres dirigida a alcanzar la igualdad material y efectiva– ha sido precisado tanto en el ámbito internacional, como en el entorno de la Unión Europea y en nuestra normativa interna, a través de la legislación dictada en desarrollo del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres (art. 14 CE)». Ya aquí se apunta que la perspectiva de género sirve para el análisis de la realidad, siendo la primera vez que el TC se refiere a esta idea. El FJ10 continúa incidiendo en la cuestión del concepto a partir de previsiones de Naciones Unidas, la Unión Europea y la legislación española, para concluir que «la integración de la perspectiva de género en las políticas educativas, sanitarias y sociales significa tener en cuenta las diferentes necesidades de hombre y mujer en dichas áreas de la realidad, con el objetivo último de garantizar una igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres». Y continúa que la perspectiva de género «es un enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal orientado a promover la igualdad entre mujeres y hombres, como parte esencial de una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos». Finalmente, para la cuestión conceptual que nos ocupa, cabe recoger que el TC afirma, en relación con la posible vulneración de la libertad de cátedra por la necesidad de incorporar la perspectiva de género, que «la opción del legislador

¹¹ RODRÍGUEZ RUIZ, B., «Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 52, 2023, p. 508.

está desprovista de orientación ideológica y no impone a los docentes perspectiva ideológica alguna, más allá del respeto a los valores constitucionales». Por su parte, el Gobierno en sus alegaciones también había concretado más la cuestión en comparación con el caso anterior, al afirmar que «la perspectiva de género no es una ideología determinada, ni su contenido se refiere a una determinada concepción de la sexualidad; no es sino un enfoque metodológico, que parte del examen de las diferencias que afectan a cada género».

La Magistrada María Luisa Balaguer Callejón también formuló un Voto Particular a esta Sentencia aunque, como en el caso anterior, se trata de una aplicación material de la perspectiva de género, por lo que no recogeremos su contenido.

– STC 48/2024, de 8 de abril, que resuelve un recurso de amparo que argumenta, entre otras cuestiones, la falta de perspectiva de género en un caso donde se juzgaban tres delitos continuados de abusos sexuales y un delito de lesiones, entre otros. La Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia revocando la sentencia inicial para apreciar en los tres delitos continuados de abusos sexuales la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, y absolver al acusado por el delito de lesiones justificando su decisión en que las lesiones psíquicas ocasionadas de una víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que quedarían consumidas en el tipo delictivo. Por su parte, la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada se justificó en que debía apreciarse de este modo cuando superase objetivamente el concepto de extraordinaria y resultara manifiestamente desmesurada por paralización del proceso durante varios años. Sobre esta cuestión la recurrente en amparo alega, según se recoge en el apartado 3 de los Antecedentes de la STC, que «ignora el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el enfoque de género, vulnerando los arts. 14 y 9 CE, y resulta discriminatorio para las mujeres, a las que exige una conducta heroica (denunciar desde la primera conducta de abuso sufrida), dejando de lado todo lo que se conoce actualmente sobre la dificultad de denunciar conductas de acoso y abuso sexual, y, en particular, las dificultades que sufrieron las víctimas en este caso para poder denunciar al hombre que ostentaba mayor poder en la facultad». Por su parte, el condenado por los delitos en sus alegaciones afirma que «Pese a que la demanda de amparo justifica en gran medida las vulneraciones constitucionales que invoca en la ausencia de perspectiva de género de la resolución impugnada, no existe ni una norma, ni jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional que indiquen en qué con-

siste la aplicación de la referida perspectiva de género, lo que conduce a una incertidumbre que dificulta notablemente su incorporación por los órganos judiciales. Ante tal incertidumbre, no tiene sentido esgrimir la ausencia de perspectiva de género como fundamento de todo el recurso de amparo por cuanto no cabe reprochar al tribunal sentenciador el haber prescindido de ella». El apartado 10 de los Antecedentes se refiere a que el Ministerio Fiscal en sus alegaciones «recoge un estudio detallado sobre el concepto de perspectiva de género, su evolución histórica, su incorporación a los textos legales, tanto internacionales como internos, su encaje constitucional a partir de los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE, y su aplicación por los órganos judiciales y por este mismo Tribunal Constitucional».

Si bien esta cuestión habría hecho necesario que el TC realizara un esfuerzo especial en su respuesta para explicar en qué consiste la aplicación de la perspectiva de género, a pesar de que tiene una correcta aplicación material de la misma en su resolución, lo cierto es que no se centra en explicar la citada metodología. El FJ5 de la Sentencia confirma el planteamiento realizado por la recurrente al afirmar que la sentencia impugnada «como se afirma en la demanda, soslaya la perspectiva de género que el artículo 49.2 del Convenio de Estambul obliga a tener en cuenta en este tipo de violencia para garantizar un procedimiento efectivo por los delitos en él previstos. Por un lado, tal forma de razonar desconoce las repercusiones específicas que los delitos relacionados con la violencia sexual tienen sobre sus víctimas, y cómo afectan a su conducta en relación con la denuncia y persecución del delito, desconociendo la situación de desventaja y desprotección de las víctimas». La Sentencia se refiere a la especial vulnerabilidad de las víctimas por la sujeción laboral, la precariedad y el abuso continuado para afirmar que «[n]o tener en cuenta este contexto y responsabilizar a las perjudicadas por el delito de la demora en denunciar, no solo es irrazonable desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, sino que desconoce también el mandato de prohibición de discriminación por razón de sexo contenido en el art. 14 CE». Seguidamente, afirma que «la sentencia de apelación ignora por completo que los abusos sexuales [...] forman parte de los delitos relacionados con la violencia de género, que constituye la forma más grave de discriminación contra la mujer; y, como consecuencia de ello, soslaya las exigencias derivadas de la prohibición de discriminación por razón de sexo proclamada por el art. 14 CE».

Aunque en este apartado estamos atendiendo a cuando el TC se ha referido a la perspectiva de género en la argumentación de sus sentencias aprobadas por la mayoría, cabe hacer una breve referencia al Voto Particular concurrente

que formula la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, que en esta ocasión sí atenderemos por cuanto en el mismo se refiere a la cuestión conceptual y metodológica de la perspectiva de género. La Magistrada pone de manifiesto que «[n]o se trae a la sentencia el esfuerzo de conceptualización que había formulado muy acertadamente el Ministerio Fiscal sobre la perspectiva de género». A continuación, aclara que «[l]a perspectiva de género es un método de interpretación de un conflicto jurídico a través de un análisis que tenga como referencia a las mujeres en un juicio en el que el hecho de ser mujer es determinante y, por tanto, no cabe acudir a la supuesta neutralidad del Derecho». Tras repasar su encaje constitucional y su previsión en la legislación interna, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en tratados internacionales, se refiere a la perspectiva de género en la justicia penal y, más concretamente, a los delitos de violencia sexual. Con base especial en la Recomendación General n.º 33 de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia, afirma que «la perspectiva de género implica que los juzgadores sean conscientes de que están en un contexto delictivo en que las mujeres son las víctimas propiciatorias porque las conductas penadas se llevan a cabo por hombres que se prevalecen de su posición de poder, privilegio o superioridad. Así, no cabe acercarse al estudio de estos supuestos de una forma falsamente neutral puesto que esto solo supondrá la revictimización de las mujeres. Ello supone que los operadores jurídicos entiendan cual es la situación a la que se enfrentan estas mujeres una vez que han sido víctimas de violencia sexual». A lo largo del resto del Voto Particular se realiza una aplicación material de la perspectiva de género que, por razones evidentes, no podemos reproducir en esta aproximación, aunque recomendamos encarecidamente su lectura, como de los anteriormente citados.

– STC 92/2024, de 18 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, contra diversos preceptos 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. Destacaremos simplemente el FJ3 que, con la denominación «Examen de los motivos de inconstitucionalidad dirigidos contra los apartados tercero, sexto, séptimo, octavo y noveno del artículo único de la Ley Orgánica 1/2023: integración de la perspectiva de género en las políticas públicas», reitera la doctrina previa ya destacada. Frente a las acusaciones de los recurrentes de que la perspectiva de género «es un constructo ideológico», el TC rechaza esta posición y reitera la relación de esta perspectiva con preceptos constitucionales y su previsión legislativa, recurriendo de nuevo a argumentos de instrumentos internacionales

como el Convenio de Estambul o la Unión Europea, para concluir que «la obligación legal de integrar la perspectiva de género en las políticas públicas es una opción del legislador que no persigue imponer una determinada perspectiva ideológica, en contra de los valores de la libertad o el pluralismo político, el principio de legalidad, la libertad ideológica o el deber de objetividad que ha de presidir la actuación de las administraciones públicas, sino que tiene por finalidad promover el cumplimiento de los citados valores y principios constitucionales, así como asegurar su plenitud y efectividad».

Con los ejemplos recogidos, se puede afirmar que el TC ha asumido que la perspectiva de género es una metodología de análisis de la realidad atendiendo a las desigualdades y realidades de las personas. Ha reiterado su encaje constitucional y su referencia en textos internacionales de aplicación interna y ha afirmado la necesidad de su utilización. Además, en la última Sentencia citada -de este mismo año- se refiere concretamente a la necesidad de su incorporación en la argumentación jurídica, la cual es desarrollada con mayor intensidad en el citado Voto Particular.

II. LA NECESIDAD DE UN MÉTODO

Con lo expuesto, cabe afirmar que la perspectiva de género cuenta con sobrado encaje constitucional y está prevista su aplicación en diversos ejemplos normativos. Sin embargo, existe una importante necesidad para que estas previsiones encuentren adecuada eficacia: contar con un método.

De las sentencias previamente citadas, cabe referirse al argumento del condenado recogido por la STC 48/2024, de 8 de abril, donde afirmaba que «no existe ni una norma, ni jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional que indiquen en qué consiste la aplicación de la referida perspectiva de género, lo que conduce a una incertidumbre que dificulta notablemente su incorporación por los órganos judiciales». Por su parte, en la STC 44/2023, de 9 de mayo, el Grupo Parlamentario recurrente de la Ley Orgánica 2/2010 se refirió, según lo recogido en el apartado 2 de los Antecedentes, a «la indefinición, generadora de inseguridad jurídica contraria al artículo 9.3 CE, de la expresión «perspectiva de género»; deficiencia denunciada por el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado en sus dictámenes respectivos al anteproyecto de ley del que la Ley Orgánica 2/2010 trae causa». Independientemente de que el TC argumentara en las sentencias lo errónea de la posición, lo cierto es que la misma es común y frecuente en todo tipo de operadores jurídicos. En un modelo de *civil law* como es el nuestro, una gran parte de las personas que se

dedican a la labor jurídica necesitan de los textos para afirmar la existencia de «seguridad jurídica».

Sin embargo, también desde el punto de vista de quienes defendemos la necesidad de aplicación de la perspectiva de género convendría contar con un método más o menos claro y generalizable. Es evidente que el método para la correcta aplicación de la perspectiva de género será diferente en función del área de conocimiento al que nos estemos refiriendo. No puede existir un método único, a modo de *checklist*, aplicable a cuestiones tan diversas como la sanidad, las ciencias sociales o las ingenierías. Por ello, para la cuestión que nos ocupa vamos a centrar la atención en un método para la aplicación de la perspectiva de género en la labor jurídica. Sin embargo, no podemos perder de vista que, cuando la labor jurídica requiere de la interdisciplina –por ejemplo, mediante informes periciales–, el resto de ciencias implicadas deberán haber aplicado también adecuadamente la perspectiva de género a su análisis.

En ocasiones anteriores¹² nos hemos referido a las metodologías jurídicas feministas que permiten analizar con perspectiva de género el fenómeno jurídico. Destacaríamos en este sentido las propuestas de Katharine Bartlett¹³, que resultaría de gran utilidad para analizar los efectos de las normas, y de Alda Facio¹⁴, muy interesante para analizar el contenido de las normas. Sin embargo, si nos referimos expresamente a la función de juzgar, no encontramos una metodología asentada, sino distintas propuestas surgidas especialmente en los últimos tiempos derivadas de la necesidad de acabar con los comunes estereotipos de género en la justicia¹⁵. Así, se han venido desarrollando propuestas diversas a modo de guías y recomendaciones por parte de organis-

¹² SORIANO MORENO, S., «Metodologías jurídicas feministas para el abordaje del reto demográfico», *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 13, 2022, pp. 5-26.

¹³ Katharine Bartlett propone tres métodos feministas de análisis jurídico: a) La pregunta por las mujeres (*Asking the woman question*); b) Razón práctica feminista (*Feminist practical reasoning*); c) Creación de conciencia (*Consciousness-Raising*). Ver BARTLETT, K., «Feminist Legal Methods», *Harvard Law Review*, vol. 103 (4), 1990, pp. 829-888.

¹⁴ Alda Facio realizó una propuesta metodológica para analizar textos legales que consta de seis pasos, aunque los mismos no tendrán necesariamente que ser utilizados en su totalidad ni en el orden propuesto: 1. Tomar conciencia de la subordinación del sexo femenino en forma personal; 2. Identificar las distintas formas en que se manifiesta el sexismo en el texto; 3. Identificar cuál es la mujer que en forma visible o invisible está en el texto; 4. Identificar cuál es la concepción de mujer que sirve de sustento al texto; 5. Analizar el texto tomando en cuenta la influencia de y los efectos en los otros componentes del fenómeno legal; 6. Ampliar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla. Ver en FACIO, A., *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, ILANUD, San José de Costa Rica, 1991; y en FACIO, A., «Metodología para el análisis de género del fenómeno legal», en Facio, Alda y Fries, L. (eds.), *Género y Derecho*, Ediciones LOM, Santiago de Chile, 1999, pp. 99-136.

¹⁵ Un estudio clásico sobre estereotipos de género en la justicia en COOK, R., y CUZACK, S., *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009.

mos, instituciones o de la doctrina académica. Sin ánimo de exhaustividad, a continuación se recogerán algunas de esas propuestas que podrían resultar de utilidad a la tarea referida.

1. Propuestas de organismos e instituciones

Cabe destacar que, en España, el Consejo General del Poder Judicial no cuenta con una guía específica sobre perspectiva de género en la argumentación jurídica, sino guías sobre diferentes aspectos de la actuación judicial, como la toma de declaración o el uso del lenguaje ¹⁶. Especialmente, ha sido el Observatorio contra la violencia doméstica y de género desde donde se han desarrollado guías ¹⁷, aunque centradas en este concreto delito, como por ejemplo la «Guía práctica contra la violencia de género» (2005), la «Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género» (2013), la «Guía práctica de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género» (2016), o la «Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género» (2018). Por su parte, el Consejo General de la Abogacía Española publicó en 2017 la guía «Enfoque de género en la actuación letrada. Guía práctica de la abogacía española» ¹⁸. Sin embargo, aunque estas iniciativas deben valorarse positivamente, en ningún caso suponen una herramienta metodológica completa que permita contar con un instrumento integral de aplicación de la perspectiva de género en la práctica jurídica de cualquier orden.

Las guías y protocolos específicos sobre la tarea de juzgar con perspectiva de género de manera general que encontramos se han desarrollado, especialmente, en el contexto de América Latina ¹⁹, aunque también se encuen-

¹⁶ Poder Judicial España, *Igualdad de género. Guías del Consejo en la materia*, s/f. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias-y-estadisticas/Guias-del-Consejo-en-la-materia/> [consulta 17 de junio de 2024]. Sobre la cuestión del lenguaje, cabe también citar el trabajo BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario», *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, pp. 71-100.

¹⁷ Observatorio contra la violencia doméstica y de género, *Guías*, Poder Judicial de España, s/f. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/> [consulta 17 de junio de 2024].

¹⁸ Consejo General de la Abogacía Española, *Enfoque de género en la actuación letrada*, 2017. Disponible en <https://www.abogacia.es/publicaciones/informes/informes-fundacion-abogacia/enfoque-de-genero-en-la-actuacion-letrada/> [consulta 17 de junio de 2024].

¹⁹ También existen ejemplos de guías desarrolladas en relación con delitos específicos, como femicidio, violencia de género o violencia sexual. A modo de ejemplo, podemos citar: «Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género» (Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Huma-

tran modelos en otros ámbitos regionales. A modo de ejemplo, podríamos citar las que siguen, de entre las que destacaremos más específicamente una de ellas:

a) «Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género» (Colombia, 2011 y 2016). En general, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial en Colombia, ha venido desarrollando una muy interesante labor en la materia y cuenta con una gran cantidad de informes, libros, guías y estudios sobre diversas temáticas realizados desde 2008²⁰. La guía citada puede ser la primera que plantea una metodología para la perspectiva de género en la justicia con carácter general. Otra herramienta que se podría destacar sería la de «Lista de Verificación», que supone un recurso virtual a disposición de jueces y juezas como apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias²¹.

b) «Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género» (Bolivia, 2017)²²: este extenso Protocolo ha sido adoptado por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Agroambiental y por el Consejo de la Magistratura a través de acuerdos expresos. Basa su metodología en los siguientes pasos, explicando como operar en cada uno de ellos: a) La identificación del problema jurídico y la definición de personas pertenecientes a poblaciones o grupos de atención prioritaria; b) Determinación del derecho aplicable y los problemas normativos existentes; c) Determinación de los hechos y valoración de la prueba; d) Parte resolutive y reparación del daño.

c) «Cuadernos de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Una contribución para la aplicación del derecho a la

nos, Oficina Regional para las Américas y el Caribe de ONU Mujeres, 2014); o «Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas a delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer» (Corte Suprema de Justicia de Guatemala y Escuela de Estudios, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, 2015).

²⁰ Pueden consultarse en Comisión Nacional de Género, *Libros*, Rama Judicial – República de Colombia, s/f. Disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-genero/libros1> [consulta 18 de junio de 2024].

²¹ Aunque sólo se puede acceder a través de usuario con verificación, el documento base se encuentra en Comisión Nacional de Género, «*Lista de Verificación*» *Herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias*, Rama Judicial – República de Colombia, 2018. Disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/web/comision-nacional-de-genero/lista-de-verificacion> [consulta 18 de junio de 2024].

²² Comité de Género, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, Órgano Judicial del Estado Plurinacional de Bolivia, 2017. Disponible en <https://tsj.bo/publicaciones/protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-genero/> [consulta 18 de junio de 2024].

igualdad y la no discriminación» (Chile, 2018)²³: aporta un marco conceptual y normativo para recoger algunas buenas prácticas internacionales en la materia, así como guías y protocolos de referencia, con explicación de cada una.

d) «Guía para Administración de Justicia con Perspectiva de Género» (Ecuador, 2018)²⁴: proporciona una metodología básica, a través de fórmulas didácticas y en la que se hace especial incidencia en los estereotipos de género y cómo operan en las sentencias. Mucho más completo y referido a diversos aspectos de la práctica judicial resulta el «Manual Perspectiva de género en las actuaciones y diligencias judiciales», de 2023²⁵. En este Manual se hace referencia a la revictimización, a las habilidades a desarrollar, actuación en diligencias y redacción de sentencias, así como un sencillo cuestionario final.

e) «*Bangkok General Guidance for Judges in Applying a Gender Perspective*» (International Commission of Jurists, 2016)²⁶: el documento se elaboró a partir de una reunión de trabajo realizada por jueces y juezas de Filipinas, Tailandia, Timor Oriental e Indonesia con ONU Mujeres. Es una guía básica que se refiere a conceptos, estereotipos y recomendaciones de políticas institucionales. El documento fue revisado y ampliado en 2022, incorporando a los trabajos a jueces y juezas de Bangladesh, India, Maldivas, Nepal, Pakistán y Sri Lanka²⁷.

f) «*Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women's Access to Justice*» (Consejo de Europa y Unión Europea, 2017)²⁸: el documento se realizó en el Proyecto *Improving Women's Access to Justice in the Six Eastern Partnership Countries (Armenia, Azerbaijan, Georgia, the Republic of Moldova, Ukraine and Belarus)*, realizado por el Consejo de Europa y la Unión Europea en el marco de la *Partnership for Good Governance* (PGG). El

²³ Secretaría técnica Igualdad de género y no discriminación, *Cuadernos de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Una contribución para la aplicación del derecho a la igualdad y la no discriminación*, Poder Judicial de la República de Chile, 2018. Disponible en [consulta 18 de junio de 2024].

²⁴ Consejo de la Judicatura, *Guía para Administración de Justicia con Perspectiva de Género*, ONU Mujeres, 2018. Disponible en <https://ecuador.unwomen.org/es/digital-library/publications/2022/11/guia-para-administracion-de-justicia-con-perspectiva-de-genero> [consulta 18 de junio de 2024].

²⁵ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *Manual Perspectiva de género en las actuaciones y diligencias judiciales*, 2023. Disponible en https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Manuales-Protocolos/Genero.pdf [consulta 18 de junio de 2024].

²⁶ International Commission of Jurists, *Bangkok General Guidance for Judges in Applying a Gender Perspective*, 2016. Disponible en <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/06/Southeast-Asia-Bangkok-Guidance-Advocacy-2016-ENG.pdf> [consulta 18 de junio de 2024].

²⁷ International Commission of Jurists, *Bangkok General Guidance for Judges in Applying a Gender Perspective in South and Southeast Asia*, 2022. Disponible en https://www.icj.org/wp-content/uploads/2023/02/ICJ_Bangkok_General_Guidance-1.pdf [consulta 18 de junio de 2024].

²⁸ DUBAN, E., *Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women's Access to Justice*, Consejo de Europa y Unión Europea, 2017. Disponible en <https://rm.coe.int/training-manual-women-access-to-justice/16808d78c5> [consulta 18 de junio de 2024].

Manual contiene, además del marco jurídico y conceptual de rigor, una serie de indicaciones de utilidad para los operadores de justicia con el objetivo de incorporar la perspectiva de género a su labor.

g) «Buenas prácticas para fortalecer la incorporación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales» (Eurosocial, 2022)²⁹: esta breve guía se centra en los criterios aplicables a cada una de las etapas del proceso: Antecedentes del caso (relación de antecedentes de hecho y de derecho); Valoración de las pruebas conforme a estándares de igualdad; Fundamentación jurídica (normativa aplicable); Planteamiento del problema jurídico; Argumentación (razonamiento jurídico) con perspectiva de género: métodos de interpretación y perspectiva interseccional; El caso de la violencia de género: estándares internacionales de derechos humanos; y Decisión y reparaciones transformadoras.

h) «Protocolo para juzgar con perspectiva de género» (México): encontramos dos versiones de este Protocolo, la primera del año 2013 -reeditada en 2015³⁰- y la segunda, de 2020³¹. La primera puede que sea una de las guías más extendidas en la materia y con mayor reconocimiento en el ámbito iberoamericano. Así, se toma como referencia en otras guías, como la «Guía de prácticas aconsejables para juzgar con perspectiva de género», de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Argentina), de 2024³²; o en el «Modelo de Incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias», adoptada por la Cumbre Judicial Iberoamericana –de la que España forma parte– en el año 2015³³. Por estas razones, se ha recogido el método propuesto de forma más detallada en el Anexo I de este trabajo.

En el nuevo Protocolo de 2020, se recogen avances y evoluciones jurisprudenciales en los estándares internacionales de derechos, además de incor-

²⁹ BELTRÁN Y PUGA, A., *Buenas prácticas para fortalecer la incorporación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales*, Eurosocial y Poder Judicial de la República Dominicana, 2022. Disponible en <https://eurosocial.eu/biblioteca/doc/buenas-practicas-para-fortalecer-la-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-las-decisiones-judiciales/> [consulta 18 de junio de 2024].

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, 2015. Disponible en https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf [consulta 18 de junio de 2024].

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, 2020. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/para-juzgar-con-perspectiva-de-genero> [consulta 17 de junio de 2024].

³² Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *Guía de prácticas aconsejables para juzgar con perspectiva de género*, 2024. Disponible en https://www.sca.gov.ar/includes/descarga.asp?id=53977&n=Ver%20Guia_%20juzgar_con_perspectiva_de_genero.pdf [consulta 18 de junio de 2024].

³³ Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia, *Modelo de Incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias*, Cumbre Judicial Iberoamericana, 2015. Disponible en <https://www.cumbrejudicial.org/node/595> [consulta 18 de junio de 2024].

porar una revisada guía práctica para juzgar con perspectiva de género. Para ello, se toma como referencia la jurisprudencia «Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género»³⁴ de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se determinan seis elementos necesarios: (i) identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; (ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de advertir las situaciones de desventaja provocadas por esta categoría; (iii) ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, siempre que el material probatorio sea insuficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género; (iv) cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta; (v) aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas; y (vi) evitar la utilización de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, y, a su vez, procurar el uso de lenguaje incluyente. A partir de estos elementos, se distinguen tres apartados, dando pautas para lograr cumplir las obligaciones previstas para cada uno de ellos, que se resumen también en el Anexo I de este trabajo.

2. Propuestas desde la academia

Desde el ámbito académico y científico también se han desarrollado diversas propuestas metodológicas ante esta necesidad –en muchas ocasiones por parte de juezas–. De nuevo sin ánimo de exhaustividad, podríamos citar las siguientes:

a) Glòria Poyatos Matas: en su tesis doctoral, dedicada a la cuestión, propone una metodología para la aplicación de la perspectiva de género en el orden social³⁵. La Magistrada de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, conocida por su labor de incorporar la perspectiva de género³⁶, propone tres fases para la aplicación del método: una primera fase o de

³⁴ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 29, Tomo II, abril de 2016, p. 836. Registro digital 2011430. Citado en Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, 2020, *op. cit.*, p. 138.

³⁵ POYATOS MATAS, G., *Un método manejable para juzgar con perspectiva de género en el orden de lo social*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2022. Disponible en <https://digitum.um.es/digitum/handle/10201/119903> [consulta 17 de junio de 2024].

³⁶ Un trabajo reciente en G. Poyatos Matas, «Categorización de género e impartición de justicia», en POYATOS MATAS, G.; CAPUTI, M.C.; LORENZO, L., y PICCINELLI, O.C., *Estereotipos de género en la justicia. Aportes y perspectivas para erradicarlos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2024, pp. 21-85.

detección, que denomina justicia analítica, sobre el análisis del caso, la alegación o no de la discriminación, estereotipos comunes y categorías sospechosas; una segunda fase o de corrección, que denomina justicia argumentativa, centrada en la actuación judicial, referida a la tramitación, la valoración de la prueba y las normas aplicables; y una tercera fase o de compensación, relativa a la restitución, centrada en la reparación y la compensación.

b) Francisca Pou Giménez: la investigadora de la Universidad Nacional Autónoma de México, entre sus diversas obras referidas a la cuestión, propone algunas claves para lo que ella misma denomina «ingredientes de una receta básica»³⁷. Así, pone de manifiesto seis criterios, a saber: Reconocer que la inequidad de género existe y es un problema grave; Ser consciente de que contribuir a erradicar las inequidades de género no es optativo; Hacerse de una despena analítica adecuada; Aplicar la perspectiva de género en todos los casos, no sólo en los «sonados»; Aplicar la perspectiva de género tanto en la construcción como en la resolución del caso; No caer en el «formalismo mágico».

c) María Rita Custet Llambí: la jueza del Tribunal de Impugnación de la Provincia de Río Negro, en Argentina, ha desarrollado un método para la aplicación de la perspectiva de género en la argumentación jurídica³⁸. En este caso, se va a prestar especial atención a esta propuesta, por recoger una metodología completa, asentada sobre una interesante base teórica, y ser muy reciente, por lo que ha tenido ocasión de nutrirse de las metodologías anteriormente desarrolladas y algunas de ellas ya comentadas. La autora afirma que la aplicación de la perspectiva de género debe incidir en todas las dimensiones del proceso jurídico: en la dimensión heurística, por cuanto abre la posibilidad de nuevas formas de indagación; en la dimensión epistémica, ya que implica incorporar nuevos elementos para la construcción del conocimiento jurídico; en la dimensión procedimental; en la dimensión argumentativa; y en la dimensión hermenéutica, en tanto que abre la posibilidad de comprender experiencias no hegemónicas³⁹. Su propuesta se articula en 10 pautas en torno a las metodologías jurídicas feministas: utiliza los tres métodos propuestos por Bartlett (la pregunta por las mujeres; razón práctica feminista; creación de conciencia)⁴⁰ y añade el método de la reapropiación

³⁷ POU GIMÉNEZ, F. «Argumentación judicial y perspectiva de género», en Cruz Parcerio, J.A., Contreras Acevedo, R., y Leal Carretero, F. (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica en México*, Fontamara, México, 2013, p. 127.

³⁸ CUSTET LLAMBÍ, M.R., *Perspectiva de género en la argumentación jurídica*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.

³⁹ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁰ BARTLETT, K., *op. cit.*

feminista de los derechos de las mujeres⁴¹. A modo de síntesis, se recogen en el Anexo II de este trabajo las pautas metodológicas propuestas.

III. EL RETO DEL GÉNERO EN LOS ESTUDIOS JURÍDICOS

Si el objetivo que venimos desarrollando está relacionado con la incorporación de la perspectiva de género a la labor jurídica en todos sus momentos, una cuestión clave resulta la de incorporar la mirada del género desde los estudios jurídicos. Quienes han venido desarrollando una labor de incorporar la perspectiva de género en el derecho lo han realizado, hasta la fecha y por lo general, tras un proceso de toma de conciencia individual y con una formación generalmente autodidacta. Por ello, resulta básico para la generalización y el asentamiento de esta metodología su incorporación en los estudios jurídicos, desde las facultades de derecho.

Desde el año 2007 que se prevé esta incorporación con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que recoge en su artículo 25 el fomento de «la enseñanza y la investigación sobre el significado y alcance de la igualdad entre mujeres y hombres», además de «[l]a inclusión, en los planes de estudio en que proceda, de enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres». El artículo 13 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, también se refiere a la inclusión de la igualdad en el ámbito educativo. Y el Título III de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, se refiere expresamente a las necesidades formativas del personal, entre el que se encuentra el relacionado con profesiones jurídicas (judicatura, fiscalía, Administración de justicia o abogacía). Todo ello, sin atender a las previsiones específicas de las distintas legislaciones autonómicas.

Sin embargo, a pesar de ello, la perspectiva de género está lejos de ser una realidad extendida y consolidada en las facultades de derecho españolas. Desde hace ya varios años, resulta un debate clásico e intenso si esta incorporación debe hacerse a través de asignaturas específicas o debe ser a través de una mirada transversal en cada una de las asignaturas que se cursen. Por ello, en este apartado vamos a atender a la situación actual de estas dos posibilidades.

Sin embargo, antes es necesario tener en cuenta la existencia de diversas formas de violencias de género dentro de las universidades, lo cual también formaría

⁴¹ Propuesta recogida de HEIM, D., *Mujeres y acceso a la justicia*, Didot, Buenos Aires, 2016. Consistiría en evidenciar los obstáculos y las limitaciones para la efectividad de los derechos de las mujeres previstos en legislaciones y/o políticas públicas.

parte del denominado currículum oculto en la formación de juristas⁴². Este sería un problema estructural, que genera efectos disciplinadores y que dificulta en cualquiera de los supuestos la adecuada incorporación de perspectiva de género⁴³.

1. Ejemplos de especificidad

Para este trabajo, se ha realizado una revisión de los planes de estudio de los grados en Derecho que se imparten en España, tanto en universidades públicas como privadas, con el objetivo de identificar asignaturas específicas que se refieran a las mujeres, la igualdad o el género. Es posible que en asignaturas troncales u obligatorias se puedan recoger ciertas temáticas relacionadas con la igualdad, por ejemplo en asignaturas sobre derechos fundamentales, aunque no se ha atendido a estas posibilidades por resultar inabarcables en esta ocasión, sino que se ha centrado la atención en asignaturas específicas incorporadas a los planes de estudio. Cabe aclarar también que no se han revisado los planes de estudio relativos a dobles grados o programas de estudios combinados, sino simplemente al Grado en Derecho, ya que se entiende como estudio clave para desarrollar una futura labor jurídica.

De los 79 planes de estudio en Derecho revisados sólo se han encontrado dos asignaturas básicas referidas a la cuestión. Por una parte, el Grado en Derecho de la Universidad de Huelva cuenta con una asignatura básica denominada «Derechos humanos, valores, género y paz»; sin embargo, cuando se consulta el temario de la citada asignatura, se observa que no cuenta con ningún tema concreto sobre género, sino simplemente un epígrafe del último tema que versa sobre feminismo. Por otra parte, el Grado en Derecho de la Universidad de Cantabria, cuenta con una asignatura denominada «Habilidades, Valores y Competencias Transversales», cuyo temario contiene un tema específico sobre perspectiva de género y derecho.

El resto de las asignaturas que se han identificado se recogen en los planes de estudio como optativas, por lo que no todo el alumnado de la

⁴² PICCONE, M.V., *Enseñar Derecho con perspectiva de género. Propuestas de intervención y estrategias didáctico-curriculares para Derecho Político y Derecho Constitucional*, Prohistoria Ediciones, Rosario, 2023, pp. 43-44.

⁴³ Sirva a modo de ejemplo de estas violencias el hecho de que las universidades españolas cuentan con protocolos de acoso, así como la labor que realizan las distintas unidades de igualdad en la gestión de diferentes tipos de violencia de género que se dan en las universidades. El 96 % de las universidades públicas y el 80,8 % de las universidades privadas cuentan con protocolo específico. Unidad de Mujeres y Ciencia, *Científicas en Cifras*, Ministerio de Ciencia e Innovación, 2023, p. 130. Disponible en <https://www.ciencia.gob.es/Secc-Servicios/Igualdad/CientificasCifras.html> [consulta 8 de julio de 2024].

titulación las habrá cursado. A modo de síntesis, se recogen en la siguiente tabla:

Tabla 1. Asignaturas optativas sobre género o igualdad (o contenidos específicos) en los planes de estudio de Grado en Derecho

Universidad	Denominación de la asignatura
Universidad de Córdoba. Universidad de Almería.	Igualdad y Estado Social Optativas generales: Igualdad de género. Literatura y género. Mujeres y desigualdad social.
Universidad Pablo de Olavide. Universidad Loyola.	Políticas de igualdad y Derecho. Igualdad y Diversidad en las Relaciones Laborales.
Universidad de Salamanca. IE Universidad (Segovia).	Historia de las mujeres. Silencios desigualdades. Human rights & Social Justice (Sex, gender and the law; Gender discrimination and human rights).
Universidad de Castilla-La Mancha.	Democracia, Gobernanza y Ciudadanía (Feminismo y ciudadanía).
Universitat de Barcelona. Universitat Autònoma de Barcelona. Universitat Pompeu Fabra.	Derecho y Políticas de Género. Género y Derecho. – Polítiques Legislatives i Plans d'Igualtat. – Gender and the Law.
Universitat de Girona.	– Tratamiento constitucional de la diversidad (A feminist critique of law. Gender, sexual identities and heteropatriarchal model). – Política y género. – La lucha contra las discriminaciones y el racismo a nivel internacional y europeo.
Universitat de Lleida.	– Teoría política feminista. – Los derechos de las mujeres y las políticas públicas. – Mujer y trabajo. – Mujeres y violencia de género. – Género y derechos humanos. – Mujer y protección social.
Universitat de les Illes Balears.	Políticas de Igualdad y Prevención de la Violencia de Género: Aspectos Jurídicos.
Universidad de Deusto.	Género y Derecho.

Fuente: elaboración propia con información publicada por las facultades de derecho.

Como se puede observar, son 14 los planes de estudio que recogen alguna asignatura relacionada con la cuestión como optativa, de los cuales 3 se corresponden con universidades privadas. Si añadimos las dos asignaturas básicas citadas anteriormente (aunque una de ellas no tenga temario específico), podríamos afirmar que sólo 16 de los 79 programas de estudios en Derecho en España cuentan con alguna asignatura específica, es decir, el 20% de las titulaciones. De ellas, siendo la inmensa mayoría de las asignaturas optativas, es seguro que no todas las personas tituladas por esas universidades habrán cursado estas materias. Finalmente, las asignaturas encontradas no se centran en la mayoría de ocasiones observadas en metodologías jurídicas feministas ni en incorporación de la perspectiva de género.

Podría considerarse también que algunas universidades han articulado estudios propios a modo de Mínor (itinerario universitario compuesto por asignaturas de otros planes de estudio) o de suplemento europeo al título⁴⁴.

A modo sucinto podríamos afirmar que lo positivo de esta opción de contar con asignaturas específicas sería la predisposición y el interés inicial del estudiantado (en el caso de optativas), la posibilidad de dedicar más tiempo a las cuestiones conceptuales y metodológicas, y la posibilidad de que el profesorado de estas asignaturas tenga una adecuada base formativa e investigadora. Sin embargo, estos elementos positivos podrían tornarse en los contras, ya que no todo el estudiantado cursará las asignaturas, además de que puede resultar difícil aplicar los contenidos a todas y cada una de las temáticas estudiadas en el grado, lo que puede suponer una suerte de contenido independiente del resto de estudios.

2. Propuestas de transversalidad

La otra posibilidad que permitiría incorporar la perspectiva de género en los estudios jurídicos sería la de su transversalización a lo largo de las diversas asignaturas de la titulación. Para posibilitar esta transversalidad, también se han publicado diversas propuestas metodológicas, con el objetivo de acompañar y orientar a quienes incorporen la perspectiva de género en su docencia del derecho. Desde las propias universidades se han desarrollado algunas propuestas,

⁴⁴ Ejemplos de ello los encontramos en el Mínor en Género y Derecho de la Universitat de Lleida, el Mínor en Estudios de Género de la Universitat Autònoma de Barcelona, o el Suplemento Europeo al Título de la Universidad de Málaga.

bien sean genéricas para la docencia⁴⁵ o específicas para el Derecho⁴⁶. Estas guías recogen recursos y propuestas de actividades, incluyendo la guía para el ámbito jurídico normativas, textos históricos o sentencias que puedan ayudar a reflexionar sobre la cuestión. Por otra parte, encontramos también propuestas realizadas desde el ámbito académico, donde se pone en valor la importancia de la cuestión y se ofrecen pautas, metodologías o experiencias⁴⁷.

Podemos hacer referencia, a modo de ejemplo de transversalidad del género en las distintas asignaturas de la formación, al proceso realizado en la Universidad Nacional de Río Negro, en Argentina⁴⁸. En este ejemplo, la revisión realizada en 2019 del Plan de Estudios de la carrera de Abogacía, tuvo como resultado que en un 45 % de las asignaturas se haga referencia a «las perspectivas feministas, a los estudios de género y/o a la consagración de la igualdad entre varones y mujeres», un total de 17 asignaturas⁴⁹. En este marco, se recoge la siguiente propuesta metodológica con el objetivo de analizar si un programa cuenta efectivamente con perspectiva de género:

Tabla 2. Interrogantes para analizar la perspectiva de género en asignaturas

1. Fundamentos.	¿Expresan una perspectiva no androcéntrica de la disciplina? ¿Contienen en forma explícita perspectiva de género? ¿Denuncian formas de violencia contra las mujeres y personas LGTBI+?

⁴⁵ Por ejemplo, VV.AA., *Guía para la incorporación de la perspectiva de género en la docencia y la investigación*, Universidad de Deusto, 2021. Disponible en <https://www.unex.es/organizacion/servicios-universitarios/oficinas/igualdad/archivos/ficheros/IncorporacionPerspectivaGeneroDIG3.pdf> [consulta 21 de junio de 2024].

⁴⁶ Fueron pioneras las «Guies per a una docència universitària amb perspectiva de gènere» de la Xarxa Vives, realizadas en catalán en el año 2017 y adaptadas a diversas titulaciones de diferentes campos de conocimiento. Más adelante algunas fueron ampliadas y traducidas al castellano, inglés y galego. En el ámbito jurídico, TORRES DÍAZ, M.C., *Derecho y Criminología: guías para una docencia universitaria con perspectiva de género*, Xarxa Vives d'Universitats, 2021. Disponible en <https://www.vives.org/book/derecho-y-criminologia-guia-para-una-docencia-universitaria-con-perspectiva-de-genero/> [consulta 21 de junio de 2024].

⁴⁷ Simplemente a modo de ejemplo de las diversas propuestas existentes, podemos encontrar las recogidas en el número monográfico Reviriego Picón, F., y Matia Portilla, F.J., (coords.), «La universidad en los difíciles tiempos de Bolonia», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2015, que se refieren expresamente al Derecho Constitucional. Así, citamos: SANCHIS VIDAL, A., «Interpretación jurídica, igualdad y género en los estudios de derecho. Aportaciones epistémicas y feministas»; TORRES DÍAZ, M.C., «Transferencia de conocimientos y feminismo jurídico: entre la teoría y la práctica constitucional»; SALAZAR BENÍTEZ, O., «La enseñanza del Derecho constitucional como forma de acción política»; y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., y QUERALT JIMÉNEZ, A., «La palabra y los silencios de los docentes: el Derecho constitucional y la perspectiva (de género)».

⁴⁸ Sobre este proceso, PICCONE, M.V., *op. cit.*, pp. 77-99.

⁴⁹ HEIM, D., y PICCONE, M.V., «Epistemicidio y transversalidad de género. Avances en la reforma del currículum de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Negro», *Academia. Revista de enseñanza del derecho*, año 17, núm. 34, 2019, p. 288. Disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/pub_ra_n34.php [consulta 8 de julio de 2024].

2. Objetivos.	¿Se contemplan objetivos igualitarios y tendentes a erradicar cualquier tipo de discriminación?
3. Contenidos.	¿Incorpora el programa referencias a discriminación y violencias de género, violencia contra las mujeres o personas LGTBI+? ¿Alude el programa referencias a la perspectiva de género? ¿Menciona aportes y categorías elaboradas por los feminismos y/o a los feminismos jurídicos? ¿Contempla herramientas del derecho antidiscriminatorio? ¿Incorpora la pregunta por las mujeres en la pregunta por las personas excluidas?
4. Metodología.	¿Se proponen metodologías dialógicas? ¿La autobiografía, la concienciación y el relato de experiencias forma parte de las metodologías contempladas? ¿Se apela al trabajo en equipo? ¿Se tienen en cuenta diferentes fuentes de información? ¿Las formas de evaluación son coherentes?
5. Bibliografía.	¿Contempla la bibliografía obligatoria libros de género y/o violencia contra las mujeres y personas LGTBI+? ¿Incorpora la bibliografía artículos de revistas sobre género y/o violencia contra las mujeres y personas LGTBI+? ¿Qué cantidad de autores varones y mujeres se citan? ¿Menciona la bibliografía optativa libros de género y/o violencia contra las mujeres?

Fuente: PICCONE⁵⁰.

Si tomamos esta propuesta como válida para analizar si la perspectiva de género se encuentra incorporada en las asignaturas de derecho en nuestro contexto, sería difícil encontrar algún ejemplo que pueda cumplir la mayoría de los ítems positivamente. Tradicionalmente –y en la actualidad– la enseñanza del derecho se realiza a partir de modelos tradicionales, acríticos y asépticos, que no analizan ni ponen de manifiesto las relaciones de poder. Si no es posible superar esta posición, difícilmente podrá incorporarse adecuadamente esta perspectiva.

IV. CAUTELAS: RESISTENCIAS Y FORMACIÓN ADECUADA

Si bien se han expuesto ya necesidades y retos para la incorporación de la perspectiva de género en la labor jurídica, resulta igualmente imprescindible

⁵⁰ PICCONE, M.V., *op. cit.*, pp. 46 y 47.

hacer una breve referencia a las cautelas que se deben tener en cuenta en esta tarea. En este caso vamos a centrar la atención en las resistencias existentes –cada vez más intensas– y a la necesidad de que quien desarrolle esta tarea cuente con una adecuada formación.

En cuanto al estudiantado, no resulta ajeno para cualquier persona que se dedique a la docencia encontrar posturas reaccionarias y contrarias a las políticas de igualdad entre las personas más jóvenes. Así se recoge en el *Barómetro Juventud y Género de 2023* realizado desde el Centro Reina Sofía⁵¹, que arroja resultados como la polarización y la deriva reaccionaria, por ejemplo, con el peso de los estereotipos a la hora de identificar la idoneidad por género en sectores profesionales; el refuerzo de los estereotipos relativos al modelo familiar patriarcal y al amor romántico tradicional; y justificar o negar la existencia de la violencia de género, entre otras⁵². Esta deriva no es exclusiva de las personas más jóvenes, ni del contexto español, sino que se enmarca en un proceso antifeminista y reaccionario a nivel global, presente en discursos políticos, institucionales y en medios de comunicación y redes sociales⁵³. Si bien hasta el momento las resistencias partían de la supuesta neutralidad del derecho y de estas metodologías tradicionales asépticas y acríticas que se han venido citando, la realidad actual va más allá, ya que en muchas ocasiones las resistencias se manifiestan abiertamente, usando expresiones como la de «ideología/doctrina de género» para desprestigiar medidas y políticas públicas que buscan la efectiva igualdad⁵⁴.

⁵¹ SANMARTÍN, A.; GÓMEZ, A.; KURIC, S., y RODRÍGUEZ, E., *Barómetro Juventud y Género 2023*, Centro Reina Sofía de Fad Juventud, Madrid, 2023. Disponible en <https://www.centroreinasofia.org/publicacion/barometro-juventud-genero-2023/> [consulta 10 de julio de 2024].

⁵² Comentarios relativos a las principales conclusiones en *ibid*, pp. 88 ss.

⁵³ Sobre ello, ver ÁLVAREZ-BENAVIDES, A., y TOSCANO, E., «Nuevas articulaciones de la extrema derecha global: Actores, discursos, prácticas, identidades y los retos de la democracia», *Política y Sociedad*, núm. 58(2), 2021, pp. 1-9. Disponible en <https://doi.org/10.5209/POSO.74471> [consulta 10 de julio de 2024].

⁵⁴ Se pueden observar estas posiciones en el plano institucional en diversos casos. Como ejemplo, podemos citar el Preámbulo de la Ley 18/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral Contra la LGTBIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid.

Igualmente, se expresa en estos términos el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, contra la totalidad de 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; resuelto por la ya citada STC 34/2023, de 18 de abril. En el mismo se solicita la inconstitucionalidad de diversos apartados «en cuanto imponen como principio de todo el sistema educativo la ideología de género». Como recoge la STC, el recurso recoge «Al tiempo que el legislador «hace desaparecer la religión del currículo educativo, abandona esa posición [...] de sujeto religiosamente incapaz, para incorporar normativamente una ideología estatal en la que forzosamente se pretende adoctrinar a los alumnos», la «ideología de género» y la educación afectivo-sexual, que no solo se imponen en una asignatura sino que impregnará «como principio rector la totalidad de la enseñanza» y se valorará en función de la «adhesión a la moral/ideología»

Por otra parte, la siguiente cautela que es necesario poner de manifiesto sería la de la necesidad de una adecuada formación de las personas que desarrollen los retos y las necesidades indicadas. Contar con una sólida base teórica en materia de feminismos jurídicos y perspectiva de género resulta fundamental, tanto para desarrollar una adecuada labor docente en la materia, como para la implementación de la perspectiva de género en Juzgados y Tribunales. Por mucho que se incorporen asignaturas relativas a la cuestión o se incorpore la perspectiva de género en las asignaturas de las carreras en Derecho, sin un cuerpo docente capacitado y con esa base teórica, la solución puede resultar incluso contraproducente. Del mismo modo, la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género puede resultar contraria a los derechos de las mujeres si quien trata de hacerlo no cuenta con los conocimientos adecuados⁵⁵, por muchas guías y metodologías que se desarrollen al respecto. Si no se dedican esfuerzos en esta perspectiva y en esta formación, seguiremos vulnerando especialmente los derechos de las mujeres, como se ha puesto de manifiesto que ocurre en el ámbito judicial⁵⁶. Por ello, es necesario asegurar una capacitación correcta y un adecuado currículum docente e investigador en la materia de las personas que desarrollan esta labor en el momento actual. Como ya se ha indicado, hasta ahora no se ha dado esta formación en las facultades de derecho, por lo que quienes cuentan con formación en la materia lo han logrado de forma autodidacta y a través de investigaciones científicas.

estatalmente impuesta, aunque esas convicciones estatales puedan resultar frontalmente opuestas a las de sus progenitores. Ello se reputa contrario a la «neutralidad ideológica» y no «adocctrinamiento estatal», a la libertad de los padres sobre la educación moral de sus hijos y a la libertad de no exteriorizar las creencias contra la propia voluntad derivados de los arts. 27 y 16 CE».

Otro ejemplo podría ser el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; resuelto por la también citada STC 44/2023. El recurso alega la supuesta inconstitucionalidad del artículo 5.1.e) de la Ley Orgánica «[l]a educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva», ya que entienden que se impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la educación sanitaria y afectivo-sexual con un sesgo ideológico, incurriendo en adoctrinamiento y posibilitando el pensamiento oficial y único.

⁵⁵ Así se ha observado en diversas sentencias, pudiendo citar como ejemplo la Sentencia 196/2022 emitida por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Marbella (caso que resultó mediático relativo a la custodia de un menor entre una zona rural y una ciudad, otorgada al padre), o la Sentencia 1024/2022 de la Audiencia Provincial de Cáceres –que confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Cáceres (que condena a la madre de la menor por sustracción de menores y en la que se la califica de «mentalidad patriarcal» o «rol machista»)–.

En estos casos, se observa lo que se califica de «formalismo mágico» en POU GIMÉNEZ, F., *op. cit.*, p. 136.

⁵⁶ HEIM, D., «Acceso a la justicia y violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, pp. 107-129.

V. CONCLUSIONES

Esta aportación se ha basado en plantear algunas necesidades, retos y cautelas a tener en cuenta para la imprescindible incorporación de la perspectiva de género en la labor jurídica, tarea que la Profesora Balaguer Callejón ha venido desarrollando en su labor investigadora y como Magistrada del Tribunal Constitucional.

Como necesidad, se ha recogido la cuestión de un método claro y adecuado para juzgar con perspectiva de género, así como para el resto de operadores jurídicos que actúan en los procesos. Son diversas las guías y metodologías publicadas por organismos e instituciones, así como propuestas desde lo académico. Sin embargo, si no se cuenta con cierta inquietud por la cuestión, se siguen observando posicionamientos que argumentan que la citada perspectiva afecta a la seguridad jurídica. Además de difundir y adecuar estas metodologías, sería importante contar con una precisión al respecto desde los poderes públicos. Por otra parte, se ha observado que cada vez son más frecuentes los posicionamientos del Tribunal Constitucional en lo que a la definición de la perspectiva de género se refiere. En este sentido, no sería descabellado un posicionamiento que sienta doctrina donde se planteen pautas metodológicas, tal y como hiciera en su día la STC 155/2009, de 25 de junio, en relación con la especial transcendencia constitucional, que en la actualidad se sigue utilizando como herramienta en la docencia y en los propios recursos de amparo. Sin embargo, debemos tener presentes las cautelas apuntadas, ya que las resistencias se observan cada vez más intensamente en el ámbito institucional, además de que sin contar con una adecuada base teórica y epistemológica de las personas que deben aplicar la metodología, cabe la posibilidad de incurrir en riesgos indeseados.

Como reto se ha planteado la incorporación del género en la formación de los y las futuras juristas. Esta tarea todavía se encuentra lejos de estar asentada, aunque sí se encuentran ejemplos útiles tanto de asignaturas específicas como de metodologías para su transversalización en asignaturas generales. Como dificultades para este reto encontramos de nuevo las resistencias, presentes en el estudiantado y entre el personal docente, que mantiene una posición acrítica del derecho y su docencia. Igualmente, es imprescindible asegurar que quienes desarrollen la docencia de la perspectiva de género y/o los feminismos jurídicos cuenten con esa necesaria base teórica y epistemológica.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-BENAVIDES, A., y TOSCANO, E., «Nuevas articulaciones de la extrema derecha global: Actores, discursos, prácticas, identidades y los retos de la democracia», *Política y Sociedad*, núm. 58(2), 2021, pp. 1-9.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del TC», *Revista de Derecho Político*, núm. 33, 1991, pp. 99-123.
- «Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario», *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, pp. 71-100.
- «El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos», *IgualdadES*, núm. 1, 2019, pp. 19-42.
- BARRÈRE UNZUETA, M., «Igualdad y discriminación positiva: Un esbozo de análisis teórico-conceptual», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003.
- BARTLETT, K., «Feminist Legal Methods», *Harvard Law Review*, vol. 103 (4), 1990, pp. 829-888.
- COOK, R., y CUZACK, S., *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2009.
- COSTA, M., *Feminismos jurídicos*, Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.
- CUSTET LLAMBÍ, M.R., *Perspectiva de género en la argumentación jurídica*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2023.
- FACIO, A., *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, ILANUD, San José de Costa Rica, 1991.
- «Metodología para el análisis de género del fenómeno legal», en Facio, Alda y Frías, Lorena (eds.), *Género y Derecho*, Ediciones LOM, Santiago de Chile, 1999, pp. 99-136.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., y QUERALT JIMÉNEZ, A., «La palabra y los silencios de los docentes: el Derecho constitucional y la perspectiva (de género)», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2015.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2019.
- HEIM, D., «Acceso a la justicia y violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, pp. 107-129.
- *Mujeres y acceso a la justicia*, Didot, Buenos Aires, 2016.
- HEIM, D., y PICCONE, M.V., «Epistfemicidio y transversalidad de género. Avances en la reforma del currículum de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Negro», *Academia. Revista de enseñanza del derecho*, año 17, núm. 34, 2019, pp. 253-295.
- POU GIMÉNEZ, F., «Argumentación judicial y perspectiva de género», en Cruz Parcerro, J.a., Contreras Acevedo, R., y Leal Carretero, F., (coords.), *Interpretación y argumentación jurídica en México*, Fontamara, México, 2013, p. 123-153.

- POYATOS MATAS, G., *Un método manejable para juzgar con perspectiva de género en el orden de lo social*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2022.
- POYATOS MATAS, G., CAPUTI, M.C., LORENZO, L. y PICCINELLI, O.C., *Estereotipos de género en la justicia. Aportes y perspectivas para erradicarlos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2024.
- PICCONI, M.V., *Enseñar Derecho con perspectiva de género. Propuestas de intervención y estrategias didáctico-curriculares para Derecho Político y Derecho Constitucional*, Prohistoria Ediciones, Rosario, 2023.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., «Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 52, 2023, pp. 495-519.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., La enseñanza del Derecho constitucional como forma de acción política, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2015.
- «La necesaria perspectiva feminista en la enseñanza, interpretación y aplicación del Derecho», *Investigaciones Feministas*, vol. 12(2), 2021, pp. 359-369.
- SANCHIS VIDAL, A., «Interpretación jurídica, igualdad y género en los estudios de derecho. Aportaciones epistémicas y feministas», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2015.
- SANMARTÍN, A., GÓMEZ, A., KURIC, S., y RODRÍGUEZ, E., *Barómetro Juventud y Género 2023*, Centro Reina Sofía de Fad Juventud, Madrid, 2023.
- SORIANO MORENO, S., *Violencia y acoso contra las mujeres en el ámbito político como límite a los derechos de participación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022.
- «Metodologías jurídicas feministas para el abordaje del reto demográfico», *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, núm. 13, 2022, pp. 5-26.
- TORRES DÍAZ, M.C., «Transferencia de conocimientos y feminismo jurídico: entre la teoría y la práctica constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2015.
- *Derecho y Criminología: guías para una docencia universitaria con perspectiva de género*, Xarxa Vives d'Universitats, 2021.
- WEST, R., (ed.), *Género y teoría del derecho*, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uníandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000.

ANEXO I

Tabla 3. Método para incorporar y facilitar la aplicación de la perspectiva de género en el juzgar

Cuestiones previas al proceso.	¿El caso requiere que se dicten órdenes de protección?
Determinación de los hechos e interpretación de la prueba.	• ¿Cuál es el contexto en que se desarrollan los hechos? • ¿Alguna de las personas involucradas se encuentra en situación de pobreza, marginación, vulnerabilidad o discriminación basada en el sexo, género o preferencia/ orientación sexual? • ¿Entre las personas vinculadas al caso subyace una relación asimétrica de poder? ¿Cómo influye esto en la solicitud y valoración de las pruebas? • ¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de las llamadas «categorías sospechosas»? • ¿La persona pertenece a un grupo históricamente desventajado? • ¿La persona presenta características que la exponen a una doble discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad? Por ejemplo, en un proceso de divorcio, ser una mujer indígena, o solicitar empleo siendo lesbiana y estando embarazada. • ¿El comportamiento que se espera de las personas involucradas o de las víctimas del caso obedece a estereotipos o a una de las manifestaciones del sexismo? • ¿La reacción esperada de la víctima cambiaría si se suplantara, por ejemplo, por un varón o una persona heterosexual? ¿Qué cambiaría en la expectativa de comportamiento de la persona si se asignara un rol estereotípicamente considerado como femenino? Por ejemplo, si fuera hombre quien solicita permisos laborales para ejercer su paternidad.

Determinación del derecho aplicable.	• ¿Cuál es el marco jurídico de origen interno e internacional aplicable al caso? • ¿Existen resoluciones o sentencias de organismos internacionales que brinden argumentos para resolver el asunto en cuestión? • ¿Existen sentencias internacionales que hayan condenado al país en el que usted desempeña su cargo, que deban ser atendidas en la solución del caso? • ¿Las observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas y los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aportan elementos valiosos para la resolución del caso? • ¿Cuál es el concepto de sujeto que subyace al marco normativo aplicable? • ¿La norma responde a una visión estereotípica o sexista del sujeto? • ¿La aplicación de la norma genera un impacto diferenciado para la persona y el contexto en que se encuentra? • ¿Cuál es la norma que garantiza mejor el derecho a la igualdad de las víctimas o personas involucradas en el caso? • ¿Se encontraban las víctimas en una situación de riesgo de violación de sus derechos convencionales en virtud de estereotipos culturales sostenidos en la comunidad respectiva? • ¿Cuáles son las estrategias jurídicas con las que se cuenta para contrarrestar la norma discriminatoria por objeto o por resultado? • ¿El caso demanda la deconstrucción de un paradigma, concepto o institución jurídica? ¿En qué medida la sentencia puede hacerse cargo de ello? • ¿Cuáles son las herramientas que el marco normativo aplicable brinda para resolver las asimetrías en relación así como la desigualdad estructural de la que derivó el caso? • ¿El caso amerita un trato diferenciado?

Argumentación.	• Aplicar los principios constitucionales de igualdad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. • Justificar el uso de la normativa que sea más favorable a la persona que se encuentra en una situación asimétrica de poder o de desigualdad estructural. Esto implica no solo la cita de, por ejemplo, tratados internacionales, sino la expresión de las razones por las cuales hay que referenciarlos a cuenta al caso en concreto y la resolución del caso con base en ellos. • Interpretar de acuerdo a los nuevos paradigmas constitucionales que dejan en desuso los criterios hermenéuticos como la literalidad, jerarquía y especialidad. • Detectar lo problemático que puede resultar la aplicación de criterios integradores del derecho como la analogía, cuando se toma en cuenta la igualdad formal, material y estructural. • Acudir a los análisis de género contenidos en sentencias de otros países. • Esgrimir las razones por las que la aplicación de la norma al caso en cuestión deviene en un impacto diferenciado o discriminador. • Evidenciar los estereotipos y sexismos detectados en los hechos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y pretensiones de las partes. • Exponer las razones por las cuales en el caso subyace una relación desequilibrada de poder y/o un contexto de desigualdad estructural. • Determinar la estrategia jurídica adecuada para aminorar el impacto de la desigualdad estructural en el caso específico. • Reconocer y evidenciar en la resolución de la sentencia los sesgos de género encontrados a lo largo del proceso. • Eliminar la posibilidad de revictimizar y estereotipar a la víctima a través de los argumentos o la resolución de la sentencia.

Reparación del daño.	• ¿El daño causado genera un impacto diferenciado a partir del sexo, género, preferencia u orientación sexual de la persona involucrada? • ¿Qué tipo de medidas de reparación se hacen cargo de este impacto diferenciado? • Si fueron detectadas relaciones asimétricas de poder y condiciones de desigualdad estructural, ¿cuáles son las medidas que la sentencia puede adoptar para revertir dichas asimetrías y desigualdades? • ¿La medida de reparación se basa en una concepción estereotipada o sexista de la persona en cuestión? • A partir del daño causado, el sexo, el género y las preferencias/orientación sexual de la víctima, ¿cuáles son las medidas más adecuadas para reparar el daño? • En la definición de las medidas de reparación, ¿se tomó en cuenta la voluntad de la víctima? • ¿Cuál fue el impacto del daño en los roles y responsabilidades familiares, laborales y comunitarios de la víctima? En caso de que fuese negativo, ¿cómo puede corregirse ese impacto? • ¿Existió un «daño colectivo»? ¿Es posible repararlo? • ¿Se trata de un caso en donde el daño se produjo por pertenecer a un determinado grupo? • ¿La reparación abarca todos los daños detectados?

Fuente: Modelo de Incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2015) y Protocolo para juzgar con perspectiva de género (México, 2013).

Tabla 4. Guía actualizada para juzgar con perspectiva de género

Apartado	Obligaciones
1. Obligaciones previas al análisis del fondo de la controversia.	A. Obligación de identificar si existen situaciones de poder o contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que, por cuestiones de género, evidencien un desequilibrio entre las partes de la controversia. B. Obligación de ordenar de oficio las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclararlas.
2. Obligaciones específicas al momento de resolver el fondo de una controversia.	A. Obligaciones al analizar los hechos y las pruebas del caso (premisas fácticas). B. Obligaciones al aplicar el derecho (premisas normativas).
3. Obligación genérica sobre el uso del lenguaje a lo largo de la sentencia.	A. Función y repercusiones del lenguaje. B. Uso de lenguaje incluyente o inclusivo. C. Lenguaje que no reproduce esquemas de desigualdad, ni estereotipos, prejuicios o concepciones sexistas D. Lenguaje no revictimizante. E. Uso de lenguaje claro, sencillo y accesible para la sociedad.

Fuente: Protocolo para juzgar con perspectiva de género, 2020.

ANEXO II

Tabla 5. Matriz para el análisis de argumentaciones bajo el enfoque de género

Método	Pauta 1	Sugerencias
Pregunta por las mujeres y los grupos excluidos.	Prestar atención al uso del lenguaje.	Evitar y denunciar lenguaje sexista y misgendering.
		Identificar y visibilizar el uso de términos patriarcales.
		Incorporar nuevas conceptualizaciones.
	Pauta 2	Sugerencias
	Analizar la razón de la ley y los efectos de las normas y de las prácticas.	Analizar si la discriminación está en la norma.
		Examinar si la discriminación se verifica en los efectos de la aplicación de la norma que en apariencia es neutral.
		Indagar si se detectan estereotipos de género como causa y/o consecuencia de la norma, su interpretación o su aplicación práctica.
	Pauta 3	Sugerencias
	Desenmascarar los estereotipos de género.	Acción negativa: abstenerse de argumentar sobre estereotipos de género.
		Acción positiva: develar los estereotipos: 1. Nominar los estereotipos. 2. Detallar las modalidades y contextos. 3. Exponer el perjuicio. 4. Desarrollar justificaciones para las reparaciones adecuadas.
		Identificar y refutar los enunciados tácitos.

Método	Pauta 4	Sugerencias
Razonamiento práctico feminista.	Identificar el contexto, la interseccionalidad y examinar los criterios de relevancia.	Analizar el contexto objetivo y subjetivo.
		Puntualizar el desarrollo argumental sobre la intersección de situaciones vulnerabilizantes y sus efectos.
		Expandir el examen de lo que se considera relevante.
	Pauta 5	Sugerencias
	No incurrir en el formalismo mágico ni en el silencio deliberado.	No agotar la tarea en la subsunción normativa.
		Argumentar sobre los puntos relevantes del caso conectando la vida y el derecho.
		No guardar silencio ante situaciones que deben ser denunciadas. Expedirse afirmativamente ante circunstancias y/o situaciones que deben ser legitimadas.

Método	Pauta 6	Sugerencias
Aumento de conciencia.	Evitar la intermediación y la mutilación discursiva.	Plasmar las narraciones en primera persona.
		No recortar el discurso y atender a las circunstancias de su emisión.
		Incorporar los saberes disciplinares a la argumentación.
		Examinar la base epistémica de los saberes disciplinares.
	Pauta 7	Sugerencias
	Poner en cuestión las máximas de la experiencia.	Identificar qué tipo de máxima opera en el caso y refutar las que no resultan debidamente avaladas.
		Atender a la racionalidad que imponen las experiencias diferenciadas de la diversidad humana y sus circunstancias contextuales.
		Descartar el consenso cognitivo y las generalizaciones que conlleva.
	Pauta 8	Sugerencias
	Deconstruir el epistemicidio ¹	Nombrar el epistemicidio.
		Indagar sobre la construcción epistémica del derecho.
		Seleccionar críticamente las fuentes dogmáticas y jurisprudenciales.
		Citar autoras mujeres y de género diverso.
		Evidenciar la construcción androcéntrica del derecho.

¹ El concepto, inspirado en el «epistemicidio» acuñado por Boaventura de Sousa Santos, se refiere al ocultamiento y la minimización de las mujeres como sujeto de conocimiento, así como de sus saberes y experiencias. En HEIM, D., y PICCONE, M.V., *op. cit.*, pp. 258 ss.

Método	Pauta 9	Sugerencias
Reapropiación feminista de los derechos de las mujeres.	Enunciar las ausencias o insuficiencias de las políticas públicas y determinar los obstáculos para el acceso a derechos	Identificar los estándares de derechos aplicables.
		Detectar el problema ante la ausencia, insuficiencia u obstáculos para acceder a los derechos reconocidos.
		Denunciar las prácticas y/o estructuras que dificultan el acceso a derechos.
Método	Pauta 10	Sugerencias
Razonamiento práctico feminista. Reapropiación feminista de los derechos de las mujeres.	Exponer razones para justificar resoluciones pragmáticas y transformadoras.	Examinar el contexto objetivo y subjetivo para la búsqueda de soluciones para el caso concreto.
		Detectar el problema ante la ausencia, insuficiencia u obstáculos para acceder a derechos reconocidos.
		Analizar opciones para lograr resoluciones transformadoras del género y justificar la elección.

Fuente: Custet Llambí⁵⁷.

⁵⁷ CUSTET LLAMBÍ, M.R., *op. cit.*, pp. 231-233.

DEMOCRACIA Y FEMINISMO: MUJERES ANTE Y EN EL EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO

LEYRE BURGUERA AMEAVE

Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las mujeres como sujeto político. 2.1 La construcción del sujeto político individual. 2.2 La conformación del relato y la imagen del poder. 2.3 El cambiante espacio de acción del sujeto político. 3. La necesaria reconstrucción del espacio político: cuando lo personal es político. 4. Ideas conclusivas. 5. Bibliografía.

«La intangibilidad del patriarcado, constituye la verdadera rémora de la consecución de la igualdad de género, el verdadero obstáculo de la igualdad, en la medida en que se reproduce ideológicamente, creando las condiciones necesarias para contrarrestar los avances que permiten la legislación y las posiciones ideológicas feministas».

María Luisa Balaguer¹

1. INTRODUCCIÓN

El 22 de agosto entraba en vigor la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres que, en el ámbito electoral, modifica, entre otros, el artículo cuarenta y cuatro bis

¹ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «Feminismo y utopía», en *Paradigma: revista universitaria de cultura*, núm. 19, 2016 (Ejemplar dedicado a: Utopía), p. 92.

de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, introduciendo las denominadas listas cremallera².

Se trata de una mejora que, si bien ya estaba incorporada en algunas normativas electorales autonómicas, constituía una vieja reivindicación³ que busca corregir los desajustes de la composición equilibrada en favor de la consecución de una representación paritaria. Dos nociones no equivalentes que la nueva ley parece confundir⁴.

Sin embargo, a mi juicio, el mayor hito en esta materia lo constituyó la aprobación en 2007 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH), en cuya disposición adicional segunda se introdujo la noción de «composición equilibrada» de sexos en las candidaturas electorales.

Esta medida permitió que, a partir de entonces, se introdujera un sistema de cuotas con una progresiva efectividad⁵ que, si bien estimo que ha sido lenta, nos ha permitido situarnos en los primeros puestos de los rankings sobre «Mujeres en el Parlamento» que elabora la Unión Interparlamentaria (en adelante, UIP). Precisamente el último informe de 2023 revela que la proporción mundial de mujeres parlamentarias ha alcanzado el 26,9 % tras las elecciones y los

² Actual redacción del Artículo 44.bis: «Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados y diputadas al Congreso, municipales, de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares, diputados y diputadas al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas y Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos deberán tener una composición paritaria de mujeres y hombres, integrándose las listas por personas de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa. 2. La regla anterior se aplicará en el conjunto de las listas, sin separar titulares y suplentes. 3. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas y Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer otros sistemas de elaboración de listas siempre que su objetivo sea favorecer la representación paritaria y la presencia equilibrada de mujeres y hombres en dichas candidaturas. 4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171, tales listas deberán tener igualmente una composición paritaria de mujeres y hombres, tal y como se establece en el apartado 1.5. La Junta Electoral solo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para las personas candidatas como para las suplentes». También se modifica el artículo 187.2 y el artículo 206.

³ Consultar entre otros: RAMÍREZ GONZÁLEZ, V., y LÓPEZ CARMONA, A., Mejora de la paridad de género en el Congreso de los Diputados, en *RES. Revista Española de Sociología*, n.º 23, 2015, pp. 95-116.

⁴ En este sentido, se puede leer la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres: «Concepto de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres. A los efectos de esta ley se entiende por representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres aquella situación en la que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento en un ámbito determinado. Podrá no aplicarse el criterio de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres, en consonancia con el principio de acción positiva, cuando exista una representación de mujeres superior al sesenta por ciento que, en todo caso, deberá justificarse».

⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El feminismo de hoy», en *Paradigma: revista universitaria de cultura*, núm. 22, febrero 2019, p. 142.

nombramientos que tuvieron lugar en 2023⁶. Y además muestra un dato revelador y es que: «En las cámaras que no cuentan ni con cuotas exigidas por ley ni con cuotas voluntarias, las mujeres conformaron el 23,2 % del conjunto de parlamentarios elegidos o designados en 2023, un retroceso desde el 24 % existente tras las elecciones anteriores celebradas en esas mismas cámaras. En cambio, en las cámaras con algún tipo de cuota, la proporción correspondiente fue del 28,8 %»⁷. Por tanto, las cuotas continuaron siendo un factor decisivo en la representación de las mujeres en el parlamento.

Sin entrar en un análisis detallado de la propia evolución de los resultados en España, observamos cómo tras las elecciones generales del 23 de julio de 2023, en el Congreso de los Diputados, el porcentaje de mujeres electas fue del 44,3 %, tres décimas por encima de las elecciones de 2019, en las que el porcentaje fue del 44,0 %. En cuanto al Senado, el porcentaje de senadoras electas fue del 43,3 %, 3,4 puntos superior a las elecciones de 2019⁸.

Por otro lado, en el ámbito autonómico, aunque el porcentaje medio de mujeres en los parlamentos está por debajo del cincuenta por ciento, tras las elecciones autonómicas celebradas en 2024 en algunas Comunidades Autónomas, el porcentaje medio de mujeres en el conjunto de parlamentos autonómicos es del 46,9 %. Todas las Comunidades Autónomas, a excepción de Castilla-La Mancha, La Rioja y Castilla y León, cuentan con una participación de mujeres en sus parlamentos, superior al 40 % Comunidad Valenciana, País Vasco e Islas Baleares, son las tres Comunidades Autónomas que superan el 50 % de participación femenina⁹.

Quizá el ámbito en el que cabría fijar una especial atención es en el Parlamento Europeo pues, tras las elecciones de mayo de 2024, la presencia femenina ha descendido, situándose en el 38,7 %, un descenso de 2 puntos porcentuales desde las elecciones anteriores celebradas en mayo de 2019.

⁶ Esto representa un aumento interanual de 0,4 puntos porcentuales, una tasa de crecimiento similar a 2022 que refleja, sin embargo, un crecimiento más lento que en los años anteriores: las elecciones de 2021 y 2020 (con un aumento de diputadas de 0,6 puntos porcentuales). Consultar: <https://news.un.org/es/story/2024/03/1528127>.

⁷ Consultar en: <https://www.ipu.org/resources/publications/reports/2024-03/women-in-parliament-2023> p. 19.

⁸ Publicado en el INE: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925595398&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888 y elaborado por el Instituto de las Mujeres, a partir de la información de los resultados electorales publicados en la página web del Congreso de los Diputados y del Senado.

⁹ Publicado en el INE: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925595498&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888 y elaborado por el Instituto de las Mujeres, a partir de la información de los resultados electorales publicados en las páginas web de los Parlamentos autonómicos.

Estos datos describen un panorama de progresiva mejora, pero con matices, por ello me parece relevante mostrar la propia evolución en el porcentaje de mujeres que accedieron al Congreso de los diputados desde que se aprobó la ley de LOIEMH:

VIII LEGISLATURA	2004-2008	36,00 %
IX LEGISLATURA	2008-2011	36,29 %
X LEGISLATURA	2011-2016	35,71 %
XI LEGISLATURA	2016-2016	39,71 %
XII LEGISLATURA	2016-2019	39,43 %
XIII LEGISLATURA	2019-2019	47,43 %
XIV LEGISLATURA	2019-2022	44,00 %
XV LEGISLATURA	2023-	44,29 %

Fuente: elaboración propia a partir de los datos publicados en el informe sobre Mujeres en cifras del Instituto de la mujer: https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Informes/Docs/Mujeresencifras_1983_2023.pdf

A mi juicio, la propia lentitud del proceso es un primer síntoma de que hace falta algo más que las medidas jurídico-formales ya adoptadas para acceder a los lugares donde se ejerce el poder. También considero muy relevante el hecho de que muchas mujeres abandonen sus carreras políticas muy pronto y que existan escasos estudios e interés por analizar su permanencia en el poder.

Estimo que existe una suerte de «espejismo de la igualdad en política» pues aceptamos y reivindicamos datos que falsean la verdadera percepción de qué es estar y ejercer el poder político para muchas mujeres. Y olvidamos a las que de antemano no quieren participar y las que son expulsadas por él.

Casos como los de Jacinda Arden, Sanna Marin, Liz Truss¹⁰, etc., y en España, Adriana Lastra, Inés Arrimadas, etc., sólo por citar algunos ejemplos, evidencian una realidad poliédrica y compleja que, obviamos, porque por encima de todo no queremos renunciar a estar presentes allí donde presuponemos que se ejerce el poder. Debemos estar, sí, pero quizá la pregunta sea otra: ¿a qué precio?

Friedan en su obra *La mística de la feminidad* realizaba un intenso trabajo descriptivo en el que, a partir de una percepción e intuición muy personal, buscaba el origen de lo que observó como síntomas en muchas mujeres y que denominó como «el malestar que no tiene nombre». Había datos, experiencias, conversaciones y narrativas de numerosas mujeres que advertían que aspiraban a algo más que ser esposas y madres. Esos síntomas de querer ser «algo

¹⁰ Ver: VARELA, N., *El síndrome Borgen*, Penguin Random House, 2024, pp.52-58.

más» fueron identificados y verbalizados por ella, y a partir de la publicación y lectura de su obra, muchas mujeres tomaron conciencia de los cambios necesarios para su nuevo plan de vida.

Por tanto, esta autora fue capaz de articular narrativamente la posición y autoconciencia de las mujeres como grupo, en un contexto y en una época muy determinada. Los síntomas estaban ahí, pero ella supo advertirlos y relatarlos.

Y no sólo eso, lo hizo desde la clara consciencia de ese nexo común, de esa necesidad de trascender las experiencias personales hacia un proyecto colectivo y emancipador. A mi juicio, una clara propuesta feminista sin autoconciencia plena de ello.

Pasados muchos años y con una distancia propia de los tiempos y los contextos, estimo que, en la actualidad, se podría advertir una suerte de «malestar de las mujeres en la política». Quizá también en este caso los síntomas sean difusos y complejos de articular con una causalidad clara con respecto al ejercicio del poder, pero los resultados están ahí. Muchas de ellas abandonan o se muestran incómodas en un ámbito que les puede resultar hostil y ajeno por el hecho de ser mujeres.

Y eso no tiene que ver sólo con el acceso, sino con mantenerse y ejercer el poder.

Friedan en el último capítulo de su obra ya citada¹¹ consideraba con lógico y buen criterio que: «Hacer frente a un malestar no es resolverlo». Y es cierto, pero aprovecho estas líneas y el homenaje a una profesora que con determinación ha sabido situarse y reivindicarse en espacios con fisionomías masculinizadas para, al menos, plantearlo, verbalizarlo y si es posible, compartirlo. Sólo así, identificándolo, podemos reflexionar en voz alta y buscar soluciones.

2. LAS MUJERES COMO SUJETO POLÍTICO

2.1 La construcción del sujeto político individual

Tradicionalmente, el paradigma liberal relativo a los derechos fundamentales (entre los que se encontrarían los derechos de participación política) ha impuesto su configuración a partir de la consideración del sujeto como un sujeto autónomo, no interdependiente. De este modo, su formulación ha quedado circunscrita a unas prácticas legislativas que, como señalan Benhabib y Cor-

¹¹ FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad*, Cátedra, 2016, p. 405.

nell, han ignorado los constreñimientos sociales invisibles que pudieran desafiarla. Es por ello que, como destacan estas autoras, «la concepción liberal del yo esencialmente como persona pública ha entendido bien poco la constitución psicosexual del sujeto humano en tanto que yo generizado, y es incapaz de ver el subtexto de género de nuestras sociedades»¹².

A esta consideración cabe añadir, a mi juicio, las aportaciones teóricas de Chodorow y Dinnerstein relativas a que las constituciones de género en nuestras sociedades actuales dan como resultado, en muchas ocasiones, que «el yo *masculino* esté desbloqueado y el femenino *situado*»¹³. Como afirman Benhabib y Cornell, la mujer individual siempre ha sido «situada» en un mundo de roles, expectativas y fantasías sociales, «y su individualidad ha sido sacrificada a las «definiciones constitutivas» de su identidad como miembro de una familia, como la hija de alguien, la esposa de alguien, la madre de alguien. Los sujetos femeninos han desaparecido tras sus *personas* sociales y comunales»¹⁴.

En este campo, una aportación fundamental que ahonda en el principio de individuación, el poder y su reparto, es la obra de Amorós. Para esta autora, la política y la ontología van íntimamente unidas, por eso la individualidad se configura como tal en el colectivo al que se le reconoce el carácter de sujeto del contrato social, de ahí la distinción entre dos universos simbólicos asignados a mujeres y hombres: «el espacio de las idénticas» y «el espacio de los iguales»¹⁵.

Atendiendo a lo que esta autora concibe por poder: como un constructo práctico, un sistema de reacciones y relaciones, de distribución de espacios de incidencia y de hegemonía, observamos como el hombre opera en este ámbito con un reconocimiento mutuo en la titularidad y en el ejercicio del poder. Ellos mismos se perciben como posibles o virtualmente sujetos de poder, constituyendo un espacio de pares, de iguales: «Si descalifico a mi alter ego, si desvalorizo aquello en virtud de lo cual me constituyo y lo constituyo como mi semejante ¿quién soy yo? Los varones constituyen así su espacio como el campo práctico en el que se relacionan midiéndose con el patrón del tipo que, precisamente por ser el esquema regulador de las relaciones de cada cual con cada

¹² BENHABIB, S., y CORNELL, D., *Teoría feminista y teoría crítica*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1990, p. 23.

¹³ CHODOROW, N., *El ejercicio de la maternidad*, Gedisa, Barcelona, 1984 y DINNERSTEIN, D., *The Mermaid and the Minotaur: Sexual Arrangements and Human Malaise*, NY: Harper Books, 1976. Ambas citadas en BENHABIB, S., CORNELL, D., *Teoría...op. cit.*, p. 24.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ AMORÓS PUENTE, C., «Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individuación», *Arbor*, 128, 1987, pp. 113-127.

cual mediadas por las de todos los demás, no es patrimonio de nadie en la medida en que lo es de todos y viceversa»¹⁶.

Esa detentación del ejercicio del poder, que cuenta con la posibilidad de relevo, forma parte del sentido estructural y de la fisionomía propia de las reglas del juego de poder que se mantienen estables y que, en consecuencia, considero que han postergado a la mujer a una participación accidental.

Para Amorós, «En los colectivos en los que se juega poder, se troquela individualidad; en los colectivos donde no se juega poder como no hay que *tribuere* (tributar) nada, no hay operadores distributivos que hagan emerger o destacar la individualidad. Las mujeres, desde ese punto de vista, no tenemos la individualidad, ni como categoría política, ni como categoría ontológica, y ambas cosas van íntimamente unidas, puesto que, en último término, la política es ontología y la ontología es política»¹⁷. De esta forma, al no tener individualidad, «Las mujeres siempre somos ejemplificaciones irrelevantes de «la femeneidad» o de «lo femenino», como ocurre siempre en un colectivo donde no se juega lo importante, donde no se juega lo prestigioso y donde no se juega, en definitiva, el poder»¹⁸, de ahí la conformación del universo simbólico de las «idénticas».

Como resultado de todo ello, esta autora afirma que: «En el espacio de las idénticas todo es anomia y reversibilidad: todas pueden hacer de todo y suplir en todo, siempre que sea de forma interina e intermitente, sin que se fijen turnos ni rangos sustantivos ni se pongan condiciones de reciprocidad: se puede pasar de la generosidad suma a la más vil mezquindad porque no se ha acordado ningún *quid pro quod*, no se sabe qué es lo que se puede esperar y lo que no, lo que se tiene y lo que no se tiene derecho a exigir. Las mujeres no fijamos las posiciones tomadas ni acumulamos los resultados de haber ganado alguna vez nuevos espacios»¹⁹. Somo excepciones, posibles accidentes a una regla general.

Beard lo ejemplifica muy bien en su sugestiva obra *Mujeres y poder*, donde personajes históricos como Isabel I en Tilbury o más cercanos en el tiempo, como Margaret Thatcher o Ángela Merkel adoptaron roles, retórica y aspecto más andrógino para adaptarse o encajar mejor en el papel estereotipado del ejercicio del poder. Actitudes debidas a una percepción señalada por esta autora y que me parece muy significativa: «[...] las mujeres todavía son percibidas

¹⁶ AMORÓS PUENTE, C., «Espacio de los iguales,...», *op. cit.*, p. 122.

¹⁷ AMORÓS PUENTE, C., y FREEMAN, J., *Mujeres feminismo y poder / La tiranía de la falta de estructuras*, Fórum de política Feminista, 1988, p. 13.

¹⁸ AMORÓS PUENTE, C., y FREEMAN, J., *Mujeres...*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹ AMORÓS PUENTE, C., «Espacio de los iguales,...», *op. cit.*, p. 124.

como elementos ajenos al poder [...] Desde todos los puntos de vista, las metáforas que utilizamos en relación con el acceso al poder por parte de las mujeres hacen hincapié en su exterioridad: «llamar a la puerta», «asaltar la ciudadela», «romper el techo de cristal» o simplemente «darles un empujón». Es habitual pensar que las mujeres que ocupan cargos de poder están derribando barreras o apoderándose de algo a lo que no tienen derecho»²⁰.

De ahí que un primer paso para ocupar ese espacio hayan sido las cuotas, pero estimo que ya no es suficiente. En nuestro actual contexto político considero que el feminismo liberal reformista ha priorizado el logro de pequeñas conquistas sociopolíticas que, sin desdeñar su esencial valor, han demostrado ser un instrumento eficaz para aquilatar el patriarcado como fisionomía esencial del poder político. De este modo, no parece que haya habido una búsqueda de la raíz de dicha dominación, por lo que nunca se ha discutido el propio sistema, sencillamente las mujeres nos hemos adaptado a él.

El feminismo, reivindica Amorós, «se enfrenta con la tarea de autorreciclar práctico-pedagógico que implica transformar los espacios de la impotencia, condenados a ser espacios de las idénticas, promoviéndolos a espacios de las iguales, condición *sine qua non* para ser las iguales entre los iguales»²¹.

A mi juicio, cabe volver a contemplar el feminismo como un proyecto colectivo y emancipador capaz de rebasar la alteridad no reconocida. De este modo, si superamos la excesiva importancia de la singularidad y el valor de la experiencia personal como eje de acción, podremos emprender acciones y respuestas universales ante un problema cada vez más frecuente: el abandono de la política por parte de la mujer.

2.2 La conformación del relato y la imagen del poder

No parece discutible constatar la importancia del sujeto en todo relato.

Si tradicionalmente, las mujeres estuvimos ajenas al ámbito del poder es porque como constata Amelia Valcárcel, «[...] la fratría masculina solapó la igualdad. Se entendió la igualdad como aquella categoría de equipolencia respecto al único parámetro al que se llamó ciudadanía, que mantenían entre sí individuos capaces de poseerla, es decir, los varones, y quedó fuera el conjunto completo de las mujeres, del que se dijo su situación no era política, sino

²⁰ BEARD, M., *Mujeres y poder*. Un manifiesto, Crítica, Barcelona, 2018, p. 60.

²¹ AMORÓS PUENTE, C., «Espacio de los iguales,...», *op. cit.*, p. 121.

natural. Si la desigualdad que mantenían las mujeres con los varones no tenía origen político, no podía por lo tanto tener soluciones políticas»²².

Sin embargo, había y hay soluciones políticas y el feminismo, como tradición del pensamiento político, lo demostró.

Ahora bien, estimo que en la actualidad el feminismo se enfrenta a dos importantes desencajes discursivos en el campo de la política: la noción de poder y el término mujer. Siguiendo a Amelia Valcárcel, el poder y la mujer, como conceptos difusos que producen disfunciones teóricas han sido solucionados por la teoría feminista: «mediante sofisticaciones discursivas y las sofisticaciones discursivas acaban convirtiéndose en pseudoproblemas»²³.

Coincido en su percepción de que: «Parece como si no hubiera puente entre lo que todas saben vivenciar y aquello de lo que el feminismo teórico habla»²⁴. Por eso, en lo relativo al término mujer, dado el debate generado y la complejidad de la cuestión, estoy de acuerdo con la postura de Luisa Posada: «el feminismo tiene que mantener el sujeto mujeres, si no como identidad esencial, sí como identidad estratégica [...] Lo que sí me parece urgente es que hoy, con las masivas movilizaciones feministas en la calle, con esta cuarta ola en puertas, repensemos y establezcamos el sujeto político del feminismo»²⁵.

En cuanto al poder, el imaginario común ha configurado una ausencia no explícita de la mujer de toda actividad significativa que lo materialice.

De este modo, cuando lo narrado se convierte en la realidad, cuando sustituye a la realidad, se produce el mito narrativo y en ese escenario, tradicionalmente, la mujer no ha tenido un papel protagonista. De ahí que el espacio de nuestra acción deba reconducirse a la necesidad de resignificar las palabras, los relatos y las narrativas, y esa tarea es mayor y más ingrata.

Por ello, plantearía comenzar por reformular la propia imagen del poder desde la perspectiva de los sujetos. Para Beard: «No es fácil hacer encajar a las mujeres en una estructura que, de entrada, está codificada como masculina: lo que hay que hacer es cambiar la estructura. Y eso significa que hay que considerar el poder de forma distinta; significa separarlo del prestigio público; significa pensar de forma colaborativa, en el poder de los seguidores y no solo de

²² VALCÁRCEL, A., *Pensar el feminismo y vindicar el humanismo. Mujeres, ética y política*, Universitat de València, 2020, p. 95.

²³ VALCÁRCEL, A., *Pensar el feminismo*, op. cit., p. 104.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ POSADA KUBISSA, L., «Las mujeres y el sujeto político feminista en la cuarta ola», en *IgualdadES*, n.º2, enero-junio (2020), pp.21-22.

los líderes; significa, sobre todo, pensar en el poder como atributo o incluso como verbo («empoderar»), no como una propiedad»²⁶.

2.3 El cambiante espacio de acción del sujeto político

Existen innumerables aproximaciones y definiciones de la idea de poder. En unas líneas previas, hemos contemplado el poder como un constructo práctico, un sistema de reacciones y relaciones en el que la capacidad de poder afectar a los demás es superior a la de ser afectado y en el que su ámbito de ejercicio es difuso. Por ello, estimo que es posible contemplarlo como un lugar donde determinar y distribuir los espacios físicos y simbólicos de la toma de decisiones.

Esta perspectiva, me permite reflexionar e incidir sobre el espacio de acción del sujeto político y plantear dos cuestiones interconectadas: cómo el poder cambia constantemente de lugar y cómo pese a ello, sus condiciones de ejercicio son las mismas.

En cuanto a contemplar el poder como capacidad relacional de carácter difuso y, en consecuencia, carecer de centros de imputación claros, la pregunta lógica es: ¿dónde podemos encontrar el ejercicio efectivo del poder? Y la respuesta viene dada por los propios sujetos de dicha capacidad relacional hegemónica y por la percepción de que cuando nosotras llegamos a ese territorio, el poder efectivo está en otro lugar.

Las mujeres no fijamos los espacios ni las condiciones de acción, nos adaptamos a lo ya establecido. Una estructura y unas dinámicas específicas de un espacio que parece desincentivar a muchas mujeres.

Quizá hoy en día, la mujer no participa de forma más activa porque sencillamente percibe que se le está proponiendo formar parte de una esfera, la política, pensada en masculino y ello no resulta muy sugestivo (debido a la escasa disponibilidad y uso de los tiempos, al sistema de cooptación como mecanismo de selección de puestos, etc.), al contrario. Es más, muchas mujeres se quedan en el camino, son expulsadas por el propio espacio. Por tanto, puede que no sea una cuestión de preparación o de acceso, sino de reglas del juego previamente fijadas bajo parámetros masculinos.

A mi juicio, se nos está invitando a participar en algo que de antemano ha sido diseñado por y para ellos y bajo esa premisa se nos pregunta si queremos formar parte. El esquema, el escenario, etc., todo se ha creado bajo el imperio androcéntrico donde a la mujer sólo le queda un recurso: la adaptación. En este con-

²⁶ BEARD, M., *Mujeres, op. cit.*, p.88.

texto dilucidamos fórmulas o modos de acceso al poder en condiciones de igualdad, sin plantearnos que tal vez, ese mundo no nos gusta, no nos atrae, no lo hemos «construido» juntos y, por tanto, no nos reconocemos en él. De ahí que quizá muchas mujeres decidan no participar o cuando lo hacen, deciden abandonar.

La UIP viene advirtiéndolo desde 2016 sobre el impacto de la violencia hacia las mujeres en la política²⁷ y ese mismo año elaboró un estudio en el que un 82 % de las parlamentarias encuestadas expresaban que habían sido objeto de violencia psicológica, incluidos comentarios sexistas, amenazas o acoso²⁸. En este trabajo, que recaba la tarea conceptual llevada a cabo en el marco de la campaña internacional *#NotTheCost, Stopping Violence against Women in Politics*, se determinan tres características propias de la violencia contra las mujeres en política:

- va dirigida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres;
- puede adoptar una forma sexual/sexista, como las amenazas sexistas o la violencia sexual;
- trata de desalentar a las mujeres, en particular para que dejen de participar activamente en política²⁹.

De este informe quisiera destacar cuatro aspectos que estimo relevantes. En primer lugar, el hecho de que determinados comportamientos se normalicen por el hecho de circunscribirse a un ámbito en el que: «en muchos casos son el corolario de una visión estereotipada según la cual las mujeres «no están hechas para la política» o «no deberían inmiscuirse en cuestiones políticas». Como consecuencia de todo ello, se desalienta a las mujeres que hacen o desearían hacer política, se dificulta considerablemente el acceso de estas a los puestos de liderazgo y se socava su determinación de cumplir el mandato para el que han sido elegidas³⁰.

En segundo lugar que, pese a la existencia de otro tipo de violencias, la violencia psicológica es más sutil y constante: «el 65,5 % de las encuestadas indicaron que habían sido objeto, varias veces o de manera frecuente durante

²⁷ Se puede consultar el trabajo realizado por la UIP en materia de «Sexismo, acoso y violencia contra las parlamentarias», en: <https://www.ipu.org/resources/publications/issue-briefs/2016-10/sexism-harassment-and-violence-against-women-parliamentarians>.

²⁸ Ver: <https://www.ipu.org/news/voices-and-videos/2024-11/protect-democracy-eliminate-violence-against-women-in-politics>.

²⁹ Consultar: *#NotTheCost: stopping violence against women in politics: a call to action*, Washington, DC, National Democratic Institute (NDI), 2016: <https://www.ndi.org/not-the-cost>.

³⁰ Ver en el informe: «Sexismo, acoso y violencia contra las parlamentarias», en: <https://www.ipu.org/resources/publications/issue-briefs/2016-10/sexism-harassment-and-violence-against-women-parliamentarians>, p. 2.

su mandato, de comentarios sexistas humillantes [...] Las encuestadas indicaron que debían lidiar constantemente con ideas estereotipadas sobre su apariencia, su manera de expresarse y actuar y el papel que debían desempeñar. De manera general, las actitudes demasiado femeninas o poco femeninas solían ser objeto de comentarios, ataques y burlas, así como la situación conyugal y la vida afectiva, sexual y familiar, supuesta o real, de las encuestadas»³¹. Esta situación también implica soportar cierta condescendencia mediante gestos o sonidos inapropiados. Por ejemplo: «una parlamentaria de Europa refirió lo siguiente: «Si una mujer habla en voz alta en el parlamento, le dicen que se calle con el gesto de acercarse el dedo a los labios, como se le haría a un niño. Es un gesto que no se hace nunca cuando el que habla alto es un hombre [...] o «nadie ha tratado de impedirme que hable, pero constantemente me preguntan –incluidos los colegas hombres de mi propio partido– si lo que quiero decir es verdaderamente importante, si podría abstenerme de hacer uso de la palabra o si podría formular los conceptos de manera diferente»³².

En tercer lugar, resulta interesante observar la consideración de las encuestadas respecto de cuál sea el principal motivo para originar esa violencia: para 61,5 % de ellas «esos actos fueron perpetrados con el objetivo principal de disuadirlas a ellas y a sus colegas mujeres de seguir participando en política», así como cuáles fueron los factores de riesgo: formar parte de la oposición, ser joven (menor de 40 años) y pertenecer a un grupo minoritario³³.

Por último, aunque en este informe no se destaca la especial incidencia de las nuevas tecnologías en este ámbito en la medida que tiene en la actualidad, si se apunta como los medios de comunicación tienden a perpetuar rumores, comportamientos sexistas o misóginos, exagerando contenidos emocionales, hipersexualizando las imágenes e incluso reproduciendo fotomontajes. Ya en la fecha de este informe, 2016, un 41,8 % de las encuestadas observaban ese comportamiento como un comportamiento normalizado cuando «se trataba de imágenes o comentarios difundidos a través de los medios sociales (Twitter, WhatsApp, Facebook, etc.)»³⁴. Casos como el de Hillary Clinton que recibió dos veces más mensajes de Twitter con insultos y comentarios ofensivos que Bernie Sanders o Julia Gillard en comparación con Kevin Rudd entre enero de 2010 y enero de 2014, fueron sólo el inicio³⁵. En 2014, en Inglaterra, un hombre fue condenado a 18 semanas de prisión

³¹ Ver en el informe: «Sexismo...*op.cit.*, p. 3.

³² Ver en el informe: «Sexismo...*op.cit.*, p. 4.

³³ Ver en el informe: «Sexismo...*op.cit.*, p. 7.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Consultar: HUNT, E.; EVERSLED, N., y LIU, R. «From Julia Gillard to Hillary Clinton: online abuse of politicians around the world», *The Guardian*, 27 de junio de 2016. En relación al uso de deepfakes

por haber bombardeado con mensajes de Twitter a una parlamentaria, calificados por la justicia como «indecentes, obscenos y amenazadores»³⁶.

En 2023, según el informe «mujeres en el parlamento» de UIP, fueron frecuentes los casos en los que una mujer en la esfera de la política era objeto de fotomontajes que pretendían dañar su reputación poniendo en duda su credibilidad y su competencia. Polonia (circularon fotos falsas en las que se mostraba presuntamente a otra candidata besando a un hombre), Tailandia (un candidato realizó un montaje de Photoshop con la cara de una candidata superpuesta sobre una modelo desnuda) o Liberia (se hizo circular en línea una fotografía de una candidata fumando un puro) son sólo unos ejemplos, hay muchos más³⁷.

En España, la situación no es distinta, por ejemplo, los últimos datos del informe trimestral que publica IBERIFIER y que recoge los principales engaños y narrativas de desinformación detectadas en España y Portugal de junio a agosto de 2024, muestra como las mujeres en el ámbito de la política son uno de los principales focos de atención³⁸.

Por tanto, este escenario requiere adoptar medidas urgentes en la forma en la que muchos países han sido conscientes de su gravedad. Bolivia en 2012, Panamá en 2020 o Perú en 2021 cuentan con leyes específicas sobre violencia contra las mujeres en política, pero el impacto de la tecnología en este campo merece ser abordado de forma concreta. Habrá que estar atentas.

3. LA NECESARIA RECONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO POLÍTICO: CUANDO LO PERSONAL ES POLÍTICO

«Tal vez la mayor arma psicológica del patriarcado consista simplemente en su universalidad y longevidad. Apenas existen otras formas políticas con las que se pudiera contrastar o con relación a las cuales se pudiera impugnar».

K. Millet en *Política sexual*³⁹

En atención a todo lo expuesto hasta aquí, considero importante incidir en el sesgo masculino presente en la configuración jurídico-política de la presencia femenina en el espacio político.

en este campo: <https://www.theguardian.com/technology/2025/jan/12/would-love-to-see-her-faked-the-dark-world-of-sexual-deepfakes-and-the-women-fighting-back>.

³⁶ Ver: <https://www.bbc.com/news/uk-england-29411031>

³⁷ Ver: <https://news.un.org/es/story/2024/03/1528127>, p. 68.

³⁸ Consultar: <https://iberifier.eu/2024/11/06/iberifier-report-spain-portugal-fact-checking-brief/>.

³⁹ MILLET, K., *Política sexual*, Cátedra, 1995, p. 124.

Un espacio público que, en clave binaria, han ocupado los hombres, de modo que cuando las mujeres han decidido entrar en la actividad política lo han hecho en unos determinados campos que reflejan la división social del trabajo según el género. De ahí que no resulte extraño constatar que, como destacan Sabaté, Rodríguez y Díaz, tradicionalmente las mujeres ocupen «cargos o establecen su lucha política en aspectos relacionados con cuestiones sociales o domésticas (bienestar social, educación y cultura, infancia), con lo que continúan con la misión que tradicionalmente se les ha asignado en la unidad familiar»⁴⁰.

Por ello, desde postulados feministas liberales se ha puesto empeño en tratar de traspasar la esfera doméstico-social en la que esencialmente vivía la mujer, para permitir que se incorporase a los terrenos de decisión política. Este acceso no debía implicar únicamente un nuevo enfoque o modo de hacer política, sino que debe suponer un cambio en las instancias jurídicas y administrativas donde se ejerce el poder, ya que en la actualidad están estructuradas en torno a intereses y valores masculinos que reproducen las relaciones de poder entre hombre y mujeres.

Es en este último punto donde considero que cabría proyectar algunas ideas sustentadas por el feminismo radical puesto que se proponen buscar la raíz de la dominación masculina, desentrañar la lógica de estos lazos que, mediante una inercia estructural apenas erosionadas por enfáticas políticas de igualdad, han permitido y sustentando el progresivo alejamiento de la mujer del espacio de decisión política.

Como destaca Puleo, el feminismo radical se separa de la izquierda tradicional por su atención a las relaciones de poder no originadas por la explotación económica sino por una definición amplia de política⁴¹. Para esta autora, aunque esta forma de feminismo contiene en su seno diferentes corrientes, si es posible extraer algunas consideraciones comunes especialmente relevantes:

- La utilización del concepto de patriarcado como dominación universal que otorga especificidad a la agenda militante del colectivo femenino.
- Una noción de poder y de política ampliadas.
- La utilización de la categoría de género para rechazar los rasgos adscriptivos ilegítimos adjudicados por el patriarcado a través del proceso de naturalización de las oprimidas.

⁴⁰ SABATÉ MARTÍNEZ, A.; RODRÍGUEZ MOYA, J. M.^a, y DÍAZ MUÑOZ, M.^a A., *Mujeres, espacio y sociedad. Hacia una Geografía del género*, Ed. Síntesis, 1995, p. 317.

⁴¹ PULEO, A. H., «Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical», en Amorós, C., y De Miguel, A. (eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad*. (vol. 2), Madrid, Minerva Ediciones, 2005, p. 41.

- Un análisis de la sexualidad que desembocará en una crítica a la heterosexualidad obligatoria.
- La denuncia de la violencia patriarcal no de un modo exclusivamente sexual.
- Una apuesta por una sociología del conocimiento que será crítica al androcentrismo en todos los ámbitos, incluidos los de la ciencia ⁴².

A mi juicio, la noción de patriarcado y su concepción en términos de relaciones de poder, son claves para entender la configuración jurídico-política del espacio destinado a las mujeres en el ámbito público. Y en este sentido, estimo como un referente a Millet y su obra *Política sexual* pues, en su primera parte, y tal como señala Puleo, esta autora realiza una caracterización muy interesante del patriarcado a propósito del comentario a la obra *El Balcón* de Genet. En concreto determina que: «el patriarcado es el sistema de dominación básico sobre el que se asientan los demás (de raza, de clase) y no puede haber una verdadera revolución si no se lo destruye. El patriarcado es definido como «política sexual», entendiendo por política «el conjunto de estrategias destinadas a mantener un sistema» o «el conjunto de relaciones y compromisos estructurados de acuerdo con el poder, en virtud de los cuales un grupo de personas queda bajo control de otro grupo» ⁴³.

Bajo esta percepción, es fácil constatar cómo los valores patriarcales han sido interiorizados y asumidos por el conjunto de la sociedad y se encuentran plasmados en las instituciones y las estructuras de poder pero, sobre todo, en las leyes que las legitiman. De este modo, el sistema patriarcal nos conduce a una consideración de la mujer y su proyección en el espacio público asociada a su condición biológica y a su rol de esposa y madre. Por ejemplo, el uso de los tiempos, la disponibilidad y su progresión queda fuertemente condicionada por unos valores masculinos donde prima «el dominio del macho sobre la hembra y el macho adulto sobre el joven» ⁴⁴.

Hoy en día se esgrimen políticas de conciliación para subsanar parte de estos problemas cuando, ya de inicio, no son suficientes porque, a mi juicio, no van a la raíz del problema: su configuración patriarcal.

Por tanto, no se trata de adaptarnos al sistema sino de reconstruirlo bajo otra lógica. Una lógica que sea inclusiva y que permita partir de cero en la definición y constitución del espacio público. Para ello es importante retomar

⁴² PULEO, A. H., «*Lo personal...op. cit.*», p. 41.

⁴³ *Ibidem*, pp. 50-51.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 52.

la especial atención a los componentes superestructurales del sistema, tratando de subvertir la dominación masculina.

En ese posible contexto, ¿las mujeres seríamos capaces de crear una nueva forma de poder femenino? Tal vez, pero en la actualidad considero prioritario primero ser conscientes de la actual lógica y luchar por desentrañarla.

Al mismo tiempo, esta labor deberíamos combinarla con un rechazo consensuado y público a la continua adscripción a los pactos patriarcales que se generan en el espacio público. Solo a partir de entonces podríamos comenzar a hablar de alcanzar una verdadera democracia paritaria.

4. IDEAS CONCLUSIVAS

El feminismo para no desarmarse requiere reconocer, potenciar y divulgar la cronología de la autoconciencia de las mujeres y los marcos en que ha llegado a producirse. Por eso, en el ámbito político debemos configurar un nosotras, un sujeto político colectivo capaz de identificar las dificultades estructurales que presenta el ejercicio del poder y subvertirlo.

En ese proceso, hay que buscar la complicidad y el acompañamiento de los hombres pues, esta tarea nos implica a todos.

La democracia paritaria no debe articularse como una aspiración sino como una realidad. Y para lograrlo, debemos plantearnos si hace falta algo más que las medidas jurídico-formales ya adoptadas para acceder a los lugares donde se ejerce el poder.

Estimo que existe una suerte de «espejismo de la igualdad en política» pues aceptamos y reivindicamos datos que falsean la verdadera percepción de qué es estar y ejercer el poder político para muchas mujeres. Y olvidamos a las que de antemano no quieren participar y las que son expulsadas por él.

Esta percepción conlleva reflexionar sobre la construcción del sujeto político individual bajo una fisionomía del poder esencialmente masculinizada en el que la mujer ha quedado relegada a espacios de alteridad no reconocidos.

El poder como un constructo práctico y esencialmente relacional, que determina y distribuye los espacios físicos y simbólicos de la toma de decisiones, ha sido configurado y narrado como un lugar ajeno a la mujer. De ahí que el espacio de nuestra acción deba reconducirse a la necesidad de resignificar las palabras, los relatos y las narrativas para ocupar un lugar entre iguales, pero exige mucho más.

Exige advertir la lógica y la estructura patriarcal del ejercicio del poder y tratar de buscar soluciones trascendiendo las experiencias personales hacia un proyecto colectivo y emancipador.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS PUENTE, C., «Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individuación», *Arbor*, 128, 1987.
- AMORÓS PUENTE, C., y FREEMAN, J., *Mujeres feminismo y poder/La tiranía de la falta de estructuras*, Fórum de política Feminista, 1988.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «Feminismo y utopía», en *Paradigma: revista universitaria de cultura*, ISSN 1885-7604, núm. 19, 2016 (Ejemplar dedicado a: Utopía), pp. 90-93.
- «El feminismo de hoy», en *Paradigma: revista universitaria de cultura*, ISSN 1885-7604, núm. 22, 2019, pp. 140-143.
- BEARD, M., *Mujeres y poder. Un manifiesto*, Crítica, Barcelona, 2018.
- BENHABIB, S.; CORNELL, D., *Teoría feminista y teoría crítica*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia, 1990.
- FRIEDAN, B., *La mística de la feminidad*, Cátedra, 2016.
- MILLET, K., *Política sexual*, Cátedra, 1995.
- POSADA KUBISSA, L., «Las mujeres y el sujeto político feminista en la cuarta ola», en *IgualdadES*, núm. 2, enero-junio, 2020.
- PULEO, A.H., «Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical», en Amorós, C., y De Miguel, A. (eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad*. (vol. 2), Madrid, Minerva Ediciones, 2005.
- SABATÉ MARTÍNEZ, A.; RODRÍGUEZ MOYA, J. M.^a; DÍAZ MUÑOZ, M.^a A., *Mujeres, espacio y sociedad. Hacia una Geografía del género*, Ed. Síntesis, 1995.
- VALCÁRCEL, A., *Pensar el feminismo y vindicar el humanismo. Mujeres, ética y política*, Universitat de Valencia, 2020.
- VARELA, N., *El síndrome Borgen*, Penguin Random House, 2024.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO. REFLEXIONES EN TORNO AL VOTO PARTICULAR DE LA MAGISTRADA BALAGUER EN LA STC 48/2024, DE 8 DE ABRIL

MIGUEL JOSÉ ARJONA SÁNCHEZ

Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Los acontecimientos procesales. 1.1 La denuncia de la Universidad de Sevilla. 1.2 La sentencia condenatoria en primera instancia. 1.3 La revocación parcial de la Audiencia Provincial de Sevilla. 1.4 El incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia Provincial de Sevilla. 1.5 El recurso de Amparo ante Tribunal Constitucional. 2. El amparo del Tribunal constitucional y la perspectiva de género. 2.1 La decisión de la Sala. 2.2 La perspectiva de género. 2.3 El alcance del fallo estimatorio. 3. La perspectiva de género en el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón. 3.1 Una definición de la perspectiva de género en el Derecho. 3.2 El papel del Derecho internacional y el europeo. 3.3 Perspectiva de género e interpretación del Derecho. 3.4 Razonabilidad del Derecho y perspectiva de género. 4. Por las que vengan. 4.1 Generar un debate. 4.2 Una violencia contra la emancipación laboral, económica y sexual de las mujeres. 4.3 La magistrada Balaguer contra el acoso sexual en el ámbito laboral.

1. LOS ACONTECIMIENTOS PROCESALES

1.1 La denuncia de la Universidad de Sevilla

Los actos que dieron lugar al caso que nos ocupa, tuvieron lugar entre los años 2006 y 2010, periodo en el que un catedrático de Educación Física, a la sazón decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de

Sevilla¹, abusó sexualmente de tres profesoras de su departamento. El procedimiento judicial arrancó el 25 de enero de 2011², cuando la Universidad presentó denuncia ante el Juzgado de Instrucción de Sevilla, mediante escrito formulado por las tres profesoras contra el citado Catedrático, por unos hechos que podían reunir caracteres de delito. Unos días antes (el 18 de enero de 2011) se había producido una resolución rectoral, por la que se acordaba incoar expediente disciplinario al profesor, y dar traslado de todo lo actuado al Ministerio Fiscal, al poder ser los hechos constitutivos de delito o falta. En la misma resolución se ordenó la suspensión de la tramitación del expediente disciplinario, hasta que recayese la resolución judicial correspondiente. Hay que decir que la actuación del equipo rectoral había sido objeto de críticas e incluso de algunas acciones sindicales de protesta³. De hecho, una de las secciones sindicales había reclamado la aplicación del régimen disciplinario del Estatuto Básico del empleado público, por faltas muy graves del Artículo 95.2 apartado o)⁴ que podían haber apartado al profesor de su puesto⁵, evitando así que las denunciadas se encontraran en una situación de vulnerabilidad, bajo las que se veían obligadas a acudir a su centro de trabajo. Tampoco el Decanato, pareció estar a la altura de las circunstancias, dado que algunos de sus miembros firmaron una carta de apoyo al acosador, que se presentaría posteriormente como prueba en el juicio⁶.

¹ Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación, entre 1997 y 2009, y Director del Departamento de Educación Física y Deporte de la Universidad de Sevilla. De hecho, se trataba del primer catedrático de Educación Física de España, circunstancia que «no puede ser un dato irrelevante», para la sentencia, como señaló la prensa. Como muestra, véase: RAMAJO, J., «Una víctima del ex decano de Educación de la Universidad de Sevilla irá al Constitucional para «generar un debate» sobre los abusos sexuales», *elDiario.es*, núm. 4 de febrero de 2020 20:16 h. Disponible en Web: https://www.eldiario.es/sevilla/abusos-sexuales-sentencia-tribunales-sevilla-andalucia_1_1149637.html.

² Asunto Penal 276/15.

³ Véase la nota al respecto del Sindicato Andaluz de Trabajadores: «Por otra parte, como quedó reflejado en la sentencia de lo penal, el exdecano abusador contaba con toda una estructura de poder que lo respaldaba, integrada por la mayor parte del profesorado del departamento, quienes «desfilaron» por el juzgado con la voluntad de crear una imagen intencionalmente positiva del abusador, dejando constancia el juzgador de cómo se situaban en una situación rayana a la ignorancia deliberada. Además, el Equipo de Gobierno de la US, con el entonces Rector al frente, no apoyó a las denunciadas cuando se conocieron los hechos, lo que provocó varias movilizaciones de apoyo de la comunidad universitaria. El por entonces Rector ni siquiera se dignó a recibir, a pesar de las numerosas peticiones efectuadas por escrito y en persona, a estas tres mujeres, que actuaron con responsabilidad y valentía para contribuir a lograr una institución más digna, igualitaria y justa. El Equipo de Gobierno de la US se limitó a remitir la información reservada al juzgado de lo penal». SAT, «Se confirma la condena al catedrático S R por abusos sexuales a tres compañeras», *Comunicados del Sindicato Andaluz de Trabajadores*, núm. 16 de enero de 2020. Disponible en Web (consulta 10 de noviembre de 2024): <https://sat.us.es/se-confirma-la-condena-al-catedratico-santiago-romero-por-abusos-sexuales-a-tres-companeras/>

⁴ El artículo 95.2 apartado o) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público está dedicado al acoso laboral.

⁵ SAT, cit.

⁶ *Ibidem*.

1.2 La sentencia condenatoria en primera instancia

El 17 de febrero de 2015 se dictó, por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Sevilla, auto de apertura de juicio oral contra el Catedrático por tres delitos continuados de abusos sexuales, un delito de lesiones, un delito de acoso laboral o, subsidiariamente, por un delito de amenazas continuadas.

El día 29 de diciembre de 2016, el juzgado de lo penal dictó sentencia condenatoria contra el encausado (Sentencia 522/16), como autor responsable de tres delitos continuados de abusos sexuales (previstos por el art. 181.1, en relación con el art. 74 del Código penal) cometidos sobre las tres profesoras, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal⁷, a las penas de dos años y tres meses de prisión por cada uno de ellos; y como autor responsable de un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal cometido sobre una de las profesoras, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión. Se condenó igualmente al acusado a abonar una serie de sumas económicas por los perjuicios físicos y psíquicos, así como por los daños morales causados⁸. Los hechos probados revelan hasta qué punto, el condenado hizo «ostentación de su poder académico», amenazando a las profesoras con acabar con sus carreras, y espetando frases de contenido sexual, besos y lame-tones no deseados, incluso en presencia de terceras personas⁹. Pero, en palabras

⁷ El artículo 21 del Código Penal establece: «Son circunstancias atenuantes: 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculcado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa».

⁸ Se condenó igualmente a don S.R. a abonar las sumas de 50 000 € a doña L.G.A., 30 000 € a doña R.C.R. y 30 000 € a doña E.S.S. por los perjuicios físicos y psíquicos sufridos, así como por los daños morales causados. El 31 de marzo de 2017 se dictó, por el mismo Juzgado, auto de complemento de la sentencia que añadió al fallo condenatorio la imposición de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a las tres perjudicadas, sus domicilios, lugares de trabajo o cualesquiera otros frecuentados por ellas a distancia inferior a 300 metros, o de comunicar con ellas por cualquier medio, directo o indirecto, durante un plazo de cinco años.

⁹ La prensa reproduciría a lo largo de todo el proceso judicial con sus consiguientes recursos, algunas de las escenas más escalofriantes de los abusos: «Esta es una puta, qué se va a esperar». «Tienes que follar más, que estás muy flaca»; «la abrazó de manera efusiva para, a continuación, bajar las manos hasta tocarle los glúteos mirándola de manera lasciva»; «en una ocasión una profesora se agachó a coger algo, momento en que él la empujó con el pie diciendo ‘esta es una puta, qué se va a esperar’»; «le cogió la mano y venciendo la resistencia que ella le ofrecía, la colocó sobre sus genitales»; «la besó en varias ocasiones en la boca venciendo la resistencia de la víctima»,.... Los abusos sexuales del catedrático así se especificaban en la sentencia del juzgado y se mantienen en la última de la Audiencia a la hora de la confirmación de los tres delitos continuados, rebajados como se ha dicho por el hecho del tiempo transcurrido, como así había pedido el abogado del exdecano. RAMAJO, J. «Una víctima del ex decano de Educación de la Universidad de Sevilla irá al Constitucional para «generar un debate» sobre los abusos sexuales», *elDiario.es*, núm. 4 de febrero de 2020 20:16h. Disponible en Web: https://www.eldiario.es/sevilla/abusos-sexuales-sentencia-tribunales-sevilla-andalucia_1_1149637.html POZAS, A. «El Constitucional establece que los jueces no pueden beneficiar a un abusador por la tardanza de las víctimas en denunciar», *elDiario.es*, núm.

de uno de los sindicatos, probablemente lo más perturbador fue que «el exdecano abusador contaba con toda una estructura de poder que lo respaldaba, integrada por parte del profesorado del departamento, quienes desfilaron por el juzgado con la voluntad de crear una imagen intencionalmente positiva del abusador, colocándose en una situación rayana a la ignorancia deliberada»¹⁰.

1.3 La revocación parcial de la Audiencia Provincial de Sevilla

La sentencia del juzgado de primera instancia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Sevilla que, en diciembre de 2019 (tres años después de la primera sentencia) desestimó íntegramente los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de dos de las profesoras, estimando parcialmente el recurso formulado por la representación procesal del condenado en primera instancia. La sentencia núm. 554/2019 del tribunal provincial confirmó los hechos probados y, con ellos, la condena por abusos sexuales; sin embargo, la Audiencia redujo la condena inicial impuesta por el juzgado de primera instancia, por la apreciación de la atenuante del artículo 66.1.2.^a del Código Penal¹¹ de dilaciones extraordinarias como muy calificada, para el caso de los tres delitos de abusos sexuales; rebajando así en dos grados la pena impuesta por estos delitos (que quedaron en un año de prisión por el cometido sobre una de las profesoras, y diez meses por cada uno de los cometidos sobre las otras dos docentes); y absolvió al profesor del delito de lesiones psíquicas sobre una de ellas, al que también había sido condenado por el juzgado de lo penal.

1.3.1 LA APRECIACIÓN DE LA ATENUANTE POR DILACIONES EXTRAORDINARIAS

En este punto, no está de más recordar la diferencia que existe entre la atenuante de dilaciones extraordinarias simples y las muy calificadas. Punitivamente el tratamiento es distinto, de modo que cuando se aprecia en su forma

8 de abril de 2024 15:17 h Actualizado el 08/04/2024 17:40 h. Disponible en Web (consulta 11 de noviembre de 2024): https://www.eldiario.es/andalucia/constitucional-establece-jueces-no-beneficiar-abusador-tardanza-victimas-denunciar_1_11270726.html.

¹⁰ SAT, cit.

¹¹ El artículo 66.1. 2.^a del Código Penal establece: 1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 2.^a Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy calificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes».

simple, se aplica la pena inferior en grado; mientras que cuando se aprecia como muy cualificada, se reduce la pena inferior en uno o dos grados. La segunda –como es natural– requiere de una dilación mayor que la primera; de hecho, deberían tratarse de unas dilaciones verdaderamente clamorosas, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta fue establecida, entre otras, por la Sentencia de 23 de enero de 2020 de su Sala de lo Penal que estableció que: «Si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario, esto es, supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente (STS 652/2018, de 14 de diciembre y 554/2014, de 16 de junio)»¹². En cuanto a su apreciación en segunda instancia, también hay jurisprudencia; así, la reciente sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2023 concluyó que, tras haber agotado la fase de investigación y enjuiciamiento, también cabe apreciarla en segunda instancia¹³.

En el caso que nos ocupa, los magistrados de la Audiencia Provincial de Sevilla consideraron que la duración del proceso justificaba la apreciación de la dilación indebida como muy cualificada, aunque en primera instancia se hubiera estimado como simple. Para ello argumentaron que «la concreta extensión de la pena impuesta [...] resulta desproporcionada al concurrir la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas que, en este caso, consideramos debe apreciarse como muy cualificada [...] no solo en atención al tiempo transcurrido desde la comisión del primer episodio en el año 2006, sino porque la denuncia fue interpuesta dos años después aproximadamente de la comisión del último hecho imputado al recurrente y constan paralizaciones relevantes en la tramitación de esta causa no provocadas por la actuación del acusado».

Esta singular exégesis responsabilizaba a las víctimas por el retraso del pleito (cuya demora se debería a la tardanza en la presentación de las respectivas denuncias) y, por consiguiente, de la aplicación de la atenuante en grado de muy cualificada. Para justificarse, la Audiencia apelaba a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; según la cual, la atenuante del artículo 21.6 del Código Penal debía apreciarse en grado de muy cualificada cuando superase «objetivamente el concepto de extraordinaria, es decir, [resultara] manifiestamente

¹² OLIVAS RUBIO, T. «Atenuante de dilaciones indebidas simple y muy cualificada en primera y segunda instancia», *LegalToday*, 18 de mayo de 2023. Disponible en Web (consulta 24 de noviembre de 2024): <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/atenuante-de-dilaciones-indebidas-simple-y-muy-cualificada-en-primera-y-segunda-instancia-2023-0-18/>

¹³ *Ibidem*.

desmesurada por paralización del proceso durante varios años [...], o cuando la dilación materialmente extraordinaria viniera acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o incertidumbre de la espera, como podía ser la generación en el interesado de una conmoción anímica relevante debidamente contrastada, o que durante ese extraordinario periodo de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional [...] u otras similares. Más concretamente, el tribunal sevillano citaba la Sentencia del Tribunal Supremo 360/2014, de 21 de abril afirmando que esta atenuante se aprecia como muy cualificada en las sentencias de casación «en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista del juicio oral»; añadiendo que «el periodo de siete años para un proceso conlleva ínsita, conforme al criterio anterior, la calificación de duración irrazonable, si bien no es tal entidad como para la apreciación de la atenuante como muy cualificada». En efecto, desde la comisión del primer hecho declarado probado a finales de 2006, hasta que se dictó la sentencia impugnada (el 16 de diciembre de 2016) había transcurrido un plazo superior a los ocho años sobre los que se justificaba la apreciación muy cualificada de la atenuante. Una interpretación que iba a resultar controvertida.

1.3.2 LA ABSOLUCIÓN POR EL DELITO DE LESIONES PSÍQUICAS

En cuanto a la absolución por el delito de lesiones psíquicas sobre una de las profesoras, esta se justificó apelando, de nuevo, al Tribunal Supremo. Según la Audiencia provincial, la jurisprudencia del alto tribunal señalaba que las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual, ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, de suerte que ordinariamente quedan consumidas en el tipo delictivo, salvo supuestos excepcionales en que los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual adquieran una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual. Siguiendo esta interpretación, las consecuencias psíquicas padecidas por la víctima no habían llegado a tener categoría autónoma suficiente como para ser sancionada de manera independiente al delito de abusos sexuales; en sus propias palabras: «consideramos que no concurren los requisitos exigidos para penar por separado las lesiones psicológicas sufridas por la Sra. Víctima 1 por no constar acreditado que éstas alcancen una naturaleza autónoma a los episo-

dios de abuso sufridos en el entorno laboral descrito en el relato fáctico de la sentencia impugnada por las razones que pasamos a exponer».

Con esta revocación parcial de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial reducía la condena de siete años y nueve meses a dos años y nueve meses de cárcel, lo que eximía al condenado de entrar en prisión. Ello contrastaba con la propia declaración de la Sección Primera de la Audiencia Provincial que expresamente se había preocupado por señalar que el condenado merecía una pena privativa de libertad: «[...] consideramos que la opción del Juzgador de imponer la pena privativa de libertad está debidamente motivada y justificada en la resolución impugnada y ello, como consta en el fundamento décimo de dicha resolución, no solo por el respeto a las víctimas, sino por la gravedad de la conducta del recurrente y por el impacto que dichas conductas realizadas por el acusado han supuesto para las víctimas. Así las cosas, es claro que se dan razones suficientes y proporcionadas para operar con la pena de prisión en lugar de la alternativa de multa [...]».

Además, el tribunal anulaba la indemnización de 50.000 euros a una de las víctimas, y de 30.000 euros a cada una de las otras dos denunciantes, por los perjuicios físicos y psíquicos, y los daños morales causados.

1.4 El incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia provincial de Sevilla

El 28 de enero de 2020, la representación procesal de la profesora que había sufrido el delito de lesiones (del que había sido condenado el catedrático en primera instancia y absuelto en segunda) presentó un incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, por la vulneración de derechos fundamentales. La parte recurrente argumentaba que la atenuante muy cualificada no se estaba aplicando correctamente, y vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva de su cliente. Técnicamente el razonamiento radicaba en que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento establece la atenuante de dilaciones indebidas y, en concreto, ante ciertos retrasos procesales en grado muy cualificado, la Audiencia no había debido aplicarla empezando a contar desde el momento en que sucedió el primer hecho punible, sino teniendo en cuenta, la duración del procedimiento. La decisión de la Audiencia era fuertemente criticada por la letrada defensora que la calificó ante los medios de comunicación como «demencial, demoledora, [que] no tenía ni pies ni cabeza». La Audiencia estaba

aplicando un argumento nuevo, que vulneraba derechos fundamentales» y que tenía como resultado evitar la entrada en prisión del condenado¹⁴.

Por auto de 5 de mayo de 2020, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla acordó no admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones; para ello rechazaba los argumentos invocados por la parte actuante, por ser sustancialmente idénticos, a los ya recogidos en el recurso de apelación. Para el tribunal provincial, el carácter excepcional del incidente expulsaba de su ámbito el enjuiciamiento de las discrepancias presentadas contra la fundamentación jurídica impugnada, puesto que aquellas ya se habían hecho valer en el recurso de apelación, momento en el que habían sido rechazadas, por las razones expuestas en la propia sentencia, a la que se remitía expresamente. Sin embargo, el propio auto sí admitía que la recurrente había hecho valer un nuevo argumento en su recurso, el de la «insuficiente aplicación del enfoque de género» de la sentencia en casación. Sin embargo, este argumento no pareció tener el peso suficiente para admitir el incidente.

De hecho, la abogada de la parte recurrente reconoció no haber tenido grandes esperanzas en el incidente, manifestando a los medios de comunicación que este se había presentado con la intención principal de cumplir con el requisito previo «para poder ir al Tribunal Constitucional», y así «promover una reflexión al más alto nivel judicial sobre los abusos sexuales y cómo se está aplicando el Código Penal, el tema de las dilaciones indebidas, etc.», añadiendo: «es una cuestión de reivindicación y de justicia en general [...] queremos generar un debate sobre esto porque nos parece que es sangrante»¹⁵.

1.5 El recurso de amparo ante Tribunal Constitucional

1.5.1 LA ADMISIÓN POR LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

El 24 de enero de 2022 la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó providencia en la que acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que revestía especial trascendencia constitucional. De entre las distintas causas de admisión, que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en su

¹⁴ Y así lo manifestó a los medios de comunicación, véase: RAMAJO, J. ««Por mí y por las que vengán»: el valiente camino para que los tiempos de la Justicia no corran a favor de los abusos sexuales», *el-Diario.es*, núm. 14 de abril de 2024 06:01 h Actualizado el 14 de abril de 2024 06:01 h. Disponible en Web (11 de noviembre de 2024): https://www.eldiario.es/sevilla/vengan-valiente-camino-tiempos-justicia-no-corran-favor-abusos-sexuales_1_11274213.html.

¹⁵ RAMAJO, J. «Una víctima del ex decano de Educación de la Universidad de Sevilla irá al Constitucional para «generar un debate» sobre los abusos sexuales», cit.

doctrina (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)) la Sala decidió acogerse a la referida a aquellos casos que pudieran dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental.

1.5.2 LAS ALEGACIONES DE LA RECURRENTE EN AMPARO

El recurso de amparo presentado por la víctima de las lesiones seguiría una doble estrategia; por un lado «atacaría» la argumentación seguida por la Audiencia provincial, en base a errores puramente técnicos de interpretación del Derecho, tanto en el caso de la atenuante de las dilaciones indebidas, como en el del delito de lesiones; y, por otro, achacaría estos errores a una interpretación jurídica en la que se había hecho evidente la ausencia de perspectiva de género, violando el artículo 14 de la Constitución.

Respecto, a la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas en grado muy cualificado; el recurso, la tacharía de incoherente y contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El recurso afearía que la sentencia de casación tomara la fecha del primero de los hechos cometidos por el condenado, para el inicio del cómputo del tiempo de tramitación de la causa a efectos de determinar la aplicabilidad de la atenuante. La alegación haría hincapié en que la sentencia se apartó, en perjuicio de las víctimas y sin razonamiento alguno, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ella misma había citado. El plazo total de duración del procedimiento, desde su incoación hasta el dictado de sentencia en primera instancia, fue –en realidad– de tan solo cinco años y once meses, y no de más de ocho años como erróneamente se afirmó en la sentencia de apelación. Además, se argumentaba, que en el caso de autos no se daba la situación que el legislador pretende reparar con la atenuante de dilaciones indebidas, a saber, compensar al condenado que ha padecido perjuicios extraordinarios con ocasión del retraso en el procedimiento y que, durante su tramitación, se ha rehabilitado.

El recurso afirmaba que la sentencia no había tenido en cuenta que, durante la tramitación de la causa, el catedrático no había estado sujeto a ninguna medida cautelar, disfrutó de su puesto en la universidad con remuneración completa y pleno apoyo de su grupo de afines, mantuvo su posición de poder, y alcanzó una edad próxima a la jubilación que, además, le favorecía a efectos de solicitar la suspensión de su condena o beneficios penitenciarios. Además, la sentencia pasaba por alto la conducta procesal del condenado que, en todo mo-

mento, dentro y fuera del proceso, vino manteniendo –incluso de forma pública a través de un blog– que la culpa era de las víctimas que habían organizado un complot contra él, no mostrando signo alguno de arrepentimiento.

Pero más allá de estas consideraciones legales, el recurso ahondaba en ciertos argumentos constitucionales alrededor de la igualdad. Siguiendo esta senda, calificaba a la sentencia como contraria al principio de igualdad entre hombres y mujeres, vulnerando así los artículos 14 y 9 de la Constitución Española, así como al necesario enfoque de género, al exigir a las mujeres una conducta heroica consistente en denunciar a su victimario desde el primer abuso sufrido, obviando la dificultad que supone la denuncia en los casos de acoso y abuso sexual y, en particular, las dificultades de denunciar al hombre con mayor poder en su Facultad.

Respecto a la absolución por el delito de lesiones, el recurso calificaba a la argumentación de la Audiencia provincial (que recordemos consideraba que estas lesiones no alcanzaban la categoría necesaria para ser penadas de manera autónoma) como irrazonable y carente de la motivación exigida por el artículo 24.1 de la Constitución, en conexión con el derecho a la integridad física y moral de la demandante del artículo 15 de la Constitución. Para los recurrentes, no es posible considerar que el legislador haya incorporado al tipo de abuso sexual el enorme daño causado en la salud de la víctima.

1.5.3 LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA

En cuanto a la Fiscalía, esta censuraba la inaplicación, por parte de la Audiencia Provincial, de la perspectiva de género (como incluso recogía en un comunicado dado a conocer a los medios de comunicación)¹⁶; entendiendo que los argumentos judiciales relacionados con el tiempo en que las profesoras tardaron en denunciar los hechos «solo permite pensar en la presencia de una inequívoca voluntad de beneficiar al acusado-varón y minimizar la consecuencia penológica que habría de sufrir por el delito continuado de abusos sexuales».

En cuanto al delito de lesiones, los argumentos usados por la Sala resultaban «irrazonables si se considera la duración de los padecimientos psíquicos sufridos por la hoy recurrente (determinada por el relato de hechos probados de la sentencia de instancia asumidos íntegramente por la sala de apelación)».

¹⁶ POZAS, A. «La Fiscalía pide al Constitucional anular la rebaja de condena a un abusador por no haberse aplicado la perspectiva de género», *elDiario.es*, núm. 25 de noviembre de 2022 14:11 h Disponible en Web (10 de noviembre de 2024): https://www.eldiario.es/politica/fiscalia-pide-constitucional-anular-rebaja-condena-abusador-no-haberse-aplicado-perspectiva-genero_1_9743600.html.

En definitiva, a juicio de la fiscalía: «los dos pronunciamientos combatidos de la sentencia de apelación responden a una motivación carente de toda lógica, irrazonable, contraria a la obligación de los órganos judiciales de integrar el principio de igualdad entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)¹⁷ y, en consecuencia, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su modalidad de derecho a obtener una resolución debidamente fundada en Derecho, esto es, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente, en relación con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE)».

Como reforzamiento de estas indicaciones interpretativas, la fiscalía se preocupó por desplegar todo un detallado estudio sobre el concepto de perspectiva de género, su evolución histórica e incorporación a los textos legales (tanto nacionales como internacionales), así como su encaje constitucional a partir de los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución, y su aplicación por los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional. Terminó el informe de la fiscalía interesando el otorgamiento del amparo.

1.5.4 LAS ALEGACIONES DEL CONDENADO

La respuesta de la parte condenada alegaba de forma genérica que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución no ampara el derecho a la obtención de una condena, una vez el acusado ha sido absuelto en el proceso, ni la imposición de una más grave; salvo en supuestos absolutamente excepcionales de arbitrariedad, con «una total y absoluta irracionalidad e incompatibilidad con los más elementales principios de la lógica», lo que –en su opinión– no era el caso.

Más particularmente, en cuanto a la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada alegaba que se trataba de una mera cuestión de legalidad ordinaria (referida a la valoración de la prueba e interpretación de la norma) que no habilitaba la intervención del Tribunal Constitucional, incluso aunque hubiera habido un error, cosa que negaba. En cuanto a la absolución por el delito de lesiones, igualmente consideraba que no podía ser corregida en

¹⁷ El artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece: «Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

el recurso de amparo, a menos que –de nuevo– resultara contrario a toda lógica e incurriera en verdadera arbitrariedad, lo que negaba.

Otro de los argumentos, muy relacionado con el primero expuesto, iba referido a que la sentencia impugnada ya había sido completamente ejecutada en todos sus aspectos, obstáculo –en su opinión– insalvable para estimar las pretensiones del amparo.

Pero lo más llamativo de la respuesta vino cuando se refirió a la ausencia de perspectiva de género. Al respecto, el escrito de alegaciones señaló que: «no existe ni una norma, ni jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional que indiquen en qué consiste la aplicación de la referida perspectiva de género, lo que conduce a una incertidumbre que dificulta notablemente su incorporación por los órganos judiciales. Ante tal incertidumbre, no tiene sentido esgrimir la ausencia de perspectiva de género como fundamento de todo el recurso de amparo por cuanto no cabe reprochar al tribunal sentenciador el haber prescindido de ella». Es decir, para la defensa del acusado no parecía existir tal obligación de aplicarla, ya que no solo no había una norma al respecto, sino que ni siquiera existía una definición clara de en qué consiste la perspectiva de género.

2. EL AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

2.1 La decisión de la Sala

El Tribunal Constitucional comenzó haciendo hincapié en los hechos probados en la primera instancia, que no habían sido cuestionados por la Audiencia Provincial. El alto tribunal se detuvo describiendo la relación de poder con el que el catedrático había intentado someter a las jóvenes profesoras, lo que relató con un cierto detenimiento, señalando que este: «vino realizando ostentación de su poder académico desde un primer momento, dejando claro a las mismas que él era quien mandaba en el Departamento de Educación Física de la Facultad de Ciencias de la Educación, que fuese o no el director del departamento y formase o no parte de las comisiones era él quien tomaba las decisiones relevantes en cuanto a docencia, investigación, contratación, etc., de modo que habían de seguirse sus indicaciones tales como nombrarle director de las tesis doctorales, hacer constar su participación en las publicaciones que cada profesora realizara o participar en las votaciones internas del consejo de departamento o de las diferentes comisiones conforme a sus deseos, crite-

rios u opiniones viniendo a transmitir que aquellos que no accedían a sus pretensiones podían tener problemas para mantener sus plazas».

Tras los hechos, el Tribunal señaló los numerosos preceptos constitucionales y de tratados internacionales presuntamente vulnerados según la demanda de amparo; en concreto señaló los artículos 3 (prohibición de trato degradante), 6 (derechos a un proceso equitativo), 13 (derecho al recurso), 14 y 1 del Protocolo 12 (prohibición de discriminación), del Convenio Europeo de Derechos Humanos; los artículos 5 y 6 del Convenio de Estambul; y de los artículos 1 y 2 CEDAW. En cuanto a la eventual vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género del artículo 14 de la Constitución, también señaló como esta no se había invocado en la demanda de manera autónoma, sino en conexión con las atribuidas a la motivación de la sentencia de apelación; esto es, con la vulneración relativa al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, en su modalidad de derecho a obtener de los tribunales una resolución fundada en Derecho, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente.

2.1.1 ANÁLISIS DE LAS QUEJAS POR DILACIONES INDEBIDAS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

A este respecto la sentencia del Tribunal Constitucional fue contundente en la calificación de la argumentación de la Audiencia provincial de Sevilla como «del todo irrazonable». Para ello, comenzó con una contundente crítica a la decisión de la Audiencia de considerar como «dies a quo» la fecha de la comisión del primer hecho delictivo, pues suponía, en palabras del interprete constitucional: «por una parte, desconocer el objeto y la razón de ser de las dilaciones indebidas y, por otra, incurrir en la incoherencia de condenar por un delito continuado y, a su vez, apreciar su actuación delictiva continuada [...] como una circunstancia atenuante de la pena»; señalando finalmente que: «resulta incontrovertible, a partir de lo dispuesto en el artículo 21.6 del Código Penal, que para determinar si se ha incurrido en dilaciones indebidas hay que tomar en cuenta únicamente la duración del proceso judicial». Si bien «estos argumentos bastarían por sí solos para estimar esta queja», el Tribunal Constitucional decidió examinar también las sucesivas «contradicciones internas» y «quebras lógicas» en las que incurrió el órgano judicial señalando como la Audiencia las hubiera evitado tan solo aplicando correctamente la doctrina jurisprudencial sobre la que pretendía basar su juicio.

Si el primer calificativo utilizado por el Tribunal Constitucional respecto de la decisión de la Audiencia sobre las dilaciones indebidas había sido el «del todo irrazonable», esta opinión se reafirmaría más adelante al describir la argumentación sustentada en la tardanza en la denuncia como «manifiestamente irrazonable». El Tribunal pedagógicamente explicó como «lo previsto dentro de nuestro ordenamiento jurídico es que quien resulte perjudicado por un delito tiene el derecho a denunciarlo en cualquier momento, con el límite de la prescripción regulada en el artículo 131 del Código Penal, que trae consigo la extinción de la responsabilidad criminal del artículo 130.1.6 del Código Penal, prescripción que la propia sentencia impugnada descarta en el presente caso (fundamento jurídico noveno)». De este modo dejó claro que las dilaciones indebidas» deben referirse exclusivamente a la tramitación del proceso judicial y a la diligencia de los órganos judiciales a la hora de llevar a cabo esta tarea», sin que quepa responsabilizar a las víctimas. Además, el Tribunal Constitucional criticó que la Audiencia no hubiera tenido en cuenta los hechos probados, en los que se señalaba que la recurrente en amparo había comunicado los hechos al director del departamento mucho antes de la presentación de la denuncia. Fue precisamente la ineficacia de este lo que motivó la presentación, junto con las otras dos víctimas, de la denuncia formal ante el vicerrectorado. Finalmente, fue la propia universidad la que formuló la denuncia penal tres meses después.

2.1.2 ANÁLISIS DE LAS QUEJAS POR LESIONES PSICOLÓGICAS

En relación con las lesiones psicológicas, el Tribunal Constitucional comienza analizando la pretensión de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal, quienes sostienen que la sentencia de apelación vulnera la obligación de los órganos judiciales de integrar el principio de igualdad entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

La sentencia de apelación justificó su pronunciamiento absolutorio en la doctrina del Tribunal Supremo que citó, para la que las lesiones psicológicas solo merecerían un reproche penal autónomo si adquirieran una magnitud desproporcionada respecto a la tomada en cuenta por el legislador penal. Proyectando tal doctrina al caso concreto, la sentencia de apelación determinó la absolu-

ción del acusado por aplicación del principio *in dubio pro-reo*¹⁸, considerando que «no consta acreditado el conocimiento y la voluntad del acusado de causar las lesiones como las descritas en los informes ratificados en el plenario, ni la fecha en que se produjeron dichas lesiones, ni los días de impedimento para sus ocupaciones habituales, ni el tratamiento psiquiátrico prescrito para curar de las mismas».

Esta interpretación de los hechos por parte de la Audiencia le impedía al Tribunal Constitucional estimar la queja por el delito de lesiones, ya que ello exigiría «una nueva valoración de los hechos probados [...] a fin de determinar si de ellos se desprenden todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos propios del tipo de lesiones». Para el alto tribunal, dicha apreciación «excede[ría] del ámbito del proceso de amparo [...] debido a que son los tribunales penales los únicos competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal». El control constitucional «debe limitarse a constatar que el órgano judicial no ha incurrido en arbitrariedad, error patente o irrazonabilidad manifiesta», lo que no sería el caso, ya que: «la sentencia está fundada en razones jurídicas, sin que a este tribunal le corresponda verificar su corrección». Tampoco apreció que incurriera en irrazonabilidad, «toda vez que la argumentación seguida por el órgano judicial no incurre en quiebras lógicas ni contiene argumentos extravagantes»; y por último «tampoco incurre en error patente; ya que para que este tenga relevancia constitucional ha de tener carácter fáctico y ha de verificarse de forma indubitada por el mero examen de las actuaciones». En cambio, el error alegado en el recurso «es un error en la calificación jurídica, cuyo examen excede de la jurisdicción de este tribunal».

2.2 La perspectiva de género

Como vemos, la concesión del amparo se habría abierto paso, aunque solo fuera parcialmente, a través de un análisis meramente técnico del fallo provincial; sin embargo, el requisito de especial trascendencia constitucional - indispensable para la admisión de cualquier recurso de amparo - debió haberse vinculado a la inaplicación, por parte de la Audiencia, de la perspectiva de género, lo que habría suscitado la inquietud del alto tribunal por precisar su doctrina. Al

¹⁸ «Sin perjuicio de la indemnización por las secuelas sufridas por del delito continuado de abusos sexuales».

respecto, el Tribunal Constitucional circunscribió dicha cuestión a la decisión respecto de los delitos continuados de abusos sexuales.

A juicio del Tribunal Constitucional la sentencia impugnada no había tenido en cuenta el contexto en el que se produjeron los hechos delictivos, desoyendo así, la obligación de tener en cuenta la perspectiva de género para estos delitos, como establece el artículo 49.2 del Convenio de Estambul, que garantiza así un procedimiento efectivo para este tipo de violencia. Esta afirmación la fundamentó en la forma de razonar de la Audiencia «que desconoc[ió] las repercusiones específicas que los delitos relacionados con la violencia sexual tienen sobre sus víctimas, y cómo afectan a su conducta en relación con la denuncia y persecución del delito». Por otra parte, también ignoró «la situación de desventaja y desprotección de las víctimas», que «podían temer, de forma racional que, si denunciaban, podrían perder incluso su empleo»; una situación de vulnerabilidad derivada que debió ser tenido en cuenta en la sentencia, evitando responsabilizar a las perjudicadas por la demora en denunciar, lo cual «no solo es irrazonable desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, sino que desconoce también el mandato de prohibición de discriminación por razón de sexo contenido en el art. 14 CE».

El alto tribunal calificó al abuso de carácter sexual como «la forma más grave de discriminación contra la mujer»; lo cual fue obviado injustificablemente por la Audiencia, que violó así la prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el artículo 14 de la Constitución.

Siguiendo esta misma argumentación reprochó la consecuencia derivada de la actuación judicial, que condujo a la no entrada en prisión del condenado, recordando la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de diciembre de 2023, asunto Vucković c. Croacia, que en relación con la investigación, enjuiciamiento y castigo de delitos de violencia sexual declaró que: «los tribunales nacionales no deben estar dispuestos en ningún caso a permitir que queden impunes graves atentados contra la integridad física y mental, ni a permitir que delitos graves sean castigados con sanciones excesivamente indulgentes». Valoración que el propio Tribunal de Estrasburgo se arrogó como parte de sus competencias de control jurisdiccional en materia de derechos fundamentales. Así, dicho Tribunal se considera competente para juzgar en este tipo de delitos, si las consecuencias penales resultan «adecuados para asegurar que el castigo se mantiene proporcionado a la naturaleza y gravedad del maltrato ínsito en los actos criminales cometidos contra la demandante como víctima».

2.3 El alcance del fallo estimatorio

Pese a esta última apelación a la obligación del control jurisdiccional para evitar sanciones excesivamente indulgentes en este tipo de delitos, el Tribunal Constitucional aplicó su doctrina respecto a «evitar la anulación de fallos penales absolutorios firmes o de modificación de fallos penales condenatorios que impliquen un aumento de la condena». Hacía así referencia (como expresamente señaló) a una línea jurisprudencial bien asentada, como ya expuso en la STC 41/1997, de 10 de marzo (fundamento jurídico sexto), la STC 218/1997, de 4 de diciembre (fundamento jurídico segundo), y la STC 21/2000, de 31 de enero (fundamento jurídico segundo), basada en la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, que apreció «se encuentran particularmente presentes en el caso examinado», y no forman parte de las excepciones puntuales que ha a veces ha reconocido.

Por tal motivo, la sentencia limitó el alcance de la estimación del recurso de amparo a la declaración de la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en relación con el derecho a no ser discriminada por razón de sexo, consagrado en el artículo 14. Como medio indispensable para reparar dicha vulneración, se acordó la nulidad y el levantamiento de los efectos de la sentencia recurrida en lo relativo a la reducción de la pena, efectuada mediante la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en grado muy cualificado, restableciendo así la condena inicial impuesta por el juzgado de lo penal.

3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL VOTO PARTICULAR DE LA MAGISTRADA MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional vino acompañada por el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer¹⁹, cualificada representante del denominado feminismo jurídico o –si preferimos– del constitucionalismo feminista, perspectiva que se caracteriza por su búsqueda de la igualdad, a través de la interacción «con las necesidades de quienes conforman la mitad de la población históricamente excluida²⁰». Este voto particular constituye, a nuestro

¹⁹ Así como un voto concurrente conjunto que formulan los magistrados don César Tolosa Tribiño y don Enrique Arnaldo Alcubilla respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2975-2020.

²⁰ La cita textual y completa es: «Así pues, el constitucionalismo feminista acerca el derecho a la realidad social recogiendo e interactuando con las necesidades de quienes conforman la mitad de la población históricamente excluida». GARAY MONTAÑEZ, N., «Constitucionalismo feminista. Evolución de los derechos funda-

juicio, una verdadera hoja de ruta de cómo abordar la perspectiva de género en los casos de violencia contra la mujer: Su definición, el mandato constitucional y el papel del Derecho internacional, la labor hermeneútica de la perspectiva de género, y su rol respecto de la razonabilidad del Derecho.

La magistrada comienza su voto señalando su principal diferencia respecto a la argumentación seguida en la sentencia de amparo, que no es otra sino respecto a «la aplicación de la perspectiva de género, tan necesaria y oportuna en un amparo como el que resolvíamos en esta ocasión, que entiendo que debería haber sido más extensa». Reprochaba así, a la sala segunda del Tribunal Constitucional, como ya desde los antecedentes de hecho apenas había dedicado un párrafo a esta exigencia, muy al contrario de «el esfuerzo de conceptualización que había formulado muy acertadamente el Ministerio Fiscal sobre la perspectiva de género en un asunto que, como sí se reconoce, viene directamente relacionado con formas de violencia contras las mujeres».

3.1 Una definición de la perspectiva de género en el Derecho

Para completar esta laguna, la propia magistrada, autora de la celebrada monografía «Mujer y Constitución. La Construcción jurídica del género»²¹ se ocupó de definir en qué consiste esa perspectiva de género, definiéndola en términos sencillos pero precisos como «un método de interpretación de un conflicto jurídico a través de un análisis que tenga como referencia a las mujeres en un juicio en el que el hecho de ser mujer es determinante y, por tanto, no cabe acudir a la supuesta neutralidad del Derecho».

El voto particular señaló a continuación como dicha perspectiva resulta una exigencia de la propia Constitución y, en concreto, de sus artículos 14 y 9.2, que reconocen el derecho a la igualdad, desarrollado legislativamente a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres,

mentales en el constitucionalismo oficial». En: Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino, Corts Valencianes, 2014, pp. 268-269. Disponible en Web (consulta 15 de noviembre de 2024): https://d1wgtxts1xze7.cloudfront.net/33647028/00_Igualdad_y_democracia_l libre_homenatge_JS-libre.pdf?1399442313=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DMujeres_y_constitucionalismo_transforma.pdf&Expires=1731698990&Signature=Z-m2sSirgeWwz3A7i3DYFsPvcQPQKdlFD-E2QmdxuqjFrglPd0joMTYYnT2aShJSeVGtTCiEmtjlOheIjA5R-mHxVnxXku7dqYOb4ohhQxS17nqqK9OhFVvGVE9kwfNJ~O3v9fmCB9-XX--fUVuRur8hCNjsvjP-gUK4-xV1q2qfUS2wwHN~9GaYZlIfurNlw9SUHcJ-cNKky4elfUalNUj2WvLHHZJ4N-MXsoFh1dQuh9NawrpoxCGQliS7omj3l7Uhn~0MASKouKQRafAC6O1xe9TMXOtZhppXxlZGrSmxKER4VR00FsyHbUU56-kgRQ-EAJsAX4My9BvEbyErlAQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA.

²¹ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género*, Cátedra, 2005.

en cuyo artículo 4 se impone la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas estableciendo: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Pedagógicamente, la magistrada señaló como ello significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse un criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas. No podemos olvidar, en este punto, como la defensa del condenado había afirmado sin rubor en su contestación al amparo, que «no existe ni una norma, ni jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional que indiquen en qué consiste la aplicación de la referida perspectiva de género», de lo que pretendía derivar la no exigencia de su aplicación.

3.2 El papel del Derecho internacional y el europeo

La argumentación de la magistrada también le dedicó tiempo a recordarnos como dicha obligación interpretativa deriva directamente del artículo 10.2 de la Constitución, que remite en materia de derechos fundamentales y libertades a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, que –como es sabido– obligan a los poderes públicos «incluidos los órganos del poder judicial, como ha recordado el Tribunal Supremo». En este sentido, no olvidó hacer una mención específica a algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la STS 576/2022, de 23 de junio de 2022, del Pleno de Sala de lo Social, en cuyo fundamento jurídico 4, bajo el título «Doctrina general sobre la interpretación con perspectiva de género» recordaba que «ninguna duda cabe sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas. Así lo hemos sostenido, por ejemplo, en las SSTs de 26 septiembre 2018 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1352-2017) y 13 noviembre 2019 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 75-2018)».

3.3 Perspectiva de género e interpretación del Derecho

Una vez señalada la obligación de la aplicación de la perspectiva, el voto particular entraría a fondo en el tema, haciendo hincapié en las obligaciones

concretas derivadas especialmente de dos normas internacionales. Por un lado, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido como el Convenio de Estambul); y, por otra, por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas; tratado que instauró un comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer que, entre otras actuaciones de tutela, elabora recomendaciones para la adopción de medidas de erradicación de la discriminación para los Estados parte.

Al respecto, la magistrada traería a colación la recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, que señala específicamente la obligación de las autoridades públicas de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y ofrecer la reparación por todos los delitos cometidos contra mujeres; debiendo adoptar medidas que tengan en cuenta el derecho a un juicio justo de las víctimas, asegurando que no se restrinjan excesivamente los requisitos probatorios, y que no sean excesivamente inflexibles o estén influenciados por estereotipos de género. La recomendación apremia a los Estados a revisar y supervisar todos los procedimientos judiciales, para garantizar así que no discriminen directa o indirectamente a las mujeres; y actúen con la debida diligencia para prevenir y proporcionar los debidos recursos, para los delitos que afectan desproporcionada o exclusivamente a las mujeres.

Por consiguiente, en los casos de violencia sexual contra la mujer, la perspectiva de género implica que los juzgadores deben ser conscientes de que están en un contexto delictivo en el que las mujeres son las víctimas propiciatorias, porque «las conductas penadas se llevan a cabo por hombres que se prevalecen de su posición de poder, privilegio o superioridad». No cabe en estos casos –recuerda el voto particular– acercarse al estudio de estos supuestos de una forma falsamente neutral, pues esto solo supondrá la revictimización de las mujeres. Ello «implica saber que sufrir violencia sexual no solo afecta física y psicológicamente a las mujeres, sino que, además, puede impactar gravemente en el bienestar psicosocial de la víctima, su entorno y relaciones familiares, a su vida íntima y su carrera profesional». En definitiva, «interpretar y aplicar la norma con perspectiva de género es, por lo tanto, reconocer la plenitud de los derechos de las mujeres a desarrollar su personalidad de forma autónoma, en libertad y exenta de violencia»; señalando que «desde este enfoque metodológico y, por tanto, condicionante de la interpretación del Derecho, la respuesta del Tribunal debería haber sido diferente».

3.4 Razonabilidad del Derecho y perspectiva de género

Respecto al delito de lesiones, la magistrada Balaguer señaló «la coincidencia en este punto entre el Ministerio Fiscal y la sentencia, en que no existe un desarrollo suficiente en la demanda de amparo que permita enjuiciar dicha queja, puesto que el Tribunal no dispone de las razones por las que entiende la parte que este derecho ha sido vulnerado». Por tanto, también a juicio de la magistrada la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial de Sevilla queda fuera del alcance del Tribunal Constitucional, pero discrepa cuando afirma que esto no es óbice para haber apreciado como la sentencia de apelación «se construyó sobre un sesgo de género que discriminó a la recurrente en amparo y víctima en el proceso penal». Para la profesora Balaguer cabe deducir sin mucho esfuerzo que el derecho a la integridad física y moral, recogido en el artículo 15 de la Constitución, se vio directamente afectado por «una interpretación del Código penal y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo poco acorde y carente de toda perspectiva de género, pues un análisis desde esta categoría analítica habría permitido llevar a la conclusión de que las lesiones producidas eran una consecuencia inescindible de los acosos producidos». Un sesgo discriminatorio que «convierte los argumentos sobre los que basa su sentencia la Audiencia Provincial de Sevilla en irrazonables y, por tanto, contrarios al derecho a la integridad de la recurrente, a la luz también de su derecho a la libertad (art. 17 CE) y al libre desarrollo de su personalidad, en una interpretación constitucional, informada por los textos internacionales antes citados, en virtud del art. 10.2 CE».

Para demostrar esta irracionalidad, el voto particular se detiene en la secuencia argumental de la Audiencia. Así, parte de cómo el juzgado de primera instancia, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –que exige que los efectos psíquicos de la agresión, el abuso o el acoso sexual superen la mera conturbación anímica y alcancen una entidad autónoma que justifique un reproche penal específico, distinto al del abuso sexual (véase, entre otras, la STS de 22 de octubre de 2015)–, declaró como hechos probados que la magnitud de los daños psicológicos causados fue tan desproporcionada que merecía un reproche penal específico y autónomo, subsumible en este caso en el tipo de lesiones previsto en el artículo 147.1 del Código Penal. Una declaración de hechos probados, que fue aceptada plenamente por la Audiencia provincial, por lo que «resulta tan sorprendente que en la sentencia aprobada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional se afirme que no se observa irrazonabilidad ni arbitrariedad en la decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla, pese a que, sobre el mismo relato fáctico se llega a una conclusión contra-

ria, estimando la absolución del delito de lesiones psíquicas del agresor condenado». Para el voto particular, «desde una aproximación neutral y aséptica a los razonamientos de la audiencia provincial, cabría defender la corrección de la motivación de su decisión para descartar la concurrencia del delito de lesiones psicológicas, [mientras que, por el contrario] el examen de dicha motivación con una perspectiva de género impide defender dicha conclusión».

En base a dicho error la magistrada califica la decisión de la Audiencia sevillana como irrazonable, «en tanto que, pese a compartir sustrato fáctico con la primera instancia, deconstruyó su argumentario a través de una nueva interpretación que perpetuaba la situación de poder socio-sexual inherente a la discriminación entre hombres y mujeres, sin poner en duda que exista un daño psicológico común y estándar también inherente a todos los abusos sexuales, y, que, por el contrario, la afectación impacta en toda la esfera de bienestar psico-social de la mujer». «La audiencia provincial situó a la víctima y al criminal en una posición de falsa igualdad que acabó agravando y revictimizando» a la víctima, concluyó.

4. POR LAS QUE VENGAN

4.1 Generar un debate

«Queremos generar un debate sobre esto porque nos parece sangrante»; esa fue la principal razón –en palabras de la representación legal de la recurrente– por la que se produjo la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional²². Una frase que se complementaría con una expresión que expresaba toda la tensión que se acumula tras todo este largo proceso, que concluyó con una victoria parcial ante el alto tribunal: «Por mí y por las que vengan»²³, mostrando el carácter performativo de la jurisprudencia constitucional.

Y es que, si la victoria ante el Tribunal Constitucional fue parcial, sí que puede decirse que fue total en cuanto al objetivo inicial de generar un debate en torno a este tipo de violencia. Así, la sociedad andaluza en general, y sevillana, en particular, se estremeció ante lo que les ocurrió a las tres profesoras.

²² RAMAJO, J. «Una víctima del ex decano de Educación de la Universidad de Sevilla irá al Constitucional para «generar un debate» sobre los abusos sexuales», cit.

²³ RAMAJO, J. ««Por mí y por las que vengan»: el valiente camino para que los tiempos de la Justicia no corran a favor de los abusos sexuales», *elDiario.es*, núm. 14 de abril de 2024 06:01 h Actualizado el 14 de abril de 2024 06:01 h. Disponible en Web (11 de noviembre de 2024): https://www.eldiario.es/sevilla/vengan-valiente-camino-tiempos-justicia-no-corran-favor-abusos-sexuales_1_11274213.html.

Por eso, la abogada mostró su satisfacción, aunque moderada, ante la resolución de la Sala Segunda del Constitucional, tras veinte años transcurridos de aquellos abusos sexuales continuados: «Nosotras sabíamos que, pese a llevar el recurso al Constitucional, él no iba a entrar en prisión. El argumento que utilizó la Audiencia era muy perjudicial, para mí y para todas las víctimas de abusos. La motivación fue esa: vimos que había que generar ese debate, para que, cuando haya otras víctimas, den el paso. Que no le pasara a otra mujer, que no se viera con una posible reducción de condena para su agresor»²⁴. La propia víctima recurrente quiso celebrar especialmente el voto particular de la magistrada Balaguer: «Me alegra saber que haya sido un debate controvertido también, y me alegra saber que haya un voto particular concurrente, el de María Luisa Balaguer, que decía que se tenía que haber estimado la totalidad y que se tenía que haber aplicado la perspectiva de género en el análisis completo. Que eso se esté debatiendo, se hable y se ponga en la mesa del Constitucional es un avance. España tiene leyes muy avanzadas, pero luego cuesta ponerlas en práctica a veces, y esto forma parte de ese proceso»²⁵.

4.2 Una violencia contra la emancipación laboral, económica y sexual de las mujeres

Para entender mejor el caso resulta interesante analizar cuál fue el entorno en el que tuvo lugar todo el proceso penal que finalmente acabó en amparo; porque este —como tantos otros procesos relativos a la violencia contra la mujer— tuvo lugar en una sociedad en el que el movimiento feminista estaba luchando concienzudamente contra las estructuras patriarcales que aún amparan este tipo de violencias. En febrero de 2019, en la Revista universitaria de cultura, la profesora Balaguer había hecho un análisis de la situación del movimiento feminista en España. Dicho análisis describió como este movimiento estaba siendo dibujado como «minoritario [...], mediatizado por una ideología trasnochada, escasamente práctica en la solución de los problemas reales de las mujeres, extremista y enfrentada a los hombres, y arrinconada»²⁶; y, lo que, es más, compuesto por «mujeres fracasadas en su feminidad, y que han encontrado en esta militancia un modo de vida»²⁷. La profesora, luego magistrada,

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «El feminismo de hoy», *Revista universitaria de cultura*, núm. 22, 2019, pp. 140-143, p. 141.

²⁷ *Ibidem*.

indicaba como el Derecho, en este caso a través de la actividad legislativa a favor de los derechos de las mujeres, había logrado «sitúa[r] a la mujer en un relativo equilibrio de género en las instituciones de representación»²⁸.

Su análisis hacía referencia al factor internacional, en el que estaban teniendo lugar protestas específicamente «referidas (..) al acoso sexual en el trabajo y la discriminación laboral de las mujeres en función de su edad o aspecto físico en el cine y el arte»²⁹; una cuestión que de alguna manera parece también presente en el caso. La profesora analizaba como este dibujo estaba muy alejado de la realidad, pues el movimiento feminista estaba siendo aceptado en «sus supuestos metodológicos y su acción colectiva, como una cuestión de justicia social, de manera equivalente a otras conquistas sociales»³⁰, «universalizando sus reivindicaciones», «uniendo a todos los feminismos en una acción común, la de mantener una agenda social de mínimos, con independencia de las diferencias ideológicas»³¹, lo que ya se mostraba «de manera casi espontánea en movilizaciones masivas posteriores en torno a las violaciones o violencia de género, en meses sucesivos, exigiendo cambios legislativos en las normas penales»³².

Paradójicamente, en opinión de algunos autores, el avance de las mujeres en muchos ámbitos sociales (como los profesionales) ha tenido un coste enorme para las mujeres; no solo porque en muchos casos tengan que simultanear su papel tradicional en la familia con su nuevo papel en el mundo laboral, sino porque su emancipación laboral, económica y sexual, las han hecho nuevamente víctimas de la violencia. Como se ha señalado, la adquisición de derechos por parte de las mujeres podría haber venido acompañada de un agravamiento de la violencia contra las mujeres (al menos esa es una impresión que existe entre algunos sectores en los países desarrollados)³³, porque un sector de la población se estaría resistiendo a perder su estatus de predominio y dominación, reaccionado con extrema violencia frente a la pérdida de sus prerrogativas tradicionales³⁴.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem.*, p. 142.

³⁰ *Ibidem.*, p. 143.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ Sin embargo, hay que tratar esta afirmación con precaución porque bien podría tratarse de una mayor alarma social ante estos hechos, que incluso parece ser más denunciados.

³⁴ CASTRESANA, C. «Derechos fundamentales de la mujer y violencia de género». En: ARANDA V., y MONTAÑO, S. *Reformas constitucionales y equidad de género: informe final seminario internacional*, CEPAL, 2006, pp. 207-211, p. 209.

En cualquier caso, como señaló el Comité de la Convención contra toda forma de Discriminación hacia la Mujer³⁵, esta violencia que padecen las mujeres en este contexto patriarcal no supone únicamente ataques a su derecho a la vida, a la libertad o a la integridad física o moral, sino que, el hostigamiento de carácter sexual en el trabajo³⁶, tiene como objetivo perpetuar la situación de dominación y, por tanto, deben ser entendidos como verdaderos ataques a la igualdad³⁷. La Recomendación número XIX de 1992 de la Convención constató que el grado de violencia que soportan muchas mujeres, inutiliza la capacidad de transformación de la mayor parte de los derechos que se proclaman, pues de poco les sirven a las mujeres que sufren dicha violencia derechos tan importantes con la educación o la salud, si no se garantiza previamente su derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física y psíquica. Aunque todos los derechos son igualmente importantes, el Comité proclamó así, la equiparación de violencia y discriminación, considerando que las situaciones de violencia contra las mujeres son per se, esencialmente, situaciones de discriminación³⁸.

La Recomendación XIX de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer relaciona los derechos de este tratado con aquellos reconocidos en otros convenios. Así, el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 impone a los Estados un doble deber respecto de los derechos humanos: el de respetarlos y el de asegurarlos. Siguiendo esta obligación, a partir de 1992, el Comité de la Convención recuerda a los Estados parte que estos deben responder tanto por la violencia del Estado, como por la ejercida por los particulares, ya que es su deber evitar ambas. Si el Estado no consigue evitar la violación, es su deber

³⁵ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que está formado por veintitrés expertos independientes en los derechos de la mujer de todo el mundo, es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Los Estados parte de la Convención (aquellos que han ratificado el tratado) deben presentar informes periódicos al Comité sobre cómo se están aplicando los derechos de la Convención. El Comité examina el informe de cada Estado parte y le hace llegar sus preocupaciones y recomendaciones en forma de observaciones finales.

³⁶ En su recomendación XIX, el Comité señalaba algunos de los principales ataques que llevan implícita una forma de perpetuación de dominación de la mujer. Estos son la violencia familiar; los matrimonios forzados; los ataques a las mujeres por dote insuficiente en las sociedades tradicionales, los ataques con ácidos, la circuncisión femenina, la ablación del clítoris, la prostitución forzada, el turismo sexual, las violaciones sistemáticas de la vida, la libertad, la integridad sexual, física y moral de las mujeres en los conflictos armados, el hostigamiento de carácter sexual en el trabajo y la preferencia de los varones respecto de la natalidad y la subordinación sistemática de las mujeres de las áreas rurales. La violencia de género el entorno familiar, laboral y social, en los conflictos armados y la explotación y tráfico de mujeres se trata de un fenómeno creciente. CASTRESANA, C. «*Derechos fundamentales de la mujer y violencia de género*». EN: ARANDA V., y MONTAÑO, S. *Reformas constitucionales y equidad de género: informe final seminario internacional*, CEPAL, 2006, pp. 207-211, p. 209.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 208.

castigar al victimario, para evitar la reiteración de las conductas, y procurar la reparación de las víctimas³⁹, y este es – a nuestro juicio – el verdadero sentido del voto particular de la magistrada, que aun minoritario muestra el camino a seguir para impedir que estas conductas queden impunes.

4.3 La magistrada Balaguer contra el acoso sexual en el ámbito laboral.

La jurista Balaguer no ha sido ajena a la problemática del acoso sexual en el ámbito laboral, tanto en su faceta como magistrada como a lo largo de su trayectoria investigadora. De hecho, trabajó en este tema en un artículo de la Revista de Derecho Constitucional Europeo del año 2004, a propósito de la última normativa europea en la materia, en el que defendía como a menudo la legislación europea precedía y motivaba la actividad legislativa nacional (no solo la española, sino también la de otros Estados miembros)⁴⁰, que venía precedida –a su vez– de la propia jurisprudencia del TJCE, que había venido fijando una serie de criterios acerca de la igualdad compensatoria y otros aspectos relacionados con la igualdad de género⁴¹. De hecho, uno de los aspectos más destacados de la regulación de la Directiva 2002/73/CE (y que respondía a una reivindicación de las asociaciones y colectivos feministas existentes en los Estados miembros, tras la trascendente Cumbre de Pekín de 1995⁴²) fue su apuesta por la transversalidad, señalada expresamente en su artículo 1 apartado bis referida a las políticas y las actividades públicas^{43 44}.

Aquella Directiva, sobre la que tuvo la oportunidad de manifestarse nuestro Tribunal Constitucional a raíz de otro recurso de amparo⁴⁵, afrontaba un problema cuya regulación no podía esperar mucho más en el Derecho laboral

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», *ReDCE*, núm. 1, 2004, pp. 383-390, p. 383.

⁴¹ MONTILLA MARTOS, J. A. «Comentario a la Directiva 2002/73/CE», *Revista Artículo 14*. En: BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 383

⁴² BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 385.

⁴³ El artículo 1 bis establece: «los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1».

⁴⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 385.

⁴⁵ La STC 162/2016, referido al «butforbest», o criterio del factor distintivo único es muy revelador en relación con la prueba de no discriminación, estimando un recurso de amparo con remisión a la STJUE en el asunto Sarkatzis c. Imسالud resolviendo que el derecho nacional no puede ser contrario a la Directiva 2002/73/UE. BALAGUER CALLEJÓN, M. L.; BIGLINO CAMPOS, P.; FIGUERUELO BURRIEZA, A.; FREIXES SAN-

(y que se había visto empujada tanto por la jurisprudencia del TJCE, como por la del Tribunal Constitucional y, posteriormente, la ordinaria)⁴⁶ la del acoso y específicamente el acoso sexual en el trabajo⁴⁷.

En aquel momento, aunque no existía en nuestro ordenamiento jurídico un precepto específico que recogiera esta figura, la construcción jurisprudencial en el ámbito constitucional se articuló a partir del artículo 14 de la Constitución. Por su parte, la jurisprudencia ordinaria la subsumió en los artículos 175 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, e incluso en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito social⁴⁸.

El acoso se definió en la Directiva como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno humillante u ofensivo»; mientras que el acoso sexual «como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»⁴⁹. El art. 3 señalaba como objeto de la protección laboral, la obligación de respetar la igualdad en el acceso al mercado laboral⁵⁰.

Aquella contribución a la revista no fue sino una más de las innumerables aportaciones de nuestra profesora, aquí homenajeadas, en su incansable lucha por la igualdad entre mujeres y hombres. El voto particular aquí analizado constituye una muestra de su perspicacia, valentía y clarividencia jurídica, orientadas a superar, de una vez por todas, un ordenamiento jurídico y una realidad que, en demasiadas ocasiones, siguen siendo profundamente patriarcales.

JUÁN, T.; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.; REY MARTÍNEZ, F., y SALAZAR BENÍTEZ, O «Encuesta sobre la igualdad entre hombres y mujeres», *Teoría y realidad constitucional*, 2019, núm. 43, pp. 15-99, p. 64.

⁴⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 389.

⁴⁷ Define el acoso como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno humillante u ofensivo». Y el acoso sexual «como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

⁴⁸ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 385.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 386.

LA ATRIBUCIÓN DEL APELLIDO COMO FACTOR DE IGUALDAD: ANÁLISIS COMPARADO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL ENTRE ESPAÑA E ITALIA

GIACOMO PALOMBINO

Investigador García-Pelayo en el Centro de Estudios
Políticos y Constitucionales

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El panorama europeo y el modelo español de transmisión de los apellidos. 3. El derecho al nombre y la transmisión del apellido en el ordenamiento jurídico italiano. 4. Una reconstrucción de la jurisprudencia constitucional y europea sobre la atribución de apellidos. 5. En particular, la sentencia núm. 131 de 2022 y el proyecto de ley sobre «Disposiciones relativas a la atribución de apellidos a los hijos». 6. La identidad de los hijos entre la voluntad paterna y los automatismos legislativos: una comparación entre Italia y España. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la igualdad desde una perspectiva jurídica ocupa siempre más espacios, sobre todo en función del desarrollo social, económico y tecnológico que caracteriza la sociedad contemporánea. Un tema «clásico», podría definirse, que, sin embargo, se coloca en ámbitos siempre distintos, pidiendo ser declinado también con referencia a retos, por así decirlo, modernos o innovadores. Quizás, también esto puede considerarse un resultado del pluralismo y, más en general, de los principios que gobiernan los sistemas democráticos, donde al final, de alguna manera, las respuestas residen, casi siempre, en el principio de igualdad (o, mejor dicho, en la correcta actuación de su significado).

Dicho esto, el presente capítulo quiere abordar, al revés, un tema clásico en todos sus elementos; es más, un tema que en cierto sentido podría casi definirse antiguo y que, sin embargo, a pesar de su antigüedad, ha seguido desarrollándose, sobre todo en algunos sistemas jurídicos, de manera totalmente contraria al concepto mismo de igualdad. Nos referimos a las reglas de atribución del apellido, que a nivel de derecho comparado permiten encontrar criterios extremadamente distintos, y que, aun así, casi siempre presentan, o han presentado hasta tiempos recientes, factores de evidente desigualdad entre mujeres y hombres¹. En este sentido, es bien sabido que las reglas que definen la atribución del apellido se han caracterizado, tradicionalmente, por una clara inclinación patriarcal, poniendo de relieve el apellido paterno en perjuicio del materno.

Ahora bien, sobre la base de esta premisa, este trabajo quiere ofrecer una comparación entre dos sistemas, muy distintos, que son el italiano y el español. Un análisis de este tipo parece ofrecer importantes reflexiones, considerando que ambos sistemas, aunque de manera distinta, han vivido formas de discriminación hacia la figura materna justo en función de los modelos legislativos de atribución del apellido. Aun así, el sistema español se ha tradicionalmente caracterizado por un sistema fundado en la transmisión de ambos apellidos (aunque originariamente el primero fuera siempre el del padre), mientras que en Italia el apellido de la madre ha sido siempre ocultado, desapareciendo frente a la prevalencia del apellido paterno. Esto hasta una reciente decisión de la Corte constitucional, que inspira la reflexión de estas páginas.

2. EL PANORAMA EUROPEO Y EL MODELO ESPAÑOL DE TRANSMISIÓN DE LOS APELLIDOS.

En cuanto a los modelos de transmisión de apellidos, el panorama europeo es muy variado. Hay, por supuesto, evoluciones en cada ordenamiento jurídico que han llevado a la configuración de los modelos actuales, pero existe una tendencia general a reconocer mecanismos que, de acuerdo con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia supranacional², permiten es-

¹ Es por eso que el tema se ha considerado adecuado para este homenaje a la Profesora Maria Luisa Balaguer Callejón, cuya producción científica es una referencia imprescindible en estos temas. Entre otros, v. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005; ID, *El feminismo del siglo XXI*, Huso, Madrid, 2021; ID, *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2010.

² BASSU, C., *Il diritto all'identità anagrafica*, Napoli, 2021, 43 ss.; Honorati, C. (ed.), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, 2010; Fabbriotti, A., «La trasmissione del cognome materno secondo il diritto internazionale in materia di diritti umani», en Id. (coord.), *Il diritto al cog-*

tablecer una conformación de apellidos que respete la igualdad de género³. En Francia, por ejemplo, los padres son libres de elegir qué apellido desean atribuir o, si deciden atribuir ambos, pueden establecer el orden; en Alemania, la pareja puede identificar *ab origine* un apellido familiar para transferirlo posteriormente a sus hijos, o puede decidir qué apellido de ambos padres atribuir; en Inglaterra, la libertad en esta materia es tan amplia que los padres no sólo pueden transmitir indistintamente sus dos apellidos, sino que incluso pueden optar por atribuir un apellido distinto de los propios.

Sin perjuicio de que, entre otros, todos estos modelos, con sus peculiaridades y criticidades, merecen ser estudiados en profundidad, se considera de especial interés la legislación española. Esta última, en efecto, es la que tradicionalmente (o en todo caso desde épocas anteriores) se ha caracterizado por reconocer los apellidos de ambos padres con igual dignidad y relevancia en el momento de su transmisión a los hijos. El mecanismo de atribución de ambos apellidos, de hecho, comenzó a arraigar en España ya en el siglo XVI, especialmente entre las clases aristocráticas, para consolidarse de forma más general en el siglo XIX. Fundado inicialmente sobre una base jurídica de carácter puramente administrativo, este sistema se convirtió luego en obligatorio por ley con la entrada en vigor del primer Código Civil en 1889⁴.

Debe señalarse, sin embargo, que el origen de la transmisión obligatoria de ambos apellidos nada tiene que ver, si no indirectamente, con los perfiles antes mencionados, es decir, la igualdad entre los padres y el respeto de la identidad personal de los hijos. El doble apellido, en efecto, responde, en la cultura jurídica española, a una necesidad de certeza, en la medida en que, al distinguir la identidad de un sujeto a través de los apellidos de ambos padres, hace más reconocible al individuo (especialmente en el ámbito de su vida relacional, con todo lo que ello conlleva).

nome materno, cit., pp. 55-82 y p. 62 ss. En general, cfr. AMIRANTE, D., PEPE, V. (coord.), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Torino, 2011; POZZO, B., «Comparative Law and Language», en BUSSANI, M., MATTEI, U. (Eds.), *Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, 2012, pp. 86-111; Rinella, A., Cardinale, V., «Multiculturalismo e Costituzioni», en Pfoestl, E. (cur.), *Multiculturalismo e democrazia*, Roma, pp. 127-350.

³ BYRNES, A., *The Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, en Hellum, A., y Aasen, H. S. (Eds.), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge, 2013, 27-61; Teruel Lozano, G. M., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el reconocimiento del nombre en el espacio europeo», *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011, pp. 177-223.

⁴ Cfr. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., y GARCÍA RUBIO, M.P., «El nombre de las personas físicas», en Gete-Alonso Calera, M.C. (dir.) y Solé Resina, J. (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo I, Cizur Menor, 2013, pp. 469-521; Barber Cárcamo, R., «Apellidos y Registro Civil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2010, pp. 579-587; Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «El nombre y los apellidos», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2014, pp. 37-40.

En cualquier caso, al margen de las razones que inspiran su contenido, la disciplina en cuestión, aun siendo anterior a la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), es plenamente compatible con el artículo 32 CE, que establece que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», fórmula que recuerda en parte el artículo 29 de la Constitución italiana. Por otra parte, no puede dejar de señalarse cómo, en diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional, interpelado mediante recurso de amparo, ha situado los mecanismos relativos a la regulación de la atribución del apellido dentro de la dimensión de las garantías constitucionales, considerando el derecho al nombre (que en la Constitución española no encuentra referencia expresa) como un verdadero derecho fundamental de la persona. Y ello, principalmente, sobre la base de tres parámetros: el artículo 10.1 CE, en particular con referencia a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad; el artículo 18.1 donde se ha declarado que «el derecho a la propia imagen [...] forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre»; y el artículo 39 CE, en cuanto a la protección de la familia en general y de los hijos en particular, especialmente en lo que se refiere al principio del interés superior del menor.

Sin embargo, a pesar de una configuración que desde hace tiempo se ajusta parcialmente a los desarrollos anteriormente relatados a nivel europeo e internacional (así como al cambiante sentir social), la legislación española también ha sido modificada en varias ocasiones con el fin de crear un modelo de transmisión de apellidos plenamente conforme con la igualdad entre hombres y mujeres. Eso sí, estas modificaciones nunca han afectado a la transmisión obligatoria de dos apellidos⁵.

Esto último representa un hecho importante en el contexto de este estudio, es decir, la legislación española en la materia, a pesar de la sucesión de innovaciones, ha conservado siempre un automatismo: la transmisión obligatoria de dos apellidos, uno que vincula al individuo con su línea paterna y otro que le remonta a su línea materna. Por lo tanto, cabe añadir que, aunque concebida en principio a la luz de una necesidad de certidumbre, la conservación de la transmisión automática de dos apellidos (incluso frente a la tendencia en

⁵ GARCÍA VARELA, R., «Artículo 109», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil* (vol. 2), Barcelona, 2006; Quicios Molina, M. S., «Artículo 109», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (cur.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Cizur Menor, 2021; Rivero Hernández, F., «Artículo 109», en Paz-Ares, C., Bercovitz Rodríguez-Cano, R.; Díez-Picazo, L., y Salvador, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1993.

Europa a favorecer una mayor libertad de los padres, que a veces están legitimados para acordar la transmisión de un único apellido) representa actualmente la expresión de una voluntad legislativa destinada a promover el principio de igualdad (y, en cierto sentido, el derecho a la identidad personal). En otras palabras, el hecho de que el ordenamiento jurídico español nunca haya renunciado a este automatismo es un síntoma de la pertenencia cultural a un sentimiento de igualdad que hoy encuentra inspiración en la Constitución de 1978, así como en los instrumentos internacionales ya referidos y de los que España también forma parte.

Y es precisamente en este sentido, entre otras cosas, que también se ha revisado la legislación española para corregir los mecanismos que, aún en presencia de la obligatoriedad de la transmisión de ambos apellidos, seguían dando prevalencia al paterno. En efecto, hasta finales de los años noventa, tanto el Código Civil español como la Ley del Registro Civil establecían la regla general de que el orden de inscripción de los apellidos debía tener lugar con prevalencia del apellido paterno sobre el materno. La Ley núm. 40 de 1999 intervino precisamente para remediar lo que el propio legislador consideraba una situación discriminatoria, tanto con respecto a la Constitución española como a la evolución a nivel internacional y supranacional. Más concretamente, la Ley modificó el artículo 109 del Código Civil, que ahora establece que, si el hijo es reconocido por ambos progenitores, son ellos quienes deciden de mutuo acuerdo el orden en que debe transmitirse su primer apellido. El precepto también especifica que, al no ejercitarse esta opción, se estará a lo que disponga la ley. Y es precisamente en el Reglamento del Registro Civil, ley a la que se remite el Código, donde han surgido con el tiempo otras cuestiones críticas. En concreto, el artículo 194 del Real Decreto 193 de 2000 completó el Reglamento estableciendo que, frente a la falta de acuerdo entre los padres sobre el orden de los apellidos, deberá inscribirse en primer lugar el apellido del padre.

Es evidente que el caso español difiere de otras jurisdicciones en muchos aspectos: en España siempre se ha previsto la atribución de dos apellidos y ya en 1999 se introdujo la posibilidad de establecer su orden. Ello no quita, sin embargo, que el automatismo de transferir primero el paterno a falta de acuerdo entre los padres fuera en todo caso síntoma de una herencia patriarcal hoy incompatible con los usos de la sociedad moderna. Esta fue, de hecho, la orientación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la sentencia *León Madrid c. España* de 2021 sostuvo que las normas de la Ley del Registro Civil eran incompatibles con la prohibición del artículo 14 del CEDH.

La sentencia del Tribunal de Estrasburgo, sin embargo, reconoce una novedad en el ordenamiento jurídico español que ya en 2011 permitía superar este

automatismo, pero de la que la demandante, en el momento del procedimiento judicial interno, no había podido beneficiarse. Se trata de la Ley del Registro civil núm. 20 de 2011, que, en su artículo 49, dispuso que, a falta de acuerdo entre los progenitores sobre el orden de los apellidos en el momento de la inscripción en el registro y transcurrido un plazo máximo de tres días, es el encargado del registro civil quien debe decidir el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. Este es quizás el único punto débil de la legislación española, ya que no queda claro cómo el funcionario administrativo identificado, salvo en algunos casos concretos, puede decidir cuál es el apellido que más conviene al menor (mientras que la Corte Constitucional italiana, en la sentencia núm. 131, como se verá más adelante, establece que cualquier desacuerdo sólo puede ser superado por el juez, estableciendo así también un proceso contradictorio entre los padres que no está previsto en la ley española)⁶.

Sin embargo, salvo este último aspecto, la legislación española, tal y como resulta de la lectura conjunta del Código civil y de la vigente Ley del Registro civil, puede considerarse un modelo absolutamente virtuoso: si ambos padres lo reconocen, se transmiten dos apellidos, uno atribuible al padre y otro a la madre; los padres establecen, de mutuo acuerdo, el orden de los apellidos (salvo, como ya se ha señalado, que no lo comuniquen en el plazo de tres días desde la inscripción en el registro y, en su caso, decidirá el encargado del registro civil); una vez establecido un orden para el primer hijo, el mismo debe mantenerse para los siguientes; alcanzada la mayoría de edad, el individuo puede decidir cambiar el orden de sus apellidos⁷.

3. EL DERECHO AL NOMBRE Y LA TRANSMISIÓN DEL APELLIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO.

Con la sentencia núm. 131 de 2022, la Corte Constitucional italiana retomó una cuestión que, desde hace unos treinta años, ha sido sometida repetida-

⁶ SALAS CARCELLER, A., «El interés del menor y el orden de los apellidos. Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 diciembre 2020, Rec. Amparo 6318/2017», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2021, 174; SERRANO-FERNÁNDEZ, M., «Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 2001, pp. 687-733; TORRELLES TORREA, E., «La elección del orden en los apellidos por parte de los progenitores y los criterios de determinación a falta de acuerdo en la Ley de Registro Civil 2011», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2016, 753, pp. 185-222.

⁷ CORERA IZU, M., «El nombre y los apellidos en la «nueva» ley registral», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2018, pp. 229-245; IGLESIA MONJE, M. I. de la, «El interés superior del menor y el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2017, pp. 1433-1448.

mente a su revisión. Nos referimos a las dudas de legitimidad constitucional relativas a los automatismos previstos por el ordenamiento jurídico italiano en materia de atribución de apellidos a los hijos, así como a los impedimentos normativos frente a la transmisión a los hijos únicamente del apellido materno. Como es bien sabido, en efecto, el Código Civil, en línea con la visión del *pater familias*, establece la prevalencia del apellido paterno, que, incluso en presencia del reconocimiento por parte de ambos padres, se atribuye automática y exclusivamente al hijo.

En estos términos, los principios constitucionales cuyo respeto puede menoscabar una disciplina de este tipo saltan inmediatamente a la vista. En efecto, una vez enmarcada la cuestión en el ámbito de las relaciones familiares y, por tanto, de la igualdad «moral y jurídica» de los cónyuges prevista en el artículo 29 de la Constitución⁸, se desprende que las disposiciones del Código Civil relativas a la transmisión de los apellidos plantean problemas críticos porque pueden configurar una situación incompatible con el principio de igualdad formal en virtud del apartado 1 del artículo 3 de la Constitución⁹. De hecho, la Corte Constitucional, que en el pasado ya había aceptado esta interpretación excluyendo la posibilidad de intervenir mediante una declaración de inconstitucionalidad (por considerarla una opción de política legislativa), ha declarado en la sentencia en cuestión que las disposiciones del Código civil italiano son inconstitucionales porque establecen la prevalencia del apellido paterno, creando así una situación discriminatoria en detrimento de la figura materna.

Además, en línea con un perfil interpretativo que ya había surgido en la jurisprudencia constitucional, la Corte argumenta su decisión sobre la base de un elemento adicional, en todo caso conectado con el que se deriva del artículo 3 de la Constitución, y que los Jueces enmarcan en el ámbito del artículo 2 de la Constitución, es decir, el derecho a la identidad personal del individuo¹⁰. En particular, la Corte Constitucional considera que la atribución automática únicamente del apellido paterno, en caso de reconocimiento por ambos padres, causa un perjuicio a la situación del menor en cuanto al respeto del derecho a

⁸ BERGONZINI, C., «Art. 29», en Bartole, S.-Bin, R., (dirs.), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

⁹ Entre otros, DOGLIANI, M., y GIORGI, C., *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma, 2017; D'Aloia, A., «Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio sconfinato», *Rivista AIC*, 4, 2021; AA.VV., *Atti del XXXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Eguaglianza e discriminazioni nell'epoca contemporanea*, Università degli Studi di Bergamo, 15-16 novembre 2019; Florenzano, D.-Borgonovo Re, D.-Cortese, F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza: un'introduzione*, Torino, 2011.

¹⁰ BARBERA, A., «Commento all'art. 2, en Commentario della Costituzione», en AA.VV., *Articolo 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 50-119; Fioravanti, M., *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma, 2018.

la identidad personal. Éste se vería perjudicado en la medida en que sólo la co-presencia de ambos apellidos, que representan el diseño más complejo de la genealogía de la persona, garantizaría su plena afirmación. Por tanto, afirma la Corte, a falta de acuerdo entre los padres, cuyo derecho a decidir sobre la atribución de uno solo de sus apellidos subsiste en todo caso, a los hijos deben atribuirse ambos (sin perjuicio del derecho a establecer el orden o a recurrir a los tribunales si no hay acuerdo también sobre este aspecto).

Para reflexionar sobre los argumentos de la jurisprudencia constitucional y, por tanto, sobre el modelo normativo que, de hecho, sugiere al legislador, cuya intervención en la materia se está esperando, conviene reconstruir los datos que el ordenamiento jurídico italiano ofrece en relación con el derecho al nombre y los mecanismos de atribución del apellido. Y ello partiendo de una consideración preliminar, que las normas internas parecen marcar una fuerte frontera entre estos dos aspectos, en aparente contradicción, por tanto, con lo que en principio se ha señalado anteriormente: el vínculo entre el derecho al nombre y la transmisión del apellido sobre la base del respeto de la identidad personal. Desde esta perspectiva, es necesario avanzar en una línea interpretativa marcada por una lectura combinada de las disposiciones constitucionales y del Código Civil.

En particular, esto es necesario porque las indicaciones expresas del texto constitucional en relación con el nombre (o la posibilidad de referirse a él en términos de derechos) se reducen a una única disposición, el artículo 22 de la Constitución, que establece que «nadie podrá ser privado, por razones políticas, de la capacidad jurídica, de la ciudadanía» y, precisamente, «del nombre». Se trata de una referencia aparentemente exigua, pero que en realidad contiene indicaciones significativas, empezando por la combinación de los tres bienes a los que se refiere el artículo, en la misma clave de lectura que ya ofrece la Convención sobre los Derechos del Niño: la capacidad jurídica y la ciudadanía, leídas junto con el nombre, conforman la esfera de la identidad, dibujando así la dimensión de la persona como sujeto de derecho, en línea con lo que también se afirma a nivel internacional.

Precisamente sobre la base de tal planteamiento puede interceptarse el fuerte vínculo existente entre el artículo 22 y el artículo 2 de la Constitución, en todas las dimensiones que caracterizan a este último: la garantía de los derechos fundamentales, la promoción del principio de solidaridad y, en definitiva, el principio personalista. El nombre, en efecto, como signo distintivo de la persona, que la hace identificable, le permite tanto participar en la vida relacional como tomar parte en las «formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad». El ejercicio mismo de los derechos, en efecto, presupone una

recognoscibilidad del sujeto que no puede prescindir del nombre, sino que le es confiada en primer lugar. Es precisamente en estos términos que la Corte Constitucional ha desarrollado sus orientaciones sobre la dimensión jurídica de este último, especialmente en la jurisprudencia sobre el respeto de la vida privada y, por tanto, a la luz de la lectura combinada de los artículos 2 y 21 de la Constitución ¹¹.

En el ordenamiento jurídico italiano, sin embargo, se puede encontrar una referencia normativa que, permitiendo reflexionar literalmente sobre el nombre en términos de derechos, parece situarse en una relación de complementariedad con el artículo 22 de la Constitución. Se trata del artículo 6 del Código Civil italiano, que establece que «toda persona tiene derecho al nombre que le atribuye la ley», donde por nombre debe entenderse, señala el párrafo segundo del mismo artículo, la combinación de nombre y apellido. En efecto, de la lectura combinada del artículo 22 de la Constitución italiana ¹² y del artículo 6 del Código civil italiano se desprenden los elementos útiles para definir el contenido del derecho al nombre. Este último, independientemente de la perspectiva desde la que se mire, coincide con el interés general en que toda persona sea identificable ¹³.

Por lo tanto, incluso sobre la base de las normas establecidas por el derecho interno, se puede afirmar que el derecho a la identidad personal tiene indudablemente un vínculo con el derecho al nombre; de hecho, no cabe duda de que, entre las dos situaciones subjetivas, incluso tal como las enuclea la jurisprudencia, existe una verdadera coincidencia. El nombre, de hecho, es el dato personal que, ante todo, contribuye a definir y describir la identidad de un individuo, como también ha afirmado la Corte Constitucional. Sin embargo, no es seguro que los mecanismos que regulan la atribución del apellido puedan leerse también en estos términos. Tanto el artículo 22 de la Constitución como el artículo 6 del Código Civil, efectivamente, definen el derecho al nombre en una dimensión que nada tiene que ver, sustancialmente, con la formación del

¹¹ Pardolesi, R. (coord.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, vol. II, Milano, 2003; Palmieri, A., «Trattamenti dei dati personali e giornalismo: alla ricerca di un equilibrio stabile», in Pardolesi, R. (coord.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., pp. 337-373; Pino, G., «Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale», *Danno e responsabilità*, núm. 6, 2003, pp. 577-586; Posner, R., «Privacy as Secrecy», en *Id.*, *The Economics of Justice*, Cambridge-London, 1983.

¹² *Cit.* CUNIBERTI, M., «Art. 22», en Bartole, S.-Bin, R. (dirs), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

¹³ PINO, G., *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, cit.; Bavetta, G., «Identità (diritto di)», cit.; Alpa, G.-Bessone, y M.-Boneschi, L. (coord.), *Il diritto alla identità personale*, cit.; Giacobbe, G., *Il diritto all'identità personale di gruppi organizzati: riflessioni sulla elaborazione giurisprudenziale*, cit., pp. 110-118.

nombre mismo (es decir, con las reglas que establecen qué nombre o qué apellido puede o debe atribuirse, en concreto, a un sujeto), consideración que deriva de dos datos complementarios: el artículo 22 de la Constitución se refiere a la posible privación del nombre, no a su adquisición; el artículo 6 del Código Civil, en cambio, precisa que el nombre, que es un elemento fundamental de la identidad de una persona, debe atribuirse a una persona, no a su apellido, por otro lado, se especifica que el nombre, al que tiene derecho toda persona, es el que le atribuye la ley. Por este motivo, la Corte Constitucional ha sostenido en el pasado que «el objeto del derecho a la identidad personal de la persona, desde el punto de vista del derecho al nombre, no es la elección del nombre, sino el «nombre atribuido por la ley», como sostiene el artículo 22 de la Constitución en relación con el artículo 6 del Código Civil».

En otras palabras, y razonando siempre a través del prisma de la identidad personal, el contenido del derecho al nombre, tal como lo construye el ordenamiento jurídico italiano, no se refiere a su configuración o composición concretas, sino a su adquisición y conservación, también en términos de mantenimiento de su integridad a lo largo de la vida del individuo. Por este motivo, los artículos 7, 8 y 9 (y, en cierto sentido, también el artículo 10) del Código Civil se refieren precisamente a la protección del derecho al nombre (incluso indirectamente, como en el caso del seudónimo)¹⁴. El Código, en particular, pretende evitar cualquier perjuicio que pueda derivarse del uso indebido del nombre de otra persona, en detrimento de su titular o, en ciertos casos, de un miembro de su familia¹⁵.

Así pues, los criterios a los que se refiere el artículo 6 del Código Civil quedan, en cierto modo, fuera del ámbito del derecho al nombre, o más bien entran dentro de él en la medida en que debe garantizarse su respeto; en otras palabras, el derecho al nombre no podría considerarse protegido si se configurara o compusiera a partir de mecanismos distintos de los previstos por la ley. Dentro de estos últimos, hay que incluir tres actos normativos distintos, que deben leerse conjuntamente: el Código Civil, por supuesto, el Real Decreto

¹⁴ BRECCIA, U., «Art. 6-9», en Pizzorusso, A.-Romboli, R.-Breccia, U.-De Vita, A. (coord.), *Persone fisiche*, Bologna-Roma, 1988; Zeno Zencovich, V., «Onore, reputazione e identità personale», en Alpa, G.-Bessone, M. (coord.), *La responsabilità civile*, vol. III, Torino, 1987; Cataudella, A., *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972; Ferri, G.B., «Reputazione e diritto civile: tre sentenze variamente «esemplari»», in *Id.*, *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, 155-171; Savorani, G., *La notorietà della persona da interesse protetto a bene giuridico*, Padova, 2000.

¹⁵ CLEMENTE, M., «La tutela inibitoria del nome e del simbolo del “vecchio PCI”», *DInf*, 1991, p. 868; COSTI, R., *Il nome della società*, Padova, 1964; FUSARO, A., «Nome e identità personale degli enti collettivi. Dal «diritto» all'identità uti singuli al «diritto» all'identità uti universi», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, pp. 51-72; MACIOCE, F., *Profili del diritto al nome civile e commerciale*, Padova, 1984.

núm. 1238, de 9 de julio de 1939, sobre el Ordenamiento del Registro Civil, y el Decreto Presidencial núm. 396, de 3 de noviembre de 2000, para la revisión y simplificación del ordenamiento del Registro Civil. La regulación de la atribución del apellido que resulta de la lectura conjunta de estas tres referencias legislativas es precisamente la que ha sido objeto, a lo largo de los años, de las intervenciones de la Corte Constitucional ¹⁶.

De manera muy general, el motivo de los recursos ha sido, hace tiempo, que el ordenamiento italiano del Registro Civil se ha inspirado en una concepción patriarcal de la familia, partiendo del hecho de que, según el artículo 143 bis del Código Civil, «la mujer añade a su propio apellido el apellido del marido». Tradicionalmente, la idea del legislador ha sido que el apellido del marido, tras el matrimonio, debe adquirir la categoría de apellido familiar, razón por la cual debe considerarse prevalente sobre el apellido de la madre cuando se transmite a los hijos. Y, de hecho, ya se trate de hijos naturales o adoptivos, en presencia de matrimonio y reconocimiento contextual o adopción, el apellido cuya atribución automática y exclusiva permite la ley es siempre el paterno.

4. UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y EUROPEA SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE APELLIDOS

Como ya se ha mencionado, la Corte Constitucional italiana ha tenido que intervenir en varias ocasiones para poner remedio a una disciplina que durante mucho tiempo se había considerado incompatible con la evolución de la sociedad y sus costumbres ¹⁷. La sentencia núm. 131 de 2022, de hecho, no es más que el último capítulo de una trayectoria jurisprudencial que ha dado sus primeros pasos desde los años ochenta. Más concretamente, dos ordenanzas –la núm. 176 y la núm. 586– de la Corte Constitucional italiana se remontan a 1988 y se refieren a la legitimidad del sistema del estado civil precisamente en lo que se refiere a las normas sobre los mecanismos de transmisión del apellido. En ambas ordenanzas, la Corte Constitucional descartó la posibilidad de revisar las disposiciones impugnadas sobre la base del mismo argumento, es decir, amparándose en la

¹⁶ CICERO, C., «Il diritto al cognome materno», *Diritto di Famiglia e delle Persone*, núm. 1, 2018, pp. 245-258; ANGELIS, M. de, «L'automatica attribuzione del cognome paterno al vaglio della Consulta», *Famiglia. Il Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, 25 gennaio 2021.

¹⁷ PAZÉ, E., «La trasmissione del cognome paterno ai figli: ultimo vestigio del padre capofamiglia», *MinoriGiustizia*, 2014, pp. 193 ss.; STEFANELLI, S., «Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma», *Famiglia e Diritto*, 2014, pp. 221 ss.

configuración de la cuestión como una opción de política legislativa¹⁸. Sin embargo, en un examen más detenido, tanto en las alegaciones de los demandantes como en las de la Corte, ya se identificaban los perfiles de la duda de legitimidad que entonces se reproponían, es decir, el respeto de la identidad personal y de la igualdad entre los cónyuges.

En relación con el primer perfil, el Auto núm. 176, como ya se ha mencionado, declaró que «el objeto del derecho a la identidad personal del individuo, desde el punto de vista del derecho al nombre, no es la elección del nombre, sino el “nombre atribuido por la ley”»; al mismo tiempo, los jueces consideraron que la preservación de la unidad familiar se vería menoscabada por la falta de una norma destinada a preestablecer la configuración del apellido de los hijos desde el momento del acto constitutivo de la familia. En el Auto núm. 586, por el contrario, la Corte Constitucional, recogiendo en esencia lo ya afirmado con anterioridad, declaró que «el límite derivado de tal norma sobre la igualdad de los cónyuges no contraviene el artículo 29 de la Constitución, ya que utiliza una regla arraigada en la costumbre social como criterio de protección de la unidad de la familia fundada en el matrimonio».

De hecho, en las dos ordenanzas de 1988 no faltaron tímidas referencias a la urgencia de adoptar un modelo de transmisión de apellidos «acorde con la evolución de la conciencia social»; pero en esencia, al considerar que la cuestión examinada era «una cuestión de política y técnica legislativa de la exclusiva competencia del *conditor iuris*», los jueces estimaron que sólo el legislador podía identificar un modelo alternativo de transmisión de apellidos que garantizara la igualdad entre los padres pero evitara un estado de inseguridad jurídica sustancial. Razonando en estos términos, el Tribunal Constitucional declaró la cuestión manifiestamente inadmisibile en ambos casos.

Tenemos que esperar dieciocho años para leer una nueva decisión de la Corte Constitucional sobre este punto, que, en la Sentencia núm. 61 de 2006, llegó a afirmar (apelando también al Art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)¹⁹ que «no puede dejar de constatarse que el actual sistema de atribución de apellidos es herencia de una concepción patriarcal de la familia, que hunde sus raíces en el derecho de familia románico, y de una potestad marital anticuada, que ya no se

¹⁸ PINARDI, R., «La questione è fondata, anzi inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)», *Giur. cost.*, núm. 60, 2015, pp. 2083.

¹⁹ CARFÌ, V., «Il cognome del figlio legittimo al vaglio della Consulta», *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2007, pp. 35 ss.; BUGETTI, M.N., «Attribuzione del cognome ai figli e principi costituzionali: un nuovo intervento della Suprema Corte», *Fam. dir.*, 2008, pp. 1093 ss.; PALICI DI SUNI, E., «Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince», *Giur. cost.*, 2006, pp. 552 ss.

compadece con los principios del ordenamiento jurídico ni con el valor constitucional de la igualdad entre hombres y mujeres»²⁰. A pesar de este planteamiento diferente, la Corte declaró, no obstante, inadmisibile la cuestión, por considerar que la intervención invocada excedía de sus competencias. Como en el pasado, en efecto, los jueces señalaron que ir más allá de las normas vigentes abría múltiples alternativas en cuanto a la modificación del régimen del estado civil; alternativas entre las cuales, precisamente, sólo el responsable político podría haber interceptado la más adecuada para satisfacer todos los aspectos críticos del caso, empezando, por supuesto, por su conformidad con la Ley Fundamental. En el momento de la sentencia, entre otras cosas, como recuerda la misma Corte Constitucional, existían varios proyectos de ley destinados a innovar la materia en cuestión.

Sin embargo, ninguno de estos proyectos llegó al final del proceso legislativo y, en 2014, ante la falta de innovaciones en la materia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una sentencia²¹. Los demandantes consideraban que la imposibilidad de elegir los apellidos de sus hijos constituía una violación del derecho al respeto de la vida privada (artículo 8 del CEDH), de forma aislada y en conjunción con la prohibición de discriminación (artículo 14 del CEDH). Precisamente sobre la base de este segundo parámetro, de hecho, la Corte declaró que la «determinación del apellido de los «hijos legítimos» se hacía únicamente sobre la base de una discriminación basada en el sexo de los padres»; además, los jueces de Estrasburgo precisaron que «la norma según la cual se atribuye el apellido del marido a los ‘hijos legítimos’ puede resultar necesaria en la práctica y no es necesariamente contraria al Convenio», ya que es «la imposibilidad de derogarla en el momento de la inscripción de los recién nacidos en los registros del estado civil» lo que resulta «excesivamente rígido y discriminatorio para las mujeres».

Aún a la espera del legislador, la Corte Constitucional italiana volvió a pronunciarse sobre la cuestión en 2016, con la sentencia núm. 286. En este caso, la Corte declaró que excluir la posibilidad de atribuir a los hijos también

²⁰ FABBRICOTTI, A., «La rilevanza della convenzione delle nazioni unite contro la discriminazione verso le donne (CEDAW) nella giurisprudenza degli stati contraenti. Un commento a margine della recente pronuncia della consulta in tema di trasmissione del cognome ai figli», *Rivista AIC*, núm. 2, 2017, pp. 5 ss.

²¹ BATTIATO, C., «Il cognome materno alla luce della recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo», *Osservatorio AIC*, giugno 2014; CALOGERO, M., y PANELLA, L., «L’attribuzione del cognome ai figli in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: l’affaire Cusan e Fazzo c. Italia», *Ordine internazionale diritti umani*, 2014, pp. 222 ss.; PITEA, C., «Trasmissione del cognome e parità di genere: sulla sentenza Cusan e Fazzo c. Italia e sulle prospettive della sua esecuzione nell’ordinamento interno», *Diritti umani e diritto internazionale*, núm. 8:1, 2014, pp. 225 ss.; WINKLER, S., «Sull’attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo», *Nuova giur. civ. comm.*, núm. 1, 2014, pp. 520 ss.

el apellido de la madre socavaba «el derecho del niño a la identidad personal y, al mismo tiempo», constituía «una disparidad de trato irrazonable entre los cónyuges, que no encuentra justificación en el objetivo de salvaguardar la unidad familiar». También en esta ocasión, la Corte Constitucional consideró que la regulación del estado civil era ilegítima, tanto desde el punto de vista del respeto al derecho a la identidad, que debe enmarcarse en el artículo 2 de la Constitución, como desde el punto de vista de la igualdad de los cónyuges, que debe interpretarse a la luz de los artículos 3 y 29 de la Constitución. Basándose en estos parámetros, la Corte declaró incompatibles con la Constitución las normas que impedían dar a los hijos el apellido materno además del paterno. Sin embargo, una vez más afirmó que corresponde al legislador dictar una innovación orgánica de la materia para superar esa prevalencia del apellido paterno dictada por el automatismo de su atribución en ausencia de un acuerdo de los padres para atribuir ambos²².

5. EN PARTICULAR, LA SENTENCIA NÚM. 131 DE 2022 Y EL PROYECTO DE LEY SOBRE «DISPOSICIONES RELATIVAS A LA ATRIBUCIÓN DE APELLIDOS A LOS HIJOS»

Tras la sentencia núm. 286 de 2016, no se produjo ninguna innovación a nivel normativo y, a la espera de la intervención legislativa, la Corte volvió a pronunciarse con la sentencia núm. 131 de 2022. Más concretamente, el control de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia en cuestión fue activado por el Tribunal de Bolzano con el Auto núm. 78 de 2020. El juez remitente denunció la constitucionalidad del artículo 262 del Código Civil en la medida en que no permitía a los padres, de mutuo acuerdo, transmitir únicamente el apellido de la madre. Ante este recurso, la misma Corte Constitucional asumió el papel de juez *a quo*, sometiéndose a sí mismo una cuestión ulterior, considerada como preliminar; la Corte Constitucional, en efecto, en su Auto núm. 18 de 2021, planteó una duda sobre la constitucionalidad del mismo precepto del Código Civil «en la parte en que, a falta de un acuerdo diferente entre los padres, exige la atribución al nacer del apellido paterno, en lugar de los apellidos de ambos».

²² Malfatti, E., «Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome materno: la «cornice» (giurisprudenziale europea) non fa il quadro», *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 gennaio 2017; Scagliarini, S., «Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome ai figli», *Rivista AIC*, núm. 2, 2017, 3 ss.; Moretti, M., «Il cognome del figlio», en G. Bonilini (cur.), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, Milano, 2016, pp. 4080 ss.

A partir de estas dos cuestiones y tras haber expuesto los parámetros de constitucionalidad (artículos 2, 3 y 117 de la Constitución, este último en relación con los artículos 8 y 14 del CEDH), los jueces vuelven a insistir en lo que denominan una verdadera «imbricación, en la regulación del apellido, entre el derecho del niño a la identidad personal y la igualdad entre los padres». En la interpretación dada por el Tribunal, en efecto, ambos parámetros no pueden tratarse por separado, sino que están estrechamente vinculados, cuando no son consecutivos entre sí: el respeto del derecho a la identidad se deriva de la igualdad de los padres, en el sentido de que sólo la plena realización de esta última puede garantizar el respeto de la personalidad del hijo²³. Por estas razones, la Corte Constitucional sostiene que «precisamente la forma en que el apellido testimonia la identidad familiar del hijo debe reflejar y respetar la igualdad y la igual dignidad de los padres».

La sentencia en cuestión parece cerrar así el círculo en materia de atribución de apellidos; tras considerar ilegítimas las normas que impedían atribuir a los hijos también el apellido de la madre, se reconoce que son incompatibles con el texto de la Constitución aquellas disposiciones de Derecho civil que impiden atribuir exclusivamente el apellido de la madre o que, a falta de pacto en contrario, imponen la atribución automática de sólo el apellido del padre.

Por el momento, sin embargo, el círculo sólo puede considerarse cerrado en el plano de la interpretación, por mucho que ésta produzca ya sus efectos en el sistema. Esto depende de la inevitable solicitud que los jueces se vieron obligados a dirigir, una vez más, al legislador. A pesar de que la Sentencia núm. 131 ya contiene respuestas sobre determinadas situaciones que podrían producirse en el plano concreto como consecuencia de la nueva dinámica de transmisión que, en esencia, introduce, surgen ahora cuestiones críticas que sólo pueden resolverse por vía legislativa. Entre ellas, la necesidad de evitar que la atribución de dobles apellidos genere una multiplicación de apellidos en la sucesión de generaciones, o que los padres, en su derecho a decidir qué apellido o apellidos transmitir, puedan adoptar distintas opciones para cada hijo.

Y fue sobre la base de esta solicitud de la Corte Constitucional que, el 13 de octubre de 2022, se presentó al Senado de la República un proyecto de ley titulado «Disposiciones sobre la atribución de apellidos a los hijos», destinado a «colmar» las lagunas creadas por la sentencia núm. 131. En esta perspectiva, el proyecto de ley da sus primeros pasos dictando indicaciones sobre el tema del apellido, por así decirlo, familiar. De hecho, el artículo 1 del proyecto de ley

²³ PINO, G., «Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali», en Panetta, R. (cur.), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006, pp. 256-321.

dicta cambios en el artículo 143-bis, estableciendo que, en el momento del matrimonio, los cónyuges podrán identificar un apellido común para atribuirlo a sus hijos, eligiéndolo entre uno de sus respectivos apellidos o decidiendo añadir un apellido al otro (y luego transferir ambos en el orden establecido). La disposición, que en sí misma está ciertamente en consonancia con los argumentos de la Consulta, suscita, sin embargo, algunas perplejidades en su última parte, donde establece que, a falta de acuerdo, se mantiene la regla según la cual la mujer añade a su propio apellido el del marido.

Los artículos 2 y siguientes se dedican más específicamente a la transmisión de los apellidos a los hijos, refiriéndose también a los casos en que, aunque hayan nacido dentro del matrimonio, no exista elección previa del apellido familiar, tal como prevé el nuevo artículo 143-bis. En general, el proyecto de ley concede una amplia libertad a los padres, que, según los artículos 2, 3 y 4, pueden decidir si transmitir uno de sus apellidos o ambos, en el orden que prefieran. El artículo 2, además, resuelve los riesgos también señalados por la Corte Constitucional ante los nuevos mecanismos: en primer lugar, «los hijos de los mismos padres casados, nacidos con posterioridad, llevarán los mismos apellidos atribuidos al primer hijo», de forma que, esencialmente, se preserve un apellido y los hermanos sean «reconocibles» entre sí; en segundo lugar, establece que «el hijo al que se haya atribuido el apellido de ambos padres transmitirá a su propio hijo un solo apellido, a su elección».

Existe, por tanto, una total coherencia entre lo afirmado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la orientación adoptada (al menos por ahora, a la espera de la entrada en vigor de una ley) por el legislador. La misma coherencia, sin embargo, no se encuentra en la Sentencia núm. 131 de 2022, que parece perder solidez al combinar el argumento relativo al derecho a la identidad personal con opciones legislativas que, superando los automatismos tradicionales, atribuyen la configuración del apellido a una elección de los padres.

6. LA IDENTIDAD DE LOS HIJOS ENTRE LA VOLUNTAD PATERNA Y LOS AUTOMATISMOS LEGISLATIVOS: UNA COMPARACIÓN ENTRE ITALIA Y ESPAÑA

El modelo adoptado por el ordenamiento civil español constituye, sin duda, una importante referencia para los mecanismos que se están configurando en Italia, tal y como han sido configurados por la jurisprudencia constitucional y, a la espera de la evolución del proceso legislativo, por el proyecto de ley presentado al Senado. El único elemento que todavía diferencia el sistema que se está configurando en Italia del aceptado en España se refiere a la liber-

tad de los padres para poder decidir qué apellido o apellidos atribuyen a sus hijos, estableciendo, si optan por el doble apellido, también el orden. España, de hecho, ha cristalizado la regla de la transmisión obligatoria de dos apellidos, cada uno trazable a una línea de ascendencia; regla, por cierto, que refleja ahora lo que se ha convertido en una verdadera adquisición cultural. Por el contrario, la Corte Constitucional italiana, y por el momento también el Parlamento, prefieren el enfoque que prevalece en el panorama europeo, es decir, el de reconocer a los padres el derecho a elegir si se atribuyen sólo uno de sus apellidos o los dos, en el orden que prefieran.

Ahora bien, si por un lado la opción del legislador español, especialmente si se sitúa en el contexto supranacional, puede resultar excesivamente rígida, por otro, de hecho, parece ser la más compatible con los argumentos de la Sentencia núm. 131 de 2022. Subyace a esta consideración el encuadramiento de los mecanismos sobre la atribución de un apellido dentro del perímetro de la identidad personal²⁴, es decir, la idea de que, según la Corte Constitucional, la imposibilidad de transferir el apellido de la madre, así como el automatismo por el que, a falta de acuerdo, debe considerarse prevalente el apellido del padre, vulnera no sólo el principio de igualdad entre los padres, sino también el derecho del niño a la identidad personal. Según los jueces, en efecto, el apellido «conecta al individuo con la formación social que lo acoge a través del *status filiationis*», por lo que debe «arraigar en la identidad familiar y, al mismo tiempo, reflejar la función que desempeña, también en una proyección futura, respecto a la persona». En este sentido, por tanto, es «la forma en que el apellido testimonia la identidad familiar del hijo la que debe reflejar y respetar la igualdad y la igual dignidad de los padres». En otras palabras, en opinión de la Corte, no transmitir también el apellido materno, ocultando así el linaje de la madre, vulnera el derecho a la identidad personal del hijo en la medida en que no le permite identificar plenamente, sobre la base del linaje genealógico, la formación social que le acoge, constituida por dos personas que gozan de iguales derechos y dignidad²⁵.

Incluso si se está de acuerdo con esta interpretación de la Corte Constitucional y, por tanto, se admite que, en el asunto en cuestión, existe un verdadero «entrelazamiento» entre el derecho a la identidad y el principio de igualdad, el razonamiento propuesto por la Corte parece contradictorio. Más concretamente, existe una disonancia entre la lectura de la cuestión en el plano de los

²⁴ BERROCAL LANZAROT, A. I., «La identidad personal. El nombre y los apellidos. El interés superior del menor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2017, p. 760 y pp. 937-975.

²⁵ ORDÁS ALONSO, M., «Imposición al menor del apellido paterno: igualdad, derecho a la propia imagen, interés del menor», *Derecho Privado y Constitución*, 2014, p. 28 y pp. 47-92.

principios y las soluciones normativas que la sentencia aporta o, en cualquier caso, deja abiertas al legislador. En efecto, los magistrados, que en todo caso hacen sugerencias sobre las normas que deben adoptarse, admiten que la transmisión del apellido debe ser el resultado de una elección de los padres (como se lee actualmente, entre otras cosas, en el proyecto de ley presentado en el Senado). En otras palabras, excluyendo la atribución automática del apellido paterno en ausencia de un acuerdo específico y admitiendo la posibilidad de atribuir también o exclusivamente el materno, la Corte reconoce el derecho de los padres a elegir qué apellido o apellidos transmitir.

Sin embargo, si es cierto que el apellido afecta a la identidad personal del individuo y admitir la transmisión exclusiva del paterno lesiona la integridad del derecho de parentesco ya que «oscurece» la descendencia por parte materna, dejar en manos de los padres la decisión sobre la configuración o composición del apellido no parece la dirección más adecuada para proteger ese derecho. Cabe preguntarse, por ejemplo, por qué un acuerdo de los padres para reconocer la transmisión de un solo apellido, ya sea paterno o materno, debería considerarse compatible, en abstracto, con el artículo 2 de la Constitución y, por tanto, con el respeto del derecho a la identidad del menor. Por lo tanto, suponiendo que confiar la configuración del apellido a la elección de los padres sea realmente compatible con el principio de igualdad (sin duda lo es en teoría, pero podría negarse en la práctica debido a herencias culturales), es en el momento de abrir el diálogo con el legislador cuando la Corte socava sus propios argumentos²⁶.

Desde esta perspectiva, cabe señalar cómo la referencia a la identidad personal desaparece esencialmente en el transcurso de la sentencia, o, mejor dicho, tiene finalmente menos peso que el que se desprende de los primeros puntos de la consideración jurídica. Parece, en efecto, que la Corte Constitucional recurre a la referencia a la identidad personal como argumento coadyuvante, es decir, mero soporte del otro argumento (tan claro como merecedor, quién sabe, de menos esfuerzo interpretativo) vinculado, precisamente, al artículo 3 de la Constitución. Es este último el verdadero epicentro en torno al cual gira la Sentencia núm. 131 de 2022 y sobre el que también se justifica el padecimiento del sistema de garantías y valores constitucionales ante una «lla-

²⁶ ZANON, N., «I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali», *federalismi.it*, núm. 3, 2021; Bilancia, P., «Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica», *federalismi.it*, núm. 1, 2017; PAPA, A., *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Napoli, 1998; Ruggeri, A. (coord.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, pp. 551.

mativa derogación al principio de igualdad», carente de justificación real en términos jurídicos.

Por otra parte, lo que parece una «marginación» de la identidad en la argumentación de la Corte se deriva también de una lectura incoherente de la jurisprudencia que, precisamente razonando sobre el nombre, ha definido el perímetro del derecho a la identidad personal. No cabe duda, en efecto, de que la construcción jurisprudencial de este último, incluso en ausencia de referencias expresas en la Constitución, tuvo lugar sobre todo a partir de cuestiones relativas al derecho al nombre. Y no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta que este último es un «signo distintivo autónomo de [...] la identidad personal» y un «rasgo esencial de [...] la personalidad». Sin embargo, esta jurisprudencia se ha ido desarrollando en torno a cuestiones distintas de la específica de los mecanismos de transmisión del apellido, también en función de la dimensión que el derecho al nombre, tal y como se desprende de la lectura de los arts. 6 ss. del Código Civil y 22 de la Constitución, ocupa en el ordenamiento jurídico italiano²⁷. Ya se ha subrayado, en efecto, cómo el contenido de este derecho no se refiere a la formación o composición del nombre, sino a su adquisición y, sobre todo, a su conservación, tanto en su titularidad como en su integridad. El vínculo entre el nombre y la identidad personal, por tanto, se ha interceptado en función del derecho del titular del nombre (y no de otros por él) a disponer de él.

Razonando en estos términos, cabe considerar que, ante la necesidad de proteger la identidad de un individuo, cuando el mismo no puede participar en la expresión de voluntad que la define, la solución no coincide necesariamente con la eliminación de los automatismos legislativos, sino en la corrección de sus aspectos, por así decirlo, defectuosos: en el presente caso, el alcance discriminatorio del favor del legislador a la prevalencia del apellido paterno. Son los automatismos, en efecto, los que, al excluir la injerencia ajena en la esfera personal del individuo, protegen la identidad de éste (y no sólo). Esto es precisamente lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español, donde la atribución obligatoria de dos apellidos es un automatismo capaz de perfilar con precisión la identidad personal del individuo. Y esto, en realidad, no se ve afectado por la libertad de los padres para establecer el orden de atribución, porque la presencia de los dos apellidos, con independencia de cuál de ellos se anteponga al otro, sirve en todo caso para remontar el origen del individuo a un dato objetivo, esto es, la descendencia de dos ramas familiares distintas.

²⁷ Sul punto, ancora PALMIERI, A., «Trattamenti dei dati personali e giornalismo: alla ricerca di un equilibrio stabile», en Pardolesi, R. (coord.), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, cit., pp. 337-373; PINO, G., *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, cit., 577-586; Posner, R., «Privacy as secrecy», cit.

7. CONCLUSIONES

Un tema como el objeto de este capítulo se caracteriza, inevitablemente, por las razones históricas y sociales que han determinado la construcción y el desarrollo de los sistemas analizados. Dicho esto, es también cierto que las reflexiones alrededor del principio de igualdad, en la época que vivimos, terminan por ajustarse, inevitablemente, a un sentido común, que la opinión pública concibe en función de estándares comunes; estándares, tal vez, como en el caso de la igualdad de género y de la atribución del apellido, incluso declarados en documentos internacionales.

A la luz de esto, aunque tendría poco sentido buscar la mejor solución frente a una cuestión como esta, recurriendo al método de la comparación, sí parece legítimo favorecer un diálogo entre sistemas distintos y cercanos como el italiano y el español; y esto sobre todo cuando el desarrollo que se quiere promover (como en Italia, a través de la jurisprudencia constitucional) se funda sobre una impostación absolutamente correcta, en términos de principios, pero quizás contradictoria por lo que se refiere a su traducción legislativa.

En este sentido, la cuestión se considera todavía abierta, considerando que en este momento parece complejo que el ordenamiento establezca la obligatoria transmisión de los dos apellidos, como previsto en España. La única opción, según quien escribe, verdaderamente garantista, a la vez, del principio de igualdad de los padres y de la identidad personal de los hijos.

LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

DANIELA DOBRE

Contratada postdoctoral de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los hitos de la protección de la igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. 3. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La protección de la igualdad de género en el espacio constitucional europeo ha recorrido un camino evolutivo marcado por la interacción entre las Constituciones nacionales, el Derecho de la Unión Europea, y los estándares internacionales en materia de derechos fundamentales. En lo que se refiere al Derecho constitucional español, como señala María Luisa Balaguer, este ha asumido desde los primeros momentos las reivindicaciones feministas, como un componente esencial en su configuración como disciplina autónoma¹.

Por otro lado, es un lugar común afirmar que el proceso evolutivo de protección de la igualdad de género en los ordenamientos estatales se ha visto potenciado por las directivas europeas y su transposición al nivel nacional. En este sentido, el Estado español, además de incorporar principios fundamenta-

¹ En particular, desde la transición política. Todo ello a pesar de que, como indica la autora, el proceso constituyente en España (iniciado con la Ley para la Reforma Política de 1977) hubiera tenido una representación limitada de mujeres. Véase BALAGUER, M. L., «El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos», *IgualdadES*, núm. 1, 2019, pp. 19-42 (esp. pp. 23-25).

les vinculados a la igualdad en la propia Constitución (léase igualdad como principio y como valor superior proclamado en el artículo 1 CE), también ha desarrollado un marco normativo orientado a afrontar todas aquellas desigualdades estructurales y desafíos sociales que encuentran un denominador común en la (des)protección de la mujer (por ejemplo, la violencia de género, el acoso sexual y otras formas de discriminación contra las mujeres).

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desempeña un papel central, al haber consagrado la igualdad de género como un objetivo relevante de los Estados miembros del Consejo de Europa. En efecto, en la sentencia pionera recaída en el asunto *Konstantin Markin c. Rusia* (2012), el Tribunal reconoció por primera vez que «el avance hacia la igualdad de sexos es en la actualidad un objetivo importante entre los Estados miembros del Consejo de Europa y que solo circunstancias muy graves pueden llevar a considerar compatible [una] diferencia de trato»². De este modo, el marco regulador internacional y la jurisprudencia del TEDH han contribuido significativamente a dinamizar, en esta materia, los ordenamientos jurídicos estatales, proporcionando estándares que han enriquecido y complementado el desarrollo de las políticas y regulaciones a nivel nacional.

Con todo, debemos tener presente, con Rubio Llorente, que «[los ordenamientos jurídicos] realiza[n] el principio de igualdad en la medida en que efectivamente lo realiza[n]»³. Pensemos, por ejemplo, en la necesidad que todavía subyace en España, para regular de manera más inclusiva las prestaciones de la Seguridad Social por nacimiento y cuidado, en particular contemplando la diversidad de modelos familiares presentes en la sociedad. Al respecto, recordemos cómo la reciente STC 140/2024, de 6 de noviembre, el Tribunal Constitucional (TC) declaró inconstitucional el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, en conexión con el artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social, en la medida en que no reconocía a las familias monoparentales el derecho a acumular las prestaciones por nacimiento y cuidado del menor que corresponderían a ambos progenitores en familias biparentales. El Tribunal razonó en la citada sentencia que dicha omisión vulneraba los principios de igualdad del artículo 14 de la Constitución, así como el interés superior del

² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Asunto *Konstantin Markin c. Rusia*, de 22 de marzo de 2012 (demanda núm. 30078/06, § 127); jurisprudencia reiterada en la STEDH (Primera Sección), asunto *Jurčić c. Croatia*, de 4 de mayo de 2021 (demanda núm. 54711/15, § 65).

³ RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 11, núm. 31, enero-abril 1991, pp. 9-36, p. 10.

menor reconocido en el artículo 39 CE y en los instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño ⁴.

Pensemos también en las exigencias específicas que recaen sobre los jueces y tribunales ordinarios, al tratar casos relacionados con la violencia de género. Recordemos, en este sentido, la STC 48/2024, de 8 de abril, que otorgó el amparo constitucional a la recurrente, al considerar que se habían vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser discriminada por razón de sexo, en un caso penal en el que se había apreciado la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal de dilaciones indebidas en conexión con determinados hechos que pudieran ser constitutivos de delitos relacionados con la violencia de género. En concreto, el Tribunal estimó que la vulneración de los derechos fundamentales mencionados se había producido al haber «ignorado [los tribunales ordinarios] por completo que los abusos sexuales –por los que la sentencia impugnada mantuvo la condena– forman parte de los delitos relacionados con la violencia de género, que constituye la forma más grave de discriminación contra la mujer; y, como consecuencia de ello, soslaya las exigencias derivadas de la prohibición de discriminación por razón de sexo proclamada por el art. 14 CE» (FJ 5) ⁵.

Pensemos, finalmente, en las persistentes cuestiones relacionadas con el sexismo, el acoso y la violencia contra las mujeres en los parlamentos. Por ejemplo, un informe de 2018 revelaba que el 85,2 % de las mujeres parlamentarias en Europa, de las que habían sido entrevistadas en el marco del estudio mencionado, sufrió violencia psicológica durante su mandato ⁶. Además, solo

⁴ En concreto, según el TC, «la justificación de esa omisión no puede hallarse en la voluntad del legislador de fomentar la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos –indiscutible desde el punto de vista del art. 39.3 CE–, en tanto en las familias monoparentales la corresponsabilidad no es sino una quimera, al no existir un segundo progenitor con el que poder compartir las tareas de cuidado y atención. Tampoco puede justificarse tal omisión en la voluntad del legislador de fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, en tanto parece indiscutible que los progenitores de familias monoparentales tienen –al menos– las mismas necesidades de conciliación que los de familias biparentales y, a pesar de ello, las normas enjuiciadas les ofrecen posibilidades de hacerlo distintas» (FJ 6).

⁵ En particular, la demandante en amparo alegaba que había sufrido discriminación por razón de sexo y una vulneración de la tutela judicial efectiva, a raíz de la actuación de los jueces del orden penal tras su denuncia al decano de la Facultad donde ella era profesora. Por medio de esta denuncia se le imputaban al decano la comisión de varios hechos que pudieran ser constitutivos de delitos relacionados con la violencia de género. En este sentido, en la STC se enjuicia la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas por el juzgado de lo penal de Sevilla, y posteriormente, en apelación, la aplicación de la atenuante «muy cualificada» por la Audiencia Provincial de Sevilla. La recurrente en amparo argumentaba que este enfoque judicial minimizó el impacto de los delitos relacionados con la violencia de género y vulneró sus derechos fundamentales.

⁶ Inter-Parliamentary Union (IPU) & Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), *Sexism, harassment and violence against women in parliaments in Europe*, 2018. Disponible en línea: <https://website-pace.net/documents/19879/5288428/20181016-WomenParliamentIssues-EN.pdf/7d59e7c5-4a88-4d23-a6cd-7404449fd45f> (últ. consulta: 17 de enero de 2025).

el 50 % de las que recibieron amenazas de violencia física denunciaron el incidente, y muchas de las encuestadas lamentaron la falta de servicios o mecanismos, en sus parlamentos, para abordar situaciones de acoso o violencia. El estudio advertía que la violencia y el acoso afectan gravemente la salud física y psicológica de las víctimas, además de impactar negativamente la calidad y eficacia del trabajo parlamentario y las políticas públicas, impidiendo que los parlamentos sean efectivamente espacios inclusivos y representativos. Por último, también se destacaba en el citado informe que la violencia y el acoso contra las mujeres en la política son violaciones flagrantes de derechos fundamentales, como la igualdad de género y la libertad de expresión, tal como lo estipulan instrumentos internacionales como la Convención de Estambul o el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos⁷.

Es evidente que las prácticas de violencia y discriminación plantean serias amenazas para la garantía de los derechos de participación política de la mujer, afectando no solo su esfera de derechos fundamentales, sino los principios y valores fundamentales de las democracias constitucionales, al perpetuar barreras estructurales que limitan el pleno acceso y la contribución de la mujer en el ámbito político⁸. Desde esta perspectiva, la violencia es, al mismo tiempo, un método de exclusión de las mujeres, al restringir la participación de

⁷ Un aspecto alarmante del citado informe se refiere al hecho de que muchas parlamentarias enfrentaron asimismo comentarios sexistas y acoso sexual, especialmente en redes sociales, con un 58,2 % de las encuestadas advirtiendo sobre ataques en línea. Además, un 24,7 % de las parlamentarias entrevistadas sufrieron acoso sexual, y el 11,1 % experimentó violencia física. La violencia económica también fue señalada por el 10 % de las entrevistadas. Sin embargo, las tasas de denuncia a través de las vías jurídicas establecidas fueron bajas, lo que sugiere la necesidad de mejorar los mecanismos de denuncia y apoyo.

En este sentido, es indispensable recordar aquí la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en 1981, que estableció un marco jurídico internacional destinado a garantizar los derechos de las mujeres y erradicar la discriminación en todas sus formas. Reconociendo la persistencia de prácticas discriminatorias como violaciones flagrantes de los derechos humanos y de la dignidad, la CEDAW se propuso combatir la violencia y la exclusión estructural que afectan a las mujeres en todo el mundo. Ciertamente, con la ratificación de más de 189 países, este tratado refleja un compromiso global con la igualdad de género, supervisado por un comité internacional que evalúa y promueve la implementación efectiva de sus principios en las legislaciones y políticas nacionales. Por otro lado, recordemos que el Convenio de Estambul se erige como el primer instrumento jurídico europeo vinculante dedicado a prevenir y combatir las graves violaciones de los derechos que corresponden a todas las mujeres. Este tratado establece definiciones específicas para cada forma de abuso, imponiendo a los Estados firmantes la obligación de adoptar medidas efectivas para prevenir la violencia, proteger a las víctimas, perseguir a los perpetradores y coordinar las políticas integrales que garanticen una respuesta coherente y eficaz frente a estas vulneraciones. Sobre este último instrumento jurídico, destacando su enfoque iusfeminista y «parcialmente interseccional», *cfr.* THILL, M., «El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género», *IgualdadES*, núm. 2 (enero-junio), 2023, pp. 157-196.

⁸ Sobre la dimensión del género en el concepto de representación democrática, *cfr.* GUILLÉN SÁNCHEZ, E., «Democracia Representativa: Identidad y Género en las Cuotas Electorales», *IgualdadES* (en prensa, 2025).

estas últimas, deslegitimando su presencia política, y contribuyendo a la reproducción de los estereotipos tradicionales de género⁹.

En efecto, los citados factores contribuyen a la conformación de obstáculos persistentes contra el avance hacia la igualdad de género. Además, como se ha señalado recientemente, las formas de violencia dirigidas a las mujeres en la política son particularmente insidiosas, incluyendo agresiones físicas, intimidación, abuso psicológico y acoso sexual¹⁰. Estas acciones, a menudo caracterizadas por su naturaleza de género, emplean métodos específicos como amenazas sexualizadas o ataques a la reputación para devaluar las contribuciones de las mujeres y desalentar su presencia en la vida pública, perpetuando la desigualdad y dificultando la construcción de una política verdaderamente inclusiva¹¹.

Según subraya Krook, bajo el amparo de normas tradicionales de género, se perpetúan, en las propias instituciones, acciones que socavan la participación política de las mujeres, incluyendo el sabotaje de sus campañas por parte de familiares o compañeros de partido. Este panorama de intimidación y violencia, que abarca desde la coerción en el ejercicio del voto hasta actos de agresión física y homicidio, constituye una grave vulneración de los derechos políticos y humanos de las mujeres¹². En efecto,

«[r]estringir la participación de las mujeres como mujeres, [...] pretende enviar un mensaje más amplio e inequívoco de que las mujeres como grupo no deben participar en la vida política. Los esfuerzos por dañar, intimidar y acosar a las mujeres deben verse así como una grave amenaza y una afrenta a la democracia, en lugar de desestimarse como una desafortunada característica de la «*politics as usual*». Los intentos de impedir que las mujeres como grupo participen en política constituyen ataques a los derechos de la mitad de la población mundial»¹³.

Ciertamente, las facetas de la discriminación por razón de género son múltiples, y sus consecuencias se reflejan no solo en el trato desigual en sí mismo considerado, sino que afectan a aspectos fundamentales de la vida social, económica y política de las mujeres¹⁴. Entre las distintas causas, las dinámicas de poder desiguales entre géneros constituyen un factor clave, contribuyendo a la perpetua-

⁹ Cfr. KROOK, M. L., «Violence Against Women in Politics», *Journal of Democracy* (Johns Hopkins University Press), vol. 28, núm. 1, enero de 2017, pp. 74-88. Para una reconstrucción de la genealogía jurídica de los estereotipos de género, cfr. MÖSCHEL, M., «La tutela giuridica contro gli stereotipi di genere», *Rivista critica del diritto privato*, 2015, vol. 33, núm. 3, p. 443-466 (esp. p. 445).

¹⁰ KROOK, M. L., «Violence Against Women in Politics», *cit.*.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, p. 75.

¹³ *Ibid.*, trad. propia.

¹⁴ MOREAU, S., «Faces of Gender Inequality», en COOK, R. J. (ed.), *Frontiers of Gender Equality. Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2023, pp. 19-39, *passim*.

ción de la discriminación. Por lo tanto, en esta materia, la función transformadora del Derecho se reflejaría no solo en el objetivo de eliminar el trato desigual por razón de género, sino también el de alterar las condiciones socioeconómicas estructurales que permiten la marginalización y el silencio de las mujeres en los espacios públicos y privados¹⁵. En efecto, para abordar estas desigualdades se exigiría una combinación de voluntad política, desarrollo normativo y una acción colectiva sostenida a fin de garantizar que la igualdad de género no sea solo un objetivo jurídico-constitucional, sino una realidad efectiva¹⁶.

En este contexto, el presente trabajo persigue dar cuenta de los aspectos esenciales examinados en la jurisprudencia del TEDH en relación con la protección de la igualdad de género. En primer lugar, se expondrá el recorrido jurisprudencial a través del cual el citado principio se ha consolidado. Para ello, se incluirán las sentencias iniciales del TEDH y otras resoluciones judiciales relevantes del mismo Tribunal, mostrando el desarrollo paulatino hacia una jurisprudencia establecida en la materia (punto 2.1). Después, se expondrán los casos que favorecieron en cierto modo la eliminación del trato diferenciado (punto 2.2), y posteriormente, aquellos que introdujeron algunos avances considerables en la eliminación de los estereotipos de género (punto 2.3).

Tras advertir sobre las limitaciones del TEDH en la materia de protección de la igualdad de género, derivadas de la subsidiariedad de su jurisdicción (punto 2.4), se expondrán algunos ejemplos de sentencias recaídas en casos vinculados con otros artículos del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), distintos del artículo 14 (cláusula de prohibición de discriminación). En este sentido, es sabido que, independientemente de que el Tribunal considere necesario examinar el caso específico a la luz del artículo 14 del CEDH, las cuestiones relativas a la igualdad de género pueden ser enjuiciadas al amparo de diversas disposiciones sustantivas del Convenio (punto 2.5)¹⁷.

¹⁵ *Ibid.*, p. 19.

¹⁶ Por ejemplo, BEARD, M., aboga por una reconceptualización de las estructuras de poder para incluir y normalizar la autoridad femenina, y por una mayor participación de las mujeres en la política (que, según la autora, aunque crucial, sería todavía insuficiente sin una redefinición más amplia del propio poder): en *Women & power: A manifesto*, Profile Books, 2017.

¹⁷ Cfr. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, *Key Theme: Article 14. Gender equality* (Last updated: 31/08/2023). Disponible en línea: <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/gender-equality> (últ. consulta: 17 de enero de 2025).

Por otro lado, debemos recordar que la protección jurídica autónoma del artículo 14 del CEDH se produjo a raíz de la adopción del Protocolo núm. 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 2000). Véase, para el caso español, Jefatura del Estado, «Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000». Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 64, 14 de marzo de 2008, pp. 15299-15304. BOE-A-2008-4891.

2. LOS HITOS DE LA PROTECCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hasta aquí se ha visto que, después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional desarrolló numerosos instrumentos jurídicos centrados en la protección de los derechos de las mujeres. En efecto, los citados instrumentos reflejaron un consenso emergente sobre la necesidad de abordar los problemas específicos en el trato hacia las mujeres en distintas esferas, como la económica, social y política. Por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos fueron normas pioneras en el establecimiento de la igualdad como principio fundamental. Asimismo, el Protocolo 12 del CEDH, que entró en vigor en 2005, elevó la prohibición de la discriminación a un derecho autónomo, reforzando su aplicabilidad en los casos relacionados con el género. Ciertamente, este marco jurídico obligó a los Estados a avanzar en la construcción de las vías jurídicas destinadas a asegurar que las mujeres disfrutaran de los mismos derechos y libertades, sin distinción basada en el sexo.

Por otro lado, el principio de subsidiariedad que rige el sistema de protección del TEDH, establece que el Tribunal europeo no sustituye a los sistemas judiciales nacionales, sino que garantiza la aplicación del CEDH como una instancia de último recurso. En este contexto, los Estados retienen un margen de apreciación significativo en áreas como las políticas sociales, económicas y culturales. El margen de apreciación nacional, sin embargo, puede llegar a limitar la capacidad del Tribunal para adoptar un enfoque más robusto en los casos que versan sobre la discriminación de género¹⁸. En este sentido, el TEDH ha señalado que las medidas estatales que perpetúan desigualdades estructurales pueden ser contrarias a los principios fundamentales del Convenio si no superan los estándares de proporcionalidad y razonabilidad establecidos (asunto *Andrle v. República Checa*, 2011, §§ 47-52)¹⁹.

Por su parte, el Derecho de la Unión Europea ha contribuido significativamente a la protección de los derechos de las mujeres. La Directiva 2006/54/CE prohíbe toda forma de discriminación directa o indirecta en el ámbito laboral, mientras que la Directiva 2019/1158/UE promueve la conciliación de la vida laboral y familiar, estableciendo permisos parentales intransferibles para fomentar la corresponsabilidad. Por último, entre los instrumentos internacionales

¹⁸ VAUCHEZ, S. H., «Gender Equality in the European Court of Human Rights», en COOK, R. J. (ed.), *Frontiers of Gender Equality. Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2023, pp. 199-218 (esp. p. 207).

¹⁹ STEDH (Sección quinta) de 17 de febrero de 2011, demanda núm. 6268/08.

les, destacan la CEDAW, anteriormente referida, que obliga a los Estados a adoptar medidas afirmativas para eliminar la discriminación, y la Convención de Estambul de 2011, que establece estándares para combatir la violencia de género. Estos instrumentos se encuentran en plena congruencia con la jurisprudencia del TEDH, que estableció que la inacción estatal frente a la violencia de género constituye una violación de los derechos humanos, estableciendo de este modo precedentes clave en la protección de las víctimas.

Al respecto, merece la pena recordar el asunto *Opuz c. Turquía* (2009)²⁰ en el cual, tras enumerar los instrumentos internacionales y regionales de protección de la mujer, el TEDH declaraba que «[en su razonamiento jurídico deberá] considerar las disposiciones de los instrumentos legales más especializados y las decisiones de los organismos legales internacionales sobre la cuestión de la violencia contra mujeres» (§185). En este marco, el Tribunal recordaba cuál ha sido la definición otorgada a la discriminación contra mujeres de conformidad con el artículo 1 de la CEDAW, en el sentido de «... cualquier distinción, exclusión o restricción por razón de sexo que tiene como efecto o por objeto perjudicar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, basándose en la igualdad de hombres y mujeres, de los derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social, cultural, civil o cualquier otro»; así como la reiteración, por parte del Comité de la CEDAW, de que «la violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, es una forma de discriminación contra las mujeres» (§§ 186-187).

En el caso antes referido, el TEDH estimó que «de las normas y decisiones mencionadas [se deduce] el hecho de que el Estado que no proteja a las mujeres contra la violencia doméstica lesiona su derecho a la igualdad de protección legal y que esta carencia no necesita ser intencionada» (§ 191). De este modo, el Tribunal reconoció que la violencia doméstica es una forma de violencia de género, y que esta, a su vez, es una forma de discriminación contra la mujer.

2.1 La consolidación jurisprudencial del principio de igualdad de género

Es bien sabido que la jurisprudencia del TEDH vinculada con la protección jurídica de los derechos de las mujeres se originó en el año 1985, a través de la sentencia recaída en el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino*

²⁰ STEDH (Sección tercera), de 9 de septiembre, demanda núm. 33401/02.

*Unido*²¹. En este caso, se declaró que el trato diferenciado entre hombres y mujeres en el contexto de la reunificación familiar, constituía una discriminación injustificada, aunque el asunto versaba también sobre hechos vinculados a inmigración. En concreto, las demandantes estaban legal y permanentemente establecidas en el Reino Unido. De conformidad con las normas de inmigración vigentes en el momento de los hechos, se les había denegado a sus cónyuges el permiso para permanecer con ellas, o reunirse con ellas, en ese país.

Las demandantes alegaron que, por este motivo, habían sido víctimas de una práctica de discriminación por razón de sexo y raza. El Tribunal rechazó que las demandantes hubieran sido víctimas de discriminación por motivos de raza. Constató, sin embargo, que habían sido víctimas de discriminación por razón de sexo (diferencia de trato entre hombres y mujeres inmigrantes en cuanto al permiso de entrada o estancia en el país de su cónyuge no nacional), en violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en conexión con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio. El Tribunal, tras aceptar que la denegación, basada en las normas en vigor en 1980, pretendía proteger el mercado nacional de trabajo, razonó que

«[a]unque el fin señalado es indudablemente legítimo, ello no obsta para probar la legitimidad de la distinción que las Normas de 1980 introdujeron en cuanto a la posibilidad para los hombres y mujeres inmigrantes establecidos en el Reino Unido de obtener –aquéllos respecto de sus mujeres o novias no nacionales, éstas respecto de sus maridos o novios no nacionales– el permiso de entrada o permanencia en el país (§ 76).

Aunque los Estados Partes disfrutaban de un cierto “margen de apreciación” para determinar si, y en qué medida, las diferencias entre unas situaciones y otras en cierto modo análogas justifican las diferencias entre sus respectivos regímenes jurídicos, la extensión de tal margen varía según las circunstancias, las materias y el contexto» (§ 77).

El Tribunal extrajo, así, la conclusión de que

«[s]e puede decir que la progresión hacia la igualdad de los sexos constituye hoy un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa. Ello supone que sólo razones muy poderosas podrían conducir a estimar compatible con el Convenio una distinción fundada en el sexo» (§ 78).

La evolución de la jurisprudencia del TEDH en materia de igualdad de género incluyó decisiones que abordaban diversas formas de discriminación. Por ejemplo, en el asunto *Stec y Otros c. Reino Unido* (2006)²², el Tribunal

²¹ STEDH de 28 de mayo de 1985, demandas núms. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 200-201.

²² STEDH (Gran Sala), de 12 de abril de 2006, demandas núms. 65731/01 y 65900/01.

reconoció que, en determinadas circunstancias, el hecho de no intentar corregir la desigualdad mediante un trato diferente puede dar lugar, en sí mismo, a una infracción del artículo 14 del Convenio (§§ 61-66). Por otro lado, asuntos como *Ünal Tekeli c. Turquía* (2004)²³ o *Tuncer Güneş c. Turquía* (2013)²⁴, pusieron de manifiesto la necesidad jurisprudencial de eliminar las normas que obligaban a las mujeres casadas a adoptar el apellido del esposo, al considerarse una forma de discriminación injustificada (§ 63; § 19-20). Por lo demás, recordemos cómo, en el caso *García Mateos c. España* (2013)²⁵, el TEDH estimó que se había producido una violación del artículo 6 § 1 (derecho a un juicio justo en un plazo razonable) en conexión con el artículo 14 del Convenio (prohibición de discriminación), a causa de la no ejecución de la sentencia del TC español, que reconocía la discriminación de género contra una madre trabajadora (respecto a su derecho a una reducción de jornada para poder cuidar de su hijo) (§ 14)²⁶.

Más tarde, en la sentencia recaída en el caso *León Madrid c. España* (2021)²⁷, el Tribunal invalidó el orden automático de apellidos basado en la preeminencia del paterno, calificándolo de discriminatorio (§ 66). Como es sabido, el asunto trataba sobre la petición de la demandante de cambiar el orden de los apellidos con los que había sido registrada su hija menor (nacida en 2005). En ese momento, la legislación española establecía que, en caso de desacuerdo entre los padres, el apellido del padre debía preceder al de la madre. La demandante argumentó que esta normativa era discriminatoria.

El Tribunal declaró que la aplicación automática de la citada ley, que impedía a los tribunales nacionales considerar las circunstancias particulares del caso, no podía justificarse, de manera válida, conforme al Convenio. Estimó el Tribunal que, si bien la regla que daba prioridad al apellido paterno en casos de desacuerdo podía ser práctica y no necesariamente contraria al Con-

²³ STEDH de 16 de noviembre de 2004, demanda núm. 29865/96.

²⁴ STEDH (Sección Segunda), de 3 de septiembre de 2013, demanda núm. 26268/08.

²⁵ STEDH (Gran Sala), de 19 de febrero de 2013, demanda núm. 38285/09.

²⁶ Recordemos los hechos del caso: la demandante, madre con custodia legal de un hijo menor de seis años, había solicitado a su empleador a reducir su jornada laboral en un supermercado, aunque la petición fue rechazada. El TEDH declaró que se había producido una violación del artículo 6 § 1 (derecho a un juicio justo dentro de un plazo razonable) en conexión con el artículo 14 (prohibición de discriminación) del Convenio. El Tribunal consideró que la violación del principio de no discriminación por razón de sexo, declarada mediante la sentencia del TC español a favor de la demandante, nunca había sido subsanada, a causa de la no ejecución de la decisión y de no haberse proporcionado una indemnización a la recurrente.

²⁷ STEDH (Gran Sala), de 26 de octubre de 2021, demanda núm. 30306/13. Se puede encontrar la traducción al español en la página web del Ministerio de Justicia de España: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20León%20Madrid%20c.%20España.pdf> (últ. consulta: 17 de enero de 2025).

venio, la imposibilidad de obtener una excepción resultaba excesivamente estricta y discriminatoria hacia las mujeres. Además, priorizar el apellido paterno podía ser una medida destinada a garantizar la seguridad jurídica, aunque el mismo propósito podría lograrse priorizando el apellido materno. Por tanto, se consideró que las justificaciones presentadas por el Gobierno español no eran lo suficientemente razonables para sustentar la diferencia de trato que había afectado a la demandante.

En verdad, el TEDH desarrolló una jurisprudencia consolidada en la materia de igualdad de género, subrayando la necesidad de abordar las desigualdades estructurales en el ámbito jurídico de los Estados miembros. Como se ha visto en las páginas anteriores, en el asunto *Opuz c. Turquía* (2009), el Tribunal estimó que la violencia doméstica representaba una forma de discriminación de género, y recalcó la obligación estatal de proteger a las víctimas y prevenir tales abusos (§ 191). En el caso *Di Trizio c. Suiza* (2016)²⁸, el Tribunal rechazó la adecuación a los derechos reconocidos en el Convenio, de un método nacional de cálculo de beneficios sociales que afectaba desproporcionadamente a las mujeres (§ 102). En particular, el Tribunal señaló que eran posibles «métodos de cálculo alternativos que tendrían más en cuenta la elección de las mujeres de trabajar a tiempo parcial tras el nacimiento de un hijo, lo que permitiría perseguir el objetivo de una mayor igualdad entre hombres y mujeres sin poner en peligro el objetivo del seguro de invalidez»²⁹ (§ 101).

Por último, en el conocido asunto *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal* (2017)³⁰, el Tribunal subrayó el impacto de los estereotipos en las decisiones judiciales. El caso versaba sobre la decisión del Tribunal Supremo Administrativo de Portugal de reducir la compensación otorgada a una mujer de 50 años que sufría complicaciones ginecológicas graves tras un error médico, subestimando la relevancia de su vida sexual. El TEDH concluyó que esta decisión vulneraba el artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 8 del Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar), considerando que los tribunales portugueses habían basado su fallo en prejuicios relacionados con la edad y el género de la demandante. En particular, el Tribunal declaró que la decisión reflejaba una suposición discriminatoria, basada en que la sexualidad sería menos importante para una mujer de 50 años y madre de dos hijos que para las mujeres de otras edades, evidenciando, de este modo, los estereotipos arraigados en el sistema judicial. El Tribunal

²⁸ STEDH de 2 de febrero de 2016, demanda núm. 7186/09.

²⁹ Trad. propia.

³⁰ STEDH (Sección Cuarta), de 25 de julio de 2017, demanda núm. 17484/15.

européo recordó que la igualdad de género era un objetivo importante para los Estados miembros del Consejo de Europa, y que las tradiciones, suposiciones generales o actitudes sociales prevalentes no podían justificar diferencias de trato basadas en el sexo (§ 51-52).

2.2 La eliminación del trato diferenciado basado en el sexo

Ciertamente, la eliminación de los tratos diferenciados basados en el sexo ha sido uno de los objetivos centrales en la jurisprudencia del TEDH. Por ejemplo, en el caso *Eremia c. Moldavia* (2013)³¹, el Tribunal estimó que la inacción estatal frente a la violencia doméstica constituía una violación de los artículos 3 y 14 del Convenio, destacando la importancia de los mecanismos estatales efectivos para proteger a las víctimas (§ 85). Más aún, en el asunto *Talpis c. Italia* (2017)³², el Tribunal atribuyó la falta de protección que había culminado en un asesinato, a una actitud estatal discriminatoria (§ 141).

Por otro lado, casos como *Volodina c. Rusia* (2019)³³ sacaron a luz el hecho de que la ausencia de legislación específica contra la violencia doméstica, tiene también la capacidad de generar una discriminación estructural y un clima de impunidad (§ 91, 97). Asimismo, en el asunto *Tkheldze c. Georgia* (2021)³⁴, el Tribunal subrayó la inacción policial sistemática que había resultado en un feminicidio, reflejando la falta de compromiso estatal con el objetivo de la igualdad de género:

«En conjunto, el Tribunal considera que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley demostraron una persistente incapacidad para adoptar medidas que podrían haber tenido una perspectiva real de alterar el trágico resultado o mitigar el daño. Haciendo caso omiso de forma flagrante de la panoplia de diversas medidas de protección que tenían directamente a su disposición, las autoridades no mostraron especial diligencia para prevenir la violencia de género contra la hija de la demandante, que culminó con su muerte. Si se compara con las conclusiones similares de los órganos de control internacionales y nacionales, el Tribunal considera que la inacción policial en el presente caso podría considerarse un fallo sistémico. Así pues, el Estado demandado ha incumplido sus obligaciones positivas sustantivas en virtud del artículo 2 del Convenio, leído conjuntamente con el artículo 14» (§ 57)³⁵.

³¹ STEDH de 28 de mayo de 2013, demanda núm. 3564/11.

³² STEDH de 2 de marzo de 2017, demanda núm. 41237/14.

³³ STEDH de 9 de julio de 2019, demanda núm. 41261/17.

³⁴ STEDH (Sección Quinta), de 8 de julio de 2021, demanda núm. 33056/17.

³⁵ Trad. propia.

En otro orden de cosas, en cuanto a las discriminaciones vinculadas al ámbito laboral, merece la pena destacar la sentencia recaída en el asunto *Jurčić c. Croacia* (2021)³⁶, al haber señalado el Tribunal que la denegación de una prestación relacionada con el empleo, a una mujer embarazada que se había sometido a una fecundación in vitro, justo antes de incorporarse a un nuevo puesto de trabajo, representaba un trato desigual injustificado (§ 69). Finalmente, en el caso *Nurcan Bayraktar c. Turquía* (2023)³⁷, el Tribunal invalidó un requisito de espera, impuesto exclusivamente a las mujeres divorciadas que deseaban volver a casarse, considerándolo un ejemplo claro de discriminación (§ 74).

2.3 Hacia la eliminación de los estereotipos de género

El TEDH también ha tratado directamente, en su jurisprudencia, los estereotipos de género. Por ejemplo, en el antes referido asunto *Konstantin Markin c. Rusia* (2012), el Tribunal rechazó la idea de que el cuidado infantil era una responsabilidad exclusiva de las madres: «[l]a referencia a tradiciones, presupuestos de orden general, actitudes sociales mayoritarias no son suficientes para justificar una diferencia de trato basada en el sexo. Por ejemplo, los Estados no pueden imponer las tradiciones cuyo origen está en la idea de que el hombre juega un papel prioritario y la mujer uno secundario en la familia» (§ 127).

La relevancia jurídica de los estereotipos también quedó evidenciada en el caso *Petrovic c. Austria* (1998)³⁸, en el cual el TEDH consideró que la exclusión de los padres del acceso al permiso parental reforzaba las percepciones nocivas sobre las responsabilidades familiares, perpetuando la idea de que el cuidado de los hijos es una obligación exclusiva de las mujeres (§ 30). En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal ha señalado que las normativas nacionales deben diseñarse considerando la igualdad sustantiva, evitando consolidar roles de género tradicionales. Un ejemplo adicional de cómo los estereotipos perpetúan desigualdades, y el rechazo del TEDH al respecto, fue el conocido caso *S.A.S. c. Francia* (2014)³⁹, donde el Tribunal examinó la prohibición del uso del velo integral en espacios públicos. Recordemos que el TEDH reconoció los intereses del Estado francés en promover la convivencia y la seguridad (§§ 153-157), aunque destacó que las restricciones basadas en la apariencia personal po-

³⁶ Véase *supra*, n. 2.

³⁷ STEDH (Sección Segunda), de 27 de junio de 2023, núm. 27094/20.

³⁸ STEDH de 27 de marzo de 1998, demanda núm. 156/1996/775/976.

³⁹ STEDH (Gran Sala), de 1 de julio de 2014, demanda núm. 43835/11.

dían consolidar narrativas discriminatorias hacia las mujeres musulmanas, tratándolas como subordinadas o incapaces de decidir sobre su propia vestimenta:

«[u]n Estado parte que, en nombre de la igualdad de género, prohíba a cualquiera forzar a las mujeres a ocultar su rostro, persigue un objetivo que se corresponde con la “protección de los derechos y libertades de los demás” en el sentido de los párrafos segundo de los artículos 8 y 9 del Convenio [...]. El Tribunal considera, sin embargo, que un Estado parte no puede invocar la igualdad de género para prohibir una práctica defendida por mujeres –como la demandante– en el contexto del ejercicio de los derechos consagrados en dichas disposiciones, a menos que deba entenderse que las personas pueden ser protegidas, sobre esa base, del ejercicio de sus propios derechos y libertades fundamentales» (§ 120).

En el ámbito laboral, el TEDH abordó el problema del acoso sexual en el lugar de trabajo, por ejemplo en el asunto *C. c. Rumanía* (2022)⁴⁰. El caso ilustra bien cómo los prejuicios sobre el rol de las mujeres en el ámbito laboral pueden perpetuar entornos hostiles, que en ocasiones minan la capacidad de las mujeres para desempeñarse profesionalmente. El Tribunal recordó, en este sentido, que «al igual que la violencia doméstica, los casos de acoso sexual no siempre salen a la luz, ya que siguen estando significativamente infradenunciados –a menudo tiene lugar en el seno de relaciones personales y a puerta cerrada, lo que hace aún más difícil que las víctimas puedan probarlo» (§ 79).

Finalmente, en *Dubská y Krejzová c. República Checa* (2016)⁴¹, el TEDH examinó la cuestión del acceso a los partos en casa, apuntando a que las restricciones legales sobre esta opción pueden estar influenciadas por estereotipos sobre la capacidad de las mujeres para decidir sobre su propio cuerpo y bienestar:

«El Tribunal considera que, si bien el artículo 8 [del Convenio] no puede interpretarse en el sentido de que confiere un derecho a dar a luz en casa como tal, el hecho de que en la práctica sea imposible que la mujer reciba asistencia cuando da a luz en su domicilio privado entra dentro del ámbito de su derecho al respeto de su vida privada y, en consecuencia, del artículo 8. En efecto, dar a luz es un momento único y delicado en la vida de una mujer. Abarca cuestiones de integridad física y moral, atención médica, salud reproductiva y protección de la información relacionada con la salud. Por lo tanto, estas cuestiones, incluida la elección del lugar del parto, están fundamentalmente vinculadas a la vida privada de la mujer [...]» (§ 163).

Por lo tanto, se observa que el TEDH ha reiterado, en su jurisprudencia, la necesidad de erradicar los estereotipos de género. Ciertamente, dichos pre-

⁴⁰ STEDH (Sección Cuarta), de 30 de agosto de 2022, demanda núm. 47358/20.

⁴¹ STEDH (Gran Sala), de 15 de noviembre de 2016, demandas núms. 28859/11 and 28473/12.

juicios limitan de forma significativa la capacidad de las mujeres para ejercer libremente su autonomía y participar en igualdad de condiciones en diferentes esferas de la vida, desde el ámbito doméstico hasta el profesional o el privado. Conforme a la citada jurisprudencia del Tribunal, las leyes y políticas públicas deben abstenerse de consolidar roles tradicionales que asignen de manera exclusiva determinadas responsabilidades según el género, como el cuidado de los hijos o las tareas del hogar. Asimismo, el Tribunal ha subrayado que las restricciones sustentadas en tradiciones culturales o actitudes sociales prevalentes no pueden considerarse justificadas si consolidan discriminaciones o vulneran la igualdad de género.

Sin perjuicio de los avances en materia de protección jurídica de la igualdad de género, como es sabido, la intervención del TEDH está limitada por la naturaleza subsidiaria de su jurisdicción y por el margen de apreciación de los Estados firmantes del Convenio, reconociendo la deferencia hacia las autoridades nacionales. Dicha deferencia se justifica por razones vinculadas a la legitimidad democrática y el contacto permanente con las realidades y necesidades específicas de cada Estado miembro.

2.4 Las limitaciones del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la protección de la igualdad de género

Ciertamente, el Tribunal ha reiterado «el papel fundamentalmente subsidiario del sistema de la Convención» y ha reconocido en numerosas ocasiones «que las autoridades nacionales tienen una legitimación democrática directa en lo que respecta a la protección de los derechos humanos. Además, en razón de su contacto directo y continuo con las fuerzas vivas de sus países, están en principio mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales»⁴². El principio en el que se fundamenta la jurisdicción del TEDH, la subsidiariedad, establece que el Tribunal europeo no sustituye a los sistemas judiciales nacionales, sino que supervisa la correcta aplicación del CEDH como una instancia de último recurso⁴³. El citado principio se enmarca en la protección multinivel de los derechos fundamentales, que implica una estrecha interacción entre los sistemas nacionales, suprana-

⁴² Véase, por ejemplo, la STEDH (Gran Sala), de 6 de octubre de 2006, caso *Maurice c. France*, demanda núm. 11810/03, § 117.

⁴³ Véase, por todos, GARCÍA ROCA, F. J.; SANTOLAYA, P., y PÉREZ-MONEO, M., *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023.

cional y regionales, reflejando al mismo tiempo los límites voluntariamente aceptados por los Estados miembros en cuanto al alcance del poder decisorio estatal (en virtud del principio de representación popular). De este modo, se fomenta una interacción armoniosa y proporcional entre los distintos niveles de protección, con el propósito de consolidar estándares elevados y uniformes en la salvaguarda de los derechos humanos⁴⁴.

En efecto, la aplicación de la subsidiariedad permite que los Estados miembros mantengan un margen de apreciación significativo en la interpretación y aplicación de las disposiciones del Convenio, especialmente en áreas «sensibles» como las políticas sociales, económicas y culturales⁴⁵. Tal margen de apreciación no solo refleja la deferencia hacia las capacidades institucionales y reguladoras del legislador nacional para abordar las necesidades específicas de la sociedad, sino que también reconoce el superior conocimiento de aquel respecto de las realidades sociales y culturales que se desenvuelven dentro de su jurisdicción. El margen de apreciación nacional, sin embargo, puede convertirse en una herramienta de perpetuación silenciosa de las desigualdades estructurales, especialmente cuando los estereotipos de género y la discriminación indirecta no son considerados de manera suficientemente relevante en las decisiones nacionales⁴⁶.

En cuanto al alcance del margen de apreciación nacional, el TEDH ha subrayado en varias ocasiones que las interferencias estatales en el ámbito de los derechos fundamentales deben cumplir con los principios de legalidad, interés público y proporcionalidad. Por ejemplo, en el caso anteriormente citado, *Andrle v. República Checa* (2011), el Tribunal permitió la introducción de diferencias en la edad de jubilación entre hombres y mujeres, por cuanto que las consideró unas medidas temporales diseñadas para corregir desigualdades históricas. En su razonamiento, el TEDH reiteró que tales políticas deben ser proporcionales al objetivo legítimo perseguido y no imponer una carga desmesurada sobre los derechos individuales (§§ 59-61). En efecto, el Tribunal recordaba que

«[e]l artículo 14 [del Convenio] no prohíbe a un Estado miembro tratar de forma diferente a los grupos con el fin de corregir «desigualdades de hecho» en-

⁴⁴ En este sentido, véase, BALAGUER CALLEJÓN, F., «Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa: una perspectiva constitucional», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 1, 2004, pp. 25-46.

⁴⁵ Es indispensable remitir aquí a la contribución de GARCÍA ROCA, F. J., «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143.

⁴⁶ VAUCHEZ, S. H., «Gender Equality in the European Court of Human Rights», *cit.*, pp. 207-208.

tre ellos; de hecho, en determinadas circunstancias, el hecho de no intentar corregir la desigualdad mediante un trato diferente puede dar lugar en sí mismo a una infracción del artículo [...] Sin embargo, una diferencia de trato es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar. El Estado contratante goza de un margen de apreciación para evaluar si, y en qué medida, las diferencias en situaciones por lo demás similares justifican un trato diferente...» (§ 48).

Por otro lado, en el asunto *Napotnik c. Rumanía* (2020)⁴⁷, el TEDH examinó la exclusión, debido a sus «circunstancias personales», de una diplomática embarazada de un puesto de trabajo al que había presentado su candidatura. El Tribunal europeo concluyó que la medida no constituía una discriminación contraria al Convenio, ya que la decisión no había sido arbitraria y se había tomado sobre la base de factores legítimos de interés público (§ 83-87).

Por su parte, el caso *Dimici v. Turquía* (2022)⁴⁸ proporciona un ejemplo adicional sobre cómo las tradiciones jurídicas nacionales pueden influir en la aplicación del margen de apreciación. En el asunto citado, el TEDH enjuició una situación de discriminación basada en el género, relacionada con una fundación privada creada en el siglo XVI, cuyos ingresos excedentes se reservaban exclusivamente a descendientes varones del fundador. El Tribunal concluyó que esta práctica violaba el artículo 14 en conexión con el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio (protección de la propiedad). El Tribunal razonó que las autoridades turcas no habían examinado la conformidad de las disposiciones discriminatorias de la fundación con el Convenio o con las leyes nacionales, aplicándolas de manera automática y perpetuando roles de género desfasados. Asimismo, subrayó que las tradiciones o normas históricas que refuercen desigualdades de género no pueden prevalecer sobre los principios de igualdad y no discriminación garantizados por el Convenio:

«[L]a legalidad de una práctica en el momento de su adopción no puede garantizar por sí misma ninguna primacía o inmunidad en relación con las normas vigentes de orden público o con el Convenio. [...] Esto es aún más cierto cuando, como en el presente caso, la práctica se deriva de concepciones sociales y morales y de una visión arcaica del papel de la mujer que ya no prevalecen en la sociedad turca y, más en general, en las sociedades europeas» (§ 145)⁴⁹.

⁴⁷ STEDH (Sección Cuarta), de 20 de octubre de 2020, demanda núm. 33139/13.

⁴⁸ STEDH (Sección Segunda), de 5 de julio de 2022, demanda núm. 70133/16.

⁴⁹ Trad. propia.

En definitiva, los asuntos expuestos hasta aquí ponen de manifiesto la necesidad de fortalecer la interacción entre los niveles nacional y supranacional en la protección de los derechos fundamentales, a fin de garantizar que el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación nacional no se conviertan en pretextos para fomentar la perpetuación de las desigualdades estructurales, impidiendo con ello la realización efectiva del principio de igualdad de género.

2.5 La igualdad de género a la luz de otros artículos del Convenio

En las páginas anteriores se ha visto que la protección de la igualdad de género en el marco del CEDH, no se limita a los casos examinados específicamente bajo el artículo 14 del Convenio. Al contrario, múltiples disposiciones sustantivas del citado Convenio abordan cuestiones relacionadas con esta materia, ampliando, de este modo, el alcance de la protección jurídica de la mujer. Por ejemplo, a la luz del artículo 3 del CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, el Tribunal ha abordado diversas problemáticas relacionadas con la igualdad de género. En el asunto *P. y S. c. Polonia* (2012)⁵⁰, el Tribunal señaló que las restricciones al acceso al aborto pueden constituir una forma de trato inhumano que afecta desproporcionadamente a las mujeres. En particular, el Tribunal concluyó que Polonia había violado los derechos de las demandantes bajo el Convenio, al no garantizar un acceso efectivo a un aborto legal, lo que vulneró el derecho al respeto por la vida privada y familiar de las demandantes (artículo 8). Se estimó que la negativa de varios médicos a realizar el procedimiento, sin remitir a las demandantes a otros profesionales, había evidenciado un déficit de claridad y efectividad en el marco jurídico nacional. Asimismo, la divulgación no autorizada de información confidencial sobre el caso y la consiguiente exposición mediática habían infringido el derecho a la privacidad de las demandantes⁵¹.

Por otro lado, las sentencias recaídas en asuntos como *V.C. c. Eslovaquia* (2011)⁵², que trataba sobre las esterilizaciones forzadas, y *Buturugă c. Rumanía* (2020)⁵³, que abordó el ciberacoso en el contexto de violencia doméstica,

⁵⁰ STEDH (Sección Cuarta), de 30 de octubre de 2012, demanda núm. 57375/08.

⁵¹ El TEDH estimó que la primera demandante había sido sometida a tratos degradantes, incluidos presiones psicológicas y su detención en un centro juvenil, en violación del artículo 3 del CEDH, que prohíbe el trato inhumano y degradante. Además, el Tribunal subrayó que las autoridades fallaron en garantizar un procedimiento justo que protegiera los derechos reproductivos de las demandantes, exponiéndolas a un trato humillante incompatible con los estándares del Convenio.

⁵² STEDH, de 8 de noviembre de 2011, demanda núm. 18968/07.

⁵³ STEDH (Sección Cuarta), de 11 de febrero de 2020, demanda núm. 56867/15.

subrayaron la necesidad de crear mecanismos estatales más efectivos para prevenir y sancionar estas violaciones de derechos. Asimismo, los casos *E.B. c. Rumanía* (2019)⁵⁴ y *B.V. c. Bélgica* (2017)⁵⁵, versaron sobre violaciones y abusos sexuales, destacando la responsabilidad estatal de garantizar investigaciones y sanciones adecuadas para estos delitos.

En lo que se refiere al artículo 4 del CEDH, que prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado, este precepto ha sido invocado en casos como *C.N. y V. c. Francia* (2012)⁵⁶ y *Rantsev c. Chipre y Rusia* (2010)⁵⁷, que trataron sobre trabajo doméstico forzado y trata de personas con fines de explotación sexual. Por ejemplo, en el asunto *S.M. c. Croacia* (2020)⁵⁸, el Tribunal abordó la cuestión de la prostitución forzada, subrayando la obligación estatal de garantizar justicia para las víctimas de explotación.

Finalmente, el artículo 10 del CEDH, que protege la libertad de expresión, fue invocado en *Bouton c. Francia* (2022)⁵⁹, un caso donde se cuestionó la sanción penal impuesta a una activista feminista por una protesta contra la postura de la Iglesia Católica sobre el aborto. A la luz de los distintos valores y objetivos jurídicos planteados, y la relevancia de estos para el derecho constitucional de los Estados miembros del Convenio, merece la pena transcribir el razonamiento del Tribunal (§§ 47-49):

«47. El Tribunal observa que la condena de la demandante se basó en que se había configurado el delito de exposición sexual. El Gobierno afirmó que no había pretendido castigar sus ideas u opiniones, que eran críticas con la doctrina de la Iglesia católica.

48. No obstante, el Tribunal considera [...] que, habida cuenta de su carácter activista, la acción de la demandante, que pretendía expresar sus convicciones políticas, en consonancia con las posiciones defendidas por el movimiento Femen en nombre del cual actuaba, debe considerarse una “actuación” que entra en el ámbito de aplicación del artículo 10. La finalidad de la *mise en scene* topless de la demandante, que se escenificó de la manera decidida por el movimiento Femen, era pues transmitir, en un lugar de culto simbólico, un mensaje relativo a un debate público y social sobre la posición de la Iglesia católica respecto a una cuestión sensible y controvertida, a saber, el derecho de las mujeres a la autonomía corporal, incluido el derecho al aborto.

49. Siendo así, el Tribunal considera que, aunque la libertad de expresión de la demandante se utilizó, en el presente caso, de una manera que podía ofender

⁵⁴ STEDH (Sección Cuarta), de 19 marzo de 2019, demanda núm. 49089/10.

⁵⁵ STEDH (Sección Segunda), de 2 de mayo de 2017, demanda núm. 61030/08.

⁵⁶ STEDH (Sección Quinta), de 11 de octubre de 2012, demanda núm. 67724/09.

⁵⁷ STEDH (Sección Primera), de 7 de enero de 2010, demanda núm. 25965/04.

⁵⁸ STEDH (Gran Sala), de 25 de junio de 2020, demanda núm. 60561/14.

⁵⁹ STEDH (Sección Quinta), de 13 de octubre de 2022, demanda núm. 22636/19.

creencias personales íntimas dentro de la esfera de la moral o, especialmente, de la religión, en vista del lugar elegido para la representación, donde, por definición, podían encontrarse muchos más creyentes que en cualquier otro lugar [...] esa libertad tenía que estar suficientemente protegida y el margen de apreciación de las autoridades nacionales era correspondientemente más estrecho, ya que el contenido de su mensaje afectaba a una cuestión de interés público».

3. CONCLUSIONES

Desde la configuración del Derecho constitucional como disciplina autónoma en 1978, el ordenamiento español ha avanzado significativamente en la protección de la igualdad de género, estableciendo principios fundamentales que han influido en el diseño de políticas públicas inclusivas. Este progreso se ha fortalecido con la aportación jurisprudencial del TEDH, al haber rechazado, a través de sus sentencias, determinadas normas discriminatorias, y al haber promovido estándares más equitativos.

Ciertamente, el TEDH ha desempeñado un papel crucial en la promoción de la igualdad de género, especialmente al haber abordado la relevancia de los prejuicios estructurales y los estereotipos de género, que tienen la capacidad de perpetuar la discriminación contra la mujer. Por ejemplo, sentencias como *Opuz c. Turquía* y *Konstantin Markin c. Rusia*, han mostrado el impacto positivo del Tribunal en la protección de los derechos de la mujer, al subrayar cómo se producen las violaciones de derechos fundamentales también en el contexto de la violencia de género y la discriminación laboral.

La doctrina constitucional y comparada, sin embargo, ha señalado críticas importantes en el razonamiento del TEDH, como la falta de un concepto robusto de igualdad de género que abarque de manera efectiva la discriminación indirecta e interseccional. Este enfoque limitado restringiría la capacidad del Tribunal para enfrentar los desafíos contemporáneos relacionados con los derechos reproductivos y la violencia de género, siendo estas las áreas en las que se requerirían desarrollos jurídicos más dinámicos y efectivos⁶⁰.

Por último, debemos recordar que la discriminación no solo implica un trato desigual, sino que refleja un desequilibrio sociopolítico de poder cuya consecuencia es la marginalización de las mujeres en sectores esenciales de la vida social, como el laboral y el político. En este sentido, el aumento de la participación femenina en el mercado de trabajo ha sido significativo, aunque,

⁶⁰ Por todos, *cfr.* VAUCHEZ, S. H., «Gender Equality in the European Court of Human Rights», *cit.* (esp. p. 202).

como es sabido, persisten problemas sistémicos como la segregación ocupacional, el trabajo infravalorado y la brecha salarial.

En efecto, los citados ámbitos de desigualdad estructural exigen no solo una aplicación efectiva de las normas jurídicas existentes, sino también un replanteamiento conceptual de las políticas públicas y una intervención normativa proactiva que sea apta para garantizar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. Ciertamente, es deseable, a un nivel prescriptivo, que las leyes y las decisiones judiciales no solo eliminen ciertas barreras explícitas, sino que desafié, siempre dentro del ámbito de sus competencias, las dinámicas de poder que subyacen a la subordinación de género. A estos efectos, indudablemente, la jurisprudencia del TEDH sigue siendo una herramienta esencial para promover la igualdad de género en Europa. El potencial transformador de esta jurisprudencia dependerá, sin embargo, de la capacidad hermenéutica y competencial del TEDH para integrar nuevas perspectivas, a cuyo través sea posible abordar de manera más directa las raíces estructurales de la desigualdad de género.

DESARROLLO LEGISLATIVO AUTONÓMICO SOBRE IGUALDAD DE GÉNERO¹

MARTA LUCENA PÉREZ

Contratada FPU Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sobre el derecho a la igualdad. 3. La regulación autonómica sobre igualdad de género. 4. Conclusiones. 5. Reflexión final

1. INTRODUCCIÓN

La desigualdad de género ha generado históricamente un desigual reparto de poder entre las mujeres y los hombres. Si bien no se pretende en este texto analizar esta situación, que pertenece y está ampliamente desarrollado por la doctrina feminista, si se intenta analizar las respuestas jurídico-constitucionales que ha tenido el legislador frente a esta situación. Para ello se analiza la respuesta que ha tenido la configuración del derecho a la igualdad de género en un primer momento por parte del constituyente y sus intérpretes, para posteriormente pasar al análisis de la respuesta por parte del legislador nacional. Tras esto se analiza la integración del derecho a la igualdad sexual en los textos estatutarios en las distintas Comunidades Autónomas y, posteriormente, un

¹ Este capítulo pretende seguir la estela de las investigaciones de la magistrada y profesora María Luisa Balaguer Callejón, cuyo compromiso feminista atraviesa su carrera académica. Ya desde sus inicios en la investigación la profesora Balaguer Callejón detectó la cuestión central de la igualdad entre sexos, dándose cuenta de la importancia del desarrollo de los artículos constitucionales relativos a la igualdad. Siguiendo parte de sus investigaciones este capítulo pretende analizar en el plano autonómico el desarrollo legislativo en los últimos años sobre igualdad de sexo.

breve análisis de la legislación al respecto en los distintos territorios, así como su evolución. Por último, se exponen unas conclusiones tras haber analizado esta normativa. Este texto no entra específicamente en la respuesta legal a nivel territorial que ha tenido la violencia de género, sino que se limita a la regulación en lo referente a la igualdad entre mujeres y hombres.

El desarrollo legislativo que se produce en el derecho a la igualdad tiene importantes consecuencias sobre el desarrollo mismo de este derecho², de hecho, se trata de uno de los principales retos que tiene la sociedad con relación a la igualdad, conseguir la plena igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida³ es por lo que resulta interesante su análisis, incluso poder encontrar la regulación de los distintos territorios de forma sistemática en un texto.

2. SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD

El artículo 14 de la Constitución reconoce el derecho a la igualdad de todos los españoles, mencionando, expresamente, el sexo —entre otras razones— como causa prohibida de discriminación. Si bien es el artículo del que debe partir todo análisis del derecho a la igualdad no es el único precepto constitucional que la menciona.

El artículo 1.1 de la Constitución declara la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico, junto a la justifica, libertad y el pluralismo político. Se trata de los principios a los que aspira el ordenamiento jurídico. Por otro lado, al artículo 9.2 de la Constitución vincula a los poderes públicos a llevar a cabo las acciones necesarias para que se garantice la igualdad de los individuos, incluso permitiendo llevar a cabo medidas compensatorias en caso de desigualdad.

A pesar de la inicial controversia a propósito del carácter fundamental del derecho a la igualdad, ya que en un inicio se consideraba como un derecho transversal al resto de derechos influyendo en la relación entre el resto de derechos fundamentales⁴. Esta consideración se fue adaptando con el tiempo y la práctica jurisprudencial, se delimita esta evolución en tres etapas⁵, una inicial en la que, como ya se ha dicho, se exige vinculación con otro derecho

² BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 142.

³ BALAGUER CALLEJÓN, F., prólogo en BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución española*, op. cit. p. 15.

⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., op. cit., p. 58.

⁵ MARTÍNEZ TAPIAS, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2000.

fundamental para poder ser tenido en cuenta; una segunda en la que se tiene en cuenta como relacional y, por último, la tercera en la que, ya si, se considera un derecho fundamental autónomo.

Una vez asumido su carácter de derecho fundamental, siguiendo a la profesora Balaguer Callejón⁶, se puede concluir que este derecho está condicionado por el modelo de Estado. En el caso de la Constitución Española, como *Estado social y democrático de Derecho*, la aplicación de este derecho exige un cumplimiento finalista materialmente, es decir, capacita a aplicarlo de forma que se trate de manera desigual para conseguir ser tratados igual. Por otro lado, se trata de un derecho propio con su contenido esencial, no únicamente un derecho relacional. Además, hay que delimitar claramente el contenido de este derecho, distinguiéndolo de otros similares, como la equidad o identidad. Por último, una vez asumidas estas conclusiones y, sobre todo, su carácter de derecho fundamental, el Estado social exige el desarrollo legislativo de este derecho.

Partiendo de la existencia de una situación de desigualdad, corresponde a los poderes públicos, en este caso al legislativo, tomar todas las medidas necesarias para eliminar esta situación desigual. En este sentido, en lo referente a la desigualdad de género, el desarrollo legislativo habrá de tener en cuenta la discriminación positiva, ya que la aplicación únicamente en el plano formal resulta insuficiente.

Además, asumido el carácter de derecho fundamental, se debe atender a su exigencia mecanismos especiales de garantía. Entre los cuales destaca la obligación de desarrollar este derecho mediante ley (en este caso orgánica, de acuerdo con el artículo 81 CE). Precisamente ha sido este método el empleado para regular esta materia a nivel estatal.

En este punto hay que reconocer la importancia del ordenamiento europeo en el avance de las políticas de acción positiva, ya que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha contribuido a que el legislador europeo fuera más avanzado que el estatal al regular las acciones positivas, sobre todo en el ámbito del empleo, contribuyendo a regular la discriminación indirecta y la definición y el tratamiento del acoso por razón de género o sexual, entre otros⁷. Sin duda esta jurisprudencia y normas han contribuido de forma clara en el posterior desarrollo legal que ha tenido en España, tanto a nivel estatal, como a nivel autonómico.

⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *op. cit.*, pp. 68-69.

⁷ MONTILLA MARTOS, J. A., «La constitucionalización de la perspectiva de género. En el décimo aniversario de «Artículo 14. Una perspectiva de género» en *Artículo 14. Una perspectiva de género*, núm. 31, septiembre de 2009, pp. 32-37.

A pesar de que en un principio se consideró innecesario desarrollar legislativamente el derecho a la igualdad, posteriormente se decidió regular este derecho, sobre todo en lo referente a la materia de igualdad de género. Entre otras normas legales, cabe mencionar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta ley orgánica fue aprobada con el fin de garantizar el derecho a la vida y a la igualdad, entre otros. Por lo que se busca dar una respuesta integral a la violencia de género mediante medidas de sensibilización y prevención; así como dotar de derechos a las mujeres víctimas de violencia de género en materia laboral, social...; además, se crean organismos administrativos que actúen de forma coordinada para dar respuesta a la violencia de género. A su vez, la ley contempla la modificación del código penal introduciendo tipos agravados. Se trata, pues, de una norma que buscaba dar una respuesta integral a la violencia de género desde una perspectiva más amplia que la regulación penal, que había sido la respuesta hasta la fecha. Si bien la aprobación de esta ley gozó de una aprobación por unanimidad en el Congreso de los Diputados, si fue objeto de una serie de cuestiones de inconstitucionalidad que, finalmente se vieron respondidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo que desestimó esta cuestión. Para ello la sentencia realiza el test de constitucionalidad, que considera que la norma es legítima para el fin que persigue, que es la demostrada existencia de la violencia de género (fundamento jurídico 8). A su vez, defiende el Tribunal la adecuación del fin perseguido por la norma a la diferenciación entre géneros, puesto que las mujeres se encuentran en una situación de vulnerabilidad acreditada (fundamento jurídico 9). Por último, el fundamento jurídico 10 señala la proporcionalidad en sentido estricto de la norma. Por tanto, el Tribunal Constitucional reafirma, mediante esta sentencia, el derecho a la diferencia frente a una situación desigual.

Además, respecto a la regulación legal en materia de igualdad destaca la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta ley, ya en su preámbulo, declara su intención de combatir las formas discriminación por razón de género, así como promover la igualdad real entre mujeres y hombres. Lo hace desde una perspectiva transversal que busca la igualdad en numerosos sectores de la sociedad. Si bien incorpora a su vez dos Directivas en materia de igualdad (Directiva 2002/73/CE y Directiva 2004/113/CE) las aplica desde una perspectiva amplia, ya mencionada. Responde, así, a la obligación ya mencionada del artículo 9.2 de la Constitución de dar respuesta al cumplimiento del derecho a la igualdad por parte de los organismos públicos. Esta ley contempla una serie de definiciones relativas a la igualdad, además da una serie de directrices a los poderes públicos con re-

lación a la igualdad para integrar a la hora de definir su actuación. Consagra en este punto la presencia equilibrada en las listas electorales de hombre y mujeres. Regula, además, en materia laboral la incorporación de medidas que garanticen la igualdad entre géneros, para obligar a la creación de planes de igualdad o para favorecer la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, entre otras muchas modificaciones. Adicionalmente, regula el derecho a la igualdad en específicas como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o en el acceso a bienes o seguros. Por último, contempla la creación de organismos de igualdad públicos que garanticen la efectividad de esta norma como la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres; las unidades de Igualdad y el Consejo de Participación de la Mujer.

Esta ley orgánica fue objeto de recurso de inconstitucionalidad presentado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular. El Tribunal Constitucional falló en la STC 12/2008 sobre la cuestión de la obligación de imponer cuotas de género en las listas electorales. El Tribunal desestimó el recurso y declaró que esta imposición era de acuerdo a la Constitución puesto que consistía en una limitación legítima que perseguía un fin legítimo.

Cabe mencionar, además, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Esta ley, de acuerdo con su preámbulo, buscaba proteger la autonomía personal de las mujeres en lo referente a la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral. De esta forma, a través de esta normativa se establece una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo fuera del Código Penal, permitiéndola de forma libre e informada en las primeras 14 semanas de embarazo. Esta norma, de nuevo, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad que se resolvió en la STC 44/2023. En esta sentencia se declara la constitucionalidad de la norma mencionada a través del sistema de juicio de constitucionalidad. Cabe destacar el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón en el cual, estando de acuerdo con la desestimación total del recurso defiende una argumentación distinta a la de la sentencia. Defiende la magistrada que la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho de las mujeres, por lo que su posible limitación deberá hacerse a través de la identificación de un bien jurídico que merezca tutela penal, siendo una excepción al pleno ejercicio de esta libertad constitucional.

Por último, cabe mencionar en materia de leyes orgánicas de igualdad de género, la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. En su exposición de motivos esta norma declara su intención de hacer cumplir las obligaciones internacionales en lo referente a violencia sexual, así como buscar dar una respuesta global a este fenómeno.

3. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE IGUALDAD DE GÉNERO

Es sabido entre la doctrina que para poder conocer la distribución territorial del poder en España hay que acudir a la práctica del mismo, ya que nos encontramos ante una situación definida como *desconstitucionalización* (P. Cruz Vilallón)⁸. El texto constitucional deja un modelo abierto sin definir un modelo específico territorial, por lo que el modelo actual se ha construido en la puesta en práctica, a través de la jurisprudencia constitucional y la posterior actualización de los Estatutos de Autonomía reformados que han contribuido a garantizar constitucionalmente el reparto competencial⁹.

Sin embargo, la práctica de este modelo ha presentado problemas de tipo práctico. La falta de un reparto competencial claro en el texto fundamental ha llegado a provocar situaciones de desigualdad competencial, ya que el Tribunal Constitucional a la hora de delimitar las competencias lo hace de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, por lo que dependerá de las competencias que tengan asumidas los Estatutos de Autonomía en cada territorio¹⁰.

En este sentido, el reconocimiento de la capacidad de las Comunidades Autónomas de regular el derecho a la igualdad de género no ha sido considerado por igual a lo largo de todo este periodo. En un principio sectores de la doctrina, así como el Tribunal Constitucional en un primer momento, interpretaban el artículo 149.1.1.^a CE como un obstáculo a desarrollo legislativo diferente en cada territorio, ya que exige igualdad de derechos en la regulación básico a todos los españoles. Se asemejaba esta obligación de una forma casi equivalente a la homogeneidad, ejemplos de esta aplicación se encuentran en sentencias como la STC 5/1981¹¹.

Con el tiempo, sin embargo, esta interpretación constitucional ha sufrido una importante evolución. De la obligación de homogeneidad el Tribunal Constitucional pasó a exigir un mínimo nivel básico de igualdad pudiendo

⁸ Como dice MONTILLA MARTOS, J.A., *Reforma federal y estatutos de segunda generación*, Aranzadi, 2015, Pamplona, p. 21: «la expresión *desconstitucionalización* quiere trasladar la idea de que, aunque en ningún Estado descentralizado la Constitución recoge de forma completa el modelo de organización territorial, en nuestro caso esa necesidad de completar el modelo resulta especialmente relevante pues, por un lado la Constitución española no determinó siquiera cuáles eran las Comunidades Autónomas, sino que estableció los procedimientos [...] en segundo lugar, a diferencia de lo que suele ocurrir en los sistemas federales, la Constitución no fija de forma concreta las competencias del Estado»

⁹ Para profundizar sobre el reparto competencial y el conflicto que supone para el Estado Autonomico recomendando: MONTILLA MARTOS, J. A., «El debate competencial en el Estado Autonomico», pp. 75-89, en Galera Victoria, A. (coord.), *La cuestión territorial en España*, Comares, 2024, Granada.

¹⁰ MONTILLA MARTOS, J. A., *Reforma federal y estatutos de segunda generación*, op. cit., p. 26.

¹¹ Esta sentencia mantiene la cláusula de supletoriedad del derecho estatal frente al autonómico para evitar lagunas.

existir diferencias entre algunos territorios (ejemplo de esta argumentación es la STC 13/1992¹²). Por último, la reciente interpretación del Tribunal a este respecto surgió con la STC 61/1997 y asume que el artículo 149.1.1.^a CE no es obstáculo para una regulación diferenciada en Comunidades Autónomas con distinto nivel de desarrollo.

Las Comunidades Autónomas han legislado sobre el derecho a la igualdad de sexo, ya que se consideran competentes con base en la lucha contra la desigualdad histórica de género. En este sentido, en jurisprudencia constitucional reciente el Tribunal Constitucional en la STC 159/2016, de 22 de septiembre (FJ 2) ha recordado que, a pesar de la complejidad a la hora de delimitar las competencias en materia de género y otras, el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género siempre que se proyecte en ámbitos en los que la Comunidad Autónoma tenga competencias el legislador autonómico podrá introducir medidas relativas a esta cuestión. Es por este motivo por el que las Comunidades Autónomas, con competencia en políticas sociales y otras competencias, han podido regular sobre este tema.

Por último, respecto a la competencia de las Comunidades Autónomas respecto a los derechos fundamentales, hay que mencionar que algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía introdujeron en su redacción un apartado referente a una Carta de Derechos. Esta introducción dio lugar a una importante discusión dentro de la doctrina sobre la competencia de las Comunidades Autónomas para regular estas materias. Este debate se cerró con la STC 247/2007, sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana y la STC 31/2010 relativa al Estatuto de Cataluña. En estas sentencias, el Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de regular a este respecto. Si bien no los considera derechos fundamentales, puesto que sobre ellos únicamente tiene competencia el Estado, son derechos que vinculan al legislador autonómico y que parten de las competencias asumidas en el marco del Estado Autonómico¹³. En cualquier caso, como menciona el profesor Cámara Villar, en el mencionado trabajo, al haber sido despojados de la posibilidad de aplicación directa estos derechos quedan supe-
ditados a desarrollo legislativo. Por tanto, estas Cartas de Derechos no introducen desigualdad entre la ciudadanía de los distintos territorios, sino que pueden llegar a contribuir a una homogeneización al alza en cada Comunidad Autóno-

¹² Esta sentencia determina la obligación de igualdad territorial en la distribución de subvenciones estatales, de tal forma que esta sentencia recomendaba que las subvenciones estatales, aún sin que fuera obligatorio, recomendaban llevarlas a cabo vía presupuestos del Estado.

¹³ CÁMARA VILLAR, G., «Veste y realidad de los derechos estatutarios», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, Madrid, enero-marzo (2011), pp. 57-107, p. 90-91.

ma, ya que quedan cristalizados en el Estatuto vinculando positivamente al legislador y al gobierno, al margen de la política cotidiana.

Una vez delimitadas las competencias respecto a la posibilidad de regulación sobre igualdad de género en el plano autonómico cabe decir que los territorios han hecho uso de esta competencia. En primer lugar, en lo referente a la regulación estatutaria, son varios los Estatutos de Autonomía que contienen referencias a esta materia.

El primer Estatuto de Autonomía de segunda generación fue el de la Comunidad Valenciana. Es, por tanto, el primer texto a nivel estatutario que introduce una Carta de Derechos, «Título II. De los derechos de los valencianos y valencianas». En este apartado el artículo 11 declara la obligación de velar por la no discriminación entre hombre y mujeres. El siguiente Estatuto en aprobarse, el de Cataluña, de nuevo dedica el «Título I» a los derechos, deberes y principios rectores. En su artículo 19 declara «Derechos de las mujeres» en el que garantizan el derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad, así como la declaración como igualdad de condiciones en todos los ámbitos públicos y privados. Además, consagra la perspectiva de género como uno de sus principios rectores¹⁴. El Estatuto de Andalucía, a su vez, declara en el artículo 15 de «Título I. Derechos sociales, deberes y políticas públicas» la igualdad de género en todos los ámbitos, además, incluye este Estatuto la protección contra la violencia de género (artículo 16). Además, en el apartado referente a los principios rectores, asume la lucha contra el sexismo de forma transversal como guía en sus políticas de acción¹⁵. El Estatuto de las Islas Baleares también incorpora un Título sobre «los derechos, los deberes y las libertades de los ciudadanos de las Illes Balears», en este apartado el artículo 17 declara la «No discriminación por razón de sexo», en el que cristaliza el derecho al libre desarrollo de la personalidad y capacidad, así como la igualdad de condiciones, entre otros. El Estatuto de Autonomía de Aragón cristaliza un Título en referencia a los derechos y principios rectores. En lo referente a la igualdad de género no tiene ningún artículo concreto como los anteriores textos. Si bien en el artículo 12 declara el derecho de las personas a vivir sin ningún tipo de discriminación. En el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, su el Capítulo II del Título I de su texto declara en el artículo 14 la prohibición de discriminación de género directa o indirecta, comprometiendo a los poderes públicos a promover acciones positivas para conseguir esta igualdad. El siguiente Estatuto, el de la Comu-

¹⁴ Artículo 41 Estatuto de Cataluña.

¹⁵ Artículo 37.2.ª Estatuto de Andalucía. Para un análisis más detallado remito a A. GALERA VICTORIA, «La actividad legislativa en materia de igualdad efectiva entre hombres y mujeres», en Centro de Estudios Andaluces, 2012.

nidad Autónoma de Extremadura, sin embargo, no incorpora un apartado de derechos y deberes de las personas de Extremadura, es decir, se mantiene en ese sentido como los Estatutos de primera generación. El último Estatuto de segunda generación es el Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado en 2018. Este texto, de nuevo, incorpora un Título referente a los derechos, deberes y principios rectores. En este apartado se incorpora en el artículo 11 el derecho de igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, entre otros. Además, el artículo 17 declara el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, comprometiendo a los poderes públicos a adoptar políticas y acciones activas en favor de la igualdad. Además, incorpora la igualdad entre hombres y mujeres como uno de sus principios rectores¹⁶.

Hasta la fecha a nivel estatutario estas son las incorporaciones y referencias respecto al derecho de igualdad de género. Una vez incorporado en los primeros Estatutos y habiendo sido declarado constitucionales por el supremo intérprete la mayoría de textos de nueva generación optan por esta referencia. Cabe destacar la diferencia con los primeros Estatutos, que siguen siendo los vigentes en algunos territorios, en los que no existían, ni existen referencias a derechos subjetivos y, por tanto, referencias al derecho a la igualdad de género. Si bien se ha visto que la mayoría de los nuevos Estatutos optan por su mención no todos lo hacen en igual intensidad, ya que algunos han optado por una regulación con marcada intención de hacer efectivo este derecho a la igualdad (sirva de ejemplo los Estatutos de Cataluña y Andalucía –y el Estatuto de Canarias recientemente), otros textos estatutarios optan por una perspectiva más limitada del desarrollo de este derecho (como Comunidad Valenciana, Baleares, Aragón y Castilla y León), si bien hay que señalar la clara importancia que supone la introducción de este principio en los nuevos Estatutos de Autonomía¹⁷.

Sin embargo, no solo se han limitado las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, a declarar este derecho en el plano estatutario, también se han desarrollado legislativamente esta materia. Si bien no todas las Comunidades Autónomas han introducido en sus textos fundamentales el derecho a la igualdad de género expresamente, todas las Comunidades Autónomas, menos la Comunidad de Madrid, han desarrollado legislativamente este derecho. Resulta de interés para este texto revisar los textos teniendo en cuenta las modificaciones que se han introducido en algunos textos recientemente.

¹⁶ Artículo 37.4 Estatuto de Autonomía de Canarias.

¹⁷ GALERA VICTORIA, A., «La actividad legislativa en materia de igualdad efectiva entre hombres y mujeres», en *Centro de Estudios Andaluces*, 2012.

A pesar de no tener un Estatuto de segunda generación, el primer territorio autonómico en establecer un marco legal referente a la igualdad entre mujeres y hombres fue la Comunidad Foral de Navarra, a través de la Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Se trata de una breve ley que cristaliza objetivos y medidas para la sensibilización en esta materia. Sin embargo, esta ley se encuentra derogada, sustituida por la actual Ley Foral 17/2019, de 4 de abril, de igualdad entre Mujeres y Hombres. Esta nueva ley pretendía ser un mecanismo para poder avanzar en la igualdad entre mujeres y hombres por parte de los organismos públicos de la Comunidad. Mucho más extensa que su precedente, esta ley prevé regular el sistema de igualdad de la Comunidad Foral, así como sus organismos de igualdad de género. Aplica, además, de forma transversal mecanismos que garanticen la igualdad en la administración pública. Sus campos de intervención son la ciudadanía, actuando en el ámbito social, político, deportivo y de las nuevas tecnologías. Además, en la educación, cultura y medios de comunicación. Actúa sobre el trabajo, teniendo en cuenta la conciliación, así como con relación al medio ambiente y ordenación urbanística. Por último, establece un régimen sancionador que garantice su cumplimiento.

La Comunidad de Castilla y León aprobó la ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León. Esta Comunidad aprobó esta norma como instrumento efectivo para aplicar el derecho a la igualdad de género en este territorio. Distingue el texto entre las competencias autonómicas y las de los entes locales en lo relativo a la igualdad. Esta norma se basa en los principios de transversalidad, ya que pretende que se aplique a todas las políticas y actuaciones de administración. Dota de la capacidad de vigilancia y asesoramiento a la Consejería competente. Por otro lado, la coordinación se refiere a la actuación entre los distintos departamentos. Regula, además, la participación de la mujer en los organismos públicos a través de organismos, como el Consejo Regional o los Consejos de la Mujer de las Entidades Locales. A su vez, prevé una serie de recursos para mujeres víctimas de violencia de género. Por último, establece inspección y un régimen sancionador para quienes incumplan.

La Comunidad Valenciana fue el siguiente territorio en desarrollar legislativamente la igualdad entre hombres y mujeres, incluso antes de haberlo cristalizado en su texto estatutario. Lo hizo mediante la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, que ha sido fruto de diversas modificaciones. La finalidad con la que surge esta ley es el establecimiento de medidas y garantías para eliminar la discriminación para las mujeres. Para ello presentan una serie de medidas en su ámbito de competencia, entre ellas, en

los planes educativos, en el ámbito laboral, representación política en el ámbito de la Comunidad o en políticas sociales. Añade un apartado en el marco de la sociedad de la información. En esta misma ley inserta un Capítulo dedicado a la lucha contra la violencia contra las mujeres, creando mejores asistenciales en el ámbito autonómico de sus competencias. A su vez, se añadió en 2019 un apartado relativo a la igualdad y Administración pública que promociona la igualdad de género dentro de la propia administración, así como medidas para prevenir situaciones de desigualdad. Esta norma, a su vez, crea el «Consejo Valenciano de las Mujeres», que impulse las medidas contra la discriminación por razón de género.

La Comunidad Autónoma de Galicia es de los territorios que más recientemente han reformado su regulación legal relativa a la igualdad de género. Se trata de la ley 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en Galicia, que viene a sustituir a la derogada ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres. En la primera norma regula la actuación administrativa de la Comunidad en esta materia, además de regular la puesta en práctica del compromiso contra la no discriminación en el empleo público. Además, contaba con la ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, en esta norma la Comunidad Autónoma pone el foco en el campo legislando para hacer posible el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres, tratando temas como la conciliación laboral, así como la creación de la Unidad Administrativa de Igualdad del departamento de la unidad relativa a la materia del trabajo que se coordinará con la unidad de igualdad. Además, en aras de promocionar la igualdad en el ámbito laboral crean la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad. Tratan asuntos como la conciliación y regulan bancos municipales de tiempo, de gestión local para apoyo a la conciliación. Ambas normas fueron refundidas en un Decreto legislativo (2/2015, de 12 de febrero) y, finalmente, sustituidas por la ley 7/2023. Esta regulación desarrolla los conceptos básicos, además, al igual que la mayoría de normativa autonómica, contempla la aplicación del principio de la igualdad de género de forma transversal en la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma, incorporando informes de género en los actos normativos y la obligación legal de realizar informes de impacto de género. Aplica políticas de género en el ámbito de su competencia. Como novedad dedica un capítulo a la igualdad de género en la acción exterior y cooperación al desarrollo, además de la en la digitalización. Por último, aplica una visión interseccional, teniendo en cuenta la posibilidad de situaciones de discriminación múltiple.

La Comunidad Autónoma del País Vasco, a pesar de, como la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma de Galicia, no tener un Estatuto de Autonomía de segunda generación tiene normativa relativa a la igualdad entre hombres y mujeres. La ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres marcó el inicio de la regulación legislativa autonómica referente a la igualdad de género en el País Vasco. Pretendía adoptar medidas para dentro de sus competencias aplicar políticas de igualdad de género, incluyendo unas sanciones e infracciones en el campo administrativo. Sin embargo, esta disposición normativa se encuentra actualmente derogada, siendo sustituida por la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de segunda modificación de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres. Si bien, como indica la exposición de motivos de la vigente ley, la ley 4/2005 supuso un importante en la lucha con la desigualdad de género, desde los organismos de la Comunidad Autónoma se planteó la necesidad de actualizar la normativa para adecuarla a la situación. De esta forma, la nueva ley surge con la intención de actualizar la lucha contra la violencia de género, introduciendo mecanismos de prevención, así como aumento de recursos para esta lucha. Además, se incorporan obligación de implantar planes de igualdad en los organismos públicos. Unido a esto se prevén medidas de intervención en los ámbitos referentes a la cultura, medios de comunicación, así como derechos sociales y materias de trabajo. Se contempla formación en igualdad para todo el personal público, además de para la ciudadanía en general. La prevención es un importante pilar en el que pivota la ley, proponiendo sistemas de detección temprana. Además de, siguiendo el Convenio de Estambul, establecer un sistema de atención a las víctimas y garantizar el derecho de reparación. Se trata, pues, de una de las leyes más completas en el ámbito autonómico.

También antes que aprobar su Estatuto de Autonomía reformado, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares aprobó la Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer. En esta norma se insta a cumplir con el derecho a la igualdad de género en el marco de las competencias autonómicas. Sin embargo, esta ley quedó derogada por la ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres. Partiendo de la ya mencionada habilitación por parte del Estatuto y del marco internacional y estatal, el legislativo de las Islas Baleares considera la necesidad de avanzar en la ley previa para poder consagrar de forma adecuada la igualdad entre mujeres y hombres. La ley actual prevé la aplicación de políticas públicas en favor de la igualdad de género, aplicando la perspectiva de género en las políticas públicas, además de la regulación de los planes de igualdad. Además, se regulan la organización institucional relativa a violencia de género, creándose el Observatorio para la Igualdad y las unidades

para igualdad, así como el Consejo para la Igualdad de Género. Se prevé la integración de la perspectiva de género en la actuación de las administraciones públicas. Además, se aplica el derecho a la igualdad en los campos competenciales de la Comunidad, es decir, es la educación, cultura, deporte, así como políticas de empleo activas. Se tiene en cuenta la igualdad en el campo de salud, los derechos sociales, los medios de comunicación y las nuevas tecnologías. En esta misma norma se prevén medidas para luchar contra la violencia de género en el ámbito de competencias de la Autonomía. Por último, se establecen un régimen de sanciones e infracciones administrativas.

La Región de Murcia regula esta materia a través de la ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia. En esta norma determina el principio de transversalidad respecto a la perspectiva de género. Partiendo de sus competencias regula la aplicación de esta perspectiva en ellos, además de regular conjuntamente en esta norma las medidas autonómicas relativas a la violencia de género. A su vez, creó un Observatorio de igualdad. Por último, determina la posibilidad de aplicar sanciones o infracciones a quienes incumplan con la normativa.

Andalucía es una de las Comunidades Autónomas que más ha desarrollado legislativamente el derecho a la igualdad de género. En primer lugar, destaca la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía¹⁸, que surgió con el objetivo de conseguir la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, desarrollando de esta forma tanto la Constitución (artículo 9.2 y 14), como el Estatuto de Andalucía (artículos 15 y 38). Integra por primera vez mecanismos para garantizar la transversalidad de género en todas las actuaciones públicas, así como la incorporación de evaluación de impacto de género, entre otros. De esta forma introduce la promoción de la igualdad de género en materias autonómicas, como la educación, políticas de empleo, políticas de conciliación, de salud, políticas sociales, entre otras. Sin embargo, hay que mencionar que esta ley fue modificada por la Ley 9/2018, de 8 de octubre. Si bien esta nueva ley mantiene la mayoría de desarrollo que ya tenía la ley anterior introduce algunas mejoras que adaptan a la nueva realidad. Entre estas mejoras pueden mencionarse la introducción de su ámbito de aplicación a los entes locales, mejora la integración de los planes de coeducación para los centros escolares. Menciona específicamente la brecha

¹⁸ Para un análisis más extenso remito a: BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «Legislación estatal y legislación autonómica de género en la Comunidad Autónoma de Andalucía», en *Artículo 14. Una perspectiva de género*, núm. 26, especial diciembre 2007, pp. 24-28; así como a GALERA VICTORIA, A., *op. cit.*

salarial y propone acciones para abordarla. Se añade, además, un apartado específico para la protección de la discriminación para las mujeres gitanas (artículo 48 bis), además de añadir el artículo 52 bis relativo a garantizar la igualdad de las mujeres jóvenes. Por último, cabe destacar la introducción de la capacidad a la administración de, en cumplimiento de la defensa del principio de igualdad de género, poder imponer infracciones y sanciones a quienes incumplan esta obligación. Esta capacidad vendrá tras una posible investigación por parte del Instituto Andaluz de la Mujer.

Este ha sido el panorama en los últimos años en lo relativo a la regulación de la igualdad de género en la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin embargo, en 2024 ha sufrido modificaciones. Fruto del «Decreto-ley 3/2024, de 6 de febrero, por el que se adoptan medidas de simplificación y racionalización administrativa para la mejora de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de la Junta de Andalucía y el impulso de la actividad económica en Andalucía» se han modificado algunas disposiciones contenidas en la ley mencionada. En el artículo 8 del mencionado Decreto-ley se elimina la posibilidad de que la Comisión de Impacto de Género impulse el enfoque de género en la elaboración de los anteproyectos de los presupuestos, llevándolo a cabo por parte de cada Consejería, suprimiendo de esta forma la Comisión de Impacto de Género que fue creada en 2004. Además, en la modificación del artículo 27, elimina el contenido obligatorio de los planes de igualdad en las empresas. Además, este Decreto-ley elimina el Registro Andaluz de Planes de Igualdad en las Empresas que dependía de la Consejería de Empleo.

En la Comunidad Autónoma de las Canarias también se ha regulado la igualdad de género, a través de la ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres. En esta norma se busca vincular a los poderes públicos de la Comunidad con el cumplimiento de la igualdad de géneros de forma transversal. De nuevo, hace referencia a los ámbitos competenciales, aplicando medidas en favor de la igualdad, como en la educación o en el empleo, conciliación o ámbito de la salud. Crea, además, organismos públicos que hagan cumplir con esta regulación. Por último, establece mecanismos de garantías, como la evaluación en la aplicación de la ley. En este caso no se prevén sanciones administrativas específicas.

La Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, también sin Estatuto de Autonomía de segunda generación. Basándose en la regulación estatal, así como internacional se aprobó la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y erradicación de la violencia de género. En ella se establecen las políticas públicas para promoción de la igualdad de género mediante la integración de la perspectiva de género en las políticas públicas. Ade-

más, en esta misma norma prevé las medidas destinadas a las víctimas de violencia de género. Introduce la igualdad en las materias de su competencia, es decir, en la salud, bienestar social, cultura, deporte, desarrollo rural, entre otros. Prevé, además, la aplicación del derecho a la igualdad en el trabajo mediante mecanismos como la creación de la marca asturiana de excelencia en igualdad (como reconocimiento de la Comunidad). Define las funciones del Instituto Asturiano de la Mujer y el Consejo Asturiano de la Mujer. Por último, establece un mecanismo de evaluación de la aplicación de la Ley en sus políticas públicas. En este caso, a diferencia de la mayoría en esta Comunidad Autónoma se optó por regular en la misma norma la violencia de género, como la igualdad entre hombres y mujeres.

La Comunidad Autónoma de Extremadura, a pesar de no tener una referencia específica a este derecho en su texto estatutario, sí que ha regulado legalmente esta materia. Lo ha hecho en la ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura. En esta norma los poderes públicos se comprometen a cumplir con el derecho de no discriminación de las mujeres. Para ello, se crean órganos públicos que cumplan con esta función. La integración de la perspectiva de género la aplican a través de la aplicación de la perspectiva de género, con acciones como lo planes estratégicos o evaluación de impacto. Además de comprometerse en la propia actuación de la Junta de Extremadura. Aplica, además, acción positiva en ámbitos de su competencia autonómica. Por último, en el caso de esta ley prevé medidas de prevención de violencia de género.

En la Comunidad Autónoma de Cataluña, la ley que desarrolla legislativamente la igualdad de género es la ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Partiendo del derecho a la igualdad, así como de su Estatuto de Autonomía. Esta ley nace con la vocación de conseguir la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la actuación de los poderes públicos. Para ello determina las competencias de la Administración a nivel autonómico y local en materia de políticas de igualdad. Desarrolla los mecanismos que puedan garantizar el derecho de igualdad en la Administración, llevado a cabo a través de contratación pública, subvenciones, ayudas, licencias administrativas o becas. Añade las políticas públicas necesarias para promocionar esta igualdad en varios campos, desde la participación pública, en el campo de la educación, en cultura, medios de comunicación y nuevas tecnologías, así como en la universidad y deporte. Garantiza, además, igualdad en el trabajo obligando a las empresas a establecer planes de igualdad. El siguiente ámbito en el que actúa esa norma es la política social, políticas de salud. Así como medio ambiente y vivienda. Por último, para hacer efectiva esa norma

establece vías de quejas ante la administración, así como un Observatorio de Igualdad de Género y un régimen sancionador.

En la Comunidad Autónoma de Aragón tras la aprobación de su Estatuto de segunda generación, aprobó la ley 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón. Siguiendo el esquema de la mayoría de la legislación autonómica, regula las políticas públicas para igualdad de género, mediante la transversalidad a toda su regulación, con actuaciones como evaluaciones, memorias, Plan Estratégico... Regula, además, la aplicación de la igualdad de género en las competencias de su ámbito educación, deporte, cultura... Se dota de una serie de garantías como la Justicia de Aragón, la aplicación de evaluación de las políticas aplicadas, entre otros mecanismos. Además, de nuevo impone un régimen de sanciones e infracciones.

En la Comunidad Autónoma de Cantabria, partiendo de la normativa estatal, internacional y de su Estatuto (de primera generación) se aprobó la ley 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Esta norma surge con el objetivo de conseguir la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. Para ello reconoce en un primer momento las competencias atribuidas en el plan autonómico, así como en el plano local, así como los órganos competentes en materia de igualdad de género en su propia Administración. Posteriormente regula las políticas en promoción de la igualdad en la Administración de la Comunidad y en las administraciones públicas. De nuevo aplica las políticas de igualdad en los de su ámbito competencial, es decir, en educación, empleo, salud, desarrollo rural, medio ambiente, entre otros. A su vez, prevé medidas de garantía para el respeto a la igualdad y un régimen de inspección y sanción para quien incumpla estas políticas.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha también ha aprobado regulación legal en esta materia, la ley 12/2020, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha. Esta norma regula el derecho a la igualdad haciendo referencia a mujeres en situaciones de mayor riesgo, como jóvenes, viudas, que viven medio rural, inmigrantes o prostituidas. A su vez, implanta medida de acción positiva en la educación, empleo público, salud y medios de comunicación. Contempla, además, medidas contra la discriminación. Dota de competencias al Defensor del Pueblo, así como a la Adjuntía de Igualdad. Por último, regula la igualdad en entidades colaborados con el sector público. Hay que destacar como novedad en este territorio la ley 6/2019, de 25 de noviembre, del Estatuto de las Mujeres Rurales de Castilla-La Mancha. A través de esta norma se establece Planes Estratégicos específicos para el medio rural. Además de medidas específicas en el ámbito

rural en colaboración con la Consejería competente. A su vez, hace referencia a las mujeres agricultoras y ganaderas.

La Comunidad Autónoma de la Rioja siguiendo la obligación estatutaria de aplicar el principio de igualdad transversalmente en su actuación (fruto de la reforma de 2019 de su texto estatutario) aprueba la ley 7/2023, de 20 de abril, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de la Rioja. Sigue el esquema de la mayoría de regulación analizada, es decir, regula las políticas de promoción de la igualdad de género a aplicar por las administraciones públicas. En este caso, distingue por un lado su aplicación de forma transversal y en segundo lugar a través de políticas concretas dedicadas a las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma. A su vez, desarrolla un régimen sancionador. Destaca en esta norma la previsión de creación de unidades de igualdad en cada Consejería de Gobierno, así como un Fondo de Igualdad y el Instituto para la Igualdad.

Por último, cabe destacar que, si bien las primeras normas legales a nivel autonómico datan de 2002, no ha sido un proceso uniforme, ya que cada Comunidad Autónoma ha decidido en cada momento la aprobación de este tipo de normas, la Comunidad Autónoma de Madrid no ha legislado aún en lo referente a igualdad entre hombres y mujeres. Si tiene regulado la no discriminación en su Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Sin embargo, esta norma se refiere a la discriminación por razón de identidad de género, es decir, no se refiere específicamente a la igualdad entre hombres y mujeres.

4. CONCLUSIONES

Tras haberse expuesto, brevemente, las principales normas en el plano autonómico sobre igualdad entre mujeres y hombres ¹⁹ surgen varias conclusiones.

Por un lado, hay que destacar que el hecho de tener o no regulación estatutaria referente a igualdad de género no resulta determinante a la hora de dotarse de normativa en la materia. De hecho, destaca la primera regulación autonómica sobre igualdad de género en la Comunidad Foral de Navarra, que no tiene Estatuto de Autonomía de segunda generación, ni «Carta de derechos».

¹⁹ Sin haberse entrado específicamente en la regulación autonómica sobre violencia de género, dada la amplitud del tema y que se habría perdido el objetivo de este capítulo.

La Comunidad del País Vasco es otro ejemplo, que sin regulación estatutaria legisló sobre esta materia.

Sin embargo, siguiendo la anterior conclusión, de que no está relacionado la regulación estatutaria con el desarrollo legislativo sobre igualdad entre mujeres y hombres, puede extraerse otra conclusión y es que los territorios que no han considerado renovar sus Estatutos de Autonomía han podido querer garantizar el compromiso en favor de la igualdad de género a través de sus textos legales.

Además, el hecho de que se hayan expuesto de forma temporal conforme a su aprobación y entrada de vigor sirve para ilustrar el desarrollo que ha tenido esta materia. Los primeros textos, por lo general, son más cortos y están dotados de menos herramientas, sin embargo, algunos de los posteriores van ganando o arrogándose más funciones. Un ejemplo es la introducción de la capacidad de la Administración autonómica de imponer sanciones o infracciones a quienes incumplan la aplicación de este derecho, que posteriormente la mayoría de los textos legales siguientes incorporan.

Sin embargo, esto no quiere decir que necesariamente el hecho de que la legislación sea posterior es que sea más garantista o más avanzada. Pero si van cristalizando adhesiones que se fijan en unos territorios y se añaden en algunas de las nuevas normativas. De hecho, este es el principal motivo para que muchas de las regulaciones se hayan visto derogadas y modificadas por normas posteriores que asumen nuevas herramientas para poder garantizar de forma más efectiva este derecho. Si bien, como se ha dicho el avance del tiempo no es garantía de una mayor efectividad en el respeto a este derecho. Prueba de ello es la última modificación en la ley andaluza que elimina algunos de los controles que garantizaban este derecho en aras de una flexibilidad administrativa.

Además, no todas las regulaciones son iguales. Si bien la mayoría siguen un patrón similar, es decir, siguiendo la transversalidad de la igualdad entre mujeres y hombres regulan en la mayoría, si no en todas, sus materias competenciales. Además de introducir criterios paritarios en la mayoría de sus organismos públicos. Algunas de las normas incluyen en la misma norma la lucha contra la violencia de género, sin hacer una norma específica para ello. Incluso, no existe unanimidad a la hora de decidir los organismos encargados de garantizar esta regulación, si bien se crean organismos encargados de esta cuestión, no todos cumplen las mismas funciones.

Es destacable, por su originalidad, la ley referente a la mujer rural de la Comunidad de Castilla-La Mancha, en ella se desarrolla una serie de medidas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en las zonas rurales. De esta forma, la Comunidad de Castilla-La Mancha tiene en cuenta las situacio-

nes de discriminación doble y además regula sobre ellas. Algunas normativas, como la andaluza o vasca introducen preceptos sobre mujeres en situación de doble discriminación, como las mujeres gitanas o mujeres mayores, sin embargo, solo la Comunidad manchega opta por legislar específicamente, introduciendo organismos específicos que tengan en cuenta esta realidad.

5. REFLEXIÓN FINAL

La regulación sobre igualdad entre mujeres y hombres no se ha mantenido estática. Resulta llamativo que se trate de un proceso que se inició en 2002 y que actualmente siga regulándose y evolucionando, como en el caso de la reciente norma de Comunidad de la Rioja o incluso en la Comunidad de Madrid no se haya regulado aún. Esto no significa que la igualdad de género sea una asignatura superada en la sociedad española, sino que las Comunidades Autónomas han optado por asumir sus competencias en lo respectivo a este derecho y que lo están ejerciendo activamente. Prueba de ello son la constante en su creación, incluso en su actualización. De esta forma se puede afirmar que se ha generado una suerte de uniformidad al alza en lo relativo a la regulación de la igualdad entre mujeres y hombres, ya que la mayoría han optado por, haciendo uso de sus competencias, regular esta materia.

Como ya se ha dicho, los poderes públicos de los distintos ordenamientos han optado por cumplir con su compromiso de vinculación al cumplimiento de los derechos fundamentales, en este caso, de la igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, esto no es garantía de que la situación de desigualdad esté superada, no todas las normas garantizan de igual forma este derecho. Además, como se ha visto no se garantiza que el paso del tiempo garantice una mayor protección de este derecho, prueba de ello es el caso de Andalucía.

Sin duda, se trata de una materia a la que resulta muy importante prestarle atención pues el desarrollo de esta materia de una forma u otra determinará la garantía de que los poderes públicos autonómicos hacen todo lo posible, en cumplimiento con sus propias obligaciones, para garantizar su vinculación con los derechos fundamentales.

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA DOTACIÓN DE RECURSOS ECONÓMICOS PARA EL MANTENIMIENTO DE UN SISTEMA DE ASISTENCIA SOCIAL

AMALIA LOZANO ESPAÑA
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La noción de asistencia social y su delimitación respecto a la Seguridad Social asistencial en el Estado autonómico. 3. La distribución territorial de las ayudas en materia asistencial y el Ingreso Mínimo Vital: la uniformidad frente a la territorialización de las ayudas. 3.1 Estado de la Cuestión Jurisprudencial: Territorialización de Ayudas y Ámbito de Actuación del Sistema de Seguridad Social y Asistencia Social. 3.2 Conflicto Competencial en la STC 158/2021: Análisis y Alcance. 3.3 Análisis del Voto Particular de la magistrada María Luisa Balaguer sobre el Ingreso Mínimo Vital y la Asistencia Social en el Marco de la Seguridad Social. 4. La Sentencia 19/2024, de 31 de enero: alcance de las competencias de gestión en los territorios forales y el principio de unidad del sistema de Seguridad Social. 5. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Es un verdadero honor formar parte de este reconocimiento para quienes, como yo, iniciamos nuestra carrera académica. La magistrada María Luisa Balaguer Callejón es un ejemplo inspirador para jóvenes investigadoras, quienes hemos aprendido de sus estudios la importancia de construir una argumentación sólida en defensa de la igualdad de género y de promover el feminismo desde una perspectiva constitucional en las estructuras de poder. Su obra nos invita a reflexionar sobre las categorías del derecho clásico para adaptarlas a la sociedad, y se ha convertido en una fuente de aprendizaje en mi incipiente estudio doctoral.

Este homenaje se centra en analizar el proceso de descentralización que ocurre dentro del Estado social, a través del reparto de los poderes entre los distintos entes territoriales, y cómo esta cuestión se refleja en la articulación de un sistema de asistencia social, competencia de las Comunidades Autónomas (en adelante «CC.AA.»), y, por otro lado, una protección social estatal que se articula a través del sistema de Seguridad Social.

La transferencia de competencias en materias como educación, sanidad, o en nuestro caso, la asistencia social ha supuesto que el llamado «Estado autonómico»¹, deba conseguir alcanzar la armonía entre, por una parte, el ejercicio gubernamental bajo nuevas direcciones que conjuguen la realización efectiva de los derechos sociales para todos los ciudadanos del Estado, es decir, «una uniformidad mínima en las condiciones de vida de los ciudadanos»². Por otra parte, no vaciar el reparto competencial y permitir a las CC.AA. la posibilidad de gestionar sus propios recursos, las cuales tienen asignadas competencias en asistencia social y ciertas competencias ejecutivas en materia de Seguridad Social. Además, la posibilidad de que las CC.AA. ejerzan sus competencias depende del desarrollo de su ámbito competencial, condicionado por la necesidad de una «financiación adecuada que permita contar con los medios materiales necesarios»³.

En primer lugar, en nuestro capítulo, partiremos de la conceptualización y el marco legal básico, que nos acerca a una cuestión con demasiadas aristas, la cual no solo debe analizarse dentro del estudio de los derechos subjetivos, sino también en el ámbito de la estructura competencial. Por tanto, debemos tener en cuenta que en nuestro sistema competencial no existe un derecho subjetivo o un principio rector que englobe la asistencia social, sino que se encuentra disperso en diversas disposiciones de nuestro texto constitucional. No obstante, como ya ha señalado la doctrina, esto no implica necesariamente que exista una «limitación o restricción»⁴ en su desarrollo. En nuestra Constitución, el sustento constitucional para esta actividad prestacional se halla «en el Capítulo III del Título I de la Constitución (familia del art. 39, salud del art. 43, minusvalía del art. 49

¹ Para mayor profundización sobre este término, SOLOZÁBAL, J., «Sobre el Estado Autonómico», *Revista de Estudios Políticos*, 1992, núm. 78, p. 105 ss.

² QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias», *Revista General de Derecho Administrativo*, IUSTEL, 2017, pp. 1-26.

³ BALAGUER CALLEJÓN, F., «La financiación de las Comunidades Autónomas y la constitucionalización del Estado Autonómico» en García Herrera, M. A., y María Vidal, J., *El Estado Autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Colex, 2005, pp. 607-618.

⁴ ALEMÁN BRACHO, C., «La política de asistencia social desde la transición democrática». *Revista de estudios políticos*, 87, 1995, pp. 199-220.

y vejez del art. 50)»⁵. Este marco legal debe completarse con las previsiones sobre Seguridad Social recogidas en el artículo 41 CE, que establece la necesidad de que los poderes públicos garanticen una serie de «prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE).

Este marco legal presenta una cierta fragmentación, aunque se apoya en disposiciones más generales como el artículo primero «El Estado Social (art. 1.1 CE)»⁶, «la dignidad de la persona en art. 10.1 CE»⁷, además, estos preceptos deben completarse con el mandato del artículo 9.2 CE. Tal como subraya en sus análisis la Magistrada Balaguer Callejón, M.L., el artículo 9.2 de la Constitución Española ha permitido corregir «las desigualdades de hecho en aquellos grupos o personas que las sufren, una apelación genérica que abarca tanto las correcciones de clase social como la situación de colectivos marginados y de las mujeres»⁸.

En el segundo apartado nos centraremos en la cuestión competencial, la asistencia social es una de las materias que, de acuerdo con el artículo 148.1 CE, las CC.AA. podían asumir. Esta posibilidad se incluyó específicamente en la disposición recogida en el artículo 148.1.20 CE. El desarrollo de esta competencia por las CC.AA. ha tenido una función esencial en nuestro Estado Social. Por un lado, tiene el objetivo de «prevenir... los problemas sociales»⁹, lo que incluye a personas en riesgo de exclusión social como consecuencias de determinadas situaciones económicas. Por otro lado, está la función de «proteger»¹⁰, que implica una acción de cuidado a ciertos colectivos. Y, finalmente, la función de «promoción»¹¹, que busca la superación de esas situaciones.

En nuestro estudio, nos centraremos en la problemática que supuso la aprobación del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, derogado posteriormente por la Ley 19/2021, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital («IMV») ¹². Este nuevo mecanismo prestacional está dirigido «a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integra-

⁵ AYALA GARCÍA, S. (2018): «Marco jurídico-conceptual del sistema público de los servicios sociales», *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 24, pp. 225-234.

⁶ *Ibid.*, pp. 225 ss.

⁷ *Ibid.*, pp. 225 ss.

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos», *IgualdadES*, 1, 2019, pp. 19 ss.

⁹ ALGUACIL GÓMEZ, J. «La quiebra del incompleto sistema de Servicios Sociales en España», *Cuadernos de trabajo social*, 25, núm.1, 2012, pp.1 ss.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 1 ss.

¹¹ *Ibid.*, pp. 1 ss.

¹² Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, BOE núm. 54, de 1 de junio de 2020. Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2021.

das en una unidad de convivencia» (art. 1 IMV). En este sentido, el IMV se ha sustentado en el mandato constitucional que establece el artículo 41 CE, mencionado anteriormente, donde se especifica la necesidad de un régimen de Seguridad que actúe a través de un sistema de prestaciones sociales en situaciones de vulnerabilidad, pero también de la necesidad de una actuación positiva estatal que, de acuerdo con el artículo 149.1.1 CE, impone al Estado garantizar la uniformidad en el acceso a unas condiciones básicas y «la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1 CE)¹³. No obstante, el precepto principal competencial bajo el que se ha desarrollado es el artículo 149.1.17 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en el establecimiento de la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social.

Esta dualidad entre la descentralización de competencias y la responsabilidad estatal obliga a encontrar un balance que garantice la cohesión social y territorial. Es decir, la problemática de fondo radica en hallar el equilibrio entre, por un lado, la facultad del Estado central de intervenir con el fin de realizar «la cláusula social y eliminar los desequilibrios sociales y territoriales»¹⁴, junto con el establecimiento de restricciones a la participación del Estado «para evitar la posible subsunción de la asistencia social dentro del amplio número de títulos competenciales recogidos en el art. 149.1 CE»¹⁵, permitiendo así un espacio para el desarrollo autonómico¹⁶.

Nuestro trabajo se estructura de la siguiente manera: primero, delimitaremos el concepto de asistencia social, la diferenciación con el ámbito prestacional de la Seguridad Social y su desarrollo dentro de nuestro sistema competencial. A continuación, abordaremos la aproximación jurisprudencial al poder subvencional del Estado, el cual ha intervenido en materia asistencial mediante una acción protectora integrada en el sistema de Seguridad Social y qué ha supuesto la aparición del IMV. Esta prestación ha supuesto diversos recursos de inconstitucionalidad, el primero de ellos, interpuesto por el Gobierno de Cataluña contra diversas disposiciones del Real Decreto mencionado, resuelto

¹³ Constitución Española.

¹⁴ CAICEDO CAMACHO, N., «La utilización del poder subvencional del Estado en el marco de la asistencia social», *R.V.A.P.*, núm. 105, 2016, p. 355 ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 355 ss.

¹⁶ Véase CASADO; FANTOVA, F., «Los sistemas de bienestar en España: evolución y naturaleza». *Documentación Social*, núm. 186, 2017, pp. 55-80. La autonomía local, en la cual no podremos profundizar en este estudio, es otro aspecto esencial en el desarrollo de los sistemas de asistencia social. En este sentido, el desarrollo de nuestros sistemas asistenciales se organiza en dos ámbitos, como menciona el autor: el «técnico y administrativo» y, por otro lado, el segundo nivel de actuación, más cercano a la población, conocido como «atención primaria». La gestión administrativa en un nivel superior corresponde a las CC.AA., mientras que el ámbito de atención primaria se desarrolla a nivel local.

en la Sentencia del Tribunal Constitucional («STC») núm. 158/2021, de 16 de septiembre de 2021.

Posteriormente, analizaremos la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 158/2021. En dicha sentencia, la Magistrada Balaguer Callejón, M. L., emitió un voto particular que nos aproxima a la compleja relación entre el poder de gasto del Estado y su posible intervención, sin llegar a vaciar el ámbito competencial que corresponde a las Comunidades Autónomas. Así, en primer lugar, analiza la cuestión de cómo categorizar este tipo de ayudas y, por otro lado, la falta de distinción en la Sentencia entre el ámbito de la ejecución de la ayuda y el régimen económico de la Seguridad Social. Por último, se analiza la STC 19/2024¹⁷ que se pronuncia también sobre la disposición final trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022¹⁸.

2. LA NOCIÓN DE ASISTENCIA SOCIAL Y SU DELIMITACIÓN RESPECTO A LA SEGURIDAD SOCIAL ASISTENCIAL EN EL ESTADO AUTONÓMICO

El concepto de asistencia social ha estado intrínsecamente unido al afianzamiento de nuestro Estado social, así como a los cambios en la distribución de poder entre el Estado y las CC.AA. El recorrido histórico de la asistencia social está unido a la evolución de las estructuras de poder y la configuración del Estado. Durante el absolutismo, la idea de «caridad» transitó a la «beneficencia»¹⁹, con la influencia de la Ilustración y del liberalismo, hacia su «clarificación racional» y comenzar a entenderse un «servicio administrativo»²⁰. Por un lado, el proceso de estructurar «un sistema público de protección social» ha hecho necesario desarrollar la asistencia social desde una perspectiva jurídica garantista. Así, dejan de constituir meras «prestaciones fundadas en la benevolencia, el asistencialismo o la discrecionalidad administrativa»²¹.

¹⁷ Resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso.

¹⁸ Publicado en el BOE núm. 53, de 29 de febrero de 2024.

¹⁹ Un cambio en este modelo que estaba influenciado por el cambio en la mentalidad hasta el momento del «ideal cristiano de caridad» y los profundos cambios en el estudio de la cuestión social.

²⁰ ALONSO SECO, J. M., y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Estudios Jurídicos, 1997, pp. 1 ss. Como señala el autor, el Estado Liberal marca el inicio de esta incipiente asistencia que debe proporcionar el propio poder estatal. Desde sus inicios, en el siglo XIX, fueron los ayuntamientos y, posteriormente, las Diputaciones Provinciales, junto al Estado, quienes asumieron la responsabilidad de atender a la población con menos recursos.

²¹ ALONSO SECO, J.M., «Las nuevas leyes autonómicas de Servicios Sociales: Hacia un reconocimiento progresivo de los servicios sociales como derechos subjetivos», *Iustel*, núm. 45, pp.1-43.

Pero el mayor cambio de este concepto es la aparición de una serie de transformaciones sociales y la incipiente formación de un Estado social. El primer texto constitucional que recoge claramente este concepto fue la Constitución de 1931, que nos mencionaba que era necesaria su distinción del «seguro social»²². Así en su artículo 43 establecía «El Estado prestará asistencia a los enfermos y a los ancianos». Sin embargo, la Guerra civil supuso retornar al concepto de beneficencia²³.

Con la entrada en vigor de la Constitución y el Real Decreto 36/1978²⁴, esta función sería asumida por el Instituto Nacional de Asistencia Social, produciéndose así una transición hacia una verdadera asistencia social, alejada del concepto de beneficencia. Así, las Leyes de Beneficencia en el Estado Social, son innecesarias y anacrónicas, este pasa a ser un verdadero servicio público que debe tener los rasgos de universalidad²⁵ y se constitucionaliza una obligación de los poderes públicos proteger a la población más vulnerable ante «la caída en la exclusión social»²⁶. Tras el proceso de constitucionalización, esta materia fue incluida en el artículo 148.1.20 CE, bajo el concepto analizado de asistencia social, posibilitando que las CC.AA. asumieran dicha competencia en exclusiva. Como ha señalado la doctrina no podemos considerarla como una «esfera separada e incontaminada»²⁷ sin la garantía estatal de unos contenidos mínimos del Estado social.

La evolución de la propia concepción de Seguridad Social ha introducido cambios y ha ampliado el ámbito de actuación de la Seguridad Social, que tiene atribuida competencia exclusiva el Estado de acuerdo con el artículo 149.1.17 CE. Junto con el mandato del artículo 149.1.1 CE, puede interpretarse como una especie de evolución jurisprudencial que ha llevado a una «competencia transversal reconocida al Estado»²⁸. De esta manera, se ha configurado un sistema público estatal asistencial, especialmente con la inclusión de las llamadas «prestaciones no contributivas en el ámbito de la Seguridad Social»

²² ALONSO SECO, J. M., y GONZALO GONZÁLEZ, B., *op.cit.*, pp. 1 ss.

²³ *Ibid.* Como menciona el autor, durante la dictadura franquista, este sistema público de beneficencia estaba a cargo del Ministerio de Gobernación, y posteriormente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

²⁴ A partir de este momento, comienza ese traspaso con el Real Decreto 530/1985, de 8 de abril, que menciona su integración en el Instituto Nacional de Servicios Sociales de la Seguridad Social.

²⁵ ALONSO SECO, J. M., *op.cit.*, pp.1-43.

²⁶ ALGUACIL GÓMEZ, J., *op.cit.*, pp. 63 ss.

²⁷ LASA LÓPEZ, A., «El modelo social autonómico del constitucionalismo de mercado: cuando la garantía de la igualdad real se sustituye por la del coste de financiación», *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, 62, 2017, pp.123-151.

²⁸ QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2017, pp. 1-26.

(STC 239/2002). No obstante, es necesario delimitar la naturaleza de la asistencia social como un aspecto diferenciado, que no puede englobarse únicamente en el sistema de Seguridad Social, ya que, en sus inicios incluía a una parte de la población que no estaba cubierta por el Sistema de Seguridad Social y que no podía subsumirse en una «previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios»²⁹. El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social («LGSS»), incluye expresamente las «prestaciones asistenciales, complementarias a la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (art. 42.2 de la LGSS)»³⁰.

Estas prestaciones estatales crean una tensión con el ámbito asistencial reservado a las CC.AA. y la necesidad de garantizar la igualdad real entre los ciudadanos en el acceso y distribución de las ayudas. Hasta la fecha, los límites se han trazado jurisprudencialmente, estableciéndose relaciones de complementariedad de ambos títulos competenciales. De esta manera, el ámbito de actuación estatal se correspondería con la actuación interna al propio sistema de la Seguridad Social. Por otra parte, el artículo 148.1.20 CE, serían aquellas prestaciones ofrecidas fuera del sistema de seguridad social. En este sentido, la necesaria ejecución y asignación de recursos hace imprescindible «la búsqueda de mecanismos de cooperación y coordinación entre poderes, sin querer significar con ello una merma o menoscabo de títulos competenciales»³¹, permitiendo así «un modelo de desarrollo social solidario e integrado»³², especialmente en el plano económico, dado que se trata de un derecho con un claro contenido prestacional.

Por otro lado, la asistencia social se conceptualiza como una competencia exclusiva y un verdadero derecho subjetivo recogido en la mayoría de los estatutos de autonomía y en leyes autonómicas. Estos han recogido esta competencia exclusiva y han profundizado en esta cuestión. En el desarrollo de la legislación autonómica, se ha decidido utilizar la expresión «asistencia social», en contraposición con otros términos como «servicios sociales» o, en su caso, «acción social»³³. Sin embargo, ambos términos se utilizarán indistinta-

²⁹ MONEREO PÉREZ, L., «Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales», *Temas laborales*, 1, 2009, pp. 295 ss.

³⁰ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., «El Ingreso Mínimo Vital ante el Tribunal Constitucional: El problema de la delimitación competencial (A propósito de la Sentencia núm. 158/2021, de 16 de septiembre)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 31, 2022, pp. 125-143.

³¹ LASA LÓPEZ, A., *op.cit.*, 2017, pp. 123-151.

³² *Ibidem*, pp. 123 ss.

³³ PEMÁN GAVÍN, J. M., «La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general», *Documentación Administrativa*, núm. 271, 2005, pp.39 ss.

mente en el estudio. Dichos estatutos³⁴, especialmente los de segunda generación, reconocen exhaustivamente la asistencia social como un derecho subjetivo, tal como es el caso de Andalucía.

En el Estatuto de autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, se formuló como una competencia exclusiva en «Asistencia y servicios sociales. Orientación y planificación familiar»³⁵. Posteriormente, el nuevo Estatuto de autonomía, que se aprobó por Ley Orgánica de 2/2007, de 19 de marzo, esta materia está regulada en el artículo 61 EAA, cuyo título es «servicios sociales, voluntariado, menores y familias», en cuyo apartado primero, se establece que es una competencia exclusiva y que incluye: «a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública»³⁶. De esta manera, se articula un sistema de asistencia social inspirado en una protección social dirigida a la consecución del «principio de la solidaridad» y articuladas como «derechos subjetivos»³⁷. En este sentido, la doctrina ha tachado a veces la actuación autonómica de «ambiciosas metas y objetivos generales a perseguir que, a formular, con rigor y precisión, principios jurídicos perfilados y pautas normativas de carácter operativo»³⁸.

Esta necesidad de profundizar en prestaciones que garanticen un ámbito vital de desarrollo de la «dignidad» de la persona, y la necesidad de procurar «un mínimo vital»³⁹ que garantice su existencia, llevó a que las CC.AA., dentro de su ámbito competencial, empezaran a garantizar un derecho a unas condiciones básicas en términos de recursos económicos⁴⁰. A través de una serie de prestaciones autonómicas, por ejemplo, así, el artículo 23 EAA establece en

³⁴ CASADO, D., Y FANTOVA, F., *op.cit.*, pp. 55-80. Así, mencionan los autores: «En sus estatutos, todas las CC. AA. excepto la Región de Murcia tomaron competencia exclusiva en asistencia social».

³⁵ Decreto 304/1984, de 27 de noviembre, por el que se crea la Administración de los Servicios Sociales de Andalucía de la Seguridad Social («ASERSASS»). Tras la promulgación del Real Decreto 1752/1984, de 1 de agosto, publicado en el BOE el 3 de agosto de 1984 por el que se traspasaba a Andalucía las funciones y servicios del Instituto Nacional de Servicios Sociales.

³⁶ Anteriormente, bajo el título competencial recogido en el primer estatuto se había desarrollado la Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales en Andalucía derogada por la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, BOJA, núm. 248, de 29 de diciembre de 2016, en el BOE núm. 18, de 21 de enero de 2017.

³⁷ VAQUER CABALLERÍA, M., «El Ingreso Mínimo Vital desde la óptica del Derecho Público: Sus aportaciones al debate sobre el Estado social y autonómico», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 5, 2022, pp. 115-142.

³⁸ PEMÁN GAVÍN, J.M., *op.cit.*, pp.39 ss.

³⁹ VAQUER CABALLERÍA, M., *op.cit.*, pp.115-142.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 115-142. A nivel internacional, menciona el artículo 25 DUDH y el artículo 11 Pacto de Derechos Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las STC 113/1989 y 158/1993 se habían pronunciado en esta línea declarando la inembargabilidad del «mínimo económico vital del deudo».

el apartado primero que se garantizará el derecho a «acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales»; en el apartado segundo, se establece que existe un derecho a un mínimo vital, en caso de necesidad⁴¹. En el caso de Cataluña, la Ley 10/1997, de 3 de julio, estableció la renta mínima de inserción, la cual fue posteriormente derogada por la Ley 14/2017⁴², de 20 de julio, que regula la renta garantizada de ciudadanía, desarrollando el mandato recogido en artículo 24.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006.

En esta línea, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, conocida como «La Ley de dependencia», parecía clarificar la posibilidad de una protección básica y homogénea del derecho individual otorgado a las personas en materia asistencial, en consonancia con el mandato del artículo 149.1.1 CE. Esta ley se enmarca en un sistema de cooperación entre las distintas administraciones, además, con la consecuencia que se desarrolla un precedente en esta materia, permitiendo que las CC.AA. tuvieran la opción de colaborar con el Estado – para acceder a cierta financiación– o «decidir no participar en este segundo nivel y configurar su propio sistema autonómico adicional en todo lo que exceda el contenido mínimo común»⁴³.

Esta tendencia y la profundización de competencias estatales entre ambos niveles se ha visto muy influenciada por la capacidad de desarrollar estos derechos. En concreto, se ha visto afectada por la modificación del artículo 135 CE en el año 2011, que supuso la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, y la obligación de las administraciones de un déficit tendente a cero y, la priorización del pago de la deuda por encima en numerosos ámbitos del cumplimiento de derechos sociales. Esto tuvo un gran impacto en los sistemas de asistencia social a nivel autonómico, cuya realización se supeditaba a la posibilidad de contar con la existencia de un presupuesto. Lo que ha supuesto una «reducción considerable del papel de la Asistencia Social»⁴⁴.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 115-142. Como señala el autor, las diferencias con una Renta Básica Universal vienen marcadas por el carácter de universalidad: «alcance individual, universal e incondicional de aquella». Por el contrario, estas prestaciones también se destinan a familias vulnerables, deben ser nacionales o residentes legales por un tiempo determinado y están condicionadas a una participación en la búsqueda de empleo y en programas de inclusión.

⁴² Ley 14/2017, de 20 de julio, de la renta garantizada de ciudadanía, publicada en el BOE núm. 196, de 17 de agosto de 2017.

⁴³ MONTILLA MARTOS, J. A., «El debate competencial en torno a la Ley de dependencia», *Informe comunidades autónomas*, 2006, pp. 853-878. Sin embargo, esta ley también fue criticada como advierte el autor, ya que se entendía por el ejemplo en el dictamen del Consejo Consultivo de Cataluña que esta ley imponía «un determinado modelo de cooperación».

⁴⁴ MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *op.cit.*, pp. 125-143.

El incremento de la desigualdad en la población española tras la crisis económica, sumado a la insuficiencia, debilitamiento y fragmentación de las rentas autonómicas, ha sido puesto de manifiesto en diversos informes, entre los que destaca la Recomendación del Consejo al Programa Nacional de Reformas de 2018 de España. En este sentido, el preámbulo del Real Decreto por el que se establece el IMV expresa lo establecido en la Recomendación: «el impacto de las transferencias sociales en la reducción de la pobreza está por debajo de la media europea y está bajando. Los programas de garantía de rentas están marcados por grandes disparidades en las condiciones de acceso y entre regiones, y por la fragmentación de los programas destinados a diferentes grupos de individuos en búsqueda de empleo y gestionados por diferentes administraciones (punto 12)» (Preámbulo IMV). Este planteamiento ha sido reiterado en la Recomendación de 2019 y en el Pilar Europeo de Derechos Sociales de 2017. El IMV, por lo tanto, se configura como un complemento al marco de rentas mínimas autonómicas, respondiendo a las recomendaciones formuladas desde las instituciones europeas con el fin de superar la fragmentación y pobreza en ciertos sectores de la población, a los que el debilitado sistema de asistencia social autonómica tras la crisis del 2008 no podía responder adecuadamente por falta de recursos.

La introducción del IMV supone un cambio en el que el Estado asume una posición activa para garantizar una prestación básica dentro del sistema general de la Seguridad Social, complementando así el sistema autonómico de rentas mínimas ya establecido. En un primer momento, esta prestación nació con el objetivo de ayudar en las situaciones de necesidad y vulnerabilidad provocadas por el COVID-19, pero se establece posteriormente como prestación que «adquiere una vocación de permanencia al integrarse en el sistema de la Seguridad Social»⁴⁵. Se define como una prestación destinada a proteger situaciones de vulnerabilidad. Esta prestación está dirigida a individuos mayores «veintitrés años»⁴⁶ (art. 4 LIMV) como a unidades familiares que habiten en el mismo domicilio unidas por algún vínculo «matrimonial, pareja de hecho o por vínculo hasta el segundo grado» (art. 6.1 LIMV), siempre que estén en una situación de insuficiencia de recursos. Además, esta prestación no requiere «los requisitos generales de afiliación y alta en la Seguridad Social y de cotización durante un tiempo mínimo»⁴⁷.

⁴⁵ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El derecho a la prestación social del Ingreso Mínimo Vital», *Revista de Derecho político*, núm. 16, 2023, pp. 46-76.

⁴⁶ Excepcionalmente, establece: «las mujeres víctimas de violencia de género o trata de seres humanos y explotación sexual» y jóvenes en especial vulnerabilidad «de entre 18 y 22 años que provengan de centros residenciales de protección de menores» (art.4.1. b) LIMV).

⁴⁷ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., *op.cit.*, pp. 46-76.

Uno de los objetivos, tal como se menciona, es eliminar las diferencias entre los ciudadanos en la prestación de la renta mínima autonómica entre las CC.AA. De esta manera, se incluyen dentro de la «acción protectora de la Seguridad Social» (art. 2 Ley 19/2021) como ayudas no contributivas. No obstante, no significa la desaparición de las ayudas de las CC.AA., sino que estas se mantienen en su respectivo ámbito territorial. Estas prestaciones plantean una serie de cuestiones: ¿Hasta qué punto el ámbito de la asistencia social y las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social pueden solaparse? ¿Cuál es el alcance que puede asumir esa modalidad de la Seguridad Social? Por otro lado, ¿hasta qué punto este ingreso puede ser gestionado y, en parte, ejecutado por las CC.AA. dentro de las competencias que han asumido en materia de Seguridad Social? Es decir, ¿el gobierno ha asumido la totalidad de la gestión de esta prestación o era posible su transferencia a ciertas CC.AA.?

3. LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE LAS AYUDAS EN MATERIA ASISTENCIAL Y EL INGRESO MÍNIMO VITAL: LA UNIFORMIDAD FRENTE A LA TERRITORIALIZACIÓN DE LAS AYUDAS

La STC 158/2021 –sentencia que será analizada a continuación–, como anteriormente la STC 133/2019, suponen un intento de aclarar estas cuestiones, en las que el Tribunal resuelve entendiendo que lo importante es «la voluntad del propio Estado de incluir o no una determinada prestación dentro de la acción protectora de la Seguridad Social»⁴⁸. El artículo 149.1.17 CE es la pieza angular que atribuye al Estado la competencia exclusiva para la regulación del régimen económico, mientras que, como ya hemos señalado, ciertas competencias de ejecución de la Seguridad Social se han transferido a las CC.AA., como en el caso del artículo 165 del Estatuto de Cataluña.

La STC 158/2021, de 16 de septiembre, plantea el problema de que elimina la distinción previamente establecida por la jurisprudencia entre la legislación básica de la Seguridad Social y su régimen económico, considerados como materias diferentes bajo el artículo 149.1.17 CE. Esta diferenciación permitía hasta entonces incluir las prestaciones no contributivas en el ámbito

⁴⁸ JANINI DE LA QUADRA SALCEDO, T., «La competencia sobre gestión del ingreso mínimo vital: ¿Una competencia exclusiva del estado susceptible de traspaso?», *Revista general de derecho constitucional*, núm. 37, 2022, pp. 1-28.

de la Seguridad Social, «pero no en su régimen económico, y con ello admitir su gestión autonómica»⁴⁹.

3.1 Estado de la Cuestión Jurisprudencial: Territorialización de Ayudas y Ámbito de Actuación del Sistema de Seguridad Social y Asistencia Social

En primer lugar, debemos prever que las competencias entre la Seguridad Social asistencial y la competencia asistencial no deben confundirse, como hemos mencionado, es decir, que tales competencias sean «exclusivas», no significa necesariamente «excluyentes»⁵⁰. La primera jurisprudencia relevante, entre la que destaca la STC 146/1986, señala que el Estado puede intervenir a través de su poder de gasto público, en el marco de las llamadas «medidas de fomento» (STC 146/1986)⁵¹. La definición de esta competencia de las CC.AA. se intenta delimitar a partir de la STC 148/1986⁵², que determinó la inexistencia de un conflicto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁵³. Esta jurisprudencia se complementa con otras sentencias que han sentado las bases de la distribución territorial dentro del Estado, entre ellas, fundamental la STC 76/1983.

Esta problemática distinción entre la Seguridad Social asistencial y la asistencia social como competencias propias plantea una compleja línea de separación. En la STC núm.146/1987, se inicia una «jurisprudencia casuística»⁵⁴ que examina los límites de cada ámbito, delimitando una parte «interna al Sistema de Seguridad Social, de competencia estatal, y la asistencia social externa, de competencia exclusiva de la comunidad autónoma»⁵⁵. Esta asistencia social interna encuentra amparo en el mandato constitucional de la Seguridad Social, recogido en el artículo 41 CE. De esta manera, dicho precepto constitucional remarca el carácter asistencial de la Seguridad Social es-

⁴⁹ SÁENZ ROYO, E., «Protección social asistencial y estado autonómico: cuestiones resueltas y cuestiones pendientes», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 24, 2022, pp. 58-69.

⁵⁰ MONEREO PÉREZ, L., *op.cit.*, pp. 295 ss. Así, en referencia a la STC 146/1986 decía, siempre entendiendo que, la asistencia social son medidas no únicamente integradas en el sistema de seguridad social. En este sentido, debe entenderse la remisión que hace el artículo 148.1.20 de la CE.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 295 ss.

⁵² Publicada en el BOE de 10 de diciembre de 1986.

⁵³ HERNÁNDEZ-ECHEGARAY, A., «Retos de los Servicios Sociales en España según la opinión experta en Trabajo Social», *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 26, 2019, pp. 123-150.

⁵⁴ MONTILLA MARTOS, J. A., *op.cit.*, 2006, pp. 853-878.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 853-878.

pañola, lo que implica que no pueda limitarse a un sistema meramente contributivo, sino que se extiende a más situaciones de ayuda.

En sentencias posteriores, se precisaría esta cooperación y poder prestacional del Estado que incide directamente en cómo pueden las autonomías desarrollar este derecho social. Un punto esencial de partida es la STC 13/1992⁵⁶, de 6 de febrero, la citada sentencia está intrínsecamente unida a un desarrollo del «Estado de las autonomías»⁵⁷. No obstante, la mayor dificultad en esta materia fue tras la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de las pensiones no contributivas y su interrelación con la asistencia social –competencia exclusiva autonómica–, como se señala en la STC 239/2002, de 11 de diciembre. Desde esa sentencia se establece, en su fundamento tercero, que las llamadas situaciones de necesidad no constituyen un concepto estático, sino que derivan de una evolución de la propia estructura de la Seguridad Social.

Esto ha supuesto una serie de conflictos competenciales sobre el ámbito competencial del Estado en materia social. La cuestión se trataba en dilucidar si el Estado había vulnerado ese orden competencial al no territorializar las ayudas y hasta donde puede alcanzar el ámbito de actuación del Estado en materia de Seguridad Social por la vía del artículo 149.1.17 CE. Ejemplos de ello en otras materias, las STC 26/2013⁵⁸ y 78/2014⁵⁹, sobre inmigración, donde el TC concluía que el Estado no podía asumir toda la tramitación y gestión de las ayudas ya que estaría invadiendo las competencias ejecutivas que se

⁵⁶ CAICEDO CAMACHO, N., *op.cit.*, p. 355 ss.

⁵⁷ Véase AYMERICH CANO, C., «Subvenciones y Estado Autonómico», *R.V.A.P.*, núm. 97, 2013, pp. 221-257. Como señala el autor, la STC 13/1992, de 6 de febrero, es fundamental ya que aclara la cuestión de la autonomía financiera autonómica y cómo se articula en el desarrollo competencial. Por otro lado, especifica que el poder del Estado le permita atribuir fondos, como indica el autor «a cualesquiera finalidades lícitas, sean o no de competencia estatal», señalando que no está limitado por la atribución competencial en esa materia.

⁵⁸ La STC 26/2013 resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña sobre la Orden TIN/2158/2008, de 18 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones a entidades locales para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes, y la resolución de 11 de agosto de 2008, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes. La cuestión de fondo fue determinar si la Administración estatal había excedido sus competencias centralizando la gestión de estas. Finalmente, se estima parcialmente que existe un conflicto positivo de competencia, en relación con la gestión y la regulación del procedimiento de tramitación, resolución y pago de las subvenciones de la Orden, por entender que estas funciones de gestión estarían dentro de las competencias ejecutivas autonómicas.

⁵⁹ La STC 78/2014, de 28 de mayo, resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por la Xunta de Galicia con respecto a la resolución de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes de 16 de julio de 2009, por la que se convoca la concesión de subvenciones a municipios, mancomunidades de municipios comarcas para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes. Igualmente, reitera la doctrina de las SSTC 13/1992, de 6 de febrero, y 26/2013, entiende que existe un conflicto competencial positivo y que le corresponde a la Xunta de Galicia la gestión de estas subvenciones dentro de su competencia sobre asistencia asistencial.

han reconocido a las CC.AA. en esta materia. Así como la cuestión sobre las ayudas de la vivienda que se entendió que el Estado debía compartir estas materias, y que el artículo 149.1.14 CE, no significa la posibilidad de que el Estado abarcara todo el espacio de ayudas en vivienda.

Por último, la STC 133/2019, resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco, donde se declara la inconstitucionalidad de la disposición adicional centésima vigésima de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Dicha inconstitucionalidad se refiere específicamente al apartado que establece que el órgano encargado de la gestión de la prestación es la «oficina de prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal que le corresponda por su domicilio», así como la «previa reclamación ante el Servicio Público de Empleo Estatal» previsto en los artículos 6.3 y 7.3 de esta ley.

En esta sentencia, se establece claramente la posibilidad de que ciertas competencias de gestión de ayudas sean atribuidas a las CC.AA., pero entendiendo que otras prestaciones, como «el subsidio extraordinario de desempleo que forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social y su encaje constitucional queda amparado en el art. 149.1.17 CE»⁶⁰. De esta forma, el TC concluye la posibilidad de que las CC.AA. asuman ciertas competencias en materia de gestión, y como ha señalado la doctrina, se debe superar el carácter de: «exclusividad legislativa para el Estado Central, exclusividad ejecutiva para las Comunidades Autónomas, pues el carácter transversal u horizontal de la materia sobrepasa los límites de un único título de habilitación competencial»⁶¹.

3.2 Conflicto Competencial en la STC 158/2021: Análisis y Alcance

El IMV es una ayuda que, como hemos adelantado, se gestiona íntegramente como una prestación de la Seguridad Social, cuya competencia se ha encuadrado dentro de los límites del artículo 149.1.17 CE. De esta manera, el IMV está delimitado en el artículo 2 de la Ley en el ámbito de la Seguridad Social, invocando su competencia del artículo 149.1.17 CE, que le reconoce no solo competencias «legislativas, sino también ejecutivas»⁶², frente a la uti-

⁶⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Delimitación de competencias en el marco de la gestión de ayudas económicas del sistema nacional de garantía juvenil. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2019, de 13 de noviembre», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 36, 2023, pp. 389-398.

⁶¹ *Ibid.*, pp.389-398.

⁶² VAQUER CABALLERÍA, M., *op.cit.*, pp.115-142.

lización de otro título, como el artículo 149.1.1 CE, que hubiera resultado más «incierto y limitado»⁶³. Este precepto se refiere al poder del nivel central de asegurar que, independientemente de la CC.AA., existe un mínimo común de derechos, iguales para todos los ciudadanos.

En este contexto, la Generalitat de Cataluña plantea un recurso de inconstitucionalidad, al considerar que, conforme a las competencias autonómicas reconocidas en su Estatuto de Autonomía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 165.1 EAC y en el desarrollo jurisprudencial aplicable, reflejado en las SSTC 46/1985, 195/1996⁶⁴, le deberían ser transferidas determinadas competencias ejecutivas en relación con el IMV. Como señala, esta atribución competencial ha sido, además, expresamente reconocida para los territorios forales, conforme a lo previsto en la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley.

En primer lugar, la cuestión que planteábamos como problemática principal, relativa a los límites entre el IMV y las rentas mínimas autonómicas –desarrolladas dentro de la competencia exclusiva de las CC.AA.– no ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. Es en el voto particular donde la magistrada BALAGUER CALLEJÓN, M.L., parte de esta naturaleza complementaria para aproximarnos a la problemática distinción de estas dos ayudas. La cuestión de fondo que se dirime en la sentencia es de ámbito competencial. En ella, no se trata tanto de la delimitación de la «naturaleza o necesidad» (Voto particular Balaguer Callejón, M.L.) en sí del IMV, como veremos a continuación, lo que hubiera sido necesario que el Tribunal Constitucional planteara.

En contraste, la cuestión se ha centrado en si las competencias transferidas en materia de Seguridad Social incluyen una reserva de esas facultades ejecutivas sobre el IMV. En este sentido, la problemática de la sentencia se plantea en torno a hasta qué punto las CC.AA. pueden asumir competencias sobre el IMV, o si esta prestación debe ser gestionada únicamente por el órgano gestor de la Seguridad Social, el INSS. En concreto, el núcleo del debate se centra en si las CC.AA. deben gestionar parte de la organización necesaria para la tramitación del IMV; es decir, «la ventanilla ante la que el ciudadano debe solicitar la nueva prestación debe ser autonómica» (Voto particular María

⁶³ *Ibid.*, pp.115-142.

⁶⁴ «1. Corresponde a la Generalitat, en materia de Seguridad Social, respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social, la competencia compartida, que incluye: a) El desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico. b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social. c) La organización y la gestión del patrimonio y los servicios que integran la asistencia sanitaria y los servicios sociales del sistema de la Seguridad Social en Cataluña. e) el reconocimiento y gestión de las pensiones no contributivas» (art.165.2 EAC).

Luisa Balaguer). Es decir, si las CC.AA. deberían asumir ciertas facultades de tramitación de la ayuda y, reconocimiento y control de la prestación, aunque la legislación básica y el régimen económico sigan siendo estatales.

En primer lugar, el encuadre de esta competencia, según señala la Generalitat, con la similitud entre la «renta garantizada de ciudadanía» (FJ 5.º) (ayuda de asistencia social autonómica) y, por otro lado, el IMV, es rechazado por el Tribunal Constitucional. Este rechazo se da como respuesta a la pretensión de justificar sus competencias en todo lo relativo a prestaciones asistenciales, concluyendo que la competencia exclusiva de las CC.AA., recogida en el artículo 148.1.20 CE, en el caso de Cataluña también incorporada en su Estatuto de Autonomía, en el artículo 166 EAC, no implica un poder absoluto en todo lo relacionado con las prestaciones sociales. El Tribunal Constitucional interpreta que esto supondría otorgar «un significado omnicomprendivo que engloba tanto a las prestaciones sociales que le son propias en virtud de los citados preceptos, como a las que, con tal carácter asistencial, forman parte del sistema de la Seguridad Social conforme al art. 149.1.17 CE» (FJ 5.º). Como ya se ha expuesto y se vuelve a afirmar en el voto particular, en referencia a la Sentencia 239/2002, donde se distingue entre una «asistencia social interna» (SSTC 33/2014, 239/2002), en la que actualmente se integran «las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación» (Voto particular Balaguer Callejón, M.L.) en el sistema de Seguridad Social, y una «asistencia social externa» (FJ 5.º, Sentencia 239/2002) que queda atribuida a las CC.AA.

El Tribunal reitera la necesidad de que, dentro del Sistema de Seguridad Social, conforme a los mandatos del artículo 41 CE, se garantice la provisión de prestaciones para situaciones de necesidad y vulnerabilidad. En este contexto se encuadra el IMV. No obstante, aunque reconoce que la Generalitat posee competencia exclusiva en materia de asistencia social, esto no impide que el Estado, mediante otros mecanismos, como los previstos en el artículo 149.1.17 CE, ejerza sus competencias (tal como se menciona en las SSTC 31/2010; 239/2010).

En segundo lugar, el TC analiza la cuestión sobre las competencias ejecutivas transferidas a las CC.AA., determinando que estas no pueden comprometer la unidad del sistema económico de la Seguridad Social. Específicamente, establece que dichas competencias no deben generar «directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos» (FJ 4.º), ni «cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social» (FJ 5.º) en el ejercicio de sus derechos. Las facultades autonómicas, en definitiva, están limitadas por las competencias exclusivas sobre «la gestión del régimen económico» (FJ 4.º) que la Constitución asigna al Estado «en garantía de la unidad y solidaridad del sistema

público de Seguridad Social» (FJ 4.º, en referencia a la STC 124/1989, de 7 de julio, FJ 3.º). En este sentido, retomando la STC 124/1989, se justifica la necesidad de garantizar la igualdad entre todos los ciudadanos. Esta Sentencia establece que, en relación con las competencias autonómicas, el parámetro de control debe centrarse en su compatibilidad con el mantenimiento de la unidad económica del sistema de Seguridad Social, con el fin de garantizar la igualdad y uniformidad en las prestaciones de todos los ciudadanos.

El Tribunal concluye que las disposiciones impugnadas corresponden al Estado ya que son «legislación básica» (FJ 4.º) y, además, abarcan el régimen económico de la Seguridad Social. Por lo tanto, no se corresponderían únicamente a la «organización y administración» (FJ 4.º). En consecuencia, el Tribunal afirma que todas las normas, tanto las relativas a la tramitación como a la reclamación, tienen una incidencia «en los ingresos y los gastos en su caja única» (FJ 5.º)⁶⁵ y suponen no únicamente «meros actos de ejecución de la legislación de Seguridad Social, sino la asunción de la gestión de la prestación y de las potestades ejecutivas que la misma conlleva, incluidas las que afectan al régimen económico del sistema» (FJ 5.º). Por último, el TC establece, de manera controvertida, que de acuerdo con el artículo 149.1.17 CE, las competencias estatales abarcan todos los aspectos relativos al reconocimiento de la prestación, es decir, iniciar el proceso, tramitación, resolución, revisión y control, debido a su incidencia en la caja única de la Seguridad Social.

Esta Sentencia suscita dos cuestiones con respecto a la jurisprudencia anterior: plantea dudas si era una modificación sustancial de su línea jurisprudencial, e incluso se ha llegado a afirmar que implica «la negación de algunos de los principios esenciales que venían fundando hasta ahora nuestro modelo de distribución de competencias»⁶⁶, y si confirma una dirección del Estado a proceder mediante «una regulación expansiva»⁶⁷ en materia de Seguridad Social sin dejar espacio a la actuación autonómica. Mientras que hasta la fecha había sido el Tribunal Constitucional el que había admitido la posibilidad de cierta territorialización, entendiendo la capacidad de gestión de las CC.AA. en su fase administrativa, siempre que no incidieran en la caja única. Además, en este caso la territorialización del IMV, no habría supuesto dificultades para transferir estos recursos ya que «desde su establecimiento, pueda ser administrada por el nivel territorial que tenga competencias en esta materia»⁶⁸, siendo

⁶⁵ Mención a la STC 124/1989, FJ 3.º

⁶⁶ JANINI DE LA QUADRA SALCEDO, T., *op.cit.*, 2022, pp.1-28.

⁶⁷ CAICEDO CAMACHO, N., *op.cit.*, p. 355 ss.

⁶⁸ JANINI DE LA QUADRA SALCEDO, T., *op.cit.*, 2022, pp.1 ss. En este sentido, menciona que, por ejemplo, otra serie de competencias que han sido transferidas a las CC.AA., como el caso de prisiones, sí

una ayuda nueva que no tenía asignados una serie de estructuras y recursos preexistentes a nivel estatal ⁶⁹.

3.3 **Análisis del Voto Particular de la magistrada María Luisa Balaguer sobre el Ingreso Mínimo Vital y la Asistencia Social en el Marco de la Seguridad Social**

El voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, M. L., al que se adhiere el magistrado Xiol Ríos, señala las dos cuestiones esenciales. En primer lugar, la magistrada señala que no se llega a aclarar «las dos dimensiones competenciales que engloba este título». Por otro lado, la falta de una «categorización de este tipo de ayudas sociales» (Voto particular Balaguer Callejón, M.L.) en la sentencia que impide analizar la raíz del problema sobre la asistencia social y su relación con un ámbito de la Seguridad Social prestacional.

Para analizar este voto particular, comenzaremos por la cuestión esencial: el encuadramiento de esta prestación en el título competencial del artículo 149.1.17 CE, dentro del ámbito de la Seguridad Social. Como se señala, es necesario primero desarrollar una argumentación para entender también la «existencia de este tipo de prestaciones económicas directas» (Voto particular Balaguer Callejón, M. L.). Del análisis que realiza la magistrada del marco en el que se desarrolla el IMV ⁷⁰, surgen dos cuestiones: una, su orientación al mercado laboral y la necesidad de combinación con mecanismos de «reintegración»; y la segunda, una «obligación positiva de desarrollo» (voto particular Balaguer Callejón, M.L.).

La magistrada expone que la aprobación del Real Decreto 20/2020 supone un compromiso que las CC.AA. ya habían desarrollado en su ámbito competencial. El IMV vino a completar y dotar de uniformidad esta prestación a nivel estatal. En este sentido, la problemática esencial de la sentencia radica en que no se explica adecuadamente la «reconsideración del encuadre que formula la sentencia» (Voto Particular Balaguer Callejón, M.L.). Esto es especialmente relevante porque las CC.AA. ya estaban ejerciendo su competencia en materia social a través de las rentas mínimas de inserción, lo que plantea la

suponían una verdadera transferencia de recursos, ya que se incluyeron, como señala: «tanto medios materiales (las prisiones) como de medios personales (los funcionarios)».

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 1-28.

⁷⁰ Véase, a nivel supranacional, la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, nos recuerda que «toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida» (Punto 14).

cuestión de por qué el IMV debe gestionarse y encuadrarse dentro de la acción protectora de la Seguridad Social.

El voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, M. L., nos aproxima a esta cuestión partiendo de su jurisprudencia previa, la cual «marca los límites entre el artículo 149.1.17 CE, en materia de Seguridad Social, y el artículo 148.1.20 CE, relativo a la asistencia social» (Voto particular María Luisa). Como ya mencionábamos, sería más adecuado explicar esta actuación dentro del ámbito «interno» al sistema de la Seguridad Social, y otra actuación «externa» que no afecta al modelo de la caja única. Tal como señala, este razonamiento es el que podría extenderse al IMV y a las rentas autonómicas de inserción, considerando al primero parte del patrimonio y de la caja única del sistema de Seguridad Social con el objetivo de garantizar la igualdad entre los ciudadanos en el acceso a esta prestación.

Por otra parte, las segundas se desarrollarán dentro de otro marco competencial en la asistencia social, siendo externas al Sistema de la Seguridad Social y complementarias a este. Esto tiene dos consecuencias: por un lado, que las rentas autonómicas vienen a completar un sistema de protección que debe seguir existiendo son «técnicas de protección distintas» (Voto particular Balaguer Callejón, M.L.), ya que las situaciones de necesidad que abordan siguen afectando a la población. Sin embargo, su encuadre es dentro de un sistema complementario a uno universal que cubre a toda la población, tal como se señala: «para garantizar el igual acceso de toda la ciudadanía a ese montante económico mínimo, que se considera imprescindible para superar condiciones de pobreza severa» (Voto particular Balaguer Callejón, M. L.).

En conclusión, comparto la opinión que ni el fundamento jurídico tercero ni el quinto abordan esta cuestión de garantizar un mínimo común, ni trata la cuestión de la distribución de competencias para hallar una naturaleza compartida, como sí identificó la STC 239/2002. Así, estos mecanismos solo buscan garantizar una mayor uniformidad y acceso equitativo a las prestaciones, y no deben implicar un menoscabo del modelo de asistencia social que venían gestionando las CC.AA. Este modelo debe reforzarse mediante un mejor sistema de financiación autonómica que dote a las CC.AA. de los recursos necesarios para sostener dichos mecanismos de protección.

Por otro lado, la cuestión de la distribución competencial y la capacidad de ejercer ciertas competencias ejecutivas dentro del régimen económico de la Seguridad Social las CC.AA., a las cuales hasta la fecha se le habían reconocido ciertas competencias compartidas de gestión, siempre que no afectaran al régimen económico. Como señala la magistrada, el problema radica en una confusión entre el ámbito competencial de la Seguridad Social y su «régimen

económico de la Seguridad Social» como ya se había establecido en Sentencias, como la STC 195/1996, de 28 de noviembre (Voto particular Balaguer Callejón, M.L.). Del análisis de la sentencia, como señala, se desprende que esta cuestión no se delimita de la misma manera en que se había interpretado hasta la fecha. Así, la magistrada sostiene:

«La sentencia confunde, a mi juicio, la facultad de regular el modelo de gestión de las prestaciones, con la facultad para gestionar el modelo previamente diseñado. Y si estamos hablando de la materia competencial de Seguridad Social, como es el caso, la regulación del modelo puede ser estatal, pero no lo será su puesta en práctica. Las comunidades autónomas tienen la totalidad de las competencias ejecutivas en materia de Seguridad Social según el desarrollo jurisprudencial dado hasta la fecha al art. 149.1.17 (por todas reléanse las SSTC 46/1985, de 26 de marzo, FJ 2, y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 6)» (voto particular Balaguer Callejón, M. L.).

La única solución posible sería entonces, como específica, que se hubiera señalado correctamente por qué nos encontramos ante el régimen económico de la Seguridad Social, donde el Estado tiene una clara competencia ejecutiva para mantener esa unidad, no solo regulatoria, sino material, con el fin de preservar los «principios de caja única y solidaridad financiera» (voto particular Balaguer Callejón, M.L., en referencia a la STC 124/1989). En este sentido, se debería haber seguido la línea jurisprudencial de la STC 133/2019, en la que se declara la competencia estatal, como hemos mencionado, sobre el subsidio extraordinario de desempleo porque afecta a la unidad del régimen económico de la Seguridad Social

No obstante, la magistrada también contempla la transferencia de ciertas competencias ejecutivas a las CC.AA., siempre que no afecten a la «unidad del sistema» ni se generen «desigualdades entre los ciudadanos» (voto particular Balaguer Callejón, M.L.). En este sentido, concluye que, al haber asumido la Generalitat ciertas competencias ejecutivas en ciertas prestaciones –al no estar ante la cuestión de las «condiciones de reserva» (voto particular Balaguer Callejón, M.L.)– y dado que no se cuestiona la unidad del sistema, así como al encontrarnos con una prestación de requisitos reglados «cerrados» (voto particular Balaguer Callejón, M.L.), se podrían haber transferido estas competencias de gestión, aunque «la normativa aplicable sea enteramente estatal» (voto particular Balaguer Callejón, M.L.). En esta línea, se ha pronunciado el profesor De la Quadra Salcedo: «El convenio es posible que se exija en la normativa estatal para coordinar el ejercicio de las competencias respectivas y garantizar así la unidad del

modelo, pero no determina la titularidad de la competencia autonómica que no proviene del convenio sino del bloque de constitucionalidad»⁷¹.

4. LA SENTENCIA 19/2024, DE 31 DE ENERO: ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE GESTIÓN EN LOS TERRITORIOS FORALES Y EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La Sentencia 19/2024, de 31 de enero, resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado por el grupo parlamentario de VOX en el Congreso de los Diputados. En ella se plantea nuevamente la cuestión sobre el IMV y la distribución competencial, en concreto, la posibilidad de otorgar a la Comunidad Autónoma del País Vasco y a la Comunidad Foral de Navarra competencias que se entendían dentro del ámbito competencial reservado al Estado en virtud del artículo 149.1.17 CE. Específicamente, la transferencia a estas CC. AA. de una serie de funciones y servicios en lo relativo a la prestación del IMV, de acuerdo con la Disposición final trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, en la cual se transfiere a las CC.AA. de régimen foral «en atención al sistema de financiación de dichas haciendas forales»⁷², la posibilidad de realizar el pago de la prestación del IMV.

Los recurrentes del grupo parlamentario VOX argumentaron que esta transferencia de competencias implicaría la primera situación en la que el principio de Caja Única de la Seguridad Social se fragmentaría. En este sentido, el grupo parlamentario argumenta que esta transferencia de competencias supone la posibilidad para que las mencionadas comunidades forales gestionen y paguen directamente el IMV. Según su posición, podría interpretarse como una ruptura del modelo centralizado de gestión de la Seguridad Social, que hasta entonces se había regido bajo el principio de una Caja Única.

La defensa se articuló argumentando la especificidad de las haciendas forales y en sus competencias específicas recogidas en el artículo 18.2 Estatuto de Autonomía del País Vasco (en adelante «EAPV»)⁷³. Además, la disposi-

⁷¹ JANINI DE LA QUADRA SALCEDO, T. «La competencia sobre gestión del ingreso mínimo vital: ¿Una competencia exclusiva del estado susceptible de traspaso?», *Revista general de derecho constitucional*, núm. 37, 2022, pp. 1-28.

⁷² Disposición final trigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

⁷³ «a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social.»

ción quinta en el EAPV establece que, para el ejercicio de esa competencia, es necesario el establecimiento de convenios a través de una Comisión Mixta. A través de dichos convenios, se regula la transferencia de ciertas competencias de gestión del régimen económico de la Seguridad Social. Sin embargo, subrayan manteniendo siempre el «carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad» (FJ 1.º, en referencia a disposición quinta del EAPV) ⁷⁴ del Sistema de Seguridad Social.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional precisa los límites del ámbito del régimen económico de la Seguridad Social, remitiéndose a la STC 158/2021, en su Fundamento Jurídico Quinto (mencionado anteriormente), es el Estado el encargado de establecer el «modelo de gestión» (FJ 4.º) que permita garantizar la igualdad y la unidad del sistema. No obstante, a diferencia de la anterior sentencia, estableciendo que, se pueden otorgar ciertas potestades de gestión de acuerdo con las especificidades del régimen económico foral. Así, el Tribunal Constitucional en la STC 19/2024 admite la posibilidad de celebrar convenios con el Estado para la gestión de prestaciones de la Seguridad Social, siempre y cuando «no comprometan la caja única ni el modelo unitario de Seguridad Social» (FJ 4.º) y a la Tesorería General de la Seguridad Social como el órgano gestor de la referida «caja única del sistema». De este modo, la Sentencia deja claro el modelo unitario del Sistema de Seguridad Social, pero admite la posibilidad de asumir competencias ejecutivas de gestión a través de Convenios.

Además, en la cuestión más controvertida, el pago de esta prestación, entiende que la «financiación foral sí juega un papel diferencial en cuanto a la ejecución material del pago de la prestación» (FJ 5.º). La argumentación se centra en las especificidades del sistema financiación, el sistema tradicional de «concierto y convenio económico» (FJ 5.º), como así dispone su artículo 41 EAPV, apoyándose en el desarrollo legislativo que ha supuesto en materia de Seguridad Social, desarrollado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el concierto, y en el artículo 45 LORAFNA, desarrollado por la Ley 28/1990. El TC concluye que su «singularidad» (FJ 5.º) implica que puedan tener una serie de particularidades y asumir el desembolso del IMV, que se descuenta de su aportación al llamado «cupo» (FJ 5.º). Se entiende que, de esta manera, no se descompone el sistema de caja única de la Seguridad Social, gestionado por la TGSS. Por el contrario, las entidades afrontan «el pago de la

⁷⁴ Igualmente, se menciona el carácter unitario y la solidaridad como principios en el artículo 54.1 de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, fija las competencias análogamente al artículo 18.2 EAPV.

prestación conforme a su específico sistema de financiación foral, sin menoscabo de la TGSS ni de la titularidad estatal de sus fondos» (FJ 5.º).

5. CONSIDERACIONES FINALES

En este homenaje, hemos intentado poner de manifiesto la tensión constante entre el ámbito de actuación de las prestaciones de la Seguridad Social y, por otro lado, el ámbito competencial de la asistencia social de carácter autonómico. Ciertamente, como hemos analizado, estas dos disposiciones, por un lado, las que atribuyen al Estado «la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.17 CE), y, por otro, la necesidad de asegurar que se respete la competencia autonómica exclusiva de la «Asistencia Social» (art. 148.20 CE), son fuente constante de jurisprudencia para aclarar el ámbito competencial del Estado y el de las CC.AA.

Actualmente, la acción de la Seguridad Social se ha extendido con la introducción de las prestaciones no contributivas por el Estado. Como se ha indicado previamente, la introducción del IMV ha supuesto un paso más, modificando la situación preexistente, obligando en muchos casos a las CC.AA. a reconsiderar su régimen de prestaciones para evitar «sobrepotecciones, solapamientos o duplicidades de coberturas»⁷⁵, lo que podría generar «confusión e inseguridad jurídica»⁷⁶. Además, ya se ha advertido que, en el futuro, la existencia del IMV podría reemplazar a las «rentas mínimas autonómicas», especialmente en aquellos casos donde su cuantía sea inferior a la del IMV⁷⁷.

La línea jurisprudencial se había establecido entre estos dos ámbitos de actuación, admitiendo la propia evolución del ámbito de protección del Sistema de Seguridad Social como se recoge en la STC 239/2002. De esta manera, el ámbito asistencial de la Seguridad Social no está condicionado, en la actualidad, por aquellos casos en los que los sujetos están bajo una modalidad contributiva, es decir, por la concurrencia de una determinada contingencia. Esto ha significado la cobertura de personas sin recursos suficientes, invalidez, vejez, prestaciones familiares no contributivas como la orfandad, y, actualmente, el Ingreso Mínimo Vital: «responden a la concepción evolutiva del propio sistema de la Seguridad Social y de la libertad de configuración» (STC 133/2019, FJ 5.º). No

⁷⁵ DELGADO DEL RINCÓN, L.E, *op.cit.*, pp. 46-76.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 46-76.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 46-76.

obstante, se establece que esto no supone que las CC.AA. no puedan desarrollar y mantener sus propias prestaciones dentro de su ámbito competencial exclusivo de la asistencia social, en una relación de complementariedad.

Por otro lado, como señala la magistrada, se había reconocido que dentro del sistema de la Seguridad Social existía la posibilidad de que las CC.AA. ejercieran ciertas competencias ejecutivas instrumentales, siempre que no afectaran al modelo de «caja única», como se menciona en la STC 133/2019. La STC 158/2021 marcó un alejamiento de esta línea jurisprudencial y no admitió el espacio de actuación autonómica que hasta entonces se había considerado. La cuestión que intenta resolver la sentencia es dónde establecer los límites entre garantizar una uniformidad en el acceso a las prestaciones para todos los ciudadanos y, al mismo tiempo, qué debe entenderse por «legislación básica» y «régimen económico». En esta Sentencia 158/2021, se concluye que la Generalitat de Cataluña no puede asumir tales competencias porque se fragmentaría este modelo de caja única.

El voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer viene a resaltar, por un lado, la falta de categorización de estas ayudas en la Sentencia que hasta la fecha se habían encuadrado dentro de la Seguridad Social en el marco de la propia evolución del sistema prestacional. Por otro lado, de acuerdo con lo expuesto en el voto particular, debe existir un equilibrio entre las competencias ejecutivas reconocidas al Estado y las competencias de gestión otorgadas a las CC.AA., de manera que esto no interfiera ni menoscabe la competencia estatal en materia de recursos de la Seguridad Social, ni provoque disparidades en las prestaciones entre los ciudadanos al cumplir con sus obligaciones y ejercer sus derechos ante la Seguridad Social. Siguiendo el criterio de interpretación hasta la fecha establecido, es decir, la necesidad de garantizar la llamada «caja única» para asegurar la «unidad y uniformidad» y la «igualdad» (voto particular Balaguer Callejón, M. L.) en la asignación de recursos para la satisfacción de derechos, permitiendo, no obstante, que estas asumieran, como hemos mencionado, ciertas competencias de gestión. Como ejemplo de ello se señalan otros ámbitos, como las prestaciones no contributivas por jubilación o invalidez. En consecuencia, este voto particular viene a concluir que la Sentencia no ha precisado correctamente el límite entre la ejecución de la Seguridad Social y su régimen económico.

Frente al pronunciamiento en la STC 158/2021, la STC 19/2024 resuelve otro conflicto competencial en relación con las competencias asumidas por las Comunidades Forales en la gestión y pago del IMV; el TC concluye en este caso que estas competencias no alteran el modelo de caja única. Por otro lado, plantea la cuestión de si las Comunidades Forales puedan asumir competen-

cias que hasta la fecha venían siendo responsabilidad del Instituto Nacional de Seguridad Social, y, dadas las especialidades de su sistema de financiación, estima que puedan asumir incluso la función del pago de la prestación. En ambos casos, el TC entiende que estas Comunidades pueden asumir tanto la competencia de gestión a través de la firma del correspondiente convenio como el propio pago de la prestación debido a su sistema de financiación.

En este contexto, resulta difícil entender por qué, en la STC 158/2021, la Comunidad Autónoma de Cataluña no pudo asumir la gestión, siempre y cuando se respetara el modelo de caja única y los principios de igualdad y unidad del sistema, como ya vino a señalar la magistrada: «no existe margen alguno para que el Estado asuma facultades ejecutivas, y hubiera debido estimarse el recurso de inconstitucionalidad» (Voto particular de la magistrada Balaguer Callejón, M.L., en la STC 158/2021). De esta manera, las cuestiones planteadas abren la posibilidad de que el resto de las CC.AA., mientras se mantenga el modelo de caja única, puedan también celebrar los correspondientes convenios, asumiendo éstas ciertas competencias de gestión.

DEMOCRACIA

DEL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LA UNIÓN AL DÉFICIT DEMOCRÁTICO DE LOS ESTADOS MIEMBROS: LAS PARADOJAS DEL DERECHO DE VOTO

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Catedrática emérita de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. Introducción. II. La compleja regulación del derecho de voto en la Unión. II.1 El limitado reconocimiento del derecho de voto en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. II.2 El derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo. II.3 El Derecho de voto en las elecciones nacionales. III. El plan de acción para la democracia europea.

I. INTRODUCCIÓN

Con María Luisa Balaguer no sólo comparto la dedicación al Derecho Constitucional, sino también una época. Ambas nacimos por los mismos años, por lo que conocimos los últimos coletazos del franquismo desde la Universidad y en nuestra primera juventud. Sabemos bien lo que significa la falta de democracia y libertad, ya que no lo aprendimos de los libros, sino a través de nuestra propia experiencia. Para una persona como ella, los derechos humanos las elecciones o la división de poderes no son temas de un manual, sino principios que guían una existencia.

Las páginas que siguen están dedicadas a un tema que le interesará porque cada vez preocupa más dentro y fuera de nuestras fronteras. Se trata de la salvaguarda de la democracia y, sobre todo, de la espina dorsal que la mantiene en pie, esto es, el derecho de voto. Hasta hace poco tiempo, sobre todo en Eu-

ropa, pensábamos que la integridad de este derecho, cuyo ejercicio es la correa de transmisión entre voluntad popular y las instituciones representativas, estaba salvaguardada. Ya no es así y para demostrarlo basta con tener presentes algunos datos.

A finales de 2020, todavía en plena pandemia, el Gobierno húngaro logró la modificación del sistema electoral.

El paquete de enmiendas a siete distintas leyes hacía más difícil que la oposición obtuviera buenos resultados en el Parlamento, donde la coalición en el poder ya disfrutaba de una súper-mayoría. Las nuevas normas exigían que, para las elecciones a la Asamblea Nacional se presentaran candidaturas en casi el cincuenta por ciento de las circunscripciones, lo que dificultaba la representación de los pequeños partidos y obliga a coaliciones antinatura¹. No es de extrañar que, como resultado, en las elecciones celebradas el 3 de abril de 2022, Fidesz obtuviera más del 52% de los votos y 135 escaños en un Parlamento compuesto por 199 miembros².

Es verdad que estos resultados pueden ser consecuencia, entre otros factores, de la neutralidad mantenida por V. Orbán con respecto a la invasión de Ucrania. Ahora bien, también son consecuencia de la forma en que se organizan las elecciones, criticada en numerosas ocasiones por entidades internacionales como son la Comisión de Venecia y la OSCE. Esta última organización, en su informe sobre esas elecciones parlamentarias, advirtió de la existencia de números defectos³. En efecto, el diseño de los distritos uninominales rompía la igualdad en la influencia del voto, las comisiones electorales no contaban con la confianza de los contendientes, la regulación del voto por correo era inadecuada, la campaña electoral estuvo marcada por la desigualdad en beneficio de los gobernantes y la financiación electoral seguía siendo opaca, en beneficio de la coalición en el poder.

Hay que tener presente, además, que Hungría no es el único país de la UE donde se están produciendo alteraciones del principio democrático. También en Bulgaria prosperó una reforma electoral muy polémica, porque, para algunos sectores de opinión, fue tramitada en septiembre de 2020 de manera repen-

¹ Un análisis de ese cambio electoral en el Informe de la Comisión de Venecia «Hungary. Act CLXVII of 2020 on the Amendment of Certain Acts relating to Elections», CDL-REF(2021)069, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2021\)069-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2021)069-e), visitado 12 agosto 2024.

² Los resultados aparecen en Parline, <https://data.ipu.org/parliament/HU/HU-LC01/election/HU-LC01-E20220403/>, visitado 12 agosto 2024.

³ «Hungary Parliamentary elections and referendum, 3 April 2022, ODIHR Election Observation Mission Final Report, <https://www.osce.org/files/f/documents/2/6/523568.pdf>, visitado 12 agosto 2024.

тина, sin el consenso necesario y con ausencia de debate público⁴. Previamente, el Parlamento Europeo había manifestado su preocupación por la súbita tramitación de la norma, puesta en marcha sin tener en cuenta que las elecciones parlamentarias ordinarias debían celebrarse en un plazo máximo de siete meses. Ante esta situación, la Eurocámara esperaba que las autoridades búlgaras velasen por el pleno cumplimiento de todas las recomendaciones formuladas por la Comisión de Venecia y la OIDDH de la OSCE, en particular en lo que se refiere a la estabilidad de los elementos fundamentales de la ley electoral⁵. El mismo órgano manifestaba también sus dudas sobre la reforma de la Constitución que proponía, entre otros extremos, reducir a la mitad el número de miembros de la Asamblea Nacional, modificación que había recibido un informe muy crítico de la Comisión de Venecia⁶.

Como consecuencia de estos y de otros problemas que afectan a más países⁷, el discurso sobre el déficit democrático de la Unión ha cambiado radicalmente. Durante décadas, esa expresión se utilizaba para denunciar la insatisfactoria situación de dicho principio en la «Europa de los mercados», dominada por los pactos entre los ejecutivos de algunos Estados miembros y orientadas prioritariamente a garantizar la libre circulación de trabajadores, capitales y mercancías. Frente a ello, los Estados miembros se concebían como depositarios de la soberanía popular, cuyo ejercicio se facilitaba por la proximidad de los poderes nacionales frente a la lejanía de las instituciones de la Unión.

Ahora, y como consecuencia del retroceso democrático generado por el avance del populismo⁸, muchos ciudadanos ven a Europa como el último bastión de la democracia frente a los abusos de poder perpetrados por sus propias instituciones. Como demuestra el último informe elaborado por V-Dem, tam-

⁴ OSCE, Republic of Bulgaria parliamentary elections 4 April 2021, pág. 1. https://www.osce.org/files/f/documents/6/0/476866_0.pdf, 27 mayo 2021.

⁵ Parlamento Europeo. P9_TA (2020)0264. Estado de Derecho y derechos fundamentales en Bulgaria. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2020, sobre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales en Bulgaria (2020/2793(RSP). file:///C:/Users/Paloma/Dropbox/biglino/A%20Democracia%20en%20Estados%20Miembros/Derecho%20de%20participaci%C3%B3n%20pol%C3%ADtica/Problemas%20estados/Bulgaria/Bulgaria%20Resoluci%C3%B3n%20parlamento%20Europeo%202020.pdf.

⁶ Bulgaria-Urgent Interim Opinion on the draft new Constitution, endorsed by the Venice Commission on 11 December 2020, at its 125th online Plenary Session (CDL-AD(2020)035-e). [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)035-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)035-e).

⁷ NAKAI, R., «The democratic backsliding paradigm in enlarged European Union countries: In-depth analysis of V-Dem indicators, *Frontiers in Political Science*, 4:966472, <https://www.frontiersin.org/journals/political-science/articles/10.3389/fpos.2022.966472/full>, visitado 12 agosto 2024.

⁸ Sobre estos asuntos, GORA, A. y WILDE, P. de, «The essence of democratic backsliding in the European Union: deliberation and rule of law», *Journal of European Public Policies*, núm. 29, vol. 3, 2022, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13501763.2020.1855465#abstract>.

bién en Europa la democracia se gana y se pierde en las urnas⁹. Una vez que los populistas llegan al poder, consiguen afianzarse en él no sólo alterando las instituciones de control jurídico inherentes al Estado de Derecho, sino, como se acaba de ver, mediante reformas electorales destinadas a incrementar y consolidar su propia fuerza¹⁰.

El objetivo de estas páginas consiste en evaluar si la Unión Europea dispone de instrumentos adecuados para responder a las expectativas que se han confiado en ella. Más en concreto, se proponen analizar cuáles son los instrumentos que, en el ámbito europeo, existen para garantizar el instrumento principal con que cuentan los ciudadanos a la hora de ejercer la vertiente activa del derecho de participación política, esto es, el derecho de voto.

Con esta finalidad se analiza, en primer lugar, la compleja regulación electoral que en estos momentos existe en la UE, marcada, como veremos, por la dualidad. Posteriormente, será preciso tener en cuenta las posibles consecuencias adversas que el déficit democrático de algunos Estados miembros puede tener en la propia estructura de la Unión. Por último, será necesario identificar algunos posibles remedios que podrían mejorar la situación.

No he considerado necesario tratar un asunto que ha sido objeto de frecuentes comentarios, como es la discutible eficacia del artículo 7 del TUE, que constituye una garantía de naturaleza eminentemente política, lo que genera muchas limitaciones¹¹. Tampoco he considerado conveniente pasar revista a las acciones que la Unión Europea ha emprendido en defensa del Estado de Derecho. Es cierto que este último constituye la otra cara del principio democrático, porque, para que haya democracia, el Derecho ha de establecer previamente quién vota, cómo se vota y qué se vota¹². Ahora bien, democracia y Estado de Derecho no coinciden porque la democracia añade a este último un derecho subjetivo, esto es, el derecho de participación política.

⁹ V-Dem, *Informe sobre la democracia 2024. La democracia gana y pierde en las urnas*, https://www.v-dem.net/documents/47/V-Dem_DR_2024_Spanish_lowres.pdf, visitado 3 septiembre 2024.

¹⁰ RIAZ, A., y SOHEL, R. «How Democratic Backslides: Tracing the Pathway in Six Countries», 2020. https://www.researchgate.net/publication/345835037_How_Democracy_Backslides_Tracing_the_Pathway_in_Six_Countries, visitado 12 agosto 2024.

¹¹ Tuve ocasión de analizar este asunto en «La Unión Europea contra el retroceso democrático de los Estados miembros: de la democracia al Estado de Derecho, del Estado de Derecho a la independencia de las jurisdicciones nacionales» en Pérez Sánchez, G. (dir); Miranda Escolar, B.; Vidal Fernández, B. (coord) *La Unión Europea al cumplirse los 70 años de la declaración Schuman 1950-2020*, Valladolid, 2020.

¹² Acerca de este tema, me remito a lo afirmado en «Democracy and Rule of Law: Two Sides of the Same Coin», Talks from the Law World Congress, J. Cremades, C. Hermida (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer Nature Switzerland, 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_154-1, visitado 29 septiembre 2024.

II. LA COMPLEJA REGULACIÓN DEL DERECHO DE VOTO EN LA UNIÓN

II.1 El limitado reconocimiento del derecho de voto en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea

No es fácil tener una panorámica completa del derecho de voto en la Unión por diferentes razones. La primera de ellas es la manera, muy peculiar, en que los Tratados Constitutivos y, sobre todo, la Carta de Derechos de la Unión Europea lo regulan, porque es muy distinta al tratamiento que reciben otros derechos. La segunda es la dualidad que caracteriza a la Unión, característica de todas las estructuras federales, y que obliga a tratar de manera separada las elecciones al Parlamento Europeo y las elecciones nacionales. Ambos factores precisan de un análisis más detenido.

Es un dato conocido que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclama, en principio, derechos sólo frente a la Unión porque, como regla general, su artículo 51.1 establece que las facultades proclamadas en su texto únicamente pueden ser alegados frente a los Estados miembros cuando estos aplican Derecho Comunitario.

El tratamiento que recibe la participación política en la Carta constituye, sin embargo, una excepción a esta regla general. En efecto, y a diferencia de lo que ocurre con otros derechos reconocidos en ella, los obligados por el derecho de voto recogido en los artículos 39 y 40 de la Carta son únicamente los Estados miembros. Además, los titulares de ese derecho son, en principio, los ciudadanos que residen en otro Estado miembro de la Unión del que no son nacionales. Junto a ello, el contenido del derecho consiste en reconocerles la condición de electores y elegibles, no sólo en las elecciones al Parlamento Europeo, sino también en las elecciones municipales y en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado miembro en que residan.

Las obligaciones que la Carta impone a la Unión son de menor calado. Así, el texto no contiene una proclamación similar a la que aparece el artículo 10.3 TUE, que afirma que todos los ciudadanos tienen derecho a participar en la vida democrática de la Unión, sino que el artículo 39.2 de la Carta se limita a afirmar que los diputados del Parlamento Europeo se elegirán por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto.

Más adelante será preciso analizar la interpretación que ha realizado el Tribunal de Justicia de este precepto. Por ahora, cabe observar que el artículo de la Carta que se acaba de citar no proclama un derecho fundamental subjetivo, tal y como hacen, por ejemplo, el artículo 13 de la Constitución española,

el artículo 38.2 de la Constitución de la República Federal Alemana o el artículo 48.1 de la Constitución italiana, sino que se limita a enunciar un principio general del Derecho electoral.

Araceli Mangas explica las razones que llevaron a esta configuración de la participación política y del derecho de voto. Hasta 1992 sólo los nacionales de los Estados miembros tenían reconocido por el Derecho Comunitario el derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro del que eran nacionales. El voto era, pues, «un derecho que correspondía al nacional del Estado miembro en el marco territorial de *su* Estado en calidad de ciudadano de *su* Estado»¹³. Como consecuencia, los ciudadanos de la Unión que, en ejercicio de la libertad de circulación, residían en otros Estados de los que no eran nacionales, sólo podían ejercer el derecho de voto al Parlamento Europeo en las formas en que su país de origen se lo reconociera y que variaban según los distintos ordenamientos jurídicos. En algunas ocasiones, era preciso volver al propio Estado para votar; en otras, podía hacerse en los consulados o por correo. Para evitar estos problemas, y como afirma siempre la misma autora «el reconocimiento del derecho a ser elector y elegible en cualquier Estado miembro constituyó un complemento al derecho de residencia en la Comunidad»¹⁴.

Es cierto que la elaboración de la Carta fue compleja, porque contaba con la oposición de algunos Estados que no querían avanzar más en la integración política. En esas condiciones, fue casi un milagro que resultara aprobada y que, posteriormente, entrase en vigor integrándose en el Derecho originario. Pero, ahora que ya han transcurrido más de dos décadas desde su aprobación, es posible poner en tela de juicio algunos de sus contenidos.

El principal problema puede consistir en que la Carta se limita a reproducir algunos preceptos que ya estaban vigentes con anterioridad. La elección por sufragio universal, libre directo y secreto de los miembros del Parlamento Europeo estaba ya prevista en el Acto electoral de 1976; los artículos 39 y 40 reproducen casi literalmente la gran aportación del Tratado de Maastricht de 1992. Como antes se afirmaba, todavía no se ha incorporado al texto de la Carta la declaración que, tras la modificación operada por el Tratado de Lisboa de 2007, figura ahora en el artículo 10.1 del TUE.

En conclusión, la Carta deja de lado el papel que el voto desempeña en cualquier sistema democrático, por ser el instrumento mediante el cual los ciudadanos participan en la conformación del poder político e, indirectamente,

¹³ MANGAS MARTÍN, A., «Art. 39. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo», en MANGAS MARTÍN, A. (dir), *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, pp. 645-656.

¹⁴ *Ibidem*, p. 647.

en la toma de decisiones de las instituciones representativas. En sentido distinto, trata el sufragio de manera instrumental porque, al poner el acento en el derecho de los ciudadanos de la Unión residentes en otros Estados miembros de los que no son nacionales, lo pone al servicio de otros derechos comunitarios, como son la libertad de residencia y circulación. Al final, el derecho de voto pierde sustantividad y se configura como un mecanismo más para fortalecer la integración.

La segunda de las dificultades a las que antes se hacía referencia estaba en la dualidad que caracteriza a la Unión y que, como también se ha señalado, obliga a analizar por separado el régimen jurídico que afecta a las elecciones al Parlamento Europeo y a las elecciones a instituciones nacionales.

II.2 El derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo

El primer dato a tener en cuenta al tratar de las elecciones a la Eurocámara es que las instituciones de la Unión no han sido capaces de cumplir con el mandato establecido en el artículo 223.1 TFUE, porque todavía no han elaborado un procedimiento electoral uniforme para las elecciones del Parlamento Europeo.

Esto no significa que la Unión carezca de normas. En efecto, la primera de ellas es, como se acaba de señalar, el Acto electoral de 1976 y sus sucesivas reformas que regula, con carácter general, las elecciones al Parlamento Europeo y afecta a todos los ciudadanos de la Unión. La segunda es Directiva 93/109/CE¹⁵. Esta es mucho más específica, ya que sólo dispone acerca del voto de quienes residen en un Estado miembro del que no son nacionales.

Tener en cuenta esta dualidad es imprescindible para dar una panorámica completa del estado del derecho de voto en la Unión Europea, sin limitar el análisis, como ocurre en algunas ocasiones, al segundo de los supuestos. Ahora bien, a pesar de las notables diferencias que existen entre los dos tipos de normativas, estas comparten un aspecto común: ambas remiten a los Estados miembros la regulación de los aspectos más importantes de la titularidad y del ejercicio del derecho de voto. La principal exigencia que estos deben respetar consiste en tratar por igual a los nacionales de otros Estados miembros residentes en su territorio que a los suyos propios.

¹⁵ Sobre este asunto, ALONSO DE LEÓN, S, «Crónica de la reforma electoral europea», *Revista de las Cortes Generales* núm. 106, 2019, pp. 229-267

La Directiva 93/109 /CE es clara en este extremo. Dicha norma casi se limita a imponer que los Estados regulen asuntos tales como la exigencia de periodos mínimos de nacionalidad o residencia, la pérdida del derecho de sufragio, la obligatoriedad del voto, la inscripción censal o la presentación de candidaturas de los residentes que sean ciudadanos de otros Estados miembros en las mismas condiciones que rigen para sus nacionales. Ni siquiera a la hora de regular la elección de la Eurocámara, como afirma el preámbulo de la Directiva, el reconocimiento del derecho de sufragio implica la armonización de los regímenes electorales de los Estados miembros.

El Acto que regula, con carácter general, la elección del Parlamento Europeo sigue la misma orientación, ya que su artículo 8 afirma, textualmente que «salvo lo dispuesto en el presente Acto, el procedimiento electoral se regirá, en cada Estado miembro, por las disposiciones nacionales». Por ello, estas últimas están habilitadas para establecer las principales reglas en temas tan centrales como el sistema electoral, el tipo de circunscripción, los requisitos para votar y para ser candidatos, el tipo de lista y la fórmula para repartir escaños.

La remisión es tan amplia que, a efectos expositivos, resulta mucho más práctico, enumerar las pocas exigencias que la Unión impone a los Estados a la hora de regular la elección de la Eurocámara. A grandes rasgos, puede afirmarse que sólo impone la obligatoriedad de un sistema proporcional, la existencia de umbrales electorales en los términos fijados por la norma europea y ciertos límites a la hora de fijar la fecha de las elecciones y de difundir sus resultados.

Más recientemente, la Decisión del Consejo 2018/994 añadió la prohibición tajante del doble voto, el deber de los Estados de sancionarlo, la obligación de finalizar el plazo de la publicación de las candidaturas al menos tres semanas antes de la fecha de las elecciones y de intercambiar los datos censales de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. Además, obliga a los países que utilicen votación de listas a establecer un umbral mínimo para la atribución de escaños en las circunscripciones que cuenten con más de 35 escaños, porcentaje que no puede ser inferior al 2 % ni superior al 5 % de los votos válidos emitidos en la circunscripción de que se trate, incluidos los Estados miembros que adopten la circunscripción única.

Esta última previsión ha paralizado la entrada en vigor de la nueva disposición, que quedaba condicionada a su aprobación por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Es significativo que el único país que ha incumplido esta obligación haya sido España, para no

perjudicar el acceso al Parlamento Europeo de determinadas fuerzas que apoyan al Gobierno ¹⁶.

La Unión sigue confiando, pues, en el carácter democrático de los Estados miembros a la hora de regular las elecciones al Parlamento Europeo. Este desentendimiento estaba justificado hace décadas, cuando la Eurocámara dejó de ser una asamblea cuyos miembros eran designados por los Estados miembros para constituirse en otra de carácter representativo. En aquellos momentos, además, desempeñaba un papel secundario en el juego institucional de la Unión. Pero, sobre todo, nada hacía prever que la democracia llegara estar en tela de juicio en algunos de los países que conformaban la Unión.

En la actualidad, las circunstancias son muy distintas. Ciertamente, el Parlamento Europeo no es el centro del sistema político, pero tampoco lo es en los Estados miembros, incluso en aquellos que tienen naturaleza parlamentaria. Ahora bien, las sucesivas reformas de los Tratados y la propia praxis política han reforzado el rol de la Eurocámara. En estos momentos, dicha institución desempeña un papel decisivo en los procedimientos legislativos y en la conformación de la Comisión, que responde solidariamente ante ella. Por estas razones, que los Estados respeten las exigencias del principio democrático en el momento electoral es mucho más importante ahora que antes. Es necesario, pues, impedir que los defectos en la elección de parte de los miembros del Parlamento Europeo repercutan en la correcta formación de la mayoría de la cámara. De no ser así, correría riesgo la legitimidad de dicho órgano e, indirectamente, la propia arquitectura institucional de la Unión.

El Parlamento Europeo puso en marcha el proceso de reforma del Acto electoral de 1976 en 2022 ¹⁷ aunque el procedimiento se ha quedado estancado en el Consejo ¹⁸. No parece que sea previsible, al menos a corto plazo, el dictado del procedimiento electoral uniforme previsto en el artículo 223.1 del TFUE. Esto no significa, sin embargo, que la correcta conformación del Parlamento Europeo carezca de garantías. En la actualidad, y como ha sucedido a la

¹⁶ RODRÍGUEZ, A. «Sánchez bloquea una directiva europea que dejaría sin eurodiputados a parte de sus socios.

España es el único país de la UE que no ha traspuesto a su ley la introducción de umbrales para el reparto de escaños», *TheObjective*, 23 mayo 2024, <https://theobjective.com/espana/politica/2024-05-23/sanchez-directiva-eurodiputados-socios/>, visitado 10 agosto 2024.

¹⁷ Noticias del Parlamento Europeo, «El PE inicia la reforma electoral y aboga por una circunscripción paneuropea», <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220429IPR28242/el-pe-inicia-la-reforma-electoral-y-aboga-por-una-circunscripcion-paneuropea>, visitado 13 agosto 2024.

¹⁸ Legislative Train Schedule, Proposal for a Council Regulation on the election of the members of the European Parliament by direct universal suffrage, repealing Council Decision (76/787/ECSC, EEC, Euratom) and the European Electoral Act, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-constitutional-affairs-afco/file-reform-of-the-electoral-law-of-the-european-union>, visitado 13 agosto 2024.

hora de velar por la independencia judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la institución que mejor puede asegurar el voto de los ciudadanos, al menos en la elección de la Eurocámara.

Es cierto que la jurisprudencia de dicho órgano recaída sobre el derecho de voto no es demasiado abundante, ya que está compuesta por sólo tres Sentencias, que serán objeto de análisis posteriormente. Ahora bien, la principal virtud de estas decisiones es que incorporan al ordenamiento de la Unión muchas de las aportaciones realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de sufragio. Esta recepción estuvo motivada, seguramente, por la repercusión que tuvo en el ámbito de las Comunidades, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Matthews contra el Reino Unido*¹⁹. En esa decisión, dicho Tribunal condenó al Reino Unido por no organizar elecciones al Parlamento Europeo en Gibraltar.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no sirve alegar, como había hecho el Reino Unido, que dicha excepción estaba prevista en normas de Derecho Comunitario con rango de Tratado, como era el Acto electoral de 1976, ni que la Comunidad Europea fuera ajena al Convenio Europeo de Derechos Humanos, por no ser una de las partes contratantes. El argumento que lleva al Tribunal a estimar el recurso radica en reconocer al Parlamento Europeo, a efectos del artículo 3 del Protocolo núm. 1 al Convenio, la naturaleza de asamblea legislativa, no sólo porque dicha cámara participa en los procedimientos de decisión, sino también por su control político sobre la Comisión y, sobre todo, por su propia naturaleza²⁰. Para el Tribunal de Estrasburgo, la Eurocámara representa «la principal forma de responsabilidad democrática y política en el sistema comunitario», dado que su legitimidad deriva de elecciones directas por sufragio universal. Por estas razones, debe ser considerada como el elemento de la estructura comunitaria europea que mejor refleja la preocupación por una «democracia política efectiva»²¹.

El Tribunal reconoce que los derechos que derivan del artículo 3 del Protocolo núm. 1 no son absolutos, sino que pueden estar sujetos a limitaciones, que pueden ser establecidas por los Estados con un amplio margen de apreciación. Pero tales condicionantes no pueden ser tan extensos como para desfigurar la esencia del derecho de voto y privarle de efectividad. Además, dichos límites deben perseguir un fin legítimo y los medios para alcanzarlos han de ser proporcionados. En particular, el Tribunal considera que las res-

¹⁹ Sentencia de 18 de febrero de 1999.

²⁰ *Ibidem*, para. 51-52.

²¹ *Ibidem*, para 52.

tricciones no pueden frustrar la libre expresión del pueblo en la elección de la legislatura²².

Las tres Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión dictadas sobre el sufragio activo y pasivo responden a supuestos distintos²³. La primera de ellas²⁴ obedece a un recurso por incumplimiento interpuesto por España contra el reconocimiento a los ciudadanos de Gibraltar del sufragio activo y pasivo, realizado por el Reino Unido mediante la Ley de 2003 relativa a la representación electoral para las elecciones al Parlamento Europeo (asunto Gibraltar); la segunda es el resultado de una cuestión prejudicial en la que se pregunta al Tribunal si un Estado puede privar a sus nacionales no residentes del derecho de voto a las elecciones al Parlamento Europeo (Asunto Aruba)²⁵; la tercera trata la compatibilidad con el Derecho de la Unión de normas penales nacionales que privan del derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento europeo a personas que han sido condenadas por un delito grave mediante sentencia firme (Asunto Delvigne)²⁶.

A pesar de que los hechos que dan lugar a las decisiones del TJUE son diferentes, las tres se fundamentan en algunas consideraciones comunes.

El argumento central del Tribunal de Justicia se fundamenta en una determinada interpretación de los preceptos que proclaman que las elecciones a diputados del Parlamento Europeo deben realizarse por sufragio universal, libre, directo y secreto. El Tribunal de Justicia extrae, de este mandato, un auténtico derecho subjetivo.

En los asuntos Gibraltar y Aruba, el Tribunal da por supuesta esta naturaleza, ya que se refiere continuamente al derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos europeos sin mayores explicaciones. Cuando, sin embargo, el Tribunal tiene que fallar sobre el asunto Delvigne ya había entrado en vigor la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En esta ocasión dedica una breve reflexión al tema, aunque la aclaración tampoco es muy satisfactoria. En efecto, el Tribunal se remite a las Explicaciones sobre la Carta, texto que, a su vez, des-

²² *Ibidem*, para 63.

²³ A ellas hay que sumar la reciente Sentencia de 18 de abril de 2024 *Préfet du Gers y Institut national de la statistique y des études économiques II*, C-716/22, en la que el Tribunal de Justicia se limita a constatar que la salida del Reino Unido de la Unión Europea exonera a los Estados de su obligación de reconocer derecho de voto a las elecciones al parlamento europeo a los ciudadanos de dicho país que sean residentes en propio territorio. Ver nota 36.

²⁴ Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Reino de España contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, C-145/04, EU:C:2006:543.

²⁵ Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *M.G. Eman, O.B. Sevinger y College van burgermeester en wethouders van Den Haag*, C-300/04.

²⁶ Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Tierry Delvigne y Commune de Lesparre-Médoc, Préfet de la Gironde*, C-650/13.

taca por su ambigüedad, ya que en ellas sólo hay una breve referencia al artículo 39 CDFUE que en nada aclara el carácter de su segundo párrafo²⁷.

La interpretación del Tribunal de Justicia es, pues, arriesgada y, desde luego, está poco armada. Ahora bien, constituye la puerta que le permite incorporar los criterios firmemente establecidos por la doctrina constitucional, nacional e internacional, sobre los límites a los derechos fundamentales.

A través de esta vía, el Tribunal reconoce que este derecho no sólo corresponde a quienes residan en otros Estados de la Unión del que no sean nacionales, sino también a los nacionales de dichos Estados que se encuentren en situaciones equiparables. Para dicho órgano, el principio de igualdad de trato impide que los criterios elegidos a la hora de reconocer el derecho de voto provoquen que se trate de manera diferente a nacionales que se encuentren en situaciones comparables, sin que esta diferencia de trato esté justificada objetivamente²⁸. En definitiva, la subjetivación de la participación política permite al Tribunal verificar si la regulación de los Estados acerca de la titularidad del derecho de voto respeta el principio de legalidad, el contenido esencial del derecho y los requisitos impuestos por la proporcionalidad.

En las tres Sentencias examinadas, el Tribunal parte de la misma afirmación, que consiste en reconocer que, en el estado actual del Derecho comunitario, corresponde a cada Estado miembro delimitar quienes son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. La Corte deja muy claro, sin embargo, que, a la hora de implementar dicha tarea, deben respetar los límites impuestos por el Derecho Comunitario en materia de derechos fundamentales²⁹.

La aplicación de este mismo canon a los supuestos sometidos a examen lleva a resultados distintos en cada una de las Sentencias. En la decisión sobre Gibraltar, el Tribunal concluye que la extensión del derecho de sufragio a quienes no son nacionales de un Estado miembro, tal y como había hecho el Reino Unido con respecto a los gibraltareños, no sólo no se opone al Derecho Comunitario, sino que supone cumplir las obligaciones impuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia Matthews³⁰. En el asunto Delvigne, la Corte confirma que la privación del sufragio activo a quienes hayan

²⁷ C-650/13, para. 41, 45. De un lado, las Explicaciones titulan el texto dedicado al artículo 39 CDFUE como «derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo». Pero de otro, consideran que, cuando la Carta declara que los diputados del Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal, libre, directo y secreto, está enunciando «los principios básicos del régimen electoral de un sistema democrático».

²⁸ C-330/04, para. 61.

²⁹ C-145/04, para. 78; C-330/04, para. 45; C-650/12, para. 31, 32.

³⁰ C-145/04, para. 78, 95.

cometido delitos graves no contraviene las exigencias que el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea impone al establecimiento de límites a los derechos fundamentales³¹. La conclusión es distinta en el asunto Aruba. En este caso, el Tribunal de Justicia reconoce que los Estados pueden exigir que, para votar, los nacionales mantengan vínculos con su propio país, exigiendo, por ejemplo, un determinado periodo de residencia. Ahora bien, las autoridades nacionales deben de respetar la igualdad de trato a la hora de imponer dicho requisito. En este supuesto, el Tribunal concluye que el Gobierno de los Países Bajos no ha logrado demostrar que la diferenciación entre los nacionales que residen en Aruba, a quienes se priva del derecho de voto, y quienes lo hacen en países tercero, que conservan la titularidad del sufragio, esté justificada objetivamente y que, por lo tanto, no vulnere el principio de igualdad de trato³².

Las consecuencias de esta jurisprudencia son importantes a la hora de garantizar el derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. En primer lugar, y aunque pueda resultar paradójico, el protagonismo que los Estados miembros conservan a la hora de regular las elecciones al Parlamento Europeo permite al Tribunal verificar que las legislaciones nacionales respeten lo dispuesto en el Derecho de la Unión. Es cierto que este ordenamiento dice poco, porque sólo obliga a que las elecciones a la Eurocámara sean por sufragio universal, libre, directo y secreto. Pero, de este mandato, el Tribunal de Justicia deduce un derecho subjetivo que, por estar proclamado en la Carta, es un derecho fundamental, sometido por tanto a las garantías recogidas en el artículo 52.1 CDFUE.

La virtud de la jurisprudencia analizada es que la Unión puede poner diques a una legislación nacional que vulnerara el derecho de voto, lo que supone un cortafuegos al retroceso democrático de los Estados miembros. En caso de que las normas de alguno de ellos presenten defectos que repercutan en la elección de los miembros del Parlamento Europeo, la Comisión o los Tribunales internos, a través de la cuestión prejudicial, pueden activar el control que corresponde al Tribunal de Justicia. Con ello, se evita que los defectos democráticos nacionales se extiendan al órgano que representa a todos los ciudadanos de la Unión.

El límite de esta jurisprudencia está en que no sirve para proteger el derecho de voto en el ámbito interno, esto es, cuando se ejerce para la elección de representantes a nivel local o nacional. La Sentencia Delvigne es clara al respec-

³¹ C-650/13, para. 46-49.

³² C-300/04, para. 60.

to, al remitirse a los requisitos de aplicación del Derecho Comunitario establecidos en el artículo 51.1 de la Carta. En virtud de este precepto, el Tribunal excluye que tenga competencia para conocer de situaciones jurídicas que no estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión³³.

II.3 El Derecho de voto en las elecciones nacionales

En virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 TUE, la Unión debe respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a sus estructuras fundamentales, políticas y constitucionales. Como consecuencia de este mandato, es posible concluir que la regulación de las elecciones generales es un ámbito reservado a la soberanía de los Estados, en el que la Unión carece de competencias.

No cabe excluir que las decisiones el Tribunal de Justicia en materia de elecciones al Parlamento Europeo afecten, indirectamente, a la regulación de las elecciones nacionales ya que los Estados suelen utilizar las mismas reglas para ambos tipos de elecciones. Pero, por el momento, no es previsible que el Tribunal de Justicia entienda de vulneraciones del derecho de voto que sólo afecten a órganos representativos internos, porque serían ajenas al ámbito de aplicación del Derecho Comunitario.

Esta regla general conoce, sin embargo, una excepción. Como se ha recordado anteriormente, el artículo 40 CDFUE impone la obligación de reconocer a los ciudadanos de la Unión el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Ahora bien, también en este caso los Estados gozan de un amplio margen de libertad a la hora de configurar este derecho.

El preámbulo de la Directiva sobre elecciones municipales³⁴, es clara al respecto, cuando afirma que el reconocimiento del derecho a escala europea no implica la armonización de los regímenes electorales de los Estados miembros. Dicho texto contempla el derecho de sufragio activo y pasivo «como una aplicación del principio de igualdad y de no discriminación entre ciudadanos nacionales y no nacionales y el corolario del derecho de libre circulación y residencia» por lo que la Directiva impone, como principal exigencia,

³³ C-650/13, para. 27.

³⁴ Directiva 94/80/C, del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.

que se apliquen los mismos requisitos a todos, sean nacionales o residentes comunitarios.

Es cierto que, en caso de que los Estados miembros vulneren lo dispuesto en el artículo 40 CDFUE, existe un punto de conexión con el Derecho de la Unión, por lo que el Tribunal de Justicia podría actuar. Pero también es verdad que, dado el contenido del precepto, la intervención de dicho órgano sería limitada, ya que sólo podría verificar si realmente se ha producido una infracción de la igualdad de trato. Por ahora, el principal problema que ha suscitado ese precepto han sido los reiterados retrasos de los Estados a la hora de cumplir con su obligación de hacer efectivo el derecho. No es de extrañar, pues, que el Tribunal de Justicia se haya ceñido a declarar el incumplimiento de Bélgica en una escueta Sentencia que no contiene referencias al contenido del derecho³⁵. Más recientemente, dicho órgano no ha ido mucho más allá cuando ha tenido ocasión de examinar la pérdida del derecho de voto en elecciones municipales de ciudadanos del Reino Unido residentes en Francia³⁶. En estas ocasiones, se ha limitado a constatar que es la consecuencia automática de una decisión adoptada soberanamente por un antiguo Estado miembro de retirarse de la Unión y de convertirse, así, en un Estado tercero.

En definitiva, por mandato del artículo 2 del TUE, la Unión Europea se fundamenta en la democracia, pero ha sido excesivamente confiada, al menos hasta hace pocas fechas, a la hora de garantizar el principal instrumento mediante el cual dicho principio se manifiesta. Ninguna de las normas examinadas hasta el momento prevé límites efectivos que impidan que los Estados miembros vulneren el sufragio activo y pasivo en la elección de las autoridades nacionales regionales o locales. Es verdad que, por mandato del artículo 40 de la Carta, en las elecciones municipales deben regir las mismas condiciones para los ciudadanos de la Unión residentes en cada Estado miembro que para los nacionales. Esto no impide, sin embargo, que puedan darse vulneraciones del sufragio en un Estado. Tan sólo significa que dichas restricciones deberán afectar a todos por igual.

³⁵ STJCE de 9 de julio de 1998, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Bélgica*, C-323/97, EU:C:1998:347. Sobre este asunto, MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L. «Artículo 39. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales», en LÓPEZ CASTILLO, A. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez Años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1220-1221.

³⁶ Sentencia de 9 de junio de 2022, *Préfet du Gers y Institut national de la statistique y des études économiques*, C-673/20, ap. 62 y Sentencia de 18 de abril de 2024, *Préfet du Gers y Institut national de la statistique y des études économiques II*, C-716/22, ap. 45.

III. EL PLAN DE ACCION PARA LA DEMOCRACIA EUROPEA

Como antes se señalaba, el Tribunal de Justicia puede asegurar, aunque dentro de ciertos límites, que los déficits democráticos nacionales no afecten a la elección al Parlamento Europeo.

Ahora bien, esto no significa que la Unión esté a salvo, porque esas quiebras no son problemas meramente internos. En el estado actual de la integración, esos defectos pueden desplegar sus consecuencias adversas sobre el conjunto de la Unión. Esa repercusión puede afectar directamente a otras instituciones, pero es clara en la composición del Consejo Europeo, órgano al que, según el artículo 15.1 TUE corresponde la función de dirección política de Unión, y en la configuración del Consejo, al que el artículo 16.1 TUE atribuye funciones legislativas, presupuestaria y de definición de políticas y de coordinación.

En ambos casos, la presencia en dichas instituciones de autoridades elegidas mediante procedimientos electorales que no respeten las exigencias impuestas por el principio democrático puede tener intensas repercusiones institucionales y normativas. Hace algún tiempo vimos como la Presidenta de la Comisión Europea desautorizaba el viaje de Víctor Orbán a Moscú cuando este desempeñaba la presidencia rotatoria del Consejo. El hecho de suspender la presencia de los Comisarios a las reuniones informales que tuvieron lugar en Hungría durante dicho mandato³⁷ es un índice del grado de malestar generado y un síntoma de la falta de sintonía entre las instituciones.

Las consecuencias pueden ser aún más graves. En efecto, el déficit democrático puede, de un lado, afectar a la formación de las mayorías exigidas por los Tratados para la toma de decisiones; de otro, es capaz de deslegitimar un Derecho que está dotado de primacía y de efecto directo sobre los ordenamientos de los Estados miembros, incluida la Constitución. Difícilmente un Estado democrático podrá aceptar normas en cuya elaboración hayan tenido voz y voto autoridades que no lo son.

Estas páginas se proponían analizar los instrumentos en manos de la Unión para garantizar el carácter democrático de sus Estados miembros. En ellas se ha podido comprobar que éstos no son muy abundantes. La actuación de la Unión, hasta hace poco, se ha centrado en defender el Estado de Derecho y, sobre todo, la independencia del poder judicial. Algunas de estas acciones aseguran, indirectamente, las democracias internas, pero no tienen capacidad

³⁷ ZORNOZA, L., y NAGY, M. «Von der Leyen critica la «misión de paz» de Orbán y él pide no copiar la política exterior de EEUU», <https://euroefe.euractiv.es/section/exteriores-y-defensa/news/von-der-leyen-critica-la-mision-de-paz-de-orban-y-el-pide-no-copiar-la-politica-exterior-de-eeuu/>, visitado 13 agosto 2024.

para proteger su pilar esencial, esto es, el derecho de sufragio. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sirve para evitar que las vulneraciones del voto repercutan en el Parlamento Europeo, pero el órgano jurisdiccional no actúa en caso de que dichas violaciones afecten sólo a las elecciones internas.

Las instituciones europeas son cada vez más conscientes de lo insatisfactorio de esta situación, porque los ciudadanos manifiestan su desconfianza ante lo que está sucediendo. El Eurobarómetro sobre la democracia en la Unión demuestra que cada vez se extiende más el temor ante la difusión de información falsa o engañosa, la propaganda por parte de agentes extranjeros y la interferencia encubierta por parte de otras potencias en la economía y en la política, sobre todo a través de la financiación de actores nacionales³⁸.

Desde luego, el Tribunal de Justicia de la Unión podría ir más allá a la hora de asegurar la democracia en los Estados miembros. Recordemos que hace algo más de un lustro, era impensable que dicho órgano emprendiera una defensa tan decidida del Estado de Derecho y de la independencia judicial como la que ha llevado a cabo ante las graves quiebras experimentada por este principio en países como Polonia. También merece la pena tener presente esta actuación se ha basado en el artículo 19.1 del TUE, precepto que sólo obliga a los Estados a establecer «las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

El principal problema para que la Unión reaccione de forma más decidida ante el déficit democrático de los Estados miembros es, sin duda, la falta de atribuciones para intervenir en un ámbito que tradicionalmente ha estado reservado a la soberanía de los Estados, como es la regulación de las elecciones nacionales.

Para salvar esta dificultad, las instituciones europeas están emprendiendo acciones que, sin incidir directamente en la titularidad y en el ejercicio del derecho de voto, afectan a las circunstancias que lo rodean. Es sabido que la democracia no sólo exige que el sufragio sea universal, libre y secreto, sino que, además, es preciso que se emita en un ambiente en el que la libertad y la igualdad estén aseguradas. Hay que tener presente, además, los fraudes electorales ya no se producen, como antes, el día de la elección, mediante falsificación de papeletas, compra de votos, rotura de urnas o manipulación de los resultados. En la actualidad, los métodos son más sofisticados y consisten en el abuso de poder durante las campañas electorales, la desinformación, y la restricción de las libertades de expresión e información.

³⁸ European Commission, Flash Eurobarometer 522 Democracy Report, marzo 2023, file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Democracy_fl_522_report_en.pdf, visto 12 agosto 2024.

En diciembre de 2020 la Comisión Europea decidió iniciar los primeros pasos para hacer frente a estos y otros problemas con la puesta en marcha del Plan de Acción para la Democracia Europea³⁹, que recoge una serie de medidas como son asegurar la transparencia de la publicidad y comunicación políticas, aclarar las normas sobre financiación de los partidos políticos europeos, reforzar la cooperación entre los Estados para garantizar unas elecciones libres y justas, reforzar la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación y mejorar la capacidad de la UE y de los Estados miembros para contrarrestar la desinformación. Con esta finalidad, se ha dictado el nuevo Reglamento sobre sobre transparencia y segmentación en la publicidad política⁴⁰. Además, hay dos propuestas legislativas sobre el derecho sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales en las elecciones al Parlamento Europeo y Municipales. Está en marcha, además, la modificación de las normas de la Unión sobre la financiación de los partidos políticos y fundaciones⁴¹.

Merece la pena destacar, también, las medidas propuestas para evitar que los ciudadanos de la Unión que residente en otro Estado miembro puedan perder el derecho de voto en las elecciones nacionales de sus Estados de origen cuando llevan un determinado tiempo residiendo fuera de sus países. Esta situación (que se daba sólo en cinco países) resulta, para la Comisión, contraria a la premisa fundamental de la ciudadanía de la UE, esto es, que esta se añade a la ciudadanía nacional y ha sido concebida para conferir derechos adicionales a los ciudadanos de la UE⁴².

Tampoco cabe excluir que el Tribunal de Justicia de la Unión modifique la jurisprudencia analizada y, en caso de que tenga que enfrentarse a graves vulneraciones del principio democrático, decida actuar, incluso en el caso de que dichas violaciones afecten solamente a las elecciones nacionales. En efecto, hay preceptos de Derecho de la Unión que presuponen la naturaleza democrática de los Estados miembros y que podrían justificar la intervención de dicha institución.

³⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de acción para la Democracia Europea, Bruselas, 3.12.2020 (COM(2020)790 final).

⁴⁰ Reglamento (UE) 2024/900 del Parlamento y del Consejo de 13 de marzo de 2024.

⁴¹ La página web de la Comisión sobre *Democracy and electoral rights* contiene información detallada sobre estas y otras iniciativas adoptadas por la Comisión.

⁴² El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones en virtud del artículo 25 del TFUE sobre el progreso hacia el ejercicio efectivo de la ciudadanía de la Unión 2016-2020 enumera dichas medidas en su apartado 6.3. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0731>, 22 junio 2021).

Así, por ejemplo, cabe interpretar que los valores proclamados por el artículo 2 TUE vinculan a los Estados cuando ejercen sus propias competencias en el plano interno⁴³. Pero, además, no hay que olvidar las obligaciones indirectas impuestas por el artículo 10 TUE. Este precepto exige que los representantes de los Estados miembros en el Consejo sean democráticamente responsables, bien ante sus parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos. Escasa responsabilidad política puede tener los Jefes de Estado o de Gobierno que no han sido elegidos respetando el derecho de participación política.

La mejor solución sería, sin duda, una reforma de los Tratados mediante la cual la democracia no sólo fuera, como ahora dispone el artículo 49 TUE, una condición de acceso sino también de permanencia. Además, modificando el artículo 269 TFUE, sería posible atribuir al artículo 2 TUE el valor de cláusula general habilitante de competencia para el Tribunal de Justicia⁴⁴.

Mientras tanto, y hasta que no prosperen estas u otras reformas del Derecho originario destinadas a salvaguardar la democracia en la Unión, es preciso seguir alerta. Por ahora, la Unión Europea sigue siendo la parte del mundo donde los valores inherentes al Estado constitucional siguen a salvo, pero no conviene bajar la guardia. Los últimos procesos electorales que se han celebrado en algunos Estados miembros demuestran que la polarización y la concentración de poder están marcando la evolución de los partidos políticos y que el populismo anda al acecho. Si queremos reforzar la democracia en la Unión, es preciso, antes que nada, salvaguardar la que es inherente a los países que la integran.

⁴³ Sobre este asunto «Report on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded» 4/07/2018, (2017/2131(INL), pág. 30. (<http://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20180906IPR12104/estado-de-derecho-en-hungria-el-parlamento-pide-a-la-ue-que-actue>, considerando C, 8 julio 2021).

⁴⁴ Acerca de estas cuestiones, FONSECA MORILLO, F. «Una visión española de la UE, 2024-2029», Madrid, 2023, pp.137-138.

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SU INCIDENCIA SOBRE LA LEY ELECTORAL. APUNTES SOBRE EL CASO ALEMÁN

CARLOS VIDAL PRADO

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO: 1. Tribunales constitucionales y sistema electoral. 2. Apuntes sobre el origen y evolución del sistema electoral alemán. 3. Un sistema proporcional personalizado: elementos fundamentales. 4. Sucesivas reformas e intervenciones del *Bundesverfassungsgericht*. 5. Cambios sustanciales en la reforma de 2023. Nueva intervención del *Bundesverfassungsgericht*.

1. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y SISTEMA ELECTORAL

En los últimos años hemos asistido, en algunos países europeos, a intervenciones cada vez más frecuentes de los tribunales constitucionales en el ámbito de los sistemas electorales, condicionando y obligando a modificar las leyes electorales de sus respectivos países. Si bien es habitual que estas altas cortes resuelvan cuestiones que afectan a la protección y garantía de los derechos ciudadanos de participación política, no lo es tanto que sus decisiones incidan directamente en el modelo del sistema electoral de cada país. Ciertamente esto se ha visto provocado, en los últimos tiempos, en ocasiones debido a reformas de la ley electoral, pero otras veces han sido las sentencias de estos tribunales las que han motivado la reforma. Algunos han calificado esta situación como de «tensión» entre el legislativo y los tribunales constitucionales¹.

¹ DELEDONNE, G., «La legislazione elettorale come campo di tensione fra parlamenti e corti: riflessioni comparatistiche», DPCE online, 2019/4, pp. 2869-2882. Vid. también PISANESCHI, A., «Giustizia

En este contexto, son especialmente significativas las decisiones de la *Corte costituzionale* italiana² y el *Bunderverfassungsgericht* alemán. Este último ha llamado la atención sobre el riesgo de que una mayoría parlamentaria coyuntural actúa no pensando en el bien común sino en el interés particular por mantenerse en el poder, lo cual aconseja que las reformas electorales se lleven a cabo con el máximo consenso³. Sin embargo, como veremos en las páginas que siguen, este consenso no se ha producido en las últimas reformas electorales alemanas, lo cual ha provocado la reacción del Tribunal Constitucional Federal, anulando algunos aspectos de la última reforma. Nos centraremos, por tanto, en este texto, en estas últimas novedades en el país germano, y nos remitimos en lo demás a las numerosas publicaciones sobre la materia, algunas de las cuales referenciamos a pie de página a lo largo del trabajo⁴. Comenzaremos haciendo un breve repaso del origen y evolución del sistema alemán (1), a continuación, recordaremos que se trata de un sistema proporcional personalizado y revisaremos sus principales elementos (2), para luego abordar las sucesivas reformas, que dan paso a una suerte de «diálogo» entre el *Bundestag* y el *Bundesverfassungsgericht* (3), para después detenernos especialmente en la última reforma y la reciente sentencia de este mismo año 2024 (4).

costituzionale e leggi elettorali: le ragioni di un controllo difficile», en *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 1/2015, pp. 135-156, doi: 10.1439/79163. Ya había llamado la atención sobre esto, años atrás, LUCIANI, M., «Cours constitutionnelles et systèmes électoraux», in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 12-1996, pp. 416-438.

² Por ejemplo, la sentencia n. 1/2014 de la *Corte costituzionale*. Hay múltiples comentarios sobre esta sentencia. Aquí nos remitimos a Milani, G., y ABBATE, T. «Giurisprudenze costituzionali e sistemi elettorali: la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale italiana in prospettiva comparata», en *Rassegna parlamentare*, Vol. 56, Núm. 4, 2014, pp. 913-933.

³ Sentencias del Tribunal Constitucional federal alemán de 9 de noviembre de 2011 (BVerfGE 129, 300, 322 s.); de 28 de noviembre de 2007 (BVerfGE 120, 82 105), de 25 de julio de 2012 (BVerfGE 131, 316, 338) y de 26 de febrero de 2014 (BVerfGE 135, 259, 289).

⁴ Sobre el caso italiano, además de las incluidas en las citas anteriores, pueden mencionarse: ZANON, N., «Il controllo di costituzionalità sulle leggi elettorali politiche in Italia. Aspetti processuali (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017)», (Intervención presentada en el congreso *Los derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión europea y en los ordenamientos nacionales*, celebrado en Sevilla en 2017). Disponible en: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/SIVIGLIA_ZANON.pdf.

FERRI, G., «I sistemi elettorali delle camere dopo le sentenze della Corte Costituzionale (n. 1/2014 e n. 35/2017) e la legge n. 165/2017», en *Osservatoriosullefonti.it* –Anno X– Fascicolo 3/2017, pp. 1-42. Disponible en: <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/3-2017/1129-i-sistemi-elettorali-delle-camere-dopo-le-sentenze-della-corte-costituzionale-n-1-2014-e-n-35-2017-e-la-legge-n-165-2017/file>.

MINNITI, E., «La giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana in materia elettorale: dall'indirizzo sul referendum abrogativo alla convergenza con il modello tedesco», en *Nomos. Le Attualità del Diritto*, 2-2020, pp. 1-27. Disponible en: <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/09/Minniti-2-2020.pdf>.

2. APUNTES SOBRE EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ELECTORAL ALEMÁN

Como es sobradamente conocido, el actual sistema electoral alemán se creó al finalizar la Segunda Guerra Mundial, de modo paralelo a la propia elaboración y aprobación de la Ley Fundamental de Bonn. Desde el punto de vista técnico, hay elementos que comenzaron a fraguarse a inicios del siglo xx, y desde el punto de vista político, se quería evitar la mala experiencia de Weimar. De este modo, sin perder su carácter de sistema proporcional, la intención fue hacerlo compatible con la posible elección de candidatos en distritos uninominales. Para ello, se siguió una idea original de Siegfried Geyerhahn, que en 1902 sugirió la idea de crear un número de distritos uninominales igual a la mitad de todos los escaños de la Cámara⁵. Su propuesta era algo diferente al actual sistema, puesto que para ser elegidos en los distritos uninominales los candidatos debían alcanzar la mayoría absoluta, con posible doble vuelta. La mitad de los escaños restante, en función de criterios proporcionales, tenía como finalidad la de compensar las desigualdades de la elección mayoritaria, basándose en el total de votos logrados a nivel nacional. Esos escaños, distribuidos en función de criterios proporcionales, serían ocupados por los candidatos que, sin lograr la victoria en su distrito, fuesen los más votados. El sistema fue calificado como de mayoría proporcionalizado⁶, aunque se ha criticado esta denominación, al considerarlo ya proporcional personalizado⁷, como el actual sistema alemán.

A partir de esta propuesta, enlazando con algunas ideas de Eduard Hagenbach-Bischoff⁸ y de otros autores especialistas en sistemas electorales, y específicamente en los proporcionales, uno de los sistemas que hace compatible esta proporcionalidad con la elección mayoritaria en algunos distritos uninominales es de los llamados sistemas con ajuste de proporcionalidad. Éstos se basan, fundamentalmente, en el principio de representación proporcional, pero lo combinan con el principio mayoritario a efectos de determinar quién va a ocupar los

⁵ GEYERHAHN, S., *Das Problem der verhältnismässigen Vertretung: ein Versuch seiner Lösung*, J. C. B. Mohr, Friburgo, 1902, Colección Wiener staatswissenschaftliche Studien num. III,4.

⁶ BRAUNIAS, K., *Das parlamentarische Wahlrecht*, Berlín, De Gruyter, 1932, t. I, p. 240.

⁷ NOHLEN, D. «La reforma del sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal». *Teoría y Realidad Constitucional*, (45), 2020, 139–161. <https://doi.org/10.5944/trc.45.2020.27108>; NOHLEN, N.: «El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional federal. La igualdad electoral a debate», en Ferrer MacGregor, E., y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.), *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2008. NOHLEN, D., «El sistema electoral alemán: Un estudio comparativo», en MONTABES PEREIRA, J.: *El sistema electoral a debate: veinte años de rendimiento del sistema electoral español (1977-1997)*, 1998, pp. 129-146.

⁸ Cfr., en este sentido, HAGENBACH-BISCHOFF, E., *Die Frage der Einführung einer Proportionalvertretung statt des absoluten Mehres*, Basilea, 1888.

escaños logrados en función del reparto proporcional, que es el que cuenta de modo decisivo. Estos últimos sistemas pueden dividirse entre los que plantean este ajuste de proporcionalidad con magnitudes fijas (es decir, sin modificar el número total de escaños de la Cámara) y los que lo hacen con magnitudes variables (con posible modificación del número, como ocurría en Alemania hasta las últimas reformas, que intentan acercarlo al de magnitudes fijas).

En el caso de los sistemas electorales con ajuste de proporcionalidad, manteniendo magnitudes fijas, es decir, sin modificar el número de diputados total de la Cámara, los escaños obtenidos por un partido político en los distritos uninominales se descuentan de los obtenidos en función del voto a lista en un distrito plurinominal. Este voto a lista es el que se tiene en cuenta para realizar el reparto proporcional de escaños. Los candidatos que figuran en las listas bloqueadas solamente ocuparán escaños si sus compañeros de partido candidatos en distritos uninominales no han vencido en un número similar al que proporcionalmente les corresponde.

El problema viene cuando un partido logra en una circunscripción más victorias en distritos uninominales que el número de escaños que le corresponderían en esa circunscripción en función del reparto proporcional. Al no poder modificarse el número de escaños, el ajuste se hacía restando escaños que otros partidos habrían obtenido inicialmente en función del reparto proporcional. El «premio de mayoría» que hubiese conseguido un partido se descontaría de los escaños logrados por otros partidos, por lo que todavía se incrementaría más ese «premio».

En el caso del sistema alemán, como veremos, sí admitía la variabilidad del tamaño o magnitud de la Cámara, y lo que se hacía con esos «mandatos excedentes» era sumarlos al total de escaños previstos para la Cámara, con lo que el número total de miembros se podría modificar (y de hecho se ha modificado) tras cada convocatoria electoral. En este caso, el ajuste se hacía incrementando la magnitud, sin afectar a los escaños que corresponden a los demás partidos en función del reparto proporcional. Pero, evidentemente, este ajuste provocaba, a su vez, al menos dos «desajustes»:

a) se cambiaba el número de diputados elegidos en algunas circunscripciones, por lo que el peso del voto de los ciudadanos de esas circunscripciones se incrementaba con relación a los demás ciudadanos alemanes, y además se daban algunos efectos matemáticos indeseados por el hecho de que

hubiese fluctuaciones de voto (produciendo lo que se conoce como *Negative Stimmgewichte*⁹ –peso negativo del voto–);

b) se modificaba también el reparto proporcional de escaños entre partidos, porque se incrementaba el número que proporcionalmente le debería corresponder a los partidos que hubiesen obtenido este «premio de mayoría».

Así funcionó el sistema hasta 2013, año en el que se llevaron a cabo reformas sustanciales¹⁰, derivadas de algunas decisiones del Tribunal Constitucional, que consideró contrarios a la Ley Fundamental de Bonn algunos elementos del sistema, particularmente el excesivo peso y relevancia que empezaron a tener los «mandatos excedentes», es decir, el número de diputados elegidos en su distrito uninominal que tenían derecho a su escaño, aunque se superase el número de escaños que corresponderían proporcionalmente al partido al que perteneciesen.

3. UN SISTEMA PROPORCIONAL PERSONALIZADO: ELEMENTOS FUNDAMENTALES

A pesar de lo que se ha dicho en numerosas ocasiones, el sistema electoral alemán se basa claramente en el principio de representación proporcional. Desde el punto de vista técnico se habla de una representación proporcional personalizada (*personalisierte Verhältniswahl*).

La base del sistema alemán no son las circunscripciones uninominales, sino que el reparto de escaños se realiza de un modo estrictamente proporcional. Las circunscripciones uninominales son instrumentos que permiten seleccionar qué personas van a ocupar los escaños que previamente se han distribuido con proporcionalidad exquisita. Se combina, por tanto, el principio de representación proporcional, que determina la composición del Parlamento, con la regla decisoria de la mayoría relativa, que rige para la mitad de los escaños en función de un voto personal.

⁹ Vid. sobre este concepto ISENSEE, J., «Funktionsstörung im Wahlsystem: das negative Stimmgewicht – Denkbare Lösungen eines Dilemmas», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 125, 2010, pp. 269-277. Entre nosotros, lo explica FERNÁNDEZ VIVAS, Y., (2020), «El sistema electoral en Alemania a examen», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, p. 498.

¹⁰ Desde que se diseñó el sistema, hasta 2013, se hicieron cambios en la ley electoral, pero como explica NOHLEN, a partir de 1957 el sistema prácticamente no se modificó en sus aspectos sustanciales. NOHLEN, D. «La reforma del sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal». *Teoría y Realidad Constitucional*, (45), pp. 154 ss. <https://doi.org/10.5944/trc.45.2020.27108>.

Pero, como ya hemos visto, este mecanismo de distribución generó un importante problema: el supuesto en el que en una determinada circunscripción estatal (cada *Land* constituye una) los candidatos de un partido venzan en un mayor número de distritos uninominales de los que proporcionalmente le han correspondido a ese partido. Son los mandatos directos «excedentes», que de hecho han provocado problemas y que fueron declarados inconstitucionales por el BVerfG en 2008, como ya hemos señalado.

El sistema alemán, por tanto, no es un sistema mixto (mitad mayoritario, mitad proporcional), sino proporcional personalizado.

Los principales elementos del sistema alemán están recogidos en la Ley Electoral Federal (*Bundeswahlgesetz* ¹¹). No me voy a detener en su descripción, porque se ha escrito ya mucho sobre ello, y me remito a esos trabajos. Lo importante es recordar que los electores tienen una papeleta dividida en dos partes, en la que por un lado votan a una lista de partido en el *Land* al que pertenecen (el llamado «segundo voto»), y por otro votan a un/a candidato/a en el distrito electoral en el que ejercen su derecho a voto. Para llevar a cabo la distribución de escaños entre partidos, se tienen en cuenta las sumas de los segundos votos a nivel federal, y se reparten todos los escaños siguiendo criterios de representación proporcional. La fórmula electoral de reparto de escaños es la prevista en una Ley de reforma de la Ley Electoral de 17 de marzo de 2008 ¹².

A cada partido le corresponde un determinado número de escaños, que a su vez se reparten internamente, en proporción al número de votos obtenido por ese partido en cada *Land*, para llegar a una cifra de escaños de ese partido en ese territorio. Hasta la última reforma, y lo que históricamente se hacía era que, una vez conocido el número de escaños del partido en cada *Land*, se tenían en cuenta, en primer lugar, las personas candidatas de ese partido que han vencido en sus distritos uninominales. Una vez adjudicados esos escaños, se completaba el resto de las personas elegidas, en el orden en el que figuraban en la lista del partido en ese *Land*.

Hasta aquí, como puede observarse, todo respeta la más absoluta proporcionalidad. Pero había dos mecanismos correctores: uno de ellos es la barrera electoral, de un 5 % (a nivel federal) para poder participar en la distribución de

¹¹ La Ley se suele modificar antes de cada convocatoria electoral, fundamentalmente para rectificar la distribución de escaños, en función de las variaciones de población de cada Estado o cada distrito uninominal. La última versión de la *Bundeswahlgesetz* es la basada en el texto de 23 de julio de 1993 (*BundesGesetzBlatt* 1993, I, p. 1288, 1594), cuya última reforma se llevó a cabo a través del artículo 1 de la Ley de 7 de marzo de 2024 (*BundesGesetzBlatt*, 2024 I, Nr. 91) puede consultarse en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bwahlg/gesamt.pdf>.

¹² El 24 de enero 2008 decidió el *Bundestag* alemán (BT- Plenarprotokoll 16/139, S. 14670B–14670C) cambiar el método Hare / Niemeyer por el de Sainte-Laguë. Este cambio entró en vigor el 21 de Marzo de 2008 y obligó por primera vez en las elecciones parlamentarias celebradas el 27 de Septiembre de 2009.

los escaños. Esta barrera no se aplicaba en el caso de que el partido hubiera obtenido al menos 3 mandatos directos en distritos uninominales, que les daba derecho también al acceso al reparto de escaños.

El segundo mecanismo corrector era el de los mandatos excedentes (*Überhangmandate*), como ya hemos dicho. Durante mucho tiempo, mientras el sistema de partidos era de dos formaciones principales (CDU/CSU y SPD) y una bisagra (FPD) –que algunos llamaron de «dos partidos y medio» o *Zweieinhalbparteiensystem*¹³–, no hubo demasiados mandatos excedentes. Empezaron a incrementarse cuando nacieron otros dos partidos medianos, Los Verdes y *Die Linke* («la Izquierda», herederos del Partido comunista de la antigua RDA), pues descendieron los votos que recibían tanto el SPD como la CDU, y aunque ganaban en muchos distritos uninominales, proporcionalmente perdieron fuerza en cada *Land*. En 2009 hubo 24 mandatos excedentes, de los cuales 21 fueron de la CDU y 3 de la CSU (su partido coaligado en Baviera). Claramente se producía una corrección mayoritaria que no parecía que fuese deseada cuando se diseñó un sistema proporcional.

Este fenómeno provocó que se llegase a cuestionar la legitimidad del sistema, y el SPD recurrió al Tribunal Constitucional, también aludiendo a otros efectos matemáticos que podía provocar el aumento o el descenso de segundos votos, que habían sido detectados por algunos especialistas¹⁴. A pesar de que el Tribunal Constitucional había avalado este elemento del sistema¹⁵, cuando todavía el número de mandatos excedentes era moderado, como consecuencia de estas impugnaciones acabó considerando inconstitucionales algunos elementos y efectos del sistema electoral, por vulnerar el artículo 38, párrafo 1, de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual el *Bundestag* tiene que surgir de elecciones universales, igualitarias, directas y secretas¹⁶. Al haberse incrementado tanto el número de *Überhangmandate*, de manera que se corregía tanto la proporcionalidad que se producía una desviación muy notable del reparto de escaños con relación a la distribución de votos, el Tribunal entendió que se vulneraba la igualdad de voto y debía remediarse.

¹³ NOHLEN, D., «La reforma del sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal», cit., p. 146.

¹⁴ MEYER, H., «Der Überhang und anderes Unterhaltsame aus Anlass der Bundestagswahl 1994», en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 77 (4), 1994.

¹⁵ BVerfGE 95, 335, de 27 de abril de 1997.

¹⁶ Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 28 de noviembre de 2007 (BVerfGE 120, 82 105).

4. SUCESIVAS REFORMAS E INTERVENCIONES DEL BUDESVERFASSUNGSGERICHT.

El primer intento de reforma fue declarado también inconstitucional el 25 de julio de 2012¹⁷. El gobierno de coalición entre CDU y FPD intentó resolver con esa modificación el problema del peso negativo de los votos (*Negative Stimmgewichte*) y el de los mandatos excedentes¹⁸, pero el Tribunal Constitucional consideró que no los limitaba suficientemente. El exceso de estos escaños podría llegar a eliminar, según el Tribunal, el carácter proporcional de la elección al *Bundestag*. Además, en la sentencia se reprochaba que no se hubiese tenido en cuenta a la oposición, es decir, no se respetaba el principio al que la jurisprudencia constitucional venía empujando, el del máximo consenso entre las fuerzas políticas. De este modo se abrió la puerta a lo que luego se acabó realizando, es decir, una reforma que previese la compensación de los escaños excedentes, para recuperar la proporcionalidad del resultado.

Nohlen reprocha al Tribunal alemán que haya entrado a condicionar de un modo excesivo la tarea del legislador electoral, incluso a veces acercándose a la proporcionalidad pura, lo que calificó de una «vuelta a Weimar», cuando expresamente se había intentado un alejamiento de eso por parte de quienes elaboraron la Ley Fundamental de Bonn, y se pretendió dejar más libertad de actuación al legislador electoral, sin volver a constitucionalizar demasiados elementos del sistema. Lo cierto es, en todo caso, que el sistema electoral alemán se ha visto muy condicionado e influido, en los últimos años, por la actuación del *Bundesverfassungsgericht*, tal y como comentábamos al inicio de estas líneas y ha sido subrayado por la doctrina¹⁹.

En 2013 se aprobó una nueva reforma²⁰. No cambiaba lo esencial, pero se establecía un sistema de compensación de escaños para recuperar la propor-

¹⁷ BVerfG, Sentencia de la Sala Segunda (Zweiten Senats) de 25 Julio 2012. –2 BvF 3/11–, Rn. 1-164, https://www.bverfg.de/e/fs20120725_2bvf000311.html.

¹⁸ Esta reforma se comenta en MESTRE-AIZPURUA, F., «El sistema electoral alemán y su reciente reforma», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 3, 2012, pp. 79-87.

¹⁹ Entre nosotros, Fernández Vivas ha llegado a calificar el protagonismo del Tribunal Constitucional alemán como uno de los rasgos del sistema electoral de aquel país. Cfr. FERNÁNDEZ VIVAS, Y., «El sistema electoral en Alemania a examen», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 45, 2020, pp. 479-501 (aquí p. 481). DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.45.2020.27143> Ver también MEYER, H., «Demokratische Wahl und Wahlsystem», en Isensee/Kirchhof (Eds.), *Handbuch des Staats Rechts*, vol. III, 3.ª ed, C. F. Müller, Heidelberg, 2005, pp. 540-541.

²⁰ Bundesgesetzblatt BGBl I, 2013: 1082 y sig. Esta reforma se analiza en VÁZQUEZ LAPUENTE, M., JIMÉNEZ SERAL, P., «El nuevo modelo de reparto de escaños en el sistema electoral alemán», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 7, 2014, pp. 108-125.

cionalidad, en caso de que hubiese mandatos excedentes, asignando asientos complementarios al resto de partidos, los que no obtenían mandatos excedentes. Por lo tanto, se recuperaba la proporcionalidad casi total, eliminando los matices mayoritarios que aportaban, en los últimos años en exceso, los mandatos excedentes.

Se cambió también el modo de distribuir los escaños, pues primero se hacía en cada *Land*, pero luego se sumaban a nivel federal y era en ese segundo proceso en el que compensaba el exceso de mandatos excedentes de las candidaturas que los hubiesen obtenido. De este modo, se procedía a nivelar a nivel federal a todos los partidos, de manera que todos acabasen con los escaños que les corresponden desde el punto de vista proporcional. Cuantos más mandatos excedentes hubiese, más necesidad de compensar a los demás partidos²¹. El problema, en la práctica, con este nuevo sistema, fue que el número de miembros del *Bundestag* no paró de crecer: 630 en 2013, 703 en 2017. Además, desde el punto de vista del funcionamiento del sistema, si bien para el elector sigue siendo igual (una doble papeleta), el escrutinio y el cálculo del reparto de escaños, en concreto el cálculo de la proporcionalidad, era muy complejo y de muy difícil comprensión. Todo ello generó que muy pronto se volviese a reclamar una nueva reforma.

En 2020 se aprobó una nueva modificación legislativa, un primer intento para corregir el exceso de tamaño del *Bundestag*, pero estaba respaldada solamente por la coalición gubernamental de cristiano demócratas y socialdemócratas. Por tanto, no hubo consenso, pues los demás partidos se opusieron. No obstante, a pesar de que fue recurrida por los Verdes, *Die Linke* y el FPD al Tribunal Constitucional Federal, éste avaló la constitucionalidad de la reforma²². Lo que se pretendía con este cambio era limitar un poco el incremento de tamaño del *Bundestag*, reduciendo los escaños de compensación previstos en la versión en la ley de reforma anterior.

²¹ Lo explica muy bien Nohlen aquí: NOHLEN, D., «La reforma del sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal», cit., pp. 148-149.

²² BVerfG, sentencia de la Segunda Sala (Zweiten Senats) de 29 de noviembre de 2023; –2 BvF 1/21–, Rn. 1-47, https://www.bverfg.de/e/fs20231129_2bvf000121.html.



Número de escaños en el Bundestag alemán de 1990 a 2021 (Statista, Bundestag alemán).

A pesar de este aval sobre la constitucionalidad, la polémica sobre el número de diputados continuó, pues siguió siendo muy elevado, y no consiguió alcanzarse el objetivo de que el máximo de miembros del *Bundestag* fuese de 630. Por eso, en 2023 se aprobó una nueva modificación, también sin consenso, pues la impulsó la nueva coalición gubernamental (SPD, Verdes y FPD), con el rechazo total de CDU/CSU y Die Linke²³.

Después de una fuerte controversia y de debates muy intensos (incluso agresivos), el *Bundestag* aprobó la reforma de la ley electoral el 17 de marzo de 2023. Pero de nuevo se estaba incurriendo en un problema, que era la falta de consenso, que –como ya hemos visto– el propio Tribunal Constitucional había reclamado en su jurisprudencia como algo necesario en cualquier modificación de la ley electoral. La oposición, encabezada por la CDU y la CSU, se

²³ Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes und des Fünfundzwanzigsten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes; BGBl. 2023 I Nr. 147, de 13.06.2023. <https://www.recht.bund.de/eli/bund/bgbl-1/2023/147>.

opuso casi en su totalidad a dicha reforma. Especialmente críticos fueron la CSU y el partido izquierdista *Die Linke*, pues eran los grandes perjudicados, como luego explicaré. La ley se aprobó con 399 votos a favor, 261 votos en contra y 23 abstenciones²⁴. Además, otros 53 parlamentarios no participaron en la votación²⁵.

5. CAMBIOS SUSTANCIALES EN LA REFORMA DE 2023. NUEVA INTERVENCIÓN DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

Se trataba, por tanto, del segundo intento de corrección de las distorsiones a que daba lugar el sistema. Pero la reforma, en esta ocasión, modificaba de modo radical un elemento hasta ese momento característico del sistema alemán, puesto que se preveía la renuncia a la tradicional asignación de los llamados mandatos excedentes (*Überhangmandate*) y también la reciente asignación de los mandatos de compensación (*Ausgleichsmandate*). Los primeros, como ya hemos visto, son un elemento histórico del sistema electoral alemán, que consistían en que la persona que obtuviese la victoria en su distrito uninominal tenía garantizado su escaño, aunque al partido al que perteneciese no le correspondiese el escaño desde el punto de vista del reparto proporcional. La solución de los mandatos de compensación estaba generando este incremento desmesurado del tamaño de la cámara, y ahora se toma una decisión drástica: eliminar los dos tipos de mandato, los excedentes y los de compensación. Esta supresión de los mandatos podría significar que no todos los candidatos individuales en distritos uninominales que venciesen en su distrito tuviesen asegurado su escaño, pues dependerá de si, en el *Land* en el que se sitúa dicho distrito uninominal, a su partido le corresponde proporcionalmente un número de escaños que sea superior a la suma de todos los candidatos de ese partido que han vencido individualmente en su distrito.

Con esta reforma se evita el número de mandatos excedentes, pues solo se tendrán en cuenta aquellos que queden cubiertos por el número máximo de mandatos que ese partido puede tener en el *Land*, conforme al reparto proporcional, que como ya hemos visto se hace siempre sobre la base de los segundos votos obtenidos.

²⁴ Votaron a favor votaron 395 parlamentarios del SPD, Alianza 90/Los Verdes y FDP, así como tres diputados de *Alternative für Deutschland* (AfD) y un miembro no inscrito del *Bundestag*. Además de 184 diputados de la CDU/CSU y 31 de *Die Linke* (izquierda), votaron en contra 41 diputados de AfD, dos socialdemócratas y tres diputados no inscritos.

²⁵ <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw11-de-bundeswahlgesetz-937896>.

Según la nueva regulación, se mantendrían los actuales 299 distritos electorales y la papeleta dividida en dos partes, con doble voto para cada elector, uno de ellos destinado a votar a la persona candidata en su distrito uninominal, otro destinado a votar al partido político en una lista cerrada en el *Land* al que pertenece ese distrito. La suma de los segundos votos a nivel federal es la que se tiene en cuenta para la distribución proporcional de los mandatos entre los partidos. Con los primeros votos se decide quién gana en el distrito uninominal, basándose en una fórmula mayoritaria: vence simplemente la persona que obtenga más votos. Pero esta persona no tendrá garantizado su puesto en el *Bundestag* hasta que se confirme si proporcionalmente su partido tiene en el *Land* un número de escaños superior o igual al de los mandatos directos.

Por ejemplo, si una persona se presenta como candidata en el Distrito electoral (*Wahlkreis*) Colonia-I (Köln I)²⁶, situado en el *Land* de Renania del Norte-Westfalia, y vence en ese distrito, deberá esperar a ver cuántos escaños le corresponden al partido al que pertenece en ese *Land*. Supongamos que esa persona es del SPD, y que al SPD le corresponden en ese *Land*, una vez hecho el reparto proporcional de escaños, 29 representantes. Pues bien, la confirmación del escaño de esa persona candidata en Colonia va a depender de si el total de candidatas/os del SPD en los distritos uninominales de ese *Land* ha sido igual o inferior a esos 29 representantes. Si son más (como ocurrió en 2021, donde las personas candidatas del SPD vencieron en 30 distritos uninominales²⁷), entonces habrá que estar a lo dispuesto en la nueva ley. Conforme a esta nueva regulación, alguna de las personas que han vencido en su distrito no accederá a su escaño, en concreto no obtendrán asiento en el *Bundestag* las personas menos votadas en números absolutos, es decir, quienes hayan conseguido menor número de votos en su distrito, a pesar de haber vencido.

El borrador inicial propuesto por la coalición gubernamental estipulaba un límite máximo de tamaño de la cámara en el número de diputados de 598, manteniendo la cifra histórica, pero en el trámite parlamentario se aumentó esta cifra a 630, para incrementar la probabilidad de que los candidatos de la circunscripción que reciban la mayor cantidad de primeros votos obtengan un escaño.

Sin embargo, esta reforma no se quedó aquí. También se eliminó otro elemento tradicional del sistema alemán: la posibilidad alternativa a la barrera electoral del 5%, consistente en que una candidatura puede optar al reparto proporcional de escaños si sus candidatos consiguen vencer en al menos 3

²⁶ <https://www.bundeswahlleiterin.de/bundestagswahlen/2021/wahlkreiseinteilung/bund-99/land-5/wahlkreis-93.html>.

²⁷ <https://www.bundeswahlleiterin.de/bundestagswahlen/2021/gewaelhte/bund-99/land-5.html#4d5fed55-67de-418c-8df4-72ccab7a06ac>.

distritos uninominales. Esta medida perjudicaba gravemente a dos partidos: *Die Linke* (en la zona de la antigua RDA) y CSU (en Baviera). Recordemos que CSU se presenta como partido independiente (aunque luego suma sus escaños a los de la CDU, con la que comparte coalición desde hace muchos años), y solo presenta candidaturas en Baviera, por lo que tiene complicado (sobre todo en los últimos años) llegar al 5 % a nivel federal.

Como en las últimas ocasiones, no se hizo esperar la impugnación de la nueva ley ante el *Bundesverfassungsgericht*. Recurrieron no solamente CDU, CSU y *Die Linke*, sino también el propio gobierno del *Land* de Baviera, además de algunos otros grupos de ciudadanos alemanes. La cuestión se resolvió con sentencia del pasado 30 de julio de 2024, y el Tribunal declaró parcialmente inconstitucional la ley²⁸.

El Tribunal sí admitió el límite de escaños en 630 (que ya había sido el objetivo frustrado de la anterior reforma de 2020) y la supresión de los mandatos excedentes y los mandatos de compensación. Pero considera que la histórica excepción a la superación de la barrera electoral del 5 % (*Grundmandatsklausel*), consistente en que se puede participar en el reparto proporcional de escaños siempre que las o los candidatas/os de un partido hayan vencido en al menos tres distritos uninominales, debe mantenerse. Su eliminación, por tanto, es inconstitucional. Y justamente este elemento era el más discutido por la oposición, especialmente los dos partidos directamente perjudicados, CSU y *Die Linke* (aunque también la CDU).

El Tribunal Constitucional sostiene que la redacción dada por la reforma al artículo 4, apartado 2, frase 2, núm. 2 de la *Bundeswahlgesetz* viola el artículo 21, apartado 1, y el artículo 38, apartado 1, frase 1 de la *Grundgesetz*. Asimismo, dispuso que hasta que no haya una nueva regulación, seguirá aplicándose la condición de que los partidos con menos del 5 % de los segundos votos solamente dejarán de ser tenidos en cuenta a la hora de asignar escaños si sus candidatos hubieran obtenido la mayor cantidad de primeros votos (es decir, hubieran vencido) en menos de tres distritos electorales. Por tanto, como sucediera también en Italia con la eliminación del premio de mayoría que había establecido el legislador, la sentencia del *Bunderverfassungsgericht* determina qué sistema electoral se va a emplear en las siguientes elecciones alemanas.

En la sentencia, el Tribunal reconoce que la reforma no se hizo por consenso, sino solo con la mayoría gubernamental. Sin embargo, señala que esta posibilidad está expresamente abierta al legislador por el artículo 38, apartado

²⁸ BVerfG, Sentencia de la Segunda Sala (Zweiten Senats) de 30 de julio de 2024. –2 BvF 1/23–, Rn. 1-293, https://www.bverfg.de/e/fs20240730_2bvf000123.html.

3, en relación con el artículo 42, apartado 2, frase 1 de la Ley Fundamental de Bonn. Por lo tanto, aunque lo deseable es el máximo grado de consenso, su ausencia por sí sola no es suficiente para declarar inconstitucional una nueva ley electoral.

Por otra parte, el Tribunal recuerda que el artículo 38, apartado 3 de la Ley Fundamental de Bonn remite al legislador la tarea de concretar las normas electorales, con el único límite del artículo 38, apartado 1, frase 1 de la *Grundgesetz*, es decir, que los miembros del *Bundestag* deben elegirse por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. El principio de igualdad de elección exige que todos los que tienen derecho a votar puedan ejercer ese derecho y puedan de igual manera presentarse a las elecciones.

Además, la legislación electoral debe proteger la igualdad de oportunidades para los partidos (Art. 21, Párr. 1 *Grundgesetz*). Esto implica que deben darse a todos los partidos las mismas oportunidades durante todo el proceso electoral y, por lo tanto, igualdad de oportunidades en la distribución de escaños. El derecho de las partes a la igualdad de oportunidades está estrechamente vinculado a los principios de universalidad e igualdad de la elección.

En este sentido, el Tribunal analiza las previsiones de la ley sobre el reparto de escaños a partir de los segundos votos, que es lo que había sido objeto fundamental de las impugnaciones.

En primer lugar, el *Bundesverfassungsgericht* no aprecia que con la última reforma se estén modificando los principios básicos de la ley electoral anterior, fundamentalmente porque se mantiene la votación por distritos electorales y la representación proporcional basada en listas estatales.

En cuanto a lo que el Tribunal llama un «rediseño del equilibrio» entre los resultados en distritos uninominales y los de las listas de cada *Land*, cuya suma es la que define el reparto de escaños con criterios de representación proporcional, en la sentencia se resumen las diferencias entre el sistema anterior y el actual. Se recuerda que, en primer lugar, los 630 escaños se distribuyen entre los partidos según los votos recibidos en las listas estatales. A continuación, se determina el orden de ocupación de cada uno de estos contingentes de asientos, en función de los resultados en cada distrito uninominal. Como ya hemos señalado, los candidatos vencedores en cada distrito electoral son quienes ocupan los puestos correspondientes, y solamente si queda alguno sin ocupar, se van asignado a quienes forman parte de la lista cerrada en cada *Land*. Y, como hemos visto, si el número de vencedores en los distritos es superior al de escaños que le corresponden al partido, quedarán fuera aquellas personas que, aun habiendo vencido en su distrito, han tenido menos votos absolutos en relación con el resto de candidatas/os en los demás distritos.

Uno de los reproches que plantearon los recurrentes es que este sistema no optaba ni por una votación puramente mayoritaria ni por la representación proporcional pura, pero el Tribunal lo rechaza, pues considera que esta crítica ignora el hecho de que, según la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional Federal, se permite combinar la representación proporcional con elementos de elección personal. La cuestión de cómo se concrete esa combinación es algo que entra dentro del margen de discrecionalidad del legislador, en el marco de los límites dispuestos por la *Grundgesetz*. Y, en este caso, esos límites se respetan, rechazando el Tribunal que pueda afirmarse, como hacen los recurrentes, que el nuevo sistema supone una vulneración de un supuesto requisito de regionalización o representación electoral.

Asimismo, la sentencia rechaza la tesis de los recurrentes de que la reforma contiene supuestas contradicciones e incoherencias, pues dichas tesis se basan en el mantenimiento teórico del sistema anterior (con mandatos excedentes y de compensación), lo cual puede ser, en todo caso, opinable y, como ha dicho el Tribunal, puede modificarse por parte del legislador dentro de su margen de discrecionalidad.

Una de las contradicciones denunciadas es la que representa la posible circunstancia de que una persona que haya vencido en su circunscripción acabe no ingresando al *Bundestag*, y sin embargo haya otras personas que sí se conviertan en miembros de la cámara, a pesar de no haber vencido en sus distritos, por el hecho de haber sido elegidos en la lista del *Land* que el partido haya presentado.

El Tribunal rechaza que eso suponga una contradicción, pues solo cabría considerarla así en el caso de que la elección en distrito uninominal fuese la única opción pertinente para la asignación de un mandato representativo. Sin embargo, esto no es correcto. Sostiene el Tribunal que la elección directa en distrito uninominal no es el único factor decisivo para la obtención de un mandato, sino que más bien es al contrario, es decir, que el sistema se basa en la garantía de que cada miembro del *Bundestag* esté legitimado por el resultado de los segundos votos de su partido.

A continuación, la sentencia justifica el tradicional sistema dividido en la elección directa en distritos uninominales y la proporcional a partir de los resultados de los votos a lista de partido en cada *Land*. La ley electoral garantiza un equilibrio entre los resultados de los primeros y segundos votos. El reparto de escaños entre partidos a partir del recuento de los segundos votos garantiza el igual valor de cada sufragio. Y el valor de los primeros votos también será el mismo, puesto que a partir del recuento de esos sufragios, resultará elegida una de las personas candidatas si, por un lado, recibe la mayor cantidad de primeros

votos en el distrito y, por otro lado, la lista estatal de su partido recibe un número tal de segundos votos que su cuota de escaños es suficiente para todos los candidatos vencedores en sus distritos, con la misma o mejor proporción de primeros votos dentro de los distritos de ese *Land*. «Ambas condiciones –dice el Tribunal– dependen exclusivamente de los resultados electorales».

Aquellos candidatos vencedores en su distrito uninominal que, finalmente, no acceden a un escaño en el *Bundestag*, no resultan tratados de modo desigual a quienes sí acceden, según el Tribunal. Y ello porque la no asignación del escaño al candidato ganador que no ha obtenido la cobertura de los segundos votos de su partido es el resultado del mecanismo de asignación elegido por el legislador, que depende de dos condiciones (obtener la mayor cantidad de primeros votos en el distrito electoral y, además, lograr la cobertura de voto por parte de la lista estatal del partido). El valor del éxito de los votos electorales se determina en consecuencia de acuerdo con estas dos condiciones.

Tampoco considera el Tribunal que esta circunstancia de que algunos candidatos vencedores en su distrito no accedan al *Bundestag* suponga una vulneración del requisito de la inmediatez de la elección conforme al artículo 38, apartado 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Porque, según se afirma en la sentencia, esto no cambia el hecho de que el primer voto de cada elector puede asignarse a un candidato específico en ese distrito. A la hora de votar, lo único que es incierto es el éxito de la elección. El resultado positivo o no se basa exclusivamente en el proceso electoral –uniforme– y el posterior procedimiento de asignación de escaños previsto por la ley. La decisión sobre el orden en que los candidatos seleccionados en las circunscripciones reciben o no el mandato, en función de que exista una cobertura suficiente del resultado en segundos votos, está determinada únicamente por los resultados de las elecciones y la ley electoral.

Además, el Tribunal sostiene que el procedimiento de asignación de escaños previsto no viola la igualdad de oportunidades de los partidos (Art. 21, párr. 1 *Grundgesetz*), y no comparte la valoración realizada por los demandantes de que impone una carga especial a los partidos de la oposición. El procedimiento sirve para determinar la composición del *Bundestag* según la representación proporcional de los partidos, al igual que el actual sistema, y no es cierto (como sostienen los recurrentes) que reduzca el número de escaños ya asignados a los partidos. Lo único que va a suceder es que cada partido tendrá menos escaños en el nuevo *Bundestag*, pero respetando siempre los criterios proporcionales de reparto, como ocurría en el sistema anterior.

Como decíamos más arriba, el punto en el que el Tribunal sí admite la impugnación es el que se refiere a la nueva regulación de la cláusula de barre-

ra electoral del artículo 4, apartado 2, frase 2, número 2 de la *Bundeswahlgesetz*, pues la considera incompatible con la Ley Fundamental.

Sí que avala la barrera del 5 %, pues el establecimiento de ese umbral puede ser legítimo para poder garantizar la capacidad del Parlamento para trabajar y funcionar adecuadamente y cumplir las funciones centrales que le asigna el orden constitucional previsto en la Ley Fundamental. Con el establecimiento de una de barrera, se evita que el Parlamento se fragmente en muchos grupos pequeños y garantiza así las condiciones funcionales y laborales del *Bundestag*, de manera que los diferentes grupos parlamentarios tengan en general un tamaño mínimo determinado.

Sin embargo, en el actual marco fáctico y jurídico, la formulación de la cláusula de barrera en el artículo 4, apartado 2, frase 2, número 2 de la *BWahlG* no es totalmente necesaria. Para garantizar el funcionamiento y la tarea del *Bundestag*, no es necesario ignorar en la distribución de escaños a un partido cuyos representantes formarían un grupo parlamentario conjunto con los representantes de otro partido si ambos partidos alcanzaran juntos el quórum del cinco por ciento. Se refiere aquí el Tribunal a la coalición de CDU y CSU que, como hemos dicho, concurren por separado, pero unen sus escaños en el parlamento. Y, de hecho, el Tribunal afirma lo siguiente:

a) De hecho, existe la posibilidad de que la Unión Cristiano Social de Baviera (CSU) no sea tenida en cuenta en la distribución de escaños en las próximas elecciones federales porque no se supera el umbral nacional del 5 %. Sin embargo, si se les tuviera en cuenta, sus diputados seguramente formarían un grupo parlamentario conjunto con los diputados de la CDU. La base para ello es una cooperación a largo plazo entre ambas partes.

b) La cooperación entre el CSU y la CDU se caracteriza en última instancia por tres elementos: en primer lugar, la intención de formar un grupo parlamentario basado en objetivos políticos similares, en segundo lugar, el hecho de que dicho grupo parlamentario conjunto ya existía en el *Bundestag* y, en tercer lugar, la exención de competir entre sí presentando únicamente *Landesliste* (listas estatales) en diferentes *Länder*.

Desde la fundación de la República Federal de Alemania, la CDU y la CSU dejaron claro en la campaña electoral que persiguen objetivos similares y quieren formar una facción común. En particular, la CSU promueve periódicamente al principal candidato de la CDU. Desde 1976, ambos partidos han elaborado explícitamente un programa electoral conjunto para las elecciones federales. Desde 1949, sus representantes también forman un grupo parlamen-

tario conjunto en el *Bundestag*. Mientras que la CSU sólo se presenta a las elecciones en Baviera, la CDU no tiene representación allí.

c) El objetivo de la barrera electoral se alcanza del mismo modo si se tienen en cuenta conjuntamente los resultados de la segunda votación de los partidos que cooperan de esta forma. El trato desigual resultante está justificado.

Esta cooperación no cambia las condiciones marco del trabajo parlamentario, que la barrera electoral pretende garantizar. La cooperación entre estos partidos afecta directamente a las actividades del propio *Bundestag* y abarca todas las funciones parlamentarias. Al formar un grupo parlamentario conjunto, los diputados de los partidos implicados se subordinan a las estructuras organizativas parlamentarias ejerciendo los derechos y obligaciones de un grupo parlamentario no individualmente, sino a través del grupo. El objetivo de esto es representar conjuntamente una corriente política en el parlamento.

Si los partidos que cooperan de esta forma se tuviesen en cuenta de manera conjunta a la hora de aplicar la cláusula del umbral del 5 %, esto supondría un trato desigual en comparación con otros partidos, pues podrían recibir mandatos del *Bundestag*.

e) El legislador está obligado a diseñar la cláusula umbral de tal manera que, en las actuales condiciones jurídicas y fácticas, no vaya más allá de lo necesario para garantizar el funcionamiento del *Bundestag*. Las alternativas de diseño no se limitan a la introducción de la posibilidad de considerar conjuntamente a dos partes como las mencionadas, que cooperan desde hace años en el *Bundestag*. Más bien, lo que parece claro es puede modificar la barrera electoral y sus posibles excepciones de otras maneras.

Finalmente, el Tribunal considera inconstitucional la previsión de la última reforma electoral, que elimina la opción alternativa de acceder al reparto de escaños si se vence en al menos tres distritos uninominales, por las razones expuestas en la sentencia, que tienen que ver con la tradicional cooperación parlamentaria entre CDU y CSU. Estima, por tanto, la impugnación de estos partidos, por considerar que se vulnera su derecho a la igualdad de oportunidades y que la reforma ha ido más allá de lo necesario para garantizar el funcionamiento del Parlamento. Sin embargo, desestima el recurso de *Die Linke*, al considerar que no se violan sus derechos, pues sus representantes no forman un grupo común con los de otro partido, ni parece evidente que tengan intención de hacerlo.

El *Bunderverfassungsgericht* considera, finalmente, que la percepción de los partidos y la propia ciudadanía sobre el funcionamiento de la barrera electoral y la posible excepción a su aplicación por haber logrado la victoria en al

menos tres distritos uninominales fortalece la confianza en que la ley electoral (y sus posibles reformas) no perjudica a ningún partido.

Cuando acabamos de escribir estas líneas se convocan elecciones anticipadas en Alemania para febrero de 2025. Una vez más, el sistema electoral que se utilizará en estas elecciones será el determinado, en parte por el legislador, pero también por el Tribunal Constitucional, al rectificar parcialmente la ley. Queda por ver qué hará el *Bundestag* en la próxima legislatura.

«CUMPLIENDO»: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE INICIATIVA GUBERNAMENTAL¹

CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ

UNED

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Consideraciones preliminares. 3. El concepto de «rendición de cuentas». Precisión terminológica. 4. Descripción y análisis de los elementos que conforman la rendición de cuentas de iniciativa gubernamental. 5. Análisis constitucional de la rendición de cuentas. 6. Valoración. 6.1 Valoración de la rendición de cuentas de iniciativa gubernamental. 6.2 Valoración de la ejecución práctica de la rendición de cuentas de iniciativa gubernamental. 7. Perspectivas y propuestas. 7.1. Perspectivas y propuestas sobre la iniciativa de la rendición de cuentas. 7.2 Perspectivas y propuestas sobre la ejecución concreta de la rendición de cuentas. 8. Para concluir.

1. INTRODUCCIÓN

La vocación y dedicación de María Luisa Balaguer al Derecho constitucional surge de una profunda preocupación por la democracia y la justicia. Esta es en mi opinión una de las principales inspiraciones que se deducen de sus escritos y conferencias, a las que he tenido el privilegio de asistir. Su buen humor, su fuerza y optimismo vital, acompañan su seria labor investigadora, sólidamente

¹ Publicación desarrollada en el marco de las actividades de la Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital-Proyecto 101127331 GovReDig. Financiada por la Unión Europea. Las opiniones y puntos de vista expresados solo comprometen a la autora y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los de la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA). Ni la Unión Europea, ni la EACEA pueden ser considerados responsables de ellos.

anclada en la reivindicación como base y motor de su vida profesional y personal. Guardo en la memoria especialmente sus palabras expresadas en una conferencia en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) dedicada a la igualdad, en la que, ante las dudas de las más jóvenes, las alentaba, ante las injusticias y dificultades de la vida, a sobreponerse y seguir adelante².

Con este escrito trataré de contribuir modestamente a su merecido libro homenaje, analizando una iniciativa gubernamental que lenta pero progresivamente ha venido a sumarse al panorama de instrumentos que pueden permitir la mejora de la democracia. Un sistema democrático hoy amenazado y que conviene cuidar especialmente en estos tiempos difíciles. Esta es la preocupación y el empeño de la Profesora María Luisa Balaguer y la motivación que vertebra y subyace a su obra y su trabajo.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El estudio de la rendición de cuentas de iniciativa gubernamental debe obviamente realizarse en el contexto jurídico político de referencia. Si bien el texto constitucional de 1978 ha quedado, salvo pequeñas reformas, congelado en el tiempo, lo cierto es que la vida política que lo acompaña puede calificarse en un determinado grado como convulsa, lo que obviamente va a influir sobre la percepción y valoración de esta iniciativa. Este análisis pretende centrarse en el análisis y crítica, lo más objetiva posible, del instrumento creado, así como de sus posibilidades de mejora. Se hace constar no obstante la condición de la autora de miembro del grupo de expertos de análisis metodológico que ha acompañado a la iniciativa de la rendición de cuentas desde su creación³. Subrayemos en todo caso que se pretende con este trabajo, como decíamos, una valoración crítica, que es por lo demás lo que se ha venido solicitando desde el gobierno de España en el ejercicio de esta función⁴. Convendría no partir tam-

² Conferencia de María Luisa Balaguer impartida el 14 de diciembre de 2021 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), con ocasión de la entrega que le hizo la Red Feminista de Derecho Constitucional del Primer Premio 6 de diciembre, aniversario de la ratificación en referéndum de la Constitución española.

³ El grupo de expertos de análisis metodológico se creó en el año 2020, de forma simultánea a los primeros trabajos de iniciativa gubernamental de rendición de cuentas, y ha estado vigente y activo desde entonces hasta la actualidad. Su composición puede consultarse en: Anexo I de las Bases metodológicas que acompañan a los informes semestrales de rendición de cuentas, «Cumpliendo», de Presidencia del Gobierno.

⁴ Una primera valoración escrita de esta temática se realizó por parte de la autora en el texto presentado y expuesto en el marco del Seminario «Rendición de cuentas en democracias complejas. Papel y relevancia de la rendición de cuentas del presidente del Gobierno a la sociedad española», celebrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, el 13 de mayo de 2021, con el título: «La rendi-

poco del rechazo sistemático de este nuevo instrumento considerando únicamente el factor de que la iniciativa ha sido del ejecutivo. La evaluación de la rendición de cuentas –y de cualquier otro factor o elemento jurídico-político– solo deberá hacerse desde una reflexión aséptica. Tratemos de realizar una apreciación mesurada y propongamos las reformas necesarias si consideramos que la iniciativa puede resultar de interés en el panorama constitucional.

3. EL CONCEPTO DE «RENDICIÓN DE CUENTAS». PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.

Como en todo trabajo jurídico, pero muy especialmente en este caso por su carácter relativamente novedoso, conviene comenzar por el concepto. Qué es la «rendición de cuentas» o, cuando menos, qué significa esta noción en el contexto al que vamos a referirnos.

Tradicionalmente, en España el concepto de rendición de cuentas se ha vinculado a la responsabilidad y explicaciones necesarias que se deben dar en relación con el manejo de partidas presupuestarias. Es decir, y recurriendo a la Real Academia Española de la Lengua, se entiende el vocablo «rendir», en el sentido de «dar» o «presentar»; y «cuentas» en el sentido clásico de la palabra vinculada al uso del dinero («pliego o papel en que está escrita alguna razón compuesta de varias partidas, que al fin se suman o restan») ⁵.

En esta línea, en el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado, dentro de la sección relativa a la información económica-presupuestaria, encontramos la siguiente definición: «La rendición de cuentas es el deber que tienen las personas que ejercen labores de servicio público de informar, justificar, responsabilizarse pública y periódicamente sobre el uso dado a los fondos asignados y los resultados obtenidos siguiendo los criterios de eficiencia, eficacia, transparencia y legalidad» ⁶. Recordemos que en este sentido presupuestario corresponde con carácter general al Tribunal de Cuen-

ción de cuentas en el marco constitucional español: anclaje y perspectivas.» Este trabajo está incluido en la Bibliografía del Anexo I de las Bases metodológicas que acompañan a los informes semestrales de rendición de cuentas, «Cumpliendo», de Presidencia del Gobierno.

⁵ El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua señala como sinónimos de «cuenta» las siguientes palabras: «importe, factura, nota, recibo, minuta, montante, monto, total, suma.»

⁶ https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/PublicidadActiva/Presupuestaria/RendicionCuentas.html#:~:text=La%20rendici%C3%B3n%20de%20cuentas%20es,%2C%20eficacia%2C%20transparencia%20y%20legalidad (5 de febrero de 2025).

tas el control externo de la Administración General del Estado⁷. Dicho Portal nos remite de forma inmediata a la importante obligación de rendición de cuentas en el plano local, que desde 2016 cuenta con una aplicación específica al efecto que se inscribe bajo este mismo concepto⁸. Finalmente, también en este mencionado Portal de la Transparencia se hace referencia al Grupo de Trabajo de Transparencia y Rendición de Cuentas⁹.

En el contexto latinoamericano, la rendición de cuentas está asimismo vinculada a la debida transparencia, información y responsabilidad en el uso de los fondos públicos¹⁰, aunque despuntan otras iniciativas de carácter general de la rendición de cuentas de gran interés¹¹.

En la UE, el término estudiado se utiliza en la traducción al español del vocablo inglés «*accountability*», de nuevo en el contexto de información y transparencia sobre recursos públicos financieros. Así, el Banco Central Europeo lo emplea en el marco de las funciones supervisoras propias del Mecanismo Único de Supervisión (MUS), una de sus responsabilidades principales. Estas funciones supervisoras llevan lógicamente aparejadas la necesidad de rendir cuentas de manera apropiada: «La rendición de cuentas es esencial para la transparencia, la legitimidad y la independencia de las decisiones supervisoras»¹², subraya el Banco Central con respecto a la supervisión ban-

⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, UNED, Madrid, 2001.

Consejo General del Poder Judicial, El Tribunal de Cuentas. Fiscalización y enjuiciamiento, CGPJ, Madrid, 2006.

⁸ rendiciondecuentas.es/Presentacion/home (5 de febrero de 2025).

⁹ https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/ForoGA/GrupoTransparenciaRendicion.html?imprimir=1 (5 de febrero de 2025).

¹⁰ BOLAÑOS GONZÁLEZ, J., «Bases conceptuales de la rendición de cuentas y el rol de las entidades de fiscalización superior», en *Revista Nacional de Administración*, 1 (1): 109-138 enero-junio, 2010, p. 109-138 (pp. 110 y 111).

En Argentina, <https://www.presupuestoabierto.gob.ar/sici/rendicion>; <https://buenosaires.gob.ar/transparencia/rendicion-de-cuentas> (5 de febrero de 2025).

¹¹ Veánse las iniciativas chilenas. Específica referencia a la «rendición de cuentas» la encontramos en: <https://www.chiletransparente.cl/rendicion-de-cuentas-3/> (5 de febrero de 2025). La iniciativa Chile Transparente hace seguimiento de los avances del Gobierno respecto a propuestas entregadas por la Comisión de Integridad y Transparencia: <https://www.chiletransparente.cl/> (5 de febrero de 2025).

MELO RIVARA, F., y ACUÑA FERNÁNDEZ, E., «Desafíos y perspectivas de la rendición de cuentas de los altos directivos y directivas públicas en Chile», en Nicandro Cruz Rubio, C., y Ramírez Alujas, A.V., (coords.), *Rendición pública de cuentas. Métodos y experiencias inspiradoras en España y América Latina*, CEPC, Madrid, 2024, p. 119-138.

¹² La regulación impuesta por el Reglamento del MUS de rendición de cuentas se detalla en los siguientes documentos: un Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento Europeo y el BCE; un Memorándum de Entendimiento entre el Consejo de la UE y el BCE; un Memorándum de Entendimiento entre el Tribunal de Cuentas Europeo y el BCE. <https://www.bankingsupervision.europa.eu/organisation/accountability/html/index.es.html> (5 de febrero de 2025); <https://www.ecb.europa.eu/ecb/our-values/accountability/html/index.en.html> (5 de febrero de 2025).

caria. Y esta labor de dación de cuentas se lleva a cabo mediante procedimientos como las comparecencias periódicas del presidente del Consejo de Supervisión en el Parlamento Europeo y en el Eurogrupo; la posibilidad que se otorga a los eurodiputados y a los miembros del Eurogrupo de plantear preguntas escritas al referido presidente; la presentación por parte del Banco Central de informes anuales al Parlamento Europeo, al Consejo de la UE, al Eurogrupo, la Comisión Europea y los parlamentos nacionales de los Estados miembros participantes en el Mecanismo Europeo de Supervisión; y, finalmente, la posibilidad del Tribunal de Cuentas Europeo de llevar a cabo auditorías de la eficiencia operativa de la gestión de las funciones de supervisión del Banco Central.

En otros supuestos, en cambio, sería por ejemplo el caso de la actividad de la Comisión Europea, podrá haber iniciativas similares de «rendición de cuentas», solo que no se utilizará dicho término para describir realidades comparables¹³.

Como puede observarse, el término rendición de cuentas es por tanto un concepto versátil, que tradicionalmente en numerosos contextos ha hecho referencia a la debida responsabilidad y transparencia en el uso de fondos públicos y que puede conllevar una cierta confusión terminológica. Nuestro objeto de estudio se ciñe a la iniciativa gubernamental de rendición de cuentas del gobierno de España, para la que proponemos la siguiente definición breve, sobre la que luego profundizaremos: Es la iniciativa autoimpuesta del ejecutivo, puesta en marcha en el año 2020 y todavía vigente, de explicar en un informe semestral la actividad realizada y el cumplimiento o incumplimiento de los compromisos gubernamentales adquiridos.

Iremos paulatinamente profundizando en la descripción y análisis de los principales elementos que conforman este «instrumento». Si bien la rendición de cuentas es el término escogido desde Moncloa, creo poder afirmar que esta iniciativa está resultando finalmente más conocida por el eslogan político que la ha acompañado: «cumpliendo»¹⁴, y que ha presidido la pre-

¹³ Información sobre prioridades de la Comisión europea para el período 2024-2029, en https://commission.europa.eu/priorities-2024-2029_es (7 de mayo de 2025)

Con respecto al período 2019-2024 puede consultarse la información disponible en «Las prioridades de la Comisión Europea: El cumplimiento de nuestra promesa con Europa», https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024_es (5 de febrero de 2025).

VILLAR, S., y SÁNCHEZ-BARRUECO, M., *Public Accountability and Communication in the EU. Responsabilización institucional y comunicación en la Unión Europea*, Cuadernos Europeos de Deusto. 113, 2012.

HARLOW, C., *Accountability in the EU*, Oxford University Press, 2002

¹⁴ Página web de referencia: <https://www.lamoncloa.gob.es/Paginas/cumpliendo/index.aspx> (5 de febrero de 2025).

sentación de los informes semestrales por el presidente del gobierno en julio y diciembre de cada año.

4. DESCRIPCIÓN Y ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE INICIATIVA GUBERNAMENTAL

Los principales elementos de la iniciativa de rendición de cuentas han sido ya descritos tanto en los propios informes semestrales como por otros autores¹⁵. No obstante, creo conveniente aportar la siguiente descripción dado que mi análisis se orienta a la perspectiva constitucional. En esta explicación de los principales términos que radiografían la herramienta y posterior análisis, que nace de lo observado y estudiado a lo largo de varios años, debemos además tener en cuenta que dado que no existe un marco normativo, y que se trata de una práctica del gobierno, cada uno de esos términos puede haber ido experimentando significativas transformaciones.

La rendición de cuentas supone una iniciativa y compromiso del presidente del gobierno, que ejerce por tanto de sujeto activo, dirigida a la ciudadanía, que se erige como sujeto pasivo principal, aunque no único destinatario de la misma. Debemos comenzar subrayando que la rendición de cuentas no se inscribe directamente en la relación legislativo-ejecutivo, sino que, en virtud de su principal destinatario, el gobierno trata de establecer una forma de comunicación y relación directa con el ciudadano, receptor teórico principal al que se pretende llegar con esta iniciativa. Si se logra o no tal propósito, supondrá por tanto uno de los principales factores a considerar para evaluar el éxito del instrumento. En todo caso, esta búsqueda de conexión directa con la ciudadanía podría ponerse en relación con la idiosincrasia propia de una moderna democracia que pone énfasis y trata de evolucionar hacia la participación¹⁶. Aunque ello no responda al tradicional esquema de control del gobierno por el parla-

¹⁵ Rico Callado, J., *La rendición de cuentas del Gobierno de España: Cumpliendo*, en Nicandro Cruz Rubio, C., y Ramírez Alujas, A. V., (coords.), *Rendición pública de cuentas. Métodos y experiencias inspiradoras en España y América Latina*, CEPIC, op. cit., pp. 43-66.

¹⁶ Son muchos los esfuerzos en esta línea realizados en los últimos años y también los valiosos trabajos doctrinales, imposibles de enumerar aquí.

Entre muchos otros:

PRESNO LINERA, M. A., «*La democracia participativa como instrumento de impulso, deliberación y control*», en Cascajo Castro, J. L. y Martín de la Vega, A. (coords.), *Participación, representación y democracia: XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 201-234.

SÁNCHEZ FERRIZ, R., «Reflexiones sobre una eventual reforma constitucional de los institutos de democracia directa y semidirecta», *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 513-540.

mento, ni esté previsto en el texto de la norma suprema, consideramos que nada obsta en el marco constitucional, como luego diremos, a que se articulen cauces que traten de dinamizar la relación entre el gobierno y la ciudadanía.

Cabe asimismo subrayar que desde el comienzo de su andadura hasta la actualidad, se ha tratado de una obligación autoimpuesta, libremente asumida: no está prevista en el marco constitucional ni legislativo, no es por tanto una obligación que corresponda al gobierno, pero tampoco es en modo alguno incompatible, como decíamos, con dicho marco constitucional: no contraría ningún valor, principio ni norma concreta, al contrario, se sitúa en la línea de los valores y principios constitucionales vigentes, a los que trata –cuando menos teóricamente– de reforzar.

La rendición de cuentas es una herramienta, un medio, con un objetivo concreto: «conocer el progreso en el logro de los compromisos adquiridos»¹⁷. En primer lugar y como decíamos, se pretende dar a conocer, proporcionar información a los ciudadanos, pero también a cualquier actor particular o político interesado, en una decisión de asunción pública de responsabilidad sobre determinados compromisos y su grado de ejecución. Pero asimismo la ingente información que esta iniciativa genera ha dado lugar a otras dimensiones que ante la complejidad de la vida política y la eventual dispersión de acción e información dentro del propio gobierno en los distintos ministerios, puede ser de interés. Así, consideramos que la recopilación de información puede contribuir a facilitar la función de dirección política, contemplada en el artículo 97 de la Constitución. Pero además, en una dimensión interna, permite alinear el trabajo de los ministerios con la agenda de gobierno, y supone un instrumento importante para la coordinación entre el mismo y los ministerios¹⁸.

A la par que se cumplen objetivos concretos, no podemos perder de vista que en el diseño de la iniciativa estos quedan supeditados a una finalidad última, que es definitoria en la rendición de cuentas en cuanto proceso subordinado a un

CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Participación ciudadana y Buen Gobierno democrático*, Marcial Pons, Madrid, 2020. E. Expósito, *Deliberación y participación ciudadanas. Derechos e instrumentos en el ordenamiento constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

TARDÍO PATO, J.A., «La denominada democracia participativa como género distinto de la democracia directa y de la democracia representativa». *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 21, 2021, pp. 203-272.

SIERRA RODRÍGUEZ, J., «De la participación política a la participación ciudadana. Los contornos de la participación», en SIERRA RODRÍGUEZ, J., REVIRIEGO PICÓN, F., y TUDELA ARANDA, J., (eds.), *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel. Colección Obras colectivas*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022, 50 ps. (ps. 43 a 46).

¹⁷ Gobierno de España, «Cumpliendo. Informe de rendición de cuentas del Gobierno de España», *Anexo I. Metodología*, diciembre 2024, p. 10.

¹⁸ VILLORIA MENDIETA, M., *Rendición pública de cuentas: la experiencia de las delivery units y «Cumpliendo»*, en Nicandro Cruz Rubio, C., y Ramírez Alujas, A. V., (coords.), *Rendición pública de cuentas. Métodos y experiencias inspiradoras en España y América Latina*, op.cit, p. 83.

propósito, con el que debe cumplir. En última instancia, se aspira a contribuir a fortalecer el sistema democrático, reforzando la confianza de los ciudadanos en las instituciones y tratando de combatir la desafección política ciudadana.

A estos efectos, la rendición de cuentas se dota inicialmente de un objeto dilatado, con pretensión de exhaustividad: abarca desde los compromisos adquiridos en el programa de investidura (programa político del gobierno, art. 99 CE), pasando por los acuerdos de gobernabilidad, a todos los compromisos que se vayan adquiriendo a lo largo de la legislatura, tanto por el gobierno como por los ministerios. Se trata de un objeto muy amplio, dado que abarca toda la actividad política comprometida por el gobierno, coincidiendo así con los asuntos que pueden ser objeto del control del parlamento. A su vez, se trata de un objeto flexible, en constante evolución, dado que se aspira a un seguimiento de las prioridades políticas, que deben ir amoldándose a las necesidades de resolución de problemas que se vayan planteando. De este modo, el objeto de la rendición de cuentas se irá actualizando en función de los retos políticos que la actualidad plantee y la necesidad de resolver problemas acuciantes, que no han faltado en la vida pública de los últimos años. Aunque ello deberá acometerse sin perder de vista el cierto grado de estabilidad que proporciona el obligado seguimiento del programa de investidura y de sus principales ejes políticos.

En cualquier caso, el rasgo definitorio del objeto es que en el marco de la rendición de cuentas lo que se va a acometer es la explicación sobre el grado de cumplimiento del compromiso político adquirido por el presidente del gobierno y por el gobierno¹⁹. Lo que no se hace por tanto es evaluación de la oportunidad, conveniencia o bondad del compromiso adquirido, sino que la información que se proporciona en abierto a la ciudadanía y a cualquier actor político es si se ha cumplido o no el compromiso o en qué grado ha podido cumplirse. De esta manera podemos claramente distinguir la rendición de cuentas de la evaluación de las políticas públicas.

De modo que emergen como palabras clave en la definición del objeto del ejercicio de la rendición de cuentas los términos «cumpliendo», que ha acabado siendo el eslogan político que ha venido a sintetizar la iniciativa; y el vocablo «compromiso», sobre el que conviene profundizar dada su relevancia en la configuración de la iniciativa. Así, como compromiso se han entendido los precedentes de tres fuentes: el discurso de investidura, base, como sabemos, en nuestro sistema parlamentario de gobierno, de la relación de confianza y con-

¹⁹ Gobierno de España, «Cumpliendo. Informe de rendición de cuentas del Gobierno de España», Anexo I. Metodología, diciembre 2024, p. 11.

trol permanente entre los representantes en las Cortes directamente elegidos por los ciudadanos y el gobierno²⁰; los acuerdos suscritos con las formaciones políticas que votaron a favor o facilitaron la investidura; y los compromisos adquiridos en cualquier comparecencia, declaración o acuerdo del presidente del gobierno o de los ministros y ministras²¹.

Hacemos énfasis en esta característica de amplitud del objeto, a la que subyace una importante pretensión de exhaustividad, lo que puede ser más o menos discutible, pero, una vez más, es la opción que, por lo menos inicialmente, se tomó en el diseño de la rendición de cuentas. Se hizo por tanto muy especialmente en los primeros años de andadura de la iniciativa un considerable esfuerzo por abarcar una gran cantidad de proposiciones que radiografiar y seguir en la dación de cuentas semestral. Ello tuvo el efecto, como decíamos, de proporcionar una información ingente, por otro lado, difícilmente asumible.

Tal y como hemos venido apuntando, a los efectos de los ciudadanos y de cualquier actor público o privado interesado, la iniciativa de la rendición de cuentas se ha concretado en la presentación de informes semestrales, realizados a partir de los datos recogidos en una base de datos detallada a la que acompañan paneles dinámicos para acceder a los datos de forma ordenada a los intereses de la persona que busca información sobre el cumplimiento de un compromiso concreto. Cabe destacar que la propia existencia y forma de desarrollo de la rendición de cuentas solo es posible en un entorno digital en función de su destinatario principal. Sería imposible llegar al ciudadano en ausencia de medios digitales de puesta a disposición de información, acceso y consulta.

Siguiendo las principales características expuestas en las bases metodológicas que acompañan a los informes del gobierno de España de rendición de cuentas publicados hasta la fecha, concluyamos diciendo que la iniciativa se presenta como resultado de un trabajo de seguimiento, que presenta información y que aspira a la visibilidad pública en aras a la transparencia. Se subraya expresamente en los referidos documentos que la rendición de cuentas no incorpora ni pretende incorporar, sin embargo, un juicio de oportunidad, eficacia y eficiencia de la acción política, que corresponderá al control político residenciado en los representantes parlamentarios y grupos de oposición. Como decíamos, la rendición de cuentas no implica evaluación de las políticas públicas,

²⁰ ÁLVAREZ ESTEBAN, R., «El discurso de investidura como instrumento de comunicación política en España (1979-2008)», *aDResearch ESIC* Núm. 4 Vol 4, Segundo semestre, julio-diciembre 2011, pp. 28 a 48 (pp. 30 a 32).

²¹ Gobierno de España., «Cumpliendo. Informe de rendición de cuentas del Gobierno de España», *Anexo I. Metodología*, julio 2021, p. 14.

sino que la evaluación es uno de los posibles instrumentos de la rendición de cuentas²².

Añadimos finalmente que la iniciativa de la rendición de cuentas permite algo importantísimo en el panorama de confusión actual para el ciudadano, porque el ejecutivo da un paso adelante y asume la responsabilidad sobre una política o compromiso político concretos. Si uno de los grandes problemas de la política actualmente es la imposibilidad para el ciudadano de atribuir y por lo tanto de exigir responsabilidades por la pluralidad de actores implicados en un ordenamiento multinivel (Unión Europea, Gobierno, Comunidades Autónomas y entes locales), y se trata además de una realidad marcada por el poder de grandes empresas (sean tecnológicas, textiles, alimentarias, farmacéuticas), el ciudadano se encuentra desvalido ante el sistema por la incapacidad de poder atribuir y por tanto exigir responsabilidad política, lo que perjudica seriamente el sistema democrático²³.

5. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Partimos de la tesis de que la rendición de cuentas es constitucional, en el sentido de que encaja en el ordenamiento jurídico vigente, sin vulnerarlo ni contrariarlo. Se inscribe sin dificultad en el marco jurídico-político del Estado social y democrático de Derecho, en el contexto de un sistema parlamentario de gobierno. Esta iniciativa surge vinculada al sistema democrático, a cuya mejora va a tratar de contribuir.

En dicho marco constitucional, el presidente del gobierno crea e impulsa un instrumento nuevo, la rendición de cuentas, que cabe además inscribir en las coordenadas de un sistema parlamentario de gobierno caracterizado por la preeminencia de un ejecutivo, que asume la función de dirección política. El gobierno impulsa así las decisiones políticas que serán adoptadas en las Cámaras por la mayoría parlamentaria-gubernamental, pero que de forma correlativa, y esto es la rendición de cuentas, está además no solo sometido al correspondiente control parlamentario, constitucionalmente previsto, sino que también trata de implicarse de forma más directa en la asunción de responsabilidad ante los compromisos políticos adquiridos y su grado de cumplimiento o ejecución.

²² Gobierno de España., «Cumpliendo. Informe de rendición de cuentas del Gobierno de España», *Anexo I. Metodología*, julio 2022, p. 7.

²³ ARAGÓN REYES, M. «Problemas del Estado autonómico», en ARROYO JIMÉNEZ, L., BELADÍEZ ROJO, M., ORTEGA CARBALLO, C. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *El juez del derecho administrativo*. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio, Marcial Pons, 2015, pp. 359-375.

Como es sabido, en nuestro sistema constitucional predomina la ficción de la representación política. La superación del mandato imperativo por el mandato representativo impele al representante parlamentario y también al gobernante a tomar decisiones y responsabilizarse ante el elector de las mismas²⁴. Y la rendición de cuentas supone una plausible respuesta adicional ante tal obligación y demanda, pudiendo así contribuir también al fortalecimiento de la relación de confianza y control permanentes entre ciudadanos, parlamento y gobierno. Así, el gobierno pretende –por lo menos aparentemente– dirigirse mediante la herramienta de la rendición de cuentas directamente a los ciudadanos, no suplantando sino como luego veremos, proporcionando información que también puede contribuir a reforzar la función de control del parlamento sobre el gobierno, dado que este control también se puede ejercer mejor cuando se dispone de más y mejor información. Pero además mediante la rendición de cuentas el gobierno aspira a superar este marco, al tratar de establecer también una relación directa entre el gobierno y la ciudadanía. Recordemos que el presidente del gobierno presenta su informe de rendición de cuentas no en el parlamento, sino en rueda de prensa, ante los medios de comunicación y también a través de su página web, sin por ello dejar de lado –como decíamos– el control parlamentario.

Se ha discutido si uno de los principales déficits del actual sistema de preeminencia de la representación política de la Constitución de 1978 estriba en la limitada capacidad de participación directa de la ciudadanía que implica, que se ciñe prácticamente única y exclusivamente al momento electoral.²⁵ Aunque política y sociológicamente concurren muchos factores en la crisis de la democracia, lo cierto es que hay consenso en cuanto al diagnóstico de desafección de los ciudadanos hacia la clase política pero también hacia las instituciones y en un cierto grado al propio sistema democrático. En este contexto cabe plantear iniciativas como la rendición de cuentas que pueden contribuir, a través de una mayor implicación ciudadana, no tal vez suplantarlo, pero sí reforzar la calidad de la representación política. En este sentido, una mayor par-

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «Representación política y ausencias de la persona titular de la representación en el ordenamiento jurídico español», *Isotimia: revista internacional de teoría política y jurídica*, ISSN 1870-9478, núm. 2, 2009 (Ejemplar dedicado a: Constitucionalismo y democracia), pp. 173-184.

MONTILLA MARTOS, J. A., «Los derechos políticos: reunión, asociación, participación y petición», en Balaguer Callejón, F., (coord.), CÁMARA VILLAR, G.; LÓPEZ AGUILAR, J. F.; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A., *Manual de Derecho Constitucional*, 15.ª ed. Tecnos, Madrid, 2020, pp. 260-307 (296).

²⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F. «La democrazia rappresentativa e l'Unione Europea», en Bilancia, P., (ed.), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2018.

ticipación, transparencia y acceso a la información a través de los cauces que habilita la sociedad digital pueden resultar de gran ayuda.²⁶ Cobra así cada vez mayor relevancia, más allá de los tradicionales conceptos de democracia representativa y democracia directa, el concepto y la posibilidad de una democracia participativa²⁷.

En esta necesaria evolución del sistema democrático, ya no solo son basilares las nociones de soberanía y legitimidad para la solidez del mismo, sino la noción de asunción de responsabilidad, que se consolida así como elemento fundamental en el esfuerzo por combatir los actuales déficits y carencias que padece dicho sistema. La responsabilidad supone en los actuales sistemas constitucionales un principio o componente esencial del gobierno democrático²⁸.

A esto se añade que tanto los atisbos de democracia participativa, pero también la rendición de cuentas, son posibles precisamente en un entorno tecnológico, marcado por el protagonismo de medios de comunicación, redes sociales y difusión digital, que, por un lado, pueden enturbiar la transmisión de una imagen fidedigna de la realidad, pero que también pueden y deben ser, si se sitúan en el marco de respeto a los valores y principios constitucionales, vehículo para la transmisión de datos e información adecuados, para permitir y facilitar la reconexión de los ciudadanos con sus representantes, respondiendo así a las demandas de mayor cercanía e información veraz que permitan combatir la crisis de la democracia y la desafección política. La rendición de cuentas debidamente ejecutada podría contribuir así a este esfuerzo, en este caso a iniciativa gubernamental, por establecer una relación más directa entre el gobierno y el ciudadano, aprovechando el entorno digital en el marco de nuestro sistema constitucional.

La rendición de cuentas encaja por tanto en un marco constitucional que se construye sobre el principio de la soberanía popular (artículo 1.2. CE). Y se inscribe en el haz de derechos fundamentales a la participación política del artículo 23 CE, estrechamente vinculados al valor del pluralismo político del artículo 1.1 CE. El artículo 23.1 regula el derecho de participación activa, esto es, el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o a través de la

²⁶ MONTILLA MARTOS, J. A., «Los derechos políticos: reunión, asociación, participación y petición», en BALAGUER CALLEJÓN, F., *op. cit.*, p. 299.

²⁷ ABAD ALCALÁ, L., «Transparencia y rendición de cuentas ante la crisis de legitimidad del Estado democrático», *Revista Española de la Transparencia*, n.º 16, enero-junio 2023, pp. 145-172 (152-160).

²⁸ En el ámbito de la ciencia política describe y analiza estos conceptos, su relevancia y los principales autores que han tratado la noción de responsabilidad VILLORIA MENDIETA, M., «El papel de la Administración pública en la generación de calidad democrática», *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 65, Jun. 2016, 34 pp., (particularmente, pp. 12 y 13).

elección de representantes, conteniendo y proclamando tanto un derecho fundamental como, no olvidemos, unas correlativas obligaciones de los poderes públicos.²⁹ En esta línea, el artículo 9.2 de la Norma suprema atribuye a los poderes públicos la obligación de «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.» Y el artículo 48 encomienda a los poderes públicos, de forma específica para la juventud, la responsabilidad de promover las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo, entre otros, de carácter político.

Desde una perspectiva multinivel y por su trascendencia acudiremos lógicamente también a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que consagra el derecho de participación política en sus artículos 39 y 40 (derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales); el derecho a una buena administración (artículo 41); y el derecho de acceso a los documentos (artículo 42), todos ellos agrupados en el Título V dedicado a la ciudadanía. Recordemos también las referencias que el Derecho originario de la UE realiza a que las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible (artículo 1 del Tratado de la Unión). Y las menciones, no por obvias menos relevantes, a la democracia, al Estado de Derecho o al pluralismo como valores fundamentales, entre otros, de la Unión.

Directamente en relación con la finalidad que subyace al esfuerzo de la rendición de cuentas encontramos que los Tratados establecen una relación entre la representación de los Estados miembros en el Consejo europeo y en el Consejo de la Unión por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables bien ante sus Parlamentos nacionales bien ante sus ciudadanos (art. 10.2 TUE). También el nombramiento del presidente o presidenta de la Comisión queda estrechamente ligado a los resultados de las elecciones al Parlamento Europeo, además del protagonismo que al Consejo Europeo y al propio Parla-

²⁹ El fundamento constitucional que supone este derecho para la transparencia como un principio vinculado a la democracia es estudiado por PÉREZ CONCHILLO, E., *Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Configuración y naturaleza constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 60 ss.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., «El derecho de acceso a la información pública: Algunas cuestiones sobre las que reflexionar ante una posible modificación de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», en Bermúdez Sánchez, J. (coord.), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, CEPC, Madrid, 2022, pp. 157-188.

Cotino Hueso, L., y Boix Palop, A., (coords.), *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Una visión práctica la aporta SIERRA RODRÍGUEZ, J., «El ejercicio del derecho de acceso a la información pública», en Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M., y Salvador Martínez, M. (Dirs.). Jove Villares, D. (coord.), *Fundamentos de la transparencia, aspectos políticos y perspectiva internacional*, CEPC, Madrid, 2021, pp. 35-66.

mento corresponde en este proceso de nombramiento de la Comisión que, en todo caso, «tendrá una responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo» (art. 17.8 TUE). Se extiende así también al nivel constitucional europeo la necesaria relación entre Estados miembros, instituciones de la UE, y gobiernos responsables ante sus Parlamentos y ciudadanos.

Destaca asimismo en el ámbito europeo el impulso a la democracia participativa con previsiones que obligan a las instituciones a dar a los ciudadanos la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión; la necesidad de que las instituciones mantengan un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil, y la obligación de la Comisión Europea de mantener amplias consultas con las partes interesadas (art. 11 TUE)³⁰.

Conviene también recordar normas internacionales de referencia obligada en nuestro ordenamiento jurídico, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 21.1 (derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 25.a (derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos).

El reconocimiento de que la participación ciudadana es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la democracia lo realiza no solo nuestra ley fundamental, sino también otras normas integrantes del bloque de constitucionalidad, como son los Estatutos de Autonomía. En especial, la oleada de reformas de los Estatutos de segunda generación vino a hacer hincapié en la promoción de formas de participación ciudadana que superan el reducido ámbito del derecho de sufragio, complementando la democracia representativa. Así, las reformas de los Estatutos de Autonomía «denotan una voluntad de querer profundizar en otras vías de participación ciudadana como forma de acercar más la política a los ciudadanos y siempre, como no puede ser de otro modo, como forma de complementar la democracia representativa»³¹. Con Sáenz Royo destacamos cómo dicha participación se recoge en los Estatutos de Autonomía reformados como una obligación de los poderes públicos autonómicos; como

³⁰ CAPODIFERRO CUBERO, D., «Los mecanismos de intervención directa de la sociedad civil en los procesos políticos de la Unión Europea. Una aproximación comparada», *Revista general de derecho público comparado*, núm. 34, 2023.

³¹ SÁENZ ROYO, E., «Participación ciudadana en el Estado autonómico», *Fundación Manuel Giménez Abad*, 34 pp., pp. 4 y 5. PÉREZ ALBERDI, M. R. «Los derechos de participación en los estatutos de autonomía reformados recientemente». *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008, pp. 181-205.

MONTERO CARO, M. D. «Balance de la configuración autonómica de la transparencia en España. Especial referencia a Andalucía», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 8, 2019, pp. 137-157.

un derecho de sus ciudadanos; o específicamente se prevé la participación de determinados sectores.

Precisamente en la línea marcada por las reformas estatutarias, una línea dirigida, como hemos visto, a profundizar en el derecho de participación de los ciudadanos en la decisión política, se encuadran las posteriores propuestas autonómicas, tanto legislativas como de práctica aplicativa. Así ha distinguido Castel Gayán dos grandes estrategias normativas por parte de las Comunidades Autónomas: Algunas Autonomías han optado por regular las distintas posibilidades de participación ciudadana, aprobando normas al efecto, y generalmente creando instrumentos concretos de participación (por ejemplo, Comunidad Valenciana y Canarias); mientras que otras Comunidades Autónomas han preferido priorizar la práctica aplicativa que debe surgir de procesos deliberativos, y solo ante los resultados obtenidos y su evaluación, proceder en su caso a promover normativa que recoja las iniciativas correspondientes (Cataluña y Aragón)³².

6. VALORACIÓN

6.1 Valoración de la rendición de cuentas de iniciativa gubernamental

Procede en primer lugar realizar una valoración de la propuesta de la rendición de cuentas, no todavía de su concreción práctica. Como decimos, la valoración de la iniciativa en sí mismo considerada creemos que puede ser positiva dado que su, cuando menos teórica, principal intención es la voluntad de asunción de responsabilidad sobre un determinado número de compromisos de manera clara y directa por parte del gobierno. El ciudadano o la ciudadana que desea información sobre un determinado asunto, podría obtener información sobre datos concretos, con el rigor que debiera tener el gobierno, pudiendo así averiguar y confirmar en primer lugar que es el gobierno el competente en la materia, y en qué grado ha ejecutado el compromiso adquirido.

³² CASTEL GAYÁN, S., *Descentralización política, participación ciudadana y renovación jurídica: ¿hacia una democracia participativa?*, *Revista catalana de dret públic*, ISSN 1885-5709, ISSN-e 1885-8252, N.º 43, 2011 (Ejemplar dedicado a: Justicia constitucional i estats compostos), pp. 279-316 (284 ss.).

Más recientemente, DUEÑAS CASTRILLO, A. I., *Las Comunidades Autónomas como laboratorios de democracia: participación de los ciudadanos y relación entre poderes*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

SIERRA RODRÍGUEZ, J., «Prácticas de participación ciudadana en las Comunidades Españolas», en Aguilar Villanueva, L. F., Ruvalcaba Gómez, E. A., y Criado, J. I. (coords.), *Gobierno Abierto en Iberoamérica, Estudios de caso en Gobiernos Subnacionales*, vol. I. México: Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 321-362.

El intento de presentar de forma asequible información a la ciudadanía por medios digitales puede contribuir a clarificar la a menudo intrincada distribución competencial y la responsabilidad sobre la materia asumida. Somos conscientes del exponencial aumento de la necesidad de veracidad y claridad de la información, fundamental para la preservación de la democracia. El ciudadano puede con su opinión y posteriormente con su voto decidir, por lo que los conceptos de soberanía, legitimidad y asunción de responsabilidad deberán estar convenientemente conjugados en aras a la preservación de la democracia. Se podría contribuir así a posibilitar y mejorar las posibilidades de supervivencia de la democracia, siempre amenazada y necesitada por tanto de esmerados esfuerzos para su conservación y profundización.

Y además la iniciativa se acomete con vocación de permanencia, en una autoimpuesta rendición de cuentas de carácter semestral, prevista para la totalidad de la legislatura, que se ha continuado en la siguiente, y con la intención de buscar el camino de consolidación de esta herramienta³³.

En esta primera valoración positiva de la propuesta, cabe subrayar en primer lugar, porque además es requisito ineludible para la aceptación de la misma, el encaje constitucional de la iniciativa y de su finalidad última; así como el refuerzo que podría suponer en la relación entre el gobierno y el parlamento³⁴, ya que deviene en instrumento adicional del debido control político.

Además, la configuración de la rendición de cuentas es en principio válida para su objetivo concreto y para la consecución de la finalidad a la cual está subordinada: reforzar la información a disposición de los ciudadanos (principales destinatarios), en tanto individuos y también organizados en asociaciones, grupos de interés, etc.; representantes políticos; medios de comunicación; periodistas; personas del ámbito académico; e incluso facilitar el análisis desde otros países (ya que la publicación de algunos informes se ha realizado asimismo en inglés y francés para su mayor difusión)³⁵.

³³ La rendición de cuentas de iniciativa gubernamental se ha desarrollado por el momento durante las Legislaturas XIV y XV (<https://www.lamoncloa.gob.es/Paginas/cumpliendo/index.aspx> (7 de febrero de 2025)).

³⁴ GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., «Parlamento y Gobierno en tiempos de multipartidismo», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 33, 2020, pp. 183-209.

BLANCO VALDÉS, R. L., «Las relaciones Gobierno-Parlamento en España entre el parlamentarismo y la presidencialización», *El control político en el derecho comparado*/coord. por Figueruelo Burrieza, A., Enríquez Fuentes, G. J., Núñez Torres, M., Prado Maillard, J. L., (ed. lit.), 2010, pp. 1-30.

ELÍAS MÉNDEZ, C., *La moción de censura en España y Alemania (Estado, Länder y Comunidades Autónomas)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2005, ps. 39-44.

³⁵ <https://www.lamoncloa.gob.es/Paginas/cumpliendo/rendicion-de-cuentas-diciembre-2022.aspx> (7 de febrero de 2025).

En la medida en que no viene exigida en el marco constitucional ni en el tradicional equilibrio de poderes, la rendición de cuentas no supone un elemento esencial e imprescindible, de los ya figurados en la Constitución, pero sí una buena práctica, una vía adicional, junto con las que ya existen, de refuerzo de la democracia. La rendición de cuentas puede coadyuvar a la participación informada en la democracia, contribuyendo al ejercicio del derecho fundamental a la participación política en mejores condiciones, aportando datos para tratar de combatir los riesgos de demagogia y desinformación.

La rendición de cuentas no supone una evitación del control del parlamento, puesto que también se da un instrumento a la oposición (más y mejor información) para que ejerza su labor de control político, ni es tampoco una iniciativa redundante, pues ocupa un espacio particular y propio puesto que se singulariza por quién ostenta la iniciativa, los destinatarios, su objeto, así como la forma y lugar de transmisión de la información (de forma más ágil, a través de una página web, con una presentación que se pretende exhaustiva y concreta de datos; y con la flexibilidad y agilidad necesarias para ir evolucionando junto con la necesaria readaptación de prioridades políticas en función de los acontecimientos).

La rendición de cuentas se singulariza también por la amplitud de su objeto, cuando menos inicialmente, si bien este ha sido uno de los elementos configuradores corregidos a raíz de la experiencia adquirida. En las primeras ediciones se trató de abarcar el estudio global de todos los compromisos adquiridos en el programa de investidura, en los acuerdos de gobierno, así como los compromisos políticos que se fueron adquiriendo con posterioridad, tanto a iniciativa de cualquier ministro como por necesaria reacción a los eventos, a menudo traumáticos, que han ido acaeciendo (por ejemplo, las necesarias medidas para combatir la pandemia; y a partir de ahí el plan de recuperación; y la ejecución de fondos europeos).

Frente a otras iniciativas que promueven la participación ciudadana, (en concreto, de algunos ejercicios puestos en marcha en la UE), la rendición de cuentas ha tenido la ventaja de no haber producido expectativas excesivas que conduzcan al caos o la frustración, porque de momento se ha diseñado como herramienta unidireccional, del gobierno hacia la ciudadanía, y ese control por parte del ejecutivo ha posibilitado la continuidad y solidez en la actuación.

De entre las críticas posibles que podemos formular a la iniciativa de la rendición de cuentas, comencemos señalando que desde luego podrían valorarse otros diseños constitucionales, por ejemplo incardinando directamente la

rendición de cuentas en la relación entre ejecutivo y legislativo, como se hace en otros modelos ³⁶.

A esto se suma que cabe cuestionar la posibilidad y el interés real del saturado individuo actual por acceder a información a través de una página web que, emergiendo del ejecutivo, podría considerar parcial o sesgada. No obstante, ante el exceso de información inasumible para el ciudadano, podrían ser otros actores (asociaciones, representantes políticos o medios de comunicación), los que de nuevo desgranen, a partir de una base relativamente objetiva, el grado de cumplimiento real sobre determinados compromisos de interés para la sociedad. En general, entendemos que aunque el destinatario previsto sea el ciudadano, el análisis concreto lo realizarán más bien partidos políticos (gobierno y oposición), medios de comunicación, grupos de interés, etc. La fiabilidad de los datos que se ofrecen, sobre los que no se ofrece valoración, sino que simplemente se exponen, debería poder contribuir a revertir los peligros que comportan las noticias falsas, los bulos y los consiguiente mensajes políticos simplistas que emergen de posturas demagógicas y que tan presentes están hoy. En el marco de la rendición de cuentas debería trabajarse para que los medios digitales no representen únicamente una potencial amenaza sino también un baluarte desde el que explorar las posibilidades que las TICs ofrecen para aumentar la participación. Esta iniciativa, debidamente ejecutada, podría tener mayor repercusión en un entorno de ciudadanos formados e informados, organizados en asociaciones y grupos de interés, y podría asimismo beneficiarse de la existencia de partidos políticos responsables; y de medios de comunicación sólidos y de calidad. La progresiva mejora de todos los elementos del sistema a la que se debe aspirar es el objetivo deseable a la que esta iniciativa podría también, en su medida, contribuir. El texto del proyecto de Ley de transparencia e integridad de las actividades de los grupos de interés, actualmente en tramitación parlamentaria, está disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-46-1.PDF

6.2 Valoración de la ejecución práctica de la rendición de cuentas de iniciativa gubernamental

Tal y como hemos venido señalando, las posibles críticas a la iniciativa gubernamental de rendición de cuentas no afectarán tanto a la ideación y dise-

³⁶ VILLORIA MENDIETA, M., *Rendición pública de cuentas: la experiencia de las delivery units y «Cumpliendo»*, en Nicandro Cruz Rubio, C., y Ramírez Alujas, A.V., (coords.), *Rendición pública de cuentas. Métodos y experiencias inspiradoras en España y América Latina*, op. cit., pp. 75 a 83.

ño, sino que será el modo de ejecución y desarrollo, claves para su análisis, lo que puede resultar más susceptible de escrutinio y eventual reparo. La primera y más obvia de las objeciones es que resultará preciso un exquisito manejo y presentación de los datos para que la iniciativa pueda considerarse fiable y, por lo tanto, exitosa. No deberá el ejecutivo caer en la tentación de presentar una información incompleta, sesgada o falseada, que dañaría la esencia misma de la rendición de cuentas, ni tampoco cometer el error de manejar la información obtenida exclusivamente como un instrumento de propaganda partidista.

En los propios informes semestrales, se subrayan otros peligros o inconvenientes adicionales que rodean a la rendición de cuentas. La puesta en marcha de una iniciativa de estas características comporta sin duda un gran carga de trabajo adicional para los ministerios, que pudieran incluso pensar en reducir los objetivos precisamente para poder cumplirlos.

En esta línea, podría ocurrir además que, a pesar del esfuerzo de recopilación y análisis de información que supone la rendición de cuentas, ésta no redunde finalmente en una mayor eficiencia, que es en última instancia a lo que se aspira. Podría alegarse que sería más conveniente concentrar los esfuerzos y los medios en las mejoras reales y efectivas de la vida cotidiana de los ciudadanos y no tanto en la presentación o no de información, que puede quedar reducida según su utilización a únicamente arma propagandística o arrojadiza. No obstante, la relativa escasez de medios materiales y humanos dedicados a esta iniciativa, a pesar del considerable trabajo que representa, consideramos desvirtúa este argumento.

Es evidente asimismo la crítica que surge de la dificultad de llegar a contactar realmente desde el gobierno a través de esta iniciativa con el ciudadano. La complejidad de la realidad actual hace imprescindible, como decíamos, al intermediario, que será el que localice el tema de interés y pueda realizar un seguimiento adecuado. De tal modo, el contacto con el ciudadano, aunque teóricamente posible a través de medios digitales, no se está produciendo en la práctica. Una de las grandes objeciones que cabe plantear es sin duda el escaso conocimiento que se tiene de este instrumento no solo por la ciudadanía, sino por parte de otros actores privados o públicos.

Ha sido precisamente esta constatación la que ha llevado al ejecutivo a rediseñar la iniciativa reduciendo el número de compromisos estudiados, de modo que la recopilación, la transmisión y la asimilación de la información por parte de la ciudadanía y de los diferentes actores e interesados, sea efectiva.

En el saldo positivo de la valoración debe no obstante figurar el esfuerzo realizado por los responsables de la gestión de la rendición de cuentas por dar a conocer la iniciativa en foros académicos y en los círculos de gobierno abierto y transpa-

rencia, presentando y sometiendo la rendición de cuentas de iniciativa gubernamental a personas expertas y a miembros de la sociedad civil, desde la aspiración de recibir críticas razonadas y poder mejorar así este nuevo instrumento. Esta voluntad decidida de recibir aportaciones para la mejora del sistema se ha vehiculado tanto a través de la propia experiencia y aportaciones del Grupo de análisis metodológico (GAM), de los intercambios con la sociedad civil, y en la exposición y apertura a mejoras y sugerencias en foros con ciudadanos, académicos, periodistas, asociaciones, etc. La rendición de cuentas supone pues un trabajo todavía incipiente, de modo que estamos a tiempo de contribuir al diseño de la misma y a procurar que su eventual regulación se realice incluyendo las mejores prácticas posibles.

7. PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS

7.1 Perspectivas y propuestas sobre la iniciativa de la rendición de cuentas

A partir del análisis realizado, defenderemos finalmente en efecto la conveniencia de la institucionalización de la iniciativa de rendición de cuentas. Proponemos por tanto la aprobación de una norma que garantice la continuidad de este instrumento, que consideramos valioso, en las próximas legislaturas. Se trata de una buena práctica que no debería caer en el olvido en el caso de un cambio de signo ideológico en el ejecutivo. La rendición de cuentas ha quedado consolidada a partir de una voluntad del gobierno, que se ha mantenido desde el año 2020 hasta la actualidad, pero sería conveniente su regulación para garantizar su continuidad. alguna de las posibilidades que cabe plantear es su inclusión en el marco de la reforma de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, sobre la que tanto se ha venido trabajando³⁷.

No obstante, nuestra propuesta es la regulación de la iniciativa en una normativa propia y específica. Sugerimos por tanto la posibilidad de aprobar

³⁷ https://funcionpublica.digital.gob.es/portalsefp/Secretaria-de-Estado-de-Funcion-Publica/Actualidad/ultimas-noticias/Noticias/2022/02/2022_02_02_02.html (7 de febrero de 2025).

https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/Grupo-Trabajo-de-Reforma-Ley-de-Transparencia.html (7 de febrero de 2025).

Entre otros autores, COTINO HUESO, L., «Quién, cómo y qué reformar de la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública», en *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*/coord. por Bermúdez Sánchez, J., 2022, pp. 127-155.

Y en particular, SIERRA RODRÍGUEZ, J., «Enfoques ante una reforma de la Ley de Transparencia. Especial referencia a la transparencia informativa del Gobierno», *Revista Española de la Transparencia*, núm. 14, primer semestre, enero-junio de 2022, pp. 37-56.

una norma que regule la rendición de cuentas, con una regulación propia y autónoma, dado que la figura es original y singular, y que en la misma se recojan los rasgos y elementos con los que hemos caracterizado la iniciativa. Si bien se podría valorar también su eventual inclusión en la reforma de la Ley de Transparencia, al tratarse de un instrumento con unas características propias que la distinguen y de considerable relevancia en el panorama constitucional, consideramos mejor opción la regulación autónoma en los términos señalados.

Asimismo, a fin de que el esfuerzo que se realiza cobre sentido y se pueda cumplir la finalidad de la herramienta, se debe hacer desde el gobierno un mayor esfuerzo por aumentar la difusión de la misma y de los datos que se vayan generando. La reducción de la presentación de resultados a dos momentos especialmente inadecuados a lo largo del año, diciembre, en vísperas o ya coincidiendo con las vacaciones navideñas, y finales del mes de julio, con muchos ciudadanos ya inmersos en pleno período vacacional, no propician precisamente su repercusión pública³⁸.

Si bien el hecho de que sea el presidente del gobierno quien presente los informes semestrales contribuye sin duda a realzar su relevancia, lo cierto es que las ruedas de prensa que acompañan a este acto de presentación del correspondiente informe suelen quedar condicionadas por el momento político que se vive en cada momento, de modo que las preguntas de los periodistas se dirigen al candente tema de actualidad del momento político y no a la discusión de los datos del informe.

Es por ello que planteamos también como propuesta la necesidad de diversificar las estrategias de comunicación con el ciudadano y de la difusión de resultados, que no puede quedar ceñida a esos dos momentos puntuales (julio y diciembre), cronológicamente inapropiados. En este sentido hay que valorar de forma positiva la presentación territorial del informe en las Comunidades Autónomas por los Delegados del gobierno, como estrategia adecuada, que además contribuye a clarificar como decíamos la responsabilidad competencial de cada gobierno, estatal y autonómico, sobre las diferentes materias³⁹. Pero en todo caso urgen la ideación y promoción de otros mecanismos que posibiliten la presentación paulatina de datos y de grado de cumplimiento de compromisos acompañados de una labor efectiva de difusión de resultados.

³⁸ Por ejemplo, el informe del primer semestre de 2024 fue presentado en rueda de prensa por el presidente del gobierno el 31 de julio de 2024, tal y como se recoge en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2024/310724-sanchez-balance-curso-politico.aspx> (7 de febrero de 2025).

³⁹ Cumpliendo: Rendición de cuentas territorial-primer semestre de 2024.

16 de septiembre de 2024, Información de la evolución de los compromisos adquiridos por el Gobierno de España en el primer semestre de 2024, <https://www.lamoncloa.gob.es/Paginas/cumpliendo/rendicion-de-cuentas-territorial-julio-2024.aspx> (7 de febrero de 2025).

7.2 Perspectivas y propuestas sobre la ejecución concreta de la rendición de cuentas

En cuanto a la ejecución concreta de la rendición de cuentas, abogamos claramente por la reducción del objeto de la iniciativa, seleccionando en cada legislatura un determinado número de reformas consideradas prioritarias con especial impacto en la vida de los ciudadanos y que podrán evolucionar a lo largo de los años en función de lo que los acontecimientos requieran. Sirva de ejemplo en este sentido el planteamiento que realiza la Comisión Europea en cuanto a la selección de prioridades estratégicas y su seguimiento y divulgación en su página web oficial de cara a los ciudadanos.⁴⁰ Aunque la voluntad inicial del ejecutivo español y su decisión primera fue la de lograr o cuando menos aspirar a la exhaustividad en el análisis de rendición de cuentas en cuanto a los compromisos asumidos, la realidad se impone y ha llevado en los últimos años a la reducción de compromisos estudiados. El principal motivo de esta evolución o reducción no ha sido tanto el ingente trabajo que supone, sino sobre todo la reconfiguración del instrumento para poder llevar a cabo realmente un trabajo con sentido que posibilite la verdadera pretensión de la rendición de cuentas: llegar a un ciudadano inmerso en las dificultades de su vida cotidiana, superando las dificultades demostradas para transmitir información a personas seguramente abrumadas por el exceso de ella.

8. PARA CONCLUIR

Finalmente y para concluir, la rendición de cuentas supone una iniciativa que se acomoda al marco constitucional, alineada con los valores y principios constitucionales y con el derecho fundamental a la participación política; un instrumento, en definitiva, que suma a nuestro marco constitucional y político; que añade y complementa las posibilidades de un sistema ya orientado al control del ejecutivo, en este caso, como obligación autoimpuesta; que por sus elementos definitorios no reitera los instrumentos ya existentes; que no se inscribe en la relación ejecutivo-legislativo, pero no soslaya, sino refuerza las posibilidades de control del parlamento; que compromete al gobierno con la

⁴⁰ Páginas de referencia ya citadas *supra*: Información sobre prioridades de la Comisión europea para el período 2024-2029, en https://commission.europa.eu/priorities-2024-2029_es (7 de mayo de 2025).

En relación con el período 2019-2024, «Las prioridades de la Comisión Europea: El cumplimiento de nuestra promesa con Europa», https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024_es (5 de febrero de 2025).

clara asunción de responsabilidades con respecto a la ciudadanía, y permite al ejecutivo dirigirse directamente al ciudadano, reforzando y revitalizando así el vínculo que une a representante y representado, de forma coherente con la evolución del mandato.

Consideramos que tanto la conveniente regulación de la rendición de cuentas para su preservación y continuidad, además de los necesarios esfuerzos que deben hacerse para lograr una mayor difusión y repercusión pública de sus resultados, constituyen las principales vías sobre las que seguir trabajando y las que pueden coadyuvar a que la iniciativa sea coherente con su sentido último, profundizando así en los mecanismos para la salvaguardia y mejora de la democracia representativa, a la par que creando cauces para el impulso de la democracia participativa.

EL CONTEXTO INFORMATIVO, EN DEMOCRACIA, SÍ IMPORTA

ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ

Profa. de Derecho Constitucional en la UB
Vocal del CGPJ

SUMARIO: Gracias, María Luisa. 1. Y llegó internet, y las redes y los algoritmos. 2. El nuevo contexto informativo: desconfianza, desinterés y miedo ante la desinformación. 3. Las redes y la tecnología como oportunidades de participación. 4. Un nuevo paradigma informativo. 4.1 Abusos del sistema. 4.2 La desinformación: el elefante en la habitación democrática. 5. La preocupación creciente por el uso de la inteligencia artificial en internet. 6. Europa reacciona y regula. 7. Reflexiones finales: las plataformas ¿dueñas y señoras de nuestros derechos?

GRACIAS, MARÍA LUISA

He tenido el privilegio, absoluto, de haber sido letrada adscrita de (la Magistrada) María Luisa Balaguer en el Tribunal Constitucional durante un año y medio. Todo el tiempo que he podido pasar con ella, de una forma u otra, ha sido una experiencia de aprendizaje continuado, en el que me ha acompañado siempre su coadscrita y, sobre todo, mi amiga, Itziar Gómez. Creo que no me equivoco si afirmo que las tres hemos formado un equipo único, tanto en lo profesional y como en lo personal.

María Luisa siempre ha tenido presente nuestra carrera universitaria, lo que ha marcado la manera de preparar y trabajar los temas que hemos ido abordando en nuestra actividad jurisdiccional. Pero, además, siempre ha favorecido que dispusiéramos de tiempo para poder continuar nuestra labor académica y no perdiéramos comba en el desarrollo de nuestra trayectoria profesio-

nal. María Luisa Balaguer es una intelectual, inteligente y lista, características que no siempre van de la mano, y, además es una persona generosa, respetuosa con el pensamiento ajeno, honesta y leal. La autonomía con la que María Luisa permite trabajar ha favorecido que ahondara en el estudio de un tema que me apasiona –y que preocupa mucho a la profesora Balaguer¹– como es el ejercicio de nuestros derechos fundamentales y el mantenimiento de la democracia con la irrupción en nuestros sistemas del fenómeno tecnológico. Este será el tema al que dedique estas páginas.

Gracias, María Luisa, por tantas cosas.

1. Y LLEGÓ INTERNET, Y LAS REDES Y LOS ALGORITMOS

La imprenta fue esencial para la aparición y desarrollo de la prensa. Como imprenta o como prensa esta libertad de transmitir información a través del escrito se convirtió en una de las claves de bóveda del constitucionalismo liberal². Desde ese momento la capacidad de comunicarnos con otras personas y de transmitir diferentes contenidos se convirtieron en piezas claves del Estado de Derecho democrático. Se constitucionalizan las libertades comunicativas, y de forma destacada, la libertad de expresión y la de información, que se convierten en elemento indispensable para poder definir a un estado como de Derecho democrático³. Y no basta solo con reconocerlas formalmente, sino que debe garantizarse su ejercicio libre.

Después de siglos de prensa escrita, posteriormente de la aparición de la radio y más tarde la televisión, en el siglo xx aparece internet⁴: un sistema que permite a personas conectarse, comunicarse, relacionarse, informarse, entre

¹ Una de sus más recientes contribuciones al debate es *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, escrito a 4 manos con BALAGUER CALLEJÓN, F., Aranzadi, 2023.

² En España, por ejemplo, las Cortes de Cádiz reconocieron por primera vez en la historia de España la libertad de imprenta mediante el decreto de 10 de noviembre de 1810, que después pasaría al propio texto de la Constitución de 1812. La libertad de imprenta, junto a la de asociación, eran instrumentos tácticos para organizar la opinión pública que debía ser un arma de combate para el proceso revolucionario que iba a suponer la Constitución de Cádiz de 1812. A este proceso de constitucionalización dedicó FERNANDEZ SEGADO, F., su obra *La libertad de imprenta en las cortes de Cádiz. El largo y dificultoso camino previo a su legalización*, Dykinson, 2014.

³ Para un análisis pormenorizado de la significación de la libertad de expresión e información en la cultura jurídico-liberal es indispensable la lectura de PRESNO LINERA, M. A., y TERUEL LOZANO, G., *La libertad de expresión en América y en Europa*, Juruá ed., 2017.

⁴ La historia de Internet se remonta a algunas décadas atrás: el correo electrónico existe desde los años 60, el intercambio de archivos desde los 70, y el TCP/IP se estandarizó en 1982. Pero fue la creación de la World Wide Web en 1989 por el científico inglés Tim Berners-Lee lo que revolucionó nuestra historia de la comunicación.

otras muchas acciones, de una forma global, inmediata y sin necesidad de intermediarios.

Según los datos más recientes, en 2023 había en el mundo cerca de 5.300 millones de personas usuarias de internet⁵, lo que supone el 67 % de la población mundial⁶. Eso no debe esconder, sin embargo, que se calcula que 2600 millones de personas no tienen ningún tipo de acceso a Internet, lo que significa un 33 % del total⁷.

En España, se calcula que alrededor del 96 % de los hogares disponen de acceso a Internet por banda ancha fija y/o móvil⁸. El 83,7 % de los hogares con al menos un miembro de 16 a 74 años dispone de algún tipo de ordenador (de sobremesa, portátil, tablet...)¹⁰, lo que supone un aumento de 2,3 puntos respecto a 2020. Por tipo de dispositivo, el 77,9 % cuenta con ordenadores de sobremesa o portátiles y el 57,5 % con tablets¹¹.

Por otra parte, hoy ya no podemos hablar de internet como una realidad estática y autónoma. Internet, como se viene señalando, forma parte hoy de un fenómeno mucho más amplio de tecnologización en el que juega cada vez un papel más protagónico la inteligencia artificial. Estos elementos de forma conjunta han generado un auténtico mundo paralelo *online* en el que pueden llevarse a cabo muchas de las actividades de todo tipo que se llevan a cabo *offline*, evitando en muchos casos intermediarios y, por tanto, costes de producción y de adquisición.

⁵ Cifras de Statista en Número de usuarios de Internet en el mundo entre 2005 hasta 2022, que pueden consultarse en <https://es.statista.com/estadisticas/541434/numero-mundial-de-usuarios-de-internet/> (consultado el 1 de octubre de 2024).

⁶ Datos de la Unión internacional de Telecomunicaciones, <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx> (consultado el 1 de octubre de 2024).

⁷ Como señala «Measuring digital development Facts and Figures 2023», de la ITU, el uso de Internet sigue estando estrechamente ligado al desarrollo económico de un país. En los países ricos, en 2020, nueve de cada diez personas utilizaban Internet. En cambio, en los países de renta baja, solo el 27 % de la población utiliza Internet. Existe, como se observa, una diferencia de 66 puntos porcentuales que refleja la amplitud de la brecha digital entre los países y regiones de ingresos altos y bajos; en https://www.itu.int/hub/publication/d-ind-ict_mdd-2023-1/ (consultado el 1 de octubre de 2024).

⁸ El Instituto Nacional de Estadística, en la «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares Año 2021» https://www.ine.es/prensa/tich_2021.pdf calcula que casi 16 millones de hogares con al menos un miembro de 16 a 74 años (el 95,9 % del total, frente al 95,3 % de 2020 y 91,4 % de 2019).

⁹ De la encuesta resulta que el principal tipo de conexión de banda ancha es a través de modalidades fijas (fibra óptica o red de cable, ADSL...), que está presente en el 82,9 % de los hogares (independientemente de que dispongan también de conexión por móvil). Por su parte, el 13,0 % sólo accede a Internet mediante conexión móvil (3G, 4G, 5G...).

¹⁰ En 2019 la cifra era de 80,9 % de los hogares con al menos un miembro de 16 a 74 años dispone de algún tipo de ordenador (de sobremesa, portátil, tablet...). Este porcentaje era ya 1,4 puntos superior al de 2018.

¹¹ Estas cifras coinciden con las publicadas por la UIT para España en 2022: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Dashboards/Pages/Digital-Development.aspx> (consultado el 1 de octubre de 2024).

2. EL NUEVO CONTEXTO INFORMATIVO: DESCONFIANZA, DESINTERÉS Y MIEDO ANTE LA DESINFORMACIÓN

Los medios tradicionales de información se habían convertido en las fuentes de referencia a las que la opinión pública acudía para conocer la situación política, social, económica, etc. Su credibilidad permitía que, en principio, la ciudadanía pudiera dar por cierta, válida y contrastada la información, el análisis o la opinión que vertían. También es cierto, estos medios, sobre todos los privados, pecaban y pecan de cierto sesgo ideológico, normalmente conocido, eso sí, por su audiencia. En todo caso, los medios tradicionales hacían de intermediarios, de filtro, entre la realidad y la ciudadanía que se informaba. Internet supone romper con este paradigma comunicativo. Por una parte, el mundo *online* genera unos costes de producción bajos o muy bajos en comparación, por ejemplo, con un diario en papel o en línea, que deben contar con una plantilla de periodistas, o una infraestructura radiofónica o televisiva. Los bajos costes se han convertido en una oportunidad de oro para la aparición de nuevos medios de comunicación, genuinamente periodísticos, o plataformas de análisis que, con plantillas pequeñas y medios escasos, han podido hacerse un hueco en el mundo de la información y la comunicación política, convirtiéndose, con cierta rapidez, en nuevos referentes de informativos. Además, sobre todo las redes sociales permiten incorporar nuevos actores en la conversación política¹². También es cierto que, en esta nueva etapa de la comunicación, han proliferado los denominados pseudomedios y también los llamados *influencers* que se han convertido en referentes o prescriptores para millones de personas en la búsqueda de (supuesta) información¹³.

El *Digital News Report 2022* del Instituto Reuters¹⁴ destacaba tres conclusiones en lo que ahora aquí interesa: a) crece el desinterés por las noticias, b) información en sentido clásico, está distribuido entre diferentes fuentes; c) hay preocupación por la desinformación. Se ponía de manifiesto que el interés por las noticias había caído en todos los mercados¹⁵, pasando del 63 % en 2017

¹² MCGREGOR S. M. R., «Talking Politics on Twitter: Gender, Elections, and Social Networks», en *Social Media and Society* (2016) 2(3), p. 4.

¹³ Tanto es el impacto que pueden tener estas personas que su figura empieza a ser regulada de forma autónoma respecto de otros sujetos del mundo audiovisual. Como ejemplo, el Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

¹⁴ Reuters Institute, *Digital News Report 2022*, en <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/es/digital-news-report/2022> (consultado el 1 de octubre de 2024).

¹⁵ En la versión sobre España del *Digital New Report* se afirma lo siguiente: Si bien no son sinónimos, el interés de los ciudadanos en las noticias y su confianza en ellas son dos valores entrelazados de algún

al 51 % en 2022. Las causas son diversas, pero una de las que parecía compartirse por los encuestados es una cierta sensación de hastío, de no poder con tanta mala noticia. Durante la etapa más dura de la COVID, la necesidad de encontrar información fiable hizo que el interés subiera, pero, en muchos de los mercados estudiados, estas cifras sufrieron caídas notables durante el 2021 y principios del 2022. Además, en 2022 se ponía de manifiesto que la confianza en las noticias había disminuido en casi la mitad de los países encuestados. Así, las cifras del Informe señalaban que el 42 % de los encuestados confiaban en la mayoría de las noticias la mayor parte del tiempo. Esta media, sin embargo, refleja grandes diferencias entre países, situándose en los extremos Finlandia, donde el 69 % de las personas encuestadas confían en las noticias, frente al (solo) 26 % en Estados Unidos.

Y la situación no ha mejorado. En el último informe publicado, el Reuters Institute, *Digital News Report 2024*, este desinterés aumenta y crece la desconfianza hacia las noticias. Se señala que, pese a que hay diferencias entre regiones países, en general apenas el 40 % de los encuestados dicen que confían en la mayoría de las noticias¹⁶. Esta cifra es preocupante para las sociedades democráticas, basadas en el principio del pluralismo político que pretende generar y vehicular una opinión pública libre e informada. Si la ciudadanía no confía en las noticias, en la información en sentido más estricto, es difícil que puedan configurar su propia visión sobre los contextos municipales, regionales, estatales y supraestatales en los que desarrolla toda su actividad.

En el contexto de la desconfianza en las noticias se producen, además, diversas brechas por edad, por situación económica y por nivel de estudios. Así, entre los menores de 35 años, el nivel de confianza de los encuestados es del 37 %, que sube hasta el 42 % cuando se sobrepasa aquella edad. Los ingresos suponen también un hecho diferencial: las personas con ingresos bajos confían un 36 % de las veces en las noticias, las de ingresos medios, un 42 % y las de ingresos altos, un 47 % de las veces. Por último, las personas con niveles de educación más baja son las que menos confían (35 %) y las de educación

modo. Por un lado, el interés es la inclinación positiva del público para comprender su entorno más y menos próximo; le entronca con su tiempo social, político y cultural, y le ayuda a decidir y sobrellevar la incertidumbre. Por otro lado, la confianza es la esperanza firme que ayuda a satisfacer un interés. En el caso de la información y las noticias, se trata de un valor crucial», p. 33.

¹⁶ KLEIS NIELSEN, R., y FLETCHER, R., «Perspectivas del público sobre la confianza en las noticias 17 de junio de 2024 en Reuters Institute, *Digital News Report 2024*, <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/es/digital-news-report/2024/perspectivas-del-publico-sobre-la-confianza-en-las-noticias> (consultado el 1 de octubre de 2024).

más lata, los que más confían (39%)¹⁷. En todo caso, como se observa, en ninguna de las cohortes los niveles de confianza supera el 50 % de confianza en las noticias.

Los elementos que indican en la mayor o menor confianza de las audiencias en las noticias son, entre otros, la transparencia sobre cómo se hacen las noticias, los altos estándares periodísticos, si las personas consideran que se representa sus iguales de forma justa, si las noticias son percibidas como sesgadas, exageradas o fruto del sensacionalismo, si se comparten los valores con la fuente y, sin ánimo de exhaustividad, que los hechos narrados sean demasiado negativos.

En todo caso, la mayor desconfianza se produce entre aquellas personas que no se definen ideológicamente, que no saben si son de izquierdas o de derechas, que suelen coincidir con grupos de personas con pocos ingresos y una educación formal limitada. Este grupo de personas representa, ni más ni menos, que el 28 % de las personas encuestadas: un grupo muy amplio que no siente confianza y que, es más, no sabe qué debe hacerle confiar en unos u otros medios.

En España, la medida de confianza en las noticias se encuentra en el 37 %¹⁸.

Por último, resulta muy relevante para entender en nuevo contexto informativo, la fuente a través de la que se informan las personas. En 2024 se detecta una caída del uso de Facebook como plataforma preferida para el consumo de noticias; además, hay una mayor fragmentación a la hora de elegir la plataforma online a través de la que informarse. Otro fenómeno destacable es que suben aquellas plataformas que tienen la imagen y/o el video como instrumento de transmisión de la información (por primera vez TikTok (13 %) ha superado a Twitter (X) que tiene 10 %). Solo el 22 % de los encuestados por los expertos del *Digital News Report* dice informarse directamente a través de las aplicaciones o webs de los medios tradicionales, lo que supone una caída de 10 puntos desde 2018. Esto quiere decir que el 78 % de las personas se informa a través de lo que se genera en las redes sociales no dependientes de medios de comunicación profesionalizados.

Pese a lo que podría creerse, la preocupación sobre lo que es falso o no, esto es, sobre la posibilidad de estar recibiendo o consumiendo desinformación crece: «alrededor de seis de cada diez (59 %) muestran inquietud. La cifra

¹⁷ Para conocer la metodología y criterios aplicados, me remito al Reuters Institute, *Digital News Report 2024*.

¹⁸ Ficha sobre España <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/es/digital-news-report/2024/espana> (consultado el 1 de octubre de 2024).

es considerablemente mayor en Sudáfrica (81 %) y Estados Unidos (72 %), países con elecciones en 2024 ¹⁹». Lo cierto es que, en general, la celebración de elecciones suele suponer un aumento en el interés en las noticias. En todo caso, la desconfianza en los medios tradicionales, paradójicamente –o no– no supone estar dispuesto a dar por bueno todo a lo que se accede a través de las diferentes redes existentes.

En España la tónica es parecida: si en 2013 las fuentes de las noticias se encontraban en un 72 % en la TV, un 61 % en los medios impresos, y un 79 % en fuentes *online* (incluidas las redes sociales), en 2024, la TV desciende como fuente de información a un 56 % y los medios impresos a un 25 %, frente a una subida de los medios *online* (incluidas las redes sociales) al 74 %, que se concentra en un 48 % en las redes sociales ²⁰.

Salta a la vista el gran protagonismo, pues, que tienen las plataformas y redes sociales en el actual debate político, dado que se han convertido ahora en la fuente a través de la que informarse de una importante parte de la ciudadanía.

Por ello, en el juego democrático, algunos partidos políticos llevan ya algunos años intentando sacar rédito electoral de la capacidad de alcance que estas tienen entre la ciudadanía. Porque ya no se trata de que los propios partidos o personas afines envíen, por medio de las plataformas y redes más populares, contenidos falsos o manipulados, sino que somos las ciudadanas y ciudadanos los que los compartimos masivamente con otras personas, dando por bueno contenido que es en realidad fraudulento, porque quien nos lo envía es alguien en quien confiamos, sin tener en cuenta cual es el origen de dicho contenido. Por lo general, no contrastamos antes de reenviar a otras personas y grupos si lo que estamos compartiendo y, por tanto, difundiendo, es verídico o falso.

3. LAS REDES Y LA TECNOLOGÍA COMO OPORTUNIDADES DE PARTICIPACIÓN

Respecto del desarrollo de los Estados democráticos, el acceso universal a internet fue bautizado por algunos estudiosos como una revolución que profundizaría en el carácter democrático de nuestras sociedades, permitiendo a la ciudadanía implicarse de forma directa en el proceso de toma de decisiones políticas. Internet, además, iba a permitir nuevas formas de control democráti-

¹⁹ En NEWMAN, N.,: *Resumen ejecutivo y hallazgos clave del informe* (consultado el 1 de octubre de 2024).

²⁰ Ficha sobre España: <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/es/digital-news-report/2024/espana> (consultado el 1 de octubre de 2024).

co de la actividad de nuestros representantes políticos y de las instituciones. P. Barberá señala a este respecto como algunos autores, como Dahlgreen en 2005, «auguraron una democratización de la esfera pública»; incluso se llegó a calificar a internet como «la *tecnología de la liberación*» (Diamond en 2010) en estados no democráticos²¹. El punto de inflexión en este proceso de democratización está, según Balaguer Callejón, F., en la incorporación de las grandes tecnológicas en el proceso comunicativo que deja de ser libre, sin intermediación, para estar condicionado por aquellas empresas²². Estas incorporan instrumentos en el proceso comunicativo que, por una parte, multiplican y favorecen las posibilidades de relacionarse y expresarse, y por otra, introducen elementos que interfieren o condicionan la conversación pública. Este condicionamiento no es casual o fruto de un error sino que está al servicio de los intereses económicas de las tecnológicas.

Como decía, internet y los instrumentos que ofrece han sido claves para que, por ejemplo, la Primavera árabe se convirtiera en un fenómeno de protesta contra regímenes autoritarios conocido y seguido de forma global. El impacto de las imágenes compartidas en directo, con llegada inmediata a cualquier rincón del planeta, generó interés, empatía, apoyo y todo tipo de reacciones ciudadanas que ayudaron a la caída o cambio, al menos momentáneos, de alguno de los regímenes afectados. Movimientos como el #metoo, el ecologismo (piensen en lo cotidiano que nos ha resultado seguir, ver y observar el periplo de la joven Greta Thunberg) o, de forma más localizada, las revueltas el Bielorrusia de agosto de 2020, no hubieran tenido el mismo impacto sin internet y las redes sociales²³. Son muchísimos los ejemplos. De hecho, existe un amplio cuerpo doctrinal dedicado al estudio, precisamente, de cómo internet y las nuevas tecnologías han supuesto un elemento relevantísimo para espolear el derecho de protesta en muchas partes del globo.

Además, son también muchas las mejoras estructurales que puede propiciar la digitalización de los procedimientos y decisiones que se toman en el seno de las instituciones democráticas. Tanto en el ámbito de la participación, por ejemplo, en los procesos de creación normativa²⁴, como en la toma de

²¹ Cfr. BARBERÁ, P., «Internet y política: consecuencias políticas y sociales de la revolución digital», en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 108, Primer semestre, pp. 228, 2020.

²² BALAGUER CALLEJÓN, F., *La Constitución del algoritmo*, pp. 68-69, 2023.

²³ Sobre el papel de las tecnologías en las protestas de Bielorrusia, puede consultarse el análisis de urgencia de FERRERO TURRIÓN, R., «Movilizaciones en Bielorrusia, el secreto de su éxito», en *Esglobal*, 21 de agosto de 2020, <https://www.esglobal.org/movilizaciones-en-bielorrusia-el-secreto-de-su-exito/> (consultado el 1 de octubre de 2024).

²⁴ Un ejemplo de las posibilidades, y riesgos, que entraña el uso de la inteligencia artificial en los procesos de participación pública en la elaboración de disposiciones generales, resulta de gran interés leer

decisiones judiciales²⁵, los instrumentos de digitalización pueden suponer grandes avances. Otra cosa es que habrá que garantizar que los instrumentos tecnológicos que se utilicen sean transparentes, y control que, por ejemplo, no tengan incorporados sesgos que resulten discriminatorios²⁶.

4. UN NUEVO PARADIGMA INFORMATIVO

4.1 Abusos del sistema

La profa. Tamara Álvarez es de una claridad meridiana cuando afirma que «Internet, red posibilitadora de la comunicación mundial, facilitadora de información y medio de colaboración, es una esperanza para la evolución social, al reducir los factores tiempo y espacio, y a la vez es una preocupación, puesto que incide determinadamente en nuestro propio estatus de ciudadanía, en la garantía de derechos, y que puede ser utilizado como un medio de control social»²⁷. Estamos, como señalan las profas. McGregor y Mourao, en una situación de cobertura híbrida de lo político, a través de los medios tradicionales y a través de las redes²⁸. Ahora bien, sin caer en catastrofismos, ni en la tecno histeria de la que habla el prof. Innerarity en sus artículos y charlas más recientes, lo cierto es que la utilización de internet, las redes sociales y diferentes instrumentos de inteligencia artificial de la era digital pueden suponer abusos, incluso poner en peligro, determinados elementos de nuestros Estados de derecho democráticos²⁹.

CANALS AMETLLER, D., «El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

²⁵ Susana de la Sierra Morón ha trabajado recientemente sobre cómo la justicia administrativa puede hoy ser garante de la aplicación de inteligencia artificial y de qué manera, la propia jurisdicción puede beneficiarse de la aplicación de instrumentos de inteligencia artificial, en «Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la administración pública», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020.

²⁶ En este sentido se expresa, por ejemplo, la Carta de Derechos Digitales, aprobada por el Gobierno de España, https://derechodigital.pre.red.es/documentos/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf (consultado el 1 de octubre de 2024).

²⁷ ÁLVAREZ ROBLES, T., *El derecho de acceso a internet. Especial referencia al constitucionalismo español*, 2024, p. 18.

²⁸ MCGREGOR S. M. R., «Talking Politics on Twitter», *op.cit.*, p. 4.

²⁹ Como defiende BARBERÁ, P., internet, en definitiva, ha supuesto una auténtica «transformación en los instrumentos de comunicación social» en particular porque internet han supuesto «una reducción radical en los costes de entrada a la comunicación de masas» P. Barberá. «Internet y política...», *op.cit.*, pp. 226-227.

Pero, también, internet, las redes sociales y diferentes instrumentos tecnológicos se han convertido en un potente aliado de estados autoritarios y corrientes ideológicas extremistas, que han encontrado en dicho aparataje tecnológico una forma sutil, casi invisible y, por tanto, de difícil fiscalización, de incidir, manipular de hecho, la visión del mundo de su ciudadanía. A la postre, esto ha podido significar, una suerte de secuestro tecnológico de la voluntad popular. Es aquí donde internet acompañado del fenómeno tecnológico puede convertirse en una fuerza desestabilizadora de la democracia. No debe perderse de vista, además, que internet ha supuesto un verdadero salto cualitativo dado que se genera un ámbito de relaciones sin fronteras (físicas), sin necesidad de intermediarios y con una regulación defectuosa o no siempre efectiva, precisamente, por el elemento «aterritorial» que presenta este fenómeno. La territorialidad es, todavía hoy, uno de los elementos esenciales del concepto de Estado, de jurisdicción y competencia y, por tanto, de delimitación de la efectividad de las normas.

Algunos de los problemas que podría generar el uso de las redes para informarse vendrían provocada por la propia conducta de la ciudadanía en las redes (a veces favorecida por determinados grupos de interés). En 2001, el constitucionalista Sunstein advertía del peligro de lo que el identificó como cámaras de eco. Estas cámaras de eco supondrían que en la red las personas se relacionan con otras personas que piensan como ellas, por lo que se produce una retroalimentación informativa que impide contrastar sus ideas con otras diferentes. Así, serían una especie de microuniversos a la carta creados por los propios ciudadanos que elegirían interaccionar con personas afines a ellos. Los ciudadanos se expondrían, así, a perder la capacidad de comprender a quienes no piensan como ellos. En la segunda edición de su obra (*#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, 2017), señalaba, además, que las redes sociales se han convertido en fuente de nueva polarización entre ciudadanos pertenecientes a diferentes cámaras de eco.

Debe advertirse, sin embargo, que aunque los trabajos de Sunstein tuvieron una buena acogida académica, sus conclusiones sobre cámaras de eco y polarización en las redes están siendo contestadas por investigaciones empíricas, basadas en datos. En esta línea son ya varios los estudios que afirman que las cámaras de eco no son un elemento definitorio de las redes; además, parece que el consumo de noticias que se hace a través de las redes viene marcado por lazos sociales del ámbito analógico (esto, preexistentes a nuestro perfil como usuarios de una red), por lo que damos mayor credibilidad a aquellos contenidos que nos llegan de un familiar, de un amigo o de un conocido, que a lo que nos llegue de terceras personas. Por otra parte, también en contra de lo planteado más arriba, el uso de internet y de las redes muestra un acceso más variado a fuentes de información que en

el terreno analógico.³⁰ En cuanto a la polarización, los datos parecen demostrar que esta se produce en usuarios que ya mantienen posiciones extremas y que no están dispuestos a argumentar con el adversario político, por ejemplo.

Otro problema que ha apuntado por algunos autores, son las filtro burbujas, término acuñado por E. Pariser alrededor de 2010³¹, que supondría un estado de aislamiento informativo que se produce porque, ante una búsqueda de información en las redes, la web selecciona la información que un usuario desea ver basándose en datos que posee de dicho usuario (ubicación, el comportamiento de los clics pasados y el historial de búsqueda), todo gracias a la aplicación de algoritmos. La consecuencia sería que los usuarios solo reciben o «encuentran» información acorde con sus puntos de vista, confirmando sus apriorismos, evitándole el acceso a argumentos de contraste y, así, haciéndole parte de una determinada cámara de eco. Como ya se señaló más arriba, la doctrina presenta contradicciones sobre que estos filtros burbuja sean un fenómeno atribuible a las redes *per se*³².

Recientemente, se extiende el uso de las *deepfakes* —«falsificaciones profundas» o ultra falsedades, siguiendo los criterios de Fundeu— que supone la manipulación o directamente la creación de imágenes o vídeos en los que, a través de instrumentos de inteligencia artificial, se sustituyen la apariencia y/o la voz de personas reales, lo que permite prácticas engañosas con diversos fines.

4.2 La desinformación: el elefante en la habitación democrática

Además, como forma de alterar el libre ejercicio de las libertades comunicativas y, a la postre, la voluntad política ciudadana, nos encontramos con uno de los grandes retos a los que hacer frente: la desinformación.

Uno de los problemas que acarrea el complejísimo fenómeno de la globalmente denominada «desinformación» es la falta de existencia de una única definición de esta realidad y de otras a las que se la relaciona (posverdad, *fake-*

³⁰ Sobre estas cuestiones, BARBERÁ, P., «Internet y política...», *op.cit.*, pp. 232 ss., quien argumenta que las conclusiones a las que llega, entre otros, C. Sunstein, presentan una visión un tanto simplista de internet y la polarización que tienen, en realidad, un vínculo muy complejo. También apuntan a que una nueva metodología en el estudio de estos fenómenos llevan a unas conclusiones menos pesimistas respecto de la relación entre redes y polarización, MAJÓ-VÁZQUEZ, S., y NIELSEN, R. K., y GONZÁLEZ-BAILÓN, S., «The Backbone Structure of Audience Networks: A New Approach to Comparing Online News Consumption Across Countries», en *Political Communication*, pp. 227-240, 2019.

³¹ En español, *El filtro burbuja: cómo la red decide lo que leemos y lo que pensamos*, ed. Taurus, 2017.

³² De nuevo, puede consultarse «Polarisation and the news media in Europe», *op.cit.*, donde se afirma que la doctrina no presenta evidencia clara de que el fenómeno de burbujas de filtro.

news, entre otras). En los últimos años son muchos los autores que toman como referencia, como su claridad, la categorización llevada a cabo por Wardle y Hossein, C., en «Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policymaking» (2017) publicado por el Consejo de Europa³³. Wardle y Hossein, C., distinguen entre tres conceptos: *dis-information*, *mis-information* y *mal-information*³⁴. Estos conceptos han sido acertadamente traducidos como bulos, errores y libelos por Gallardo, B., y Enguix, S.³⁵, lo cual nos ayuda a entender mejor los diferentes desórdenes informativos a los que estamos haciendo referencia en cada caso.

La potencialidad dañina de la práctica desinformativa ha puesto en alerta, como se decía más arriba, a todos los niveles institucionales y, muy particularmente, a la Unión Europea.

Las campañas de bulos y libelos tienen como hábitat preferido las redes sociales que se han convertido, como se vio más arriba, en el medio predominante para el consumo de información por un gran parte de la población mundial. Las campañas de desinformación (ahora en sentido amplio) llevadas en el ámbito político han tenido como objetivo, precisamente, el de poner en duda la capacidad de las instituciones democráticas de hacer frente a los diferentes retos sociales que cada comunidad política afronta. Estas campañas de desórdenes informativos se han convertido en un arma especialmente útil de transmisión de discursos populista³⁶ o, directamente, iliberales que tienen como objetivo socavar la confianza de la ciudadanía en las instituciones representa-

³³ Este informe puede consultarse en <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>, publicado el 27 de septiembre de 2017 (consultado el 1 de octubre de 2024).

³⁴ Para estos autores, «disinformation» es información falsa, creada deliberadamente para perjudicar a una persona, grupo social, organización o país (contexto falso, contenido fabricado, contenido «impositor», contenido manipulado); «mis-information» son aquellos contenidos falsos, pero que no fueron creados con la intención de perjudicar (conexión falsa, contenido equivocado) y, por última, la «mal-information», que es la información que se basa en la realidad, usada para perjudicar a una persona, organización o país (filtraciones, acoso, discurso del odio). Las que pueden ser realmente dañinas son la desinformación y la información incorrecta en cuanto ambas están intencionadamente pensadas y dirigidas para alterar la percepción de una determinada realidad, en lo que ahora interesa, la vida política e institucional de un país democrático. Por ello, quedan excluidos del concepto de desinformación los errores involuntarios, la sátira y la parodia, o las noticias y comentarios partidistas claramente identificados. Así lo señala la Comunicación Conjunta de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y Comité de las Regiones JOIN (2019) 12 final, publicado en Bruselas, 14 de junio de 2019, «Informe sobre la ejecución del Plan de acción contra la desinformación».

³⁵ GALLARDO PAULS, B., y ENGUIX OLIVER, S., (2021): «Ataques a la prensa y competencia informativa en el discurso de derecha radical», en Villar, P. (Ed.): Retóricas negativas: la desinformación de la derecha radical y su cobertura, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 51-84.

³⁶ Para ver el estado de la cuestión en la doctrina, cfr. «Polarisation and the news media in Europe», <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/914380a0-8e62-11e9-9369-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-106246145> (consultado el 1 de octubre de 2024).

tivas y en todos los sistemas de control que las envuelven. Por ello, también se han convertido en objetivo prioritario de estos ataques a los medios de comunicación tradicionales, las grandes cabeceras, a las que se ha tachado de servir intereses del *establishment* y actuar en connivencia con las instituciones políticas para que no se produzcan cambios.

Si se suman internet, redes sociales con millones de usuarios y consumidores que se convierten, a su vez, en difusores exponenciales de contenidos, sin duda, las informaciones y todas estas formas de alterar el debate a través de mentiras o medias verdades interesadas pueden tener un impacto incalculable. Por ello desde la academia y las instituciones debe hacerse un verdadero esfuerzo por investigar y comprobar los efectos reales de los desórdenes informativos, sobre todo, en procesos electorales, y muy especialmente, en aquellos en los que los resultados se prevean ajustados.

5. LA PREOCUPACIÓN CRECIENTE POR EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN INTERNET

Otros peligros vienen, en cambio, del uso que terceros interesados, públicos o privados, hagan de los instrumentos citados para, de una forma u otra, incidir en la voluntad política de la ciudadanía. Además del debate académico, las instituciones nacionales e internacionales llevan ya algunos años trabajando en instrumentos éticos y jurídicos que puedan si no evitar, al menos sí paliar los posibles impactos perniciosos que las redes y la aplicación a ellas de la IA generan. Sin duda, la inquietud generada por los abusos que pueden hacerse de los nuevos instrumentos comunicativos se agudizó y se convirtió en un tema de la agenda política global tras los éxitos de la campaña del sí al *Brexit* en Gran Bretaña³⁷, tras la victoria de Donald Trump en las presidenciales de Estados Unidos de 2016³⁸ o el escándalo de *Cambridge Analytica* en 2018.

³⁷ Aunque se ha probado que algunas de las «verdades» dichas en campaña por los defensores del *Brexit* era mentira, una pregunta que hay que plantearse es si estas «mentiras» contrastadas forman parte o no de la libertad de expresión de los políticos o, si por el contrario, son una violación del derecho a recibir información veraz de la ciudadanía. Sobre esta discusión, en relación con la demanda interpuesta en su día contra Boris Johnson pueden leerse las reflexiones de J. Barata, «Johnson: ¿ejercicio inapropiado del cargo o libre discurso político?», en Agenda Pública, publicado el 3 de junio de 2019, <http://agendapublica.elpais.com/johnson-ejercicio-inapropiado-del-cargo-o-libre-discurso-politico/> (consultado el 1 de octubre de 2024).

³⁸ Para hacerse una idea de las estratagemas digitales seguidas por Trump en su campaña electoral puede leerse el artículo de L. Teruel «Trump: asalto al poder desde las trincheras de las redes sociales», en Agenda Pública, publicado el 22 de enero de 2017, <http://agendapublica.elpais.com/trump-asalto-al-poder-0desde-las-trincheras-de-las-redes-sociales/> (consultado el 1 de octubre de 2024).

En 2017, el Comité Económico y Social Europeo publicó el Dictamen «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad»³⁹ identificó los ámbitos de impacto social más importantes de dicho fenómeno, y entre ellos estaban la gobernanza y la democracia. Se señalaba como la inteligencia artificial podía mejorar la participación de la ciudadanía en la política y la transparencia en la toma de decisiones. Pero también se manifestaba la preocupación por el uso específico de los algoritmos inteligentes para la agregación de informaciones, por ejemplo, en las redes sociales, que parecen haber entrañado una limitación y fragmentación de la sociedad. Son dos las grandes inquietudes en este ámbito: las «burbujas informativas» y las pseudonoticias en Twitter y Facebook durante las elecciones estadounidenses⁴⁰. A la postre, dichos algoritmos pueden influir el comportamiento (electoral) de la ciudadanía ya que pueden predecir los comportamientos humanos e influir en ellos. Este fenómeno, según el Informe, «es una amenaza para una democracia abierta y fiable. En la época actual de polarización y desmantelamiento de instituciones internacionales, la precisión y el poder de semejante tecnología de propaganda puede acarrear rápidamente una mayor desestabilización social. Esta es una de las razones por las que se necesitan normas de transparencia y rendición de cuentas de los algoritmos (inteligentes)».

Por su parte, tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa han entrado en el estudio y debate del impacto de la inteligencia artificial en el ejercicio de derechos de incidencia democrática. Así, se aprobaron, por ejemplo, el informe del Comité sobre inteligencia artificial (CAHAI en sus siglas en inglés) titulado «*The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights, Democracy and the Rule of Law*»⁴¹. Sin ambages, se reconocía expresamente que la inteligencia artificial impacta en los derechos humanos, la democracia y el estado de Derecho (*the rule of law*), los elementos centrales (*core elements*) sobre los que las sociedades europeas están construidas.

Igualmente, se ha ido trabajando sobre los ámbitos relacionados con los derechos fundamentales y la democracia respecto de los que se podía producir un impacto directo del fenómeno digital. Así, por ejemplo, la afectación en negativo de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales, sobre todo

³⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad (Dictamen de iniciativa)», Ponente: Catelijne Muller <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016IE5369&from=ES> (consultado el 1 de octubre de 2024).

⁴⁰ Cosa que no es de extrañar después de los abusos cometidos por la campaña de Trump en 2016.

⁴¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, «Inteligencia artificial...»; *op.cit.*

en los derechos del ámbito de la privacidad, fue una de las primeras cuestiones sobre las que se ha puesto el acento⁴². Ello es lógico dado que cuando hablamos de internet y el uso de las diferentes plataformas, hablamos de la circulación de datos personales en diferentes formatos. Por ello, las organizaciones de defensa de los derechos, asociaciones de internautas y similares pronto se han puesto a trabajar en la protección de este tipo de derechos del ámbito individual de las personas. Esta reacción se ha producido respecto de ámbitos diversos. Por una parte, se pretende proteger al individuo como consumidor de bienes y servicios *on line*, así, como sujeto de relaciones económicas y comerciales, normalmente, con otras personas físicas o jurídicas privadas⁴³. Y, por otra, el individuo como posible objeto, indiscriminado o no, de la vigilancia del Estado. En este caso, el punto de inflexión en la potenciación de la ciberseguridad como instrumento de control de individuos fueron los atentados del 11S en Estados Unidos en 2001. Se trata, por tanto, de delimitar, limitar y ofrecer garantías jurídicas eficaces ante las potestades de defensa y seguridad, interior y exterior, de los estados frente a sus propios ciudadanos y ciudadanos de terceros estados.

A estas y otras cuestiones, pretenden dar respuestas los recientemente aprobados *Digital Services Act* de la Unión Europea⁴⁴ o el Reglamento de Inteligencia Artificial, aprobado en 2024, pero con una entrada en vigor diferida a 2026⁴⁵. Y, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Marco en Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, democracia y Estado de Derecho, aprobado en mayo de 2024⁴⁶.

⁴² Sobre esta cuestión debe leerse a PRESNO LINERA, M. A., en *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Debates Constitucionales, Marcial Pons, 2023.

⁴³ Muy relevante ha sido la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y, en España, la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que contiene un Título específico a proteger a los derechos digitales.

⁴⁴ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R2065> (consultado el 1 de octubre de 2024).

⁴⁵ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81079> (consultado el 1 de octubre de 2024).

⁴⁶ Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Vilnius, 5.IX.2024, <https://rm.coe.int/1680afae3c> (consultado el 1 de octubre de 2024).

6. EUROPA REACCIONA Y REGULA

El Informe de la CAHAI resultaba un buen hilo conductor puesto que partía de que las democracias necesitan de una ciudadanía bien informada (a lo que cabría añadir, formada e informada⁴⁷), un discurso social y político abierto y la ausencia de una influencia opaca en los votantes. De ello depende el pluralismo en el que debe asentarse la democracia. En este contexto, el informe se centra en tres ámbitos de impacto adverso de la inteligencia artificial en la democracia, en i) el discurso social y político, el acceso a la información y la influencia de los votantes, ii) la desigualdad y la segregación y iii) el fracaso o la perturbación sistémica. Si bien están todos muy vinculados entre sí, los que más estrechamente están ligados al objeto de estas páginas son el primero y el tercero de los ámbitos señalados.

Los aspectos más directamente relacionados con el pluralismo y las bases democráticas del Estado de Derecho eran dos: a) la capacidad de los algoritmos de, por una parte, personalizar la información que cada persona recibe ante la ingente cantidad de contenidos que circulan por internet (*lato sensu*), y, en otra vertiente de la anterior, posibilitar a los actores políticos la *targetización* de sus propuestas, con el condicionamiento en los procesos electorales que ambos pueden tener; b) los efectos disuasorios sobre las libertades comunicativas.

En el nuevo contexto comunicativo e informativo favorecido por la digitalización, los ciudadanos sólo pueden elegir consumir una pequeña cantidad de toda la información a la que tienen acceso⁴⁸. Los motores de búsqueda, las redes sociales, los sistemas de recomendación y muchos sitios de noticias emplean la inteligencia artificial para determinar qué contenido se crea y se muestra a los usuarios, personalizando así los contenidos (del tipo que sea), creando, por ejemplo, noticias a medida de cada cual. Sin duda, un buen uso de estos instrumentos puede ayudar a la ciudadanía a navegar mejor entra la ingente información disponible y mejorar sus competencias democráticas. Sin embargo, si la inteligencia artificial determina qué información se muestra y consume, qué cuestiones se suprimen de la avalancha informativa en línea y cuáles se amplifican viralmente, esto también conlleva riesgos de sesgo y de representación desigual de opiniones y voces.

⁴⁷ Un campo que está generando especial atención entre la academia es la alfabetización digital como un instrumento para y de la ciudadanía ante los posibles peligros ya abusos que puedan producirse a través de internet, las plataformas y la inteligencia artificial.

⁴⁸ Este escenario es definido como «caos informativo» por RUBIO NÚÑEZ, R., FRANCO ALVIM, F., y ANDRADE MONTERO, F. de, «Inteligencia artificial y campañas electorales algorítmicas. Disfunciones informativas y amenazas sistémicas de la nueva comunicación política», CEPC, 2024, p. 80.

La personalización de la información es posible gracias a la vigilancia y el perfilado constantes de cada individuo. Impulsada por motivos comerciales o políticos, esta infraestructura de información de nuestras sociedades puede amplificar el contenido hiperpartidista con el que probablemente se esté de acuerdo y proporcionar un instrumento poderoso, sin precedentes, para la influencia individualizada. Cuanto más afinadas y, por tanto, efectivas se vuelvan las predicciones personales que «calcula» la inteligencia artificial, mayor puede ser la amenaza de la agencia humana y la autonomía necesarias para que los votantes tomen decisiones autónomas.

Más allá de los motivos comerciales, los motivos políticos pueden llevar a que los sistemas de inteligencia artificial se optimicen para seleccionar o priorizar un contenido determinado en un esfuerzo por coaccionar e influenciar a las personas hacia ciertos puntos de vista, especialmente, durante los procesos electorales⁴⁹. Todo ello se puede hacer gracias a la información sobre nuestra identidad, profesión, ingresos, gustos, filias y fobias, y otros muchos elementos que cada persona va dejando tras de sí cada vez que accede a internet y a los distintos servicios que allí se ofrecen. Esta targetización de los contenidos permite ofrecer a cada persona aquella propuesta que más se adapta a sus necesidades, anhelos o reivindicaciones⁵⁰. Los actores políticos, los partidos, pueden hacer micro campañas electorales, generar programas a la carta. Aunque es todavía una conclusión controvertida, según parte de la doctrina, esta técnica de hacer campaña electoral puede generar mayor polarización y aumentar la fragmentación del electorado. En esta materia es interesante, la aportación de J. Bayer quien señala que esta técnica puede afectar no solo al derecho a la protección de datos de las personas afectadas por este tipo de campañas, sino, también, y aquí está lo novedad, la libertad de información de aquellas personas que, de conformidad con la aplicación de la inteligencia artificial, no son objetivo de dicha campaña y, por tanto, no conocen el mensaje político a la que sus conciudadanos están expuestos⁵¹. Esta

⁴⁹ En este punto resulta indispensable la lectura de LÓPEZ, O., La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales, CEPC, 2020.

El escándalo de *Cambridge Analytica* saltó porque se descubrió como, de forma ilícita, esta empresa se había hecho con millones de datos de usuarios de Facebook que le permitían conocer a qué tipo de mensaje iba a ser susceptible cada usuario para tratar de influir en su forma de pensar, así como el contenido, el tema y el tono que debían usar en cada caso. Cfr. Myriam Redondo, «Cambridge Analytica: ¿hay alguien ahí?», en *Agenda Pública*, publicado el 4 de mayo de 2018, <http://agendapublica.elpais.com/cambridge-analytica-hay-alguien-ahi/> (consultado el 1 de octubre de 2024).

⁵⁰ Una primera aproximación a la cuestión de la perfilación la realizó nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 76/2019, de 22 de mayo.

⁵¹ Vid. BAYER, J., «Double harm to voters: data-driven micro-targeting and democratic public discourse», en *Internet Policy Review*, n.º 9.1, 2020, disponible en <https://policyreview.info/articles/analysis/>

afectación negativa en un derecho fundamental subjetivo tendría, además, un efecto institucional pernicioso dado que genera la exclusión de una parte de la ciudadanía de un determinado debate electoral. en el sistema democrático. Esto es una muestra de que el escenario ideal de la democracia deliberativa dista mucho de ser una realidad⁵².

7. REFLEXIONES FINALES: LAS PLATAFORMAS ¿DUEÑAS Y SEÑORAS DE NUESTROS DERECHOS?

Después de todo lo dicho planea una duda sobre nuestras cabezas ¿qué son las plataformas de internet? Lo cierto es que varían en su configuración, naturaleza y función. Así, hay plataformas que, en principio, se limitan a servir de contendor y difusor de los contenidos de los usuarios, como Facebook, Twitter o Instagram, que podríamos identificar como redes sociales; otros, como Google, que se configuran como motores de búsqueda o, sin ánimo de exhaustividad, otros que son agregadores de noticias y contenidos, elaborados por terceros medios y elegidos por los usuarios a través de un sistema de voto, que son difundidas o movidas por internet. Además, en algunas de estas plataformas se permite que los usuarios comenten los contenidos que se publican.

En todo caso, todas, de una manera u otra, facilitan o promueven la difusión de contenidos, no siempre de noticias, a través de internet. Todos son canales de comunicación entre personas, públicas y privadas, en todo el mundo.

Estas consideraciones sustentan, para algunos, el argumento de que estas plataformas deben ser asimiladas, en general, a los medios de comunicación basándose, sobre todo, en la función que ejercen y en la vertiente objetiva de las libertades comunicativas, al ser instrumentos de fomento, al menos en principio, del pluralismo sobre el que se basa nuestro sistema social y democrático (art. 1.1 CE). Así, además de la libertad de empresa, serían titulares de las libertades de expresión y de comunicar información, incluida, en este último caso, el derecho a la creación de medios de comunicación (art. 20.1 d) CE). Se les aplicaría, pues, un régimen jurídico-constitucional equiparable que, a los medios de comunicación audiovisuales, radiofónicos e impresos, también en lo relativo al ejercicio de las libertades de expresión e información, alcance y límites.

double-harm-voters-data-driven-micro-targeting-and-democratic-public-discourse (consultado el 1 de octubre de 2024).

⁵² RUBIO NÚÑEZ, R.; FRANCO ÁLVIM, F., y ANDRADE MONTERO, F. de, *Inteligencia artificial y campañas electorales algorítmicas*, op. cit. p. 79.

Desde otra perspectiva se propone que las plataformas comunicativas se configuren como personas jurídico-privadas de interés general, dado que prestan servicios públicos o esenciales, lo que vendría a condicionar su régimen jurídico. Así, el papel privilegiado que juegan en la comunicación o, dicho de otra forma, el haberse convertido en un foro o instrumento percibido como público por sus usuarios y el haber adoptado políticas de moderación que acababan delimitando, cuando no limitando, el alcance del ejercicio de las libertades comunicativas justifica que sean tratadas jurídicamente no como meras empresas privadas, sino como personas jurídicas con trascendencia jurídico-constitucional, de forma similar a las personas jurídico públicas. En este caso, su titularidad de derechos se vería mitigada.

Las dos grandes tendencias de debate expuestas son las que enmarcan el debate global relativo a la naturaleza jurídica de todas estas plataformas. Los ejes de la discusión condicionan la aproximación al problema de la titularidad de los derechos de las diferentes plataformas.

En algunos supuestos, cabe afirmar que algunas de estas plataformas digitales son asimilables a un medio de comunicación con particularidades. En todo caso, muchas, sobre todo las más grandes, no pueden negar tener política editorial cuando 1) tienen algoritmos que dirigen el tráfico comunicativo, lo condicionan (ahora ya tenemos pruebas fehacientes de ello: Frances Haugens)⁵³; 2) tiene sus propios sistemas de moderación de contenidos.

Es cierto que, para el TEDH, la naturaleza particular de Internet, los «deberes y responsabilidades» que deben conferirse a un portal de noticias en Internet a efectos del artículo 10 pueden diferir en cierta medida de los de un editor tradicional en lo que respecta a los contenidos de terceros (*Delfi AS c. Estonia* [GC], § 113; véase también *Orlovskaya Iskra c. Rusia*, § 109). La oferta de un foro para el ejercicio de los derechos de libertad de expresión, que permite al público difundir información e ideas, debe evaluarse a la luz de los principios aplicables a la prensa (caso *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.Hu Zrt c. Hungría*, de 2 de febrero de 2016, pár. 61).

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que tanto los asuntos *Delfi AS* como *Orlovskaya Iskra* eran portales de noticias, esto es, medios que creaban su propio contenido, no eran agregadores de noticias. En cuanto al asunto *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y Index.Hu Zrt*, la primera demandante era un organismo autorregulador de los proveedores de servicios de Internet y

⁵³ Vid. <https://elpais.com/tecnologia/2023-10-31/frances-haugen-exempleada-de-facebook-dentro-de-diez-anos-nos-preguntaremos-por-que-no-regulamos-antes-las-redes-sociales.html> (consultado el 1 de octubre de 2024).

la segunda, un gran portal de noticias. Evidentemente, como reconoce el propio TEDH, todos ellos proporcionaban un foro para el ejercicio de los derechos de expresión, permitiendo al público difundir información e ideas. En este sentido, el Tribunal reconocía que todas las partes ejercían el derecho a la libertad de expresión, garantizado por el artículo 10.1 CEDH, y, en estos casos, su naturaleza permitía reconocerlos como medios de comunicación. Ahora bien, hasta la fecha, el TEDH no se ha pronunciado expresamente sobre un agregador de noticias ni sobre las redes sociales.

De hecho, en la STEDH caso *Sánchez contra Francia*, de 15 de mayo de 2023, de Gran Sala, el demandante fue condenado por la justicia francesa por no retirar de su muro de Facebook una serie de comentarios escritos por terceras personas con un contenido identificado como discurso del odio contra los musulmanes en campaña electoral. En este contexto, el Tribunal Europeo se centra en determinar si la condena al demandante por incitar al odio a los musulmanes fue conforme al artículo 10.2 CEDH. Pero Facebook no es el objeto de análisis de la demanda.

A modo de conclusión, creo que vale la pena plantearse una constitucionalización, al menos material, del espacio digital, lo cual puede suponer los cambios de determinados paradigmas.

Cuando entramos en la web del *The Digital Services Act package* se afirma que se los instrumentos previstos «pretenden crear un espacio digital más seguro en el que se protejan los derechos fundamentales de los usuarios y se establezcan unas condiciones equitativas para las empresas». La constitucionalización de la esfera digital no plantea una expulsión de los actores privados, sino, más bien, un nuevo paradigma de relación entre lo público y lo privado que ayudaría, también, a establecer criterios respecto de la titularidad de los derechos y libertades por este tipo de empresas.

DERECHO EUROPEO

LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: DIRECTIVA 2024/1385 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 14 DE MAYO DE 2024, SOBRE LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

MARÍA CONCEPCIÓN PÉREZ VILLALOBOS

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El «Convenio de Estambul». 3. Breve referencia a la situación en España. 4. Unión Europea. 4.1 Introducción. 4.2 Respuestas de la Unión Europea a la violencia contra las mujeres. 4.3 La nueva Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. 5. Reflexión final. 6. Referencia bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

La violencia contra las mujeres y las niñas supone una de las violaciones más graves de los derechos humanos, reconocida como un problema de gran importancia en la esfera pública en tiempos recientes¹. A pesar de esto, muchas de sus formas aún no reciben la atención necesaria por parte de los poderes públicos para ser erradicadas por completo. La prevención, la concienciación, la protección, el castigo y la reparación son acciones clave para abordar la violencia de género, y, aunque a lo largo del tiempo, ha habido un progreso gradual en la legis-

¹ Vid.: ONU Mujeres, <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures#83918>, último Informe correspondiente al año 2023.

lación al respecto, éste ha sido lento. Es cierto que se ha ido corrigiendo dependiendo de la mejora en el entendimiento de las diversas formas de violencia, del avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres por parte de los Estados y, como no, de la voluntad política. Es igualmente cierto que, en esta materia, las modificaciones en las normativas surgen de los intensos debates políticos y sociales acerca de la desigualdad de género y la protección de los derechos de mujeres y niñas, que se han impulsado, la mayoría de las ocasiones, por el movimiento feminista; la denuncia constante de los fallos en la atención a la violencia de género y la falta de eficacia de las políticas públicas, así como la firmeza en visibilizar las distintas formas de violencia, ha sido una constante de estos movimientos. Así, tanto en la Unión Europea como en numerosos países de nuestro entorno se comenzaron a tomar medidas, la mayoría de ellas en los primeros años de este siglo, que abordaban la violencia sobre las mujeres de una forma integral, siendo la normativa española de las más avanzadas, a nivel internacional, al incorporar esta visión holística de la violencia contra las mujeres. Nos referiremos a ambas regulaciones y, de forma más específica a la nueva Directiva 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

2. EL «CONVENIO DE ESTAMBUL»

Un hito importante en la normativa que regula las distintas formas de violencia lo constituye el Convenio del Consejo de Europa sobre la *prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, más conocido como Convenio de Estambul², que recoge las diferentes formas de violencia ejercidas contra la mujer y reconoce que la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres y las somete a graves formas de violencia, como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzado, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del «honor» y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Constituye el principal obstáculo para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres³. Se trata de un

² Primer instrumento vinculante en materia de violencia contra la mujer, en vigor en nuestro país desde el 1 de agosto de 2014.

³ Gil Ruiz, J. M. (Ed.): *El convenio de Estambul. Como marco de derecho antisubordinatorio*, Dykinson, 2018.

Tratado Internacional referente para las legislaciones de los países que lo han suscrito, incluida la propia Unión europea ya se adhirió al Convenio con la firma del mismo el 13 de junio de 2017, aunque hasta el 1 de octubre de 2023 no se activó la entrada en vigor del mismo para la Unión Europea. El Convenio pretende proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y concibe un marco global de políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas, para lo que promueve la cooperación internacional contra la violencia, así como ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

El Convenio recoge las definiciones que serán lugar común para todos los actores implicados, ya que puede existir cierta confusión conceptual en torno a la variedad de violencias existentes y, por tanto, en las estrategias más adecuadas para eliminarlas. De esta forma, el artículo 3 del Convenio se convierte en el referente conceptual al establecer que el concepto de *violencia contra las mujeres*, designa todos los actos de violencia considerados violencia contra las mujeres: «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada»; que por *violencia doméstica* hay que entender: «todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima»; que por *género* se entenderán «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres»; por tanto, por *violencia contra las mujeres por razones de género* se entenderá «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada»; por *víctima* se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos anteriores. Finalmente, y no menos importante, este artículo establece que el término *mujer* «incluye a las niñas menores de 18 años»⁴.

⁴ En referencia a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) y sus Protocolos facultativos (2000), que determinan esta edad de 18 años para considerar a los hombres y mujeres como niños o niñas; de esta forma, el Convenio extiende su protección a las niñas, con independencia de la edad de estas, ya que están igualmente expuestas a un riesgo elevado de violencia basada en el género.

3. BREVE REFERENCIA A LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

Son muchas las instancias internacionales que reconocen a España como país pionero en el impulso de políticas públicas y recursos para combatir y erradicar este tipo de violencia⁵, por lo que nuestro país se encuentra en una situación muy buena para implementar la nueva legislación europea, que no es sino el desarrollo del propio Convenio de Estambul. El Convenio, junto con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, establecen el marco definitorio de las violencias contra las mujeres en nuestro país. Además, España ha ratificado todos los convenios internacionales relacionados con la erradicación de la violencia contra las mujeres⁶. Aunque el Convenio de Estambul, utilice la denominación de «violencia doméstica», nuestro país ya distinguió en 2004 el concepto de «violencia de género» y de «violencia familiar»: la «violencia de género» es la violencia que sufren las mujeres en el ámbito de la pareja/expareja, incluyendo la violencia vicaria⁷; la «violencia familiar» sería aquella que se recoge en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En el caso de la violencia familiar que sufren las mujeres, se trataría de aquella ejercida

⁵ RODRIGUEZ RUS, R.: «Historia de la violencia de género en España», Tendencias, 2017. En España, desde el inicio de la etapa constitucional, se ha prestado atención a esta cuestión como desarrollo del propio artículo 14 de la Constitución de 1978. En 1983 Se crea el Instituto de la Mujer (Organismo Autónomo, dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) por la Ley 16/1983, de 24 de octubre. En 1988 se aprueba el I Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres (1988-1990); la Orden de 25 de enero de 1996, del Instituto de la Mujer, crea la figura de Entidad colaboradora en igualdad de oportunidades. En 1998 aparece ya el I Plan de Acción Positiva contra la Violencia Doméstica (1998-2000), que continuaría en el II Plan Integral contra la violencia doméstica (2001-2004) y la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En 2000 se crea el Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres (por Real Decreto 1698/2000, de 6 de octubre) y en 2003 se aprueba la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica. Ese mismo año, la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, culmina una batería de medidas legislativas que se ampliaron en la década siguiente con la importante Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género y la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer («CEDCM», 1979) y su Protocolo facultativo (1999) así como la Recomendación general n.º 19 del Comité de la CEDCM sobre la violencia contra la mujer, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) y sus Protocolos facultativos (2000) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas (2006); y, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002).

⁷ Es decir, aquella que tiene como objetivo causar perjuicio o daño a las mujeres, y se ejerce sobre sus familiares o personas allegadas menores de edad en sus relaciones de afectividad, tal y como que se recoge en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

por un hombre contra una mujer en el ámbito de la familia (descendientes, ascendientes, cónyuges o relación análoga, hermanos, etc.), a excepción de los casos considerados de violencia de género. Esto es así porque «la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión»⁸. Las estadísticas aportan datos significativos que demuestran que la violencia contra las mujeres es una violencia sistémica, estructural y silenciada⁹. En España contamos, desde 2004, con la *ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, de 28 de diciembre, que constituye la legislación básica que, a su vez, han incorporado y desarrollado las Comunidades Autónomas. El alcance normativo de esta política se pone de manifiesto en la inclusión de disposiciones legislativas que desarrollan esta Ley para abordar la violencia de género en, al menos, 11 Leyes Orgánicas, más de 15 Leyes de Presupuestos Generales del Estado, unas 37 normas con rango de Ley y un centenar de disposiciones de carácter reglamentario. El artículo 23 de la Ley establece la puesta en marcha de un Plan Estatal de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género con carácter permanente, materializado en la Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia contra las mujeres que tiene como objetivo general proporcionar un marco de referencia para la acción pública en materia de prevención, sensibilización, atención y reparación integral de todas las violencias machistas; la primera de ellas durante el período 2013-2016; la actualmente en vigor para el período 2022-2025 contiene toda una serie de medidas orientadas a la mejora de las respuestas institucionales y el apoyo a las víctimas de la violencia, que concurren al desarrollo de la Ley Orgánica 1/2004¹⁰.

Esta Ley Orgánica introdujo los Juzgados especializados en Violencia sobre la mujer y la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la mujer, creando un sistema integral basado en 3 pilares: la prevención, la

⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁹ «El 84,1 % de las mujeres víctimas de violencia sexual y el 67,2 % de las mujeres que han sufrido una violación no han buscado ayuda formal tras lo sucedido; de las mujeres que han sufrido acoso sexual, solo el 2,5 % lo ha denunciado en la Policía, Guardia Civil o en el juzgado y el 1,2 % acudieron a un servicio médico o de atención psicológica; el 12,1 % de las mujeres que han sufrido stalking lo han denunciado y, por último, el 66,9 % de las mujeres que han sufrido violencia en la pareja no ha buscado ayuda formal tras lo sucedido». *Estrategia Estatal para combatir las violencias machistas 2022-2025*.

¹⁰ Vid. Código de Violencia de género y doméstica, en BOE: www.boe.es/biblioteca_juridica/, última actualización 24 de mayo de 2024.

protección y recuperación de la víctima y la persecución del delito. España es, según la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el país más concienciado en toda Europa sobre esta problemática ya que ostenta el porcentaje más alto de mujeres (83 %) que han visto o escuchado campañas de sensibilización contra la violencia de género, frente al 50 % de la media de la UE. Tal vez por eso, haya sido una referencia para la legislación que la Unión Europea, se propone poner en marcha en todos los Estados miembros y que recoge en la reciente Directiva sobre lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 14 de mayo de 2024, como veremos.

En 2022, España ha aprobado la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, para garantizar la libertad sexual de manera integral. Esta ley tiene como objetivo implementar políticas coordinadas a nivel estatal y autonómico para sensibilizar, prevenir, detectar y sancionar las violencias sexuales. Además, se incluyen medidas de protección integral para garantizar una respuesta especializada frente a todas las formas de violencia sexual y brindar atención inmediata y recuperación en todos los ámbitos de la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, como principales víctimas de estas agresiones.

Se incluyen en este marco, entre otras violencias, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Además, se presta especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil, así como la extorsión sexual a través de medios tecnológicos. Además, en su artículo 60, la LOGILS obliga a aprobar una Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas como instrumento para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y los objetivos generales establecidos en la citada ley orgánica.

Es de destacar que la legislación penal española incluye los delitos a los que hace referencia la nueva legislación europea, siendo un referente tanto para la normativa comunitaria como para la de los Estados miembros. Los delitos de género en sentido estricto comenzaron a ser reconocidos después de que se promulgara la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual entró en vigor el 29 de junio de 2005 (disp. final 7.^a). Antes de la aprobación de esta ley, la violencia de género y la violencia en el ámbito familiar eran tratadas conjuntamente en términos penales y procesales. El Código Penal de 1995 no diferenciaba entre ellas, y fueron las reformas posteriores realizadas por las Leyes Orgánicas 4/1999, 11/2003 y 27/2003 las que introdujeron una serie de medidas lega-

les contra lo que se conocía como «violencia doméstica», siendo estos los antecedentes directos de la regulación actual.

La Ley Orgánica 1/2004 introdujo el tratamiento diferenciado en el derecho penal con el objetivo de aplicar el principio de discriminación positiva, lo que se reflejó en una respuesta penal y procesal específica para cada tipo de violencia. Se aumentaron las penas en los casos de violencia de género en comparación con la violencia familiar, estableciéndose que en los delitos de género el agresor siempre sería un hombre y la víctima una mujer con la que tuviera o hubiera tenido una relación conyugal o similar. El objeto de la regulación fue precisamente «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1 de la Ley de Medidas Protección Integral contra la Violencia de Género).

A partir de entonces, se dio un paso decisivo para combatir la violencia contra las mujeres en nuestro país al pasar la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género a ser competencia exclusiva de juzgados y secciones especializadas en este tema.

4. UNIÓN EUROPEA

4.1 Introducción

La igualdad entre mujeres y hombres, así como la no discriminación, son derechos fundamentales de la Unión Europea y principios esenciales garantizados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y en los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La violencia contra las mujeres representa una amenaza para estos valores y principios y afecta de forma desconsiderada e injusta al derecho de mujeres y niñas a la igualdad en todas las áreas de su vida, dificultando gravemente su participación equitativa en la sociedad y en el ámbito laboral. Pero, más allá del principio de igualdad, la violencia contra las mujeres supone, en la mayoría de las ocasiones en las que estas situaciones se producen, la supresión de otros muchos derechos, como la dignidad humana, el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la prohibición de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho a la protección de los datos de carácter

personal, el derecho a la no discriminación, también por razón de sexo, y los derechos del menor, consagrados en la Carta y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Desde hace tiempo, la Comisión propuso la puesta al día de la legislación europea para contar con instrumentos legales adecuados en la lucha de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, cuyo objeto es garantizar un nivel mínimo de protección contra este tipo de violencia en toda la UE. Fruto de esos trabajos ha sido la reciente Directiva de 14 de mayo de 2024 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica cuya fecha límite de transposición para los Estados es el 14 de junio de 2027.

La nueva Directiva apoya los compromisos internacionales que los Estados miembros han contraído para combatir y prevenir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, en su caso, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, de 21 de junio de 2019. Aunque el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), como acabamos de decir supra, es el punto de referencia para las normas internacionales en este ámbito —ya que es el primer documento internacional que contiene una definición de «género»—, reconoce que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación, hace responsable a los Estados si no responden adecuadamente a esta forma de violencia. El Convenio establece medidas jurídicas y estratégicas integrales para prevenir este tipo de violencia y proteger y asistir a las víctimas, entre ellas: medidas relativas a la recopilación de datos, la concienciación, medidas jurídicas para tipificar como delito este tipo de violencia y la prestación de servicios de apoyo¹¹. El Convenio tipifica como delito la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso, el aborto forzado y la esterilización forzada. Desarrollando esta regulación del Convenio, la nueva Directiva pretende que todos los países de la UE tipifiquen estas violencias como delito.

¹¹ El Convenio de Estambul entró en vigor en abril de 2014 y fue firmado por la UE el 13 de junio de 2017. El 1 de junio de 2023, el Consejo adoptó una Decisión sobre la adhesión de la UE al Convenio.

4.2 Respuestas de la Unión Europea a la violencia contra las mujeres

El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres fue introducido por primera vez en el artículo 141 del Tratado de Roma, que exigía garantizar la «igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo». Aquella disposición, de alcance limitado en un primer momento, evolucionó progresivamente a partir de 1975 hasta cristalizar en una serie de instrumentos comunitarios que han precisado y desarrollado este principio fundamental del Derecho europeo. Sin embargo, el examen de toda la evolución del principio de igualdad, desde ese momento hasta prácticamente la actualidad, nos lleva a considerar que la Unión se ha centrado exclusivamente en el fomento de «la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo». Si bien la Unión se impone el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad introduciendo en el Tratado el enfoque de integración de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias (artículo 10 TUE).

Aunque las desigualdades aún existen, durante las últimas décadas la UE ha realizado avances considerables en materia de igualdad de género impulsados por la legislación sobre igualdad de trato, la integración de la perspectiva de género en el conjunto de las políticas y las medidas concretas de promoción de la mujer. La presencia cada vez mayor de la mujer en el mercado de trabajo y sus logros educativos y de formación son tendencias optimistas. No obstante, persisten las disparidades entre hombres y mujeres. Además, las mujeres siguen siendo mayoritarias en sectores laborales peor retribuidos y están infrarepresentadas en los puestos de responsabilidad.

Fuera de estos supuestos, no existían actos legislativos que contemplaran a la mujer como víctima de violencia, dejando a las legislaciones penales nacionales la regulación de estas situaciones. Algunas Directivas y Reglamentos lo contemplaban en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y en la política de asilo. Hay que esperar hasta 2011 para encontrar dos Directivas específicas sobre esta materia: En concreto, aunque las Directivas 2011/36/UE¹² y 2011/93/UE¹³ del Parlamento Europeo y del Consejo, que se centran en formas específicas de ese tipo de violencia, y la Directiva

¹² Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101 de 15 de abril de 2011, p. 1).

¹³ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DO L 335 de 17 de diciembre de 2011, p. 1).

2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁴ (que establece el marco general aplicable a las víctimas de delitos), ofrecen algunas garantías para las víctimas, como víctimas de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica, no responden a sus necesidades especiales.

En 2020, la Comisión Europea adoptó la estrategia para la igualdad de género para el periodo comprendido entre 2020 y 2025. En esta ocasión, la estrategia sí prevé un conjunto ambicioso de medidas para poner fin a la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Con esta estrategia, la UE confirmó su compromiso de prevenir y luchar contra la violencia de género, apoyar y proteger a las víctimas y exigir responsabilidades a los delincuentes. Entre sus objetivos fundamentales se encuentran poner fin a la violencia de género, combatir los estereotipos de género¹⁵, colmar las brechas de género en el mercado de trabajo¹⁶, lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía, abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, reducir la brecha de género en las responsabilidades asistenciales y alcanzar el equilibrio entre mujeres y hombres en la toma de decisiones y la actividad política¹⁷. La Estrategia adopta un planteamiento dual de integración de la perspectiva de género combinada con actuaciones específicas y descansa en la interseccionalidad como principio horizontal para su aplicación. Aunque la Estrategia se centra en la actuación dentro de la UE, es acorde con la política exterior de la UE en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres.

4.3 La nueva Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

Son muchas las particularidades relacionadas con los delitos de violencia contra las mujeres y violencia doméstica, por lo que era necesario establecer

¹⁴ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DO L 315 de 14 de noviembre de 2012, p. 57).

¹⁵ La Comisión Europea lanzó una campaña para cuestionar los estereotipos de género el 8 de marzo de 2023. Esta campaña a escala de toda la UE hace frente a los estereotipos que afectan tanto a hombres como a mujeres en diferentes ámbitos de la vida, incluidas las opciones profesionales, el reparto de las responsabilidades en el cuidado de familiares y la toma de decisiones.

¹⁶ Entre los primeros resultados de la Estrategia, la Comisión propuso el 4 de marzo de 2021 medidas vinculantes de transparencia salarial.

¹⁷ Ha marcado un hito la introducción del equilibrio de género en los consejos de administración, cuyo objetivo es una mayor presencia de la mujer en los puestos de toma de decisiones de las grandes sociedades de la Unión con cotización bursátil.

un conjunto integral de normas para abordar de manera concreta el problema persistente de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y responder a las necesidades especiales de las víctimas de dicha violencia. Esta legislación pretende introducir normas mínimas específicas sobre los derechos de este grupo de víctimas de delitos y tipificar como delito las formas más graves de violencia contra las mujeres y de ciberviolencia: como la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, la difusión no consentida de material íntimo o manipulado, el ciberacecho («cyber stalking»), el ciberacoso («cyber harassment»), el ciberexhibicionismo («cyber flashing»), la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos, así como las conductas delictivas reguladas por otros actos de la Unión, en particular las citadas Directivas 2011/36/UE y 2011/93/UE. Igualmente, determinados delitos con arreglo al Derecho nacional entran dentro de la definición de violencia contra las mujeres. Esto incluye delitos como el feminicidio, la violación, el acoso sexual, los abusos sexuales, el acecho, el matrimonio precoz, el aborto forzado, la esterilización forzada, y diferentes formas de ciberviolencia, como el acoso sexual en línea y el cibermatonismo («cyber bullying»). La violencia doméstica es una forma de violencia que podría estar tipificada penalmente de manera específica en el Derecho nacional o quedar subsumida en delitos cometidos dentro de la unidad familiar o doméstica o entre cónyuges o excónyuges o parejas o exparejas, tanto si comparten un hogar como si no.

Cada Estado miembro puede adoptar una interpretación más amplia de lo que constituye violencia contra las mujeres con arreglo al Derecho penal nacional, así como las penas correspondientes además de las medidas para prevenir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y las normas para la protección de las víctimas de estos delitos ya que la Directiva no aborda todo el espectro de conductas delictivas que constituyen violencia contra las mujeres.

La regulación tiene en cuenta que la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica pueden agravarse cuando convergen con discriminación por razón de sexo combinada con discriminación por cualquier otro motivo como la raza, el color, el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión o el credo, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (*discriminación interseccional*)¹⁸. Por consiguiente, los Estados miembros deben adoptar medidas específicas ya que

¹⁸ La propia Directiva incluye mujeres con discapacidad, mujeres con estatuto de residencia como persona a cargo, mujeres migrantes indocumentadas, mujeres solicitantes de protección internacional, mujeres que huyen de conflictos armados, mujeres sin hogar, mujeres de origen racial o étnico minoritario, mujeres que viven en zonas rurales, mujeres que ejercen la prostitución, mujeres con bajos ingresos, mu-

estas personas corren un mayor riesgo de sufrir violencia de género y deben recibir protección y apoyos especiales ¹⁹.

El Capítulo segundo recoge los delitos relacionados con la explotación sexual de mujeres y menores y con la delincuencia informática. Respecto a las violencias sexuales, hay que tener en cuenta que algunas formas pueden constituir delitos internacionales ²⁰. La Directiva incorpora criterios sobre las penas y sanciones a imponer por la comisión de estos delitos: estas deben ser eficaces, disuasorias y proporcionadas, fijar grados mínimos para la pena máxima de prisión aplicable. Las penas máximas de prisión previstas deben aplicarse al menos a las formas más graves de dichos delitos.

Los delitos que recoge la directiva son:

a) **Mutilación genital femenina.** La directiva establece la obligatoriedad de regular este delito de forma específica en las leyes penales de los Estados por la especial naturaleza de este delito y la necesidad de garantizar la protección de las víctimas que sufren daños muy específicos. La mutilación genital femenina es una práctica abusiva y de explotación que afecta a los órganos sexuales de una niña o de una mujer y que se lleva a cabo con el fin de preservar y afirmar la dominación sobre las mujeres y las niñas y de ejercer control social sobre su sexualidad. A veces se lleva a cabo en el contexto de matrimonios infantiles forzados o de violencia doméstica. La mutilación genital femenina puede producirse como una práctica tradicional que algunas comunidades realizan con sus miembros femeninos. Debe comprender las prácticas de mutilación realizadas por razones que no son médicas, que causan a sus víctimas daños psicológicos y sociales irreparables para toda la vida ²¹.

jeres detenidas, personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero o intersexuales, mujeres de edad avanzada o mujeres con trastornos relacionados con el consumo de alcohol y drogas.

¹⁹ El artículo 16 de la Directiva incorpora estas situaciones en la evaluación individual así como en las Directrices que los Estados deben elaborar para las autoridades policiales y las autoridades encargadas de la persecución del delito (art. 21) y en la formación de los profesionales.

²⁰ Tal y como señala la Recomendación núm. 35 de la CEDAW: «Entre otros, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra como la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, de conformidad con los artículos 7 1) g), 8 2) b) xxii) y 8 2) e) vi) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». Otra vulneración extrema de los derechos humanos de las mujeres y de las niñas es la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. De acuerdo con el Protocolo de Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niñas (también conocido como Protocolo de Palermo) de 2000, ratificado por España en 2003, la trata se define como: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o a concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

²¹ «Los Estados miembros garantizarán que sean punibles como delito las siguientes conductas intencionadas: a) la escisión, la infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios

La Directiva establece la obligación de los Estados de proporcionar apoyo a las víctimas, adecuado según la edad, en concreto prestando atención ginecológica, sexológica, psicológica y postraumática y asesoramiento personalizado, después de que se haya cometido el delito y durante todo el tiempo que sea necesario a partir de entonces. Dicho apoyo incluirá también el suministro de información sobre las unidades de los hospitales públicos en las que se realice cirugía reconstructiva genital y del clítoris.

b) El matrimonio forzado. Los Estados miembros garantizarán que sean punibles como delito las conductas intencionadas de obligar a una persona adulta o menor a contraer matrimonio, o, atraer a una persona adulta o menor al territorio de un país que no sea en el que resida, con la intención de obligarla a contraer matrimonio. En este sentido, la pobreza, el desempleo, las costumbres y los conflictos se reconocen como factores que favorecen el matrimonio forzado. La violencia física y sexual y las amenazas de violencia se utilizan con frecuencia para coaccionar a una mujer o niña para forzarla a contraer matrimonio por lo que suele ir acompañado de formas de explotación y violencia, tanto física como psicológica. Todos los Estados deben tipificar como delito el matrimonio forzado sin perjuicio de las definiciones de matrimonio establecidas en el Derecho nacional o internacional, así como adoptar las medidas necesarias para establecer un plazo de prescripción que permita la investigación, el enjuiciamiento, el juicio oral y la resolución judicial del matrimonio forzado. Dado que las víctimas suelen ser menores, los plazos de prescripción deben mantenerse durante un período de tiempo suficiente para permitir el inicio del proceso después de que la víctima haya alcanzado 18 años de edad. Del mismo modo, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas preventivas para concienciar sobre matrimonio forzado.

c) Difusión no consentida de material íntimo o manipulado. Los Estados miembros garantizarán que sean punibles como delito las conductas intencionadas dirigidas a hacer accesible al público, mediante tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), imágenes, vídeos o materiales similares que representen actividades sexualmente explícitas o las partes íntimas de una persona sin su consentimiento, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños a esa persona, así como producir, manipular o alterar

mayores, los labios menores o el clítoris; b) obligar a una mujer o niña a someterse a cualquiera de los actos mencionados en la letra a) o de proporcionarle los medios para dicho fin». La propia directiva aclara los términos de la norma: el término «escisión» debe referirse a la resección parcial o total del clítoris y de los labios mayores; la «infibulación» debe referirse al cierre de los labios mayores juntando parcialmente mediante sutura los labios externos de la vulva para estrechar la abertura vaginal; el término «cualquier otra mutilación» designa todas las demás alteraciones físicas de los genitales femeninos.

y, posteriormente, hacer accesible al público, mediante TIC, imágenes, vídeos o materiales similares, haciendo que parezca que una persona está practicando actividades sexualmente explícitas, sin el consentimiento de dicha persona, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños; igualmente se contempla la conducta de amenazar con cometer las anteriores conductas con el fin de coaccionar a una persona para que realice o acceda a que se realice determinado acto o se abstenga de realizarlo.

Son conductas que entran en la llamada ciberviolencia en las que la violencia está unida al uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) de manera que esas tecnologías se usan para amplificar significativamente la gravedad de los efectos perjudiciales del delito, cambiando así las características de este²². La amplificación es un requisito previo para la comisión de varios delitos de ciberviolencia por lo que es necesario que el material pueda llegar a un gran número de personas mediante TIC. La probabilidad de causar daños graves puede deducirse de circunstancias fácticas objetivas, por lo que la Directiva establece un marco jurídico mínimo a ese respecto y los Estados miembros son libres de adoptar o mantener normas penales más estrictas, pero el delito debe incluir todos los tipos de material de este tipo, como imágenes, fotografías y vídeos, incluidas las imágenes sexualizadas, las notas de audio y los vídeos cortos, sin el consentimiento de la víctima, con independencia de que esta haya consentido la generación de dicho material o de que pueda habérselo transmitido a una persona concreta. El delito debe incluir también la producción, la manipulación o la alteración no consentidas, por ejemplo, mediante la edición de imágenes, entre otros medios con inteligencia artificial, de material que haga que parezca que una persona está realizando actividades sexuales, en la medida en que ese material se haga accesible posteriormente al público mediante TIC sin el consentimiento de esa persona y la Directiva aclara que «este tipo de producción, manipulación o alteración debe incluir la fabricación de ultrafalsificaciones o ultrasuplantaciones (*deepfakes*), en las que el material se parezca sensiblemente a una persona real, a objetos, lugares u otras entidades o acontecimientos reales, represente actividades sexuales de una persona, y pueda dar a otros la impresión falsa de que es auténtico o veraz».

²² La ciberviolencia se dirige y afecta especialmente a las mujeres defensoras de los derechos humanos y puede tener el efecto de silenciar a las mujeres para impedir su participación social en condiciones de igualdad con los hombres. Afecta también de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas en las escuelas y universidades, con consecuencias negativas en la continuación de su educación y en su salud mental, pudiendo llevar al suicidio, ansiedad, autolesiones, etc.

d) El ciberacecho. La Directiva dispone que los Estados «garantizarán que sea punible como delito la conducta intencionada de someter reiterada o continuamente a otra persona a vigilancia, sin el consentimiento de esa persona o una autorización legal para hacerlo, mediante TIC, a fin de rastrear u observar los movimientos y actividades de dicha persona, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños a esa persona». Es una forma de violencia que coacciona a la víctima creándole situaciones de miedo y ansiedad y propiciando su aislamiento; el autor debe tener intención de controlar y hacer uso de la tecnología por lo que podría conseguirse, por ejemplo, mediante el tratamiento de los datos personales de la víctima, a través de una usurpación de identidad, del robo de contraseñas, del pirateo de dispositivos, de la activación de software, instalación de aplicaciones de geolocalización, incluidos programas informáticos de acecho (*stalkerware*). Además, el delito debe comprender el seguimiento de las víctimas, sin su consentimiento o autorización, utilizando dispositivos tecnológicos conectados a través del internet de las cosas, como los electrodomésticos inteligentes, etc.

e) El ciberacoso. Se establecen como conductas punibles por delito de ciberacoso la participación reiterada o continua en conductas amenazantes dirigidas contra otra persona, al menos cuando esa conducta implique amenazas de cometer delitos, mediante TIC, y cuando sea probable que cause en la persona un profundo temor por su propia seguridad o por la seguridad de las personas a cargo; la participación, junto con otras personas, mediante TIC, en conductas amenazantes o insultantes accesibles públicamente dirigidas contra una persona, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños psicológicos a esa persona; el envío no solicitado a una persona, mediante TIC, de una imagen, vídeo u otro material similar que represente los genitales, cuando sea probable que tal conducta cause daños psicológicos a esa persona (ciberexhibicionismo o cyberflashing). Se trata de las conductas para cubrir las formas más graves de ciberacoso incluido el ciberexhibicionismo como forma de intimidación y el doxing (situaciones en las que se publica información personal de la víctima, sin el consentimiento de esta, mediante TIC, con el fin de incitar a otras personas a causar lesiones físicas o psicológicas graves a la víctima).

f) Incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos. La utilización de las redes sociales y de internet propicia igualmente la incitación a la violencia y al odio por razones de género de forma pública, por lo que la Directiva recoge como punible la conducta de quienes incitan intencionadamente a la violencia o al odio contra un grupo de personas o un miembro de dicho grupo, definido por referencia al género, publicando material que contenga esa incitación. Los Estados podrán optar por castigar únicamente las conductas

que, o bien se lleven a cabo de forma que sea probable que perturben el orden público, o bien sean amenazantes, abusivas o insultantes. Debe existir difusión pública o, al menos, poder hacer accesible el material a un número ilimitado de personas sin que sea necesario que la persona que lo haya facilitado haga nada más, y con independencia de que esas personas accedan de hecho a la información.

El Capítulo tercero de la Directiva recoge las denuncias y el acceso a la justicia de las víctimas, siendo estas circunstancias de las más delicadas una vez que la víctima denuncia es posible poner en marcha una serie de medidas tendentes a protegerlas, y aportarles el apoyo especializado que requiere cada situación. A estas cuestiones se dedica también parte del articulado del capítulo cuarto. En estos delitos es frecuente que los autores sean familiares cercanos o parejas y las víctimas pueden estar tan coaccionadas por el autor que temen contactar con las autoridades competentes, aunque su vida esté en peligro. Las víctimas deben poder denunciar fácilmente los delitos de violencia contra las mujeres o violencia doméstica y aportar pruebas siendo derivadas a un punto de contacto especializado y formado para prestar asistencia a este tipo de víctimas²³, siempre que sea posible, con independencia de si se formaliza una denuncia penal²⁴. Si se trata de menores el Estado debe garantizar un procedimiento de denuncia seguro y confidencial, en un lenguaje accesible y adecuado para los menores, en función de su edad y su madurez. Es fundamental brindar protección inmediata y apoyo específico a las víctimas de violencia doméstica y sexual. Por lo tanto, es necesario realizar una evaluación individual de las necesidades de la víctima lo más pronto posible, ya sea cuando la víctima se pone en contacto por primera vez con las autoridades competentes, después del primer contacto con ellas, o al surgir sospechas de que está siendo víctima de violencia. Esta evaluación puede llevarse a cabo incluso antes de que la víctima haya presentado una denuncia formal o si un tercero la ha denunciado.

La Directiva regula numerosas medidas de apoyo especializado a las víctimas tanto de violencia sexual como de acoso sexual en el trabajo²⁵, líneas

²³ Debido al riesgo de que las víctimas de estos delitos retiren sus denuncias, es importante que las pruebas pertinentes se recojan de manera exhaustiva lo antes posible, de conformidad con las normas procesales nacionales aplicables.

²⁴ Además de la formulación de denuncias de forma presencial, los Estados miembros deben ofrecer la posibilidad de formular denuncias en línea o mediante otras TIC accesibles y seguras como capturas de pantalla de la presunta conducta violenta.

²⁵ Esta circunstancia se encuentra recogida en sendas directivas sobre acoso sexual en el trabajo que lo considera una forma de discriminación por razón de sexo: Directivas 2004/113/CE, 2006/54/CE y 2010/41/UE.

telefónicas de ayuda especializada, refugios y alojamientos provisionales seguros y ayuda especializada a menores²⁶, etc.

5. REFLEXIÓN FINAL

La Directiva 2024/1385 del Parlamento europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, acaba de ver la luz después de décadas en las que esta regulación venía siendo demandada por numerosas asociaciones de mujeres y, en general, por las sociedades civiles de los Estados miembros. La única referencia legislativa en la Unión europea era una Directiva de 2012 que establecía normas mínimas sobre los derechos, la protección y el apoyo a las víctimas de delitos en la UE, y hacía alguna referencia expresa a las víctimas de la violencia de género, las víctimas de la violencia sexual y las víctimas de la violencia en las relaciones personales. La mayoría de las mujeres que sufren este tipo de violencia en países miembros de la Unión europea no recurren al sistema judicial ni a otros servicios por la falta de una regulación que proporcione un adecuado tratamiento a estas situaciones, a lo que se une que en muchos Estados miembros la violencia contra las mujeres no forma parte de los ámbitos de intervención de las políticas. Por tanto, era urgente una legislación para fomentar la denuncia, mejorar las respuestas a las mujeres como víctimas y garantizar que hay suficientes recursos para ofrecer un apoyo a las víctimas en este ámbito específico.

Tanto el Parlamento como la Comisión han requerido una legislación específica sobre este tema. El Parlamento Europeo ha pedido reiteradamente a la Comisión que proponga legislación sobre la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, así como sobre la ciberviolencia basada en el género²⁷ y En la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 se anunciaron medidas de la UE para prevenir estas formas de violencia, proteger a las víctimas,

²⁶ La Directiva dispone que a fin de abordar eficazmente las consecuencias negativas para los menores, las medidas de apoyo dirigidas a estos deben incluir un asesoramiento psicológico especializado adaptado a su edad, a sus necesidades de desarrollo y a su situación individual, junto con atención pediátrica cuando sea necesario, y prestarse tan pronto como las autoridades competentes tengan motivos razonables para pensar que los menores podrían haber sido víctimas, incluidos los menores que sean testigos. Estas medidas deben de tener una prioridad absoluta.

²⁷ *Vid.* Resolución, de 14 de diciembre de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia de género: ciberviolencia (2020/2035); Resolución, de 16 de septiembre de 2021, con recomendaciones a la Comisión sobre la definición de la violencia de género como nuevo ámbito delictivo recogido en el artículo 83, apartado 1, del TFUE (2021/2035).

perseguir a los autores y aplicar políticas integrales y coordinadas. Es urgente una actuación coordinada en los ámbitos del acceso a la justicia, incluidas las normas mínimas sobre las definiciones y sanciones correspondientes a determinadas infracciones penales, los derechos y la protección de las víctimas en relación con los procesos penales, el apoyo especializado, la prevención de este tipo de violencia y el refuerzo de una coordinación y cooperación más estrechas a escala de la UE y nacional. Las normas de la UE se encontraban muy fragmentadas y, aunque las actuaciones nacionales venían impulsadas por el Convenio de Estambul (no todos los países han ratificado el Convenio²⁸), la unificación de legislaciones demandaba una Directiva de la Unión europea. Hemos de esperar, no obstante, a 2027 para que estas medidas entren en vigor en todos los Estados miembros.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- GIL RUIZ, J. M. (Edi.): *El convenio de Estambul. Como marco de derecho antisubordinatorio*, Dykinson, 2018.
- HERAS GONZÁLEZ, P.: *Manual para la prevención de la violencia de género*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, 2022.
- JIMÉNEZ SEGADO, C.: *Delitos de género y de violencia familiar. Cuestiones sustantivas y procesales*. BOE, 2021.
- MUERZA ESPARZA, J. (Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídicos penales, procesales y laborales*, Aranzadi, 2005.
- SALGADO ALONSO, C.: *Violencia de Género y Justicia*, Santiago de Compostela, USC, 2013.
- RODRÍGUEZ RUS, R.: «Historia de la violencia de género en España.» *Tendencias*, 2017.
- THILL, M.: «El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género». 2020. *IgualdadES*, 2, 157-196. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.2.06>.

²⁸ Los Estados miembros que no han ratificado el Convenio de Estambul son Bulgaria, Chequia, Hungría, Lituania, Letonia y Eslovaquia.

EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA OBRA DE LA PROFESORA MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN: UNA APROXIMACIÓN CON ESPECIAL ATENCIÓN AL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DE LOS CIUDADANOS MÓVILES*

ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ

SUMARIO: 1. Introducción. 2. «Crónica de (la) legislación europea»: sentido y significado. 3. Aproximaciones a las categorías normativas. 4. Sugerencias para la identificación normativa. 5. El Informe sobre las elecciones al Parlamento Europeo de 2019 y el derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos móviles.

1. INTRODUCCIÓN

La *Revista de Derecho Constitucional Europeo* comenzó su publicación con el número correspondiente al semestre de enero-junio de 2004 y ha llegado –veinte años después, con el del semestre de enero-junio de 2024–, al número 41, último publicado hasta el momento de escribir estas líneas.

Entre sus secciones, se encuentra la denominada «Legislación», de la que se ha encargado ininterrumpidamente la profesora María Luisa Balaguer Callejón¹, lo que permite acercarse a esta vertiente de su actividad académica. Es

* Publicación parte de ProyExcel_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020)-Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía. Ayuda PID2021-126875OB-I00R, financiado por MCIU/ AEI/10.13039/501100011033/ «FEDER Una manera de hacer Europa»

¹ Lo ha hecho en todos los números salvo en el 3 donde, debido seguramente a la publicación de un trabajo de su autoría en la sección «Artículos» –BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., «La Constitución europea y la igualdad de género», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (en adelante, *ReDCE*), núm. 3, 2005, pp. 273-290–, fue otra persona quien se encargó de la sección «Legislación».

pertinente anotar que, dicha revista, desde el inicio, contiene secciones que son habituales en las revistas científicas del ámbito jurídico, como la que se acaba de referir, junto a algunas otras menos frecuentes, en unos casos también existentes desde el inicio de su andadura².

Se puede hacer referencia, en primer lugar, a la situación de esta sección en la sistemática de la revista. Inicialmente cerraba cada número, pero con las incorporaciones de otras secciones posteriormente, ya no desempeña esa tarea³.

2. «CRÓNICA DE (LA) LEGISLACIÓN EUROPEA»: SENTIDO Y SIGNIFICADO

Muy frecuentemente estas publicaciones las ha titulado la autora de modo genérico «Crónica de legislación europea», aunque en algunas ocasiones –especialmente en los primeros números– aparecen títulos individualizados⁴. A partir de un determinado momento, cuando la revista alcanzó su decimosexto año de publicación, se ha producido una adición en ese enunciado al precisarse más la datación, indicando el semestre y año correspondientes a la normativa que se analiza⁵.

En esos títulos concretos de los primeros números aparece destacado un tema al que la autora ha dedicado especiales atenciones en su producción científica, la igualdad de género, acompañado de otro referido también al ámbito de los derechos: el estudio de estos últimos, aspecto nuclear en su tarea investigadora, aparece así reflejado también en esta faceta particular de la misma⁶. Este elemento resulta, además, coherente en el marco temporal de su obra, puesto que coincide con la publicación de su importante monografía *Mujer y Constitución*⁷.

² BALAGUER CALLEJÓN, F., «Presentación», *ReDCE*, núm. 1, 2004, <https://www.ugr.es/~redce/ReDCE1/presentacion.htm> (consultada día 26 de septiembre de 2024).

³ Tras ella aparecen actualmente las secciones «Foro» y «Noticias de libros».

⁴ Esto sucede en los números 1, 2 y 5, cuyos títulos fueron «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», «La regulación del derecho de asilo en la normativa comunitaria» y «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea un Instituto Europeo de Igualdad de Género». En el número 4 fue cuando, por primera vez, apareció la rúbrica «Crónica de legislación europea».

⁵ En efecto, a partir del número 31, correspondiente a enero-junio de 2019, se comienza esta nueva modalidad, como se advierte en «Crónica de la legislación europea. Primer semestre de 2019»: en realidad, también se adiciona el artículo «la» a la primera frase de la nueva rúbrica.

⁶ La relevancia de la igualdad de género se observa también porque el artículo publicado en el número 3, donde no se hizo cargo de la sección «Legislación», versaba sobre ella. Esta temática no se rompió en el número intermedio de este período, donde su colaboración aparece denominada por primera vez «Crónica de legislación europea» (el número 4), dado que lo estudiado ahí también se refería a la igualdad. El otro tema de esta primera época se centró en el derecho de asilo.

⁷ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005.

En cuanto al contenido de las colaboraciones, es muy frecuente que se enuncien en los títulos de los epígrafes las normas concretas que son objeto de análisis, advirtiéndose en ocasiones, sin embargo, que aparecen temas o materias individualizados⁸. Esto permite constatar, en un primer acercamiento, que se ha analizado una considerable cantidad de disposiciones del corpus normativo de la Unión Europea (en adelante, UE).

A la vez, el recorrido por los diversos números publicados posibilita una segunda aproximación al título genérico que, como se ha indicado, es el habitual de la sección de la revista que se está analizando, esto es, «Crónica de (la) legislación europea».

De las tres palabras que integran dicha expresión, aunque la primera no aparece en el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, las otras dos sí, por lo que procede detenerse siquiera brevemente en ellas desde la óptica de dicha obra. En todo caso, que no tenga acepción jurídica esa primera palabra conecta con otros aspectos de la idiosincrasia de la obra de la profesora Balaguer Callejón: en realidad, no se ha limitado al ámbito jurídico, sino que ha prestado atención a otras parcelas del conocimiento diversas al derecho, como la literatura, el periodismo o la ciencia política entre otras, desde las que ha efectuado interrelaciones fructíferas en ambos sentidos, incidiendo en la multidisciplinariedad.

Se puede atender ahora a las otras dos palabras que, como se ha señalado, sí aparecen en el citado *Diccionario*, aunque de modo significativo no lo hacen unidas, como sería el caso de constituir un sublema de alguna de ellas⁹. De un lado, «europea» posee dos acepciones genéricas con la marca «Gral.», que es la que caracteriza en dicha obra a acepciones comunes a varios ámbitos del derecho, y una tercera con la marca de ámbito del derecho «Eur.»: esta última tiene como significado ser «relativo al proceso de integración europeo»¹⁰. En este punto, puede observarse que, de las dos grandes organizaciones del espa-

⁸ Por ejemplo, en las de los últimos números, aparecen como epígrafes «Igualdad, no discriminación y antirracismo», «El cambio climático», «La normativa sobre la inteligencia artificial. Evolución» (todos en el número 39); «La Unión Europea y la maternidad subrogada» o «La prostitución» (ambos en el número 40, seguidos por otras dos normas individualizadas); «El algoritmo en la construcción de la UE», al que sigue el epígrafe «El reglamento» (en el número 41).

⁹ Los sublemas de «legislación» son cuatro entre los que no se encuentran «legislación europea» ni «legislación estatal», aunque sí «legislación autonómica» (*vid.* Voz «legislación», en Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ)* [en línea], disponible en <https://dpej.rae.es/lema/legislaci%C3%B3n>, consultada día 16 de agosto de 2024).

¹⁰ Las dos primeras acepciones son «natural de Europa» o «perteneciente o relativo a Europa o a los europeos» (Voz «europeo, a», disponible en <https://dpej.rae.es/lema/europeo-a>). La tabla de las marcas de ámbitos del derecho se encuentra en <https://dpej.rae.es/docs/marcas-derecho-dpej.pdf> (consultas en día 16 de agosto de 2024).

cio constitucional europeo a las que está incorporada España, la que origina la normativa que se comenta a través de estas publicaciones es la UE, no el Consejo de Europa. Aunque ciertamente esta segunda podría ser también objeto de atención, centrar el análisis en la UE puede obedecer a razones de la intensidad más amplia de integración que ha propiciado esta organización supranacional, a la que los estados miembros han cedido parcelas concretas de soberanía, así como al creciente desarrollo del Derecho de la UE, que se ha convertido en un agente de primer orden en la producción normativa. En este sentido, la profesora Balaguer Callejón ha considerado, bajo la rúbrica de derecho europeo, ambas realidades prestando más atención a la UE que al Consejo de Europa, considerando en todo caso que el proyecto de europeización y el propio derecho europeo están en fase de construcción¹¹. Es interesante señalar, además, el uso amplio del término genérico Europa en vez del más específico Unión Europea para referirse a esta entidad concreta en diversos momentos, lo que muestra ese particular carácter omnicompreensivo¹².

El primer término de la expresión señalada es la palabra «legislación», resultando oportuno realizar algunas consideraciones en torno a su significado y contenido en la UE. En todo caso, el repaso del elenco de categorías normativas que individualiza la profesora Balaguer Callejón en las rúbricas de los epígrafes de sus aportaciones concretas permite señalar algo relevante: en efecto, esas categorías son muy variadas y llegan a ser bastante numerosas, lo que corrobora la idea de la complejidad del Derecho de la UE. Entre ellas, destaca la ausencia de la norma constitucional escrita formal, inexistente como tal en la UE, aunque pueda afirmarse su existencia material¹³: sin embargo, si bien no aparece en el conjunto de esas categorías mencionadas, sí lo hace en el único momento en que su colaboración no se articula a través de la «Crónica de (la) legislación europea», lo que no deja de ser significativo¹⁴.

Su lectura permite constatar, además, que no todas son disposiciones normativas, puesto que algunas son proyectos -como una propuesta de directiva- o actos preparatorios de las mismas: por ejemplo, se comentan en diversas oca-

¹¹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, CEPC y BOE, Madrid, 2022, pp. 269-294.

¹² Si se permite un recuerdo personal de clases impartidas por la profesora Balaguer Callejón, se produce también una asociación entre los conceptos Europa y modernidad.

¹³ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, cit., pp. 271 y 276, teniendo en cuenta que la Constitución Europea «no por fracasada en su momento, (deba ser) desechada en la narrativa de la construcción de Europa» (p. 270).

¹⁴ Como se ha indicado, en el número 3 se publicó en la sección «Artículos» el trabajo denominado «La Constitución europea y la igualdad de género», en cuyo título se conectan dos temas –acaso forman uno solo– nucleares en la obra de María Luisa Balaguer Callejón: constitución e igualdad (*vid.* nota 1 *supra*).

siones dictámenes de órganos de la UE que intervienen en el proceso de elaboración normativa. En este punto es pertinente recordar que el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), creado ya en 1952 con otra denominación, consta desde enero de 1968 de dos series, la L –Legislación– y la serie C –Comunicaciones e informaciones–¹⁵: la primera contiene legislación de la UE, principalmente derecho derivado y acuerdos internacionales, y en la segunda se publican otros documentos oficiales de las instituciones, organismos y agencias de la UE, que se concretan en un catálogo abierto y variado de los mismos¹⁶. Además, hay que anotar que este diario oficial ha tenido un cambio relevante a partir de octubre de 2023, puesto que ha dejado de ser una compilación de actos con un sumario para pasar a publicar cada acto individualmente, conteniendo cada número del diario oficial un solo acto¹⁷.

3. APROXIMACIONES A LAS CATEGORÍAS NORMATIVAS

Una nueva aproximación permite observar que la autoría de las disposiciones analizadas corresponde a distintas instituciones y órganos de la UE, destacando el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, así como el Consejo y la Comisión por separado, lo que resulta coherente con el protagonismo y las funciones de estas instituciones en cuanto a la producción normativa¹⁸. Intere-

¹⁵ Cfr. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, *Libro de estilo interinstitucional*, [en línea], «Preámbulo (del Diario Oficial de la Unión Europea)», disponible en <https://style-guide.europa.eu/es/content/-/isg/topic?identifier=part-one-official-journal> (última consulta día 26 de septiembre de 2024).

¹⁶ Una enumeración no cerrada de dichos documentos de la serie C se puede ver en EUR-Lex, *Diario Oficial de la Unión Europea* (<https://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>, consultada día 25 de agosto de 2024) aunque más completa y precisa jurídicamente es la que aparece en el epígrafe 1.3.1 –«Clasificación de los documentos (de la serie C del Diario Oficial de la Unión Europea)»–, del *Libro de estilo interinstitucional* (disponible en <https://style-guide.europa.eu/es/content/-/isg/topic?identifier=1.3.1-classification-of-documents>).

¹⁷ Ahora, en un día determinado se publican varios diarios oficiales, tantos como actos, cada uno con un número de diario oficial propio, siendo auténticos en su formato PDF [cfr. «1.1. Estructura general (del Diario Oficial)», del *Libro de estilo interinstitucional* (disponible en <https://style-guide.europa.eu/es/content/-/isg/topic?identifier=1.1-general-structure>)]. Este cambio se produjo desde el día 1 de octubre de 2023 y tiene su origen en el día 1 de julio de 2013, momento desde el cual solo la edición electrónica publicada en EUR-Lex pasó a ser la auténtica, productora de efectos jurídicos. Desde octubre de 2023, las series L y C han pasado a tener una página propia, «Visualización por día», desapareciendo las subseries existentes hasta entonces.

¹⁸ En este sentido se puede observar que las estadísticas de 2024 por autoría del número de actos jurídicos adoptados –comprendiendo tanto actos legislativos, como no legislativos–, hasta el momento de escribir estas líneas, las encabeza la Comisión, seguida del Consejo, del Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente y, finalmente, del Banco Central Europeo: sin embargo, es frecuente que este último adopte más actos que el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente (vid. EUR-Lex, *Estadísticas de actos jurídicos*, disponibles en <https://eur-lex.europa.eu/statistics/legislative-acts-statistics.html>, consultadas 6 de septiembre de 2024).

sante es que se haya prestado atención en alguna ocasión al Consejo Europeo que, no ejerciendo función legislativa, establece la agenda política de la UE, especialmente a través de las conclusiones que adopta en sus reuniones.

Aunque no se ha llegado a comentar intervención o actividad de alguna de las agencias descentralizadas, sí se analiza una decisión de la dirección de una de las agencias ejecutivas, concretamente la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura¹⁹.

Por todo lo anterior, a la vez que se confirma de esta manera el grado de sofisticación en que se encuentran tanto la organización institucional, como el Derecho de la UE, se evidencia también la ampliación del limitado significado que a la palabra se otorga en el *Diccionario* de referencia mencionado²⁰. Estos aspectos conectan, también, con la peculiar semántica que caracteriza al ordenamiento jurídico de la UE desde su origen y en sus posteriores desarrollos²¹.

En realidad, entre las normas que se comentan aparecen ejemplos de los cinco tipos de actos jurídicos de la UE previstos en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) que pueden ser adoptados por las diversas instituciones de la UE, esto es, reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, no comprendiendo en esta última categoría los emitidos dentro del procedimiento legislativo de la UE²².

A la vez, siendo preeminente la presencia de actos legislativos —esto es, actos jurídicos adoptados a través del procedimiento legislativo ordinario o de un procedimiento legislativo especial²³—, también hay ejemplos —aunque en mucho menor grado— de actos no legislativos, como son los actos delegados y los actos

¹⁹ Aunque no aparece citada por su nombre, sino por los ámbitos de sus funciones: educativo, audiovisual y cultural (*vid.* BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., «Crónica de la legislación europea. Primer semestre de 2021», *ReDCE*, núm. 35, 2021, disponible en https://www.ugr.es/~redce/REDCE35/articulos/11_ML_BALAGUER_CALLEJON.htm). El elenco de las treinta y cinco agencias descentralizadas y de las seis ejecutivas puede verse en la sección de la página web de la UE dedicada a «Instituciones y organismos», https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies_es (consultada día 16 de agosto).

²⁰ Es decir, legislación se entiende de un modo más amplio que «conjunto de leyes y otras normas» (Voz «legislación», *op. cit.*).

²¹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M.^a L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, cit., p. 282.

²² Los dictámenes emitidos en los procedimientos legislativos no son actos jurídicos en el sentido del artículo 288 TFUE: por eso se consultan en las secciones «Documentos preparatorios» y «Procedimientos legislativos» de EUR-Lex y no en la sección «Legislación de la UE». Sí son actos jurídicos de acuerdo con ese precepto, por ejemplo, los dictámenes emitidos por la Comisión sobre la solicitud de adhesión de un país a la UE: más ejemplos pueden verse en la voz «Dictámenes de la Unión Europea», de EUR-Lex, *Síntesis de la legislación de la UE* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:4334147>, consultada día 25 de agosto de 2024).

²³ Son actos legislativos, a tenor del artículo 289 TFUE, los reglamentos, directivas y decisiones adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión (procedimiento legislativo ordinario) o, en los casos específicos previstos por los tratados, adoptados por el Parla-

de ejecución, que tienen interés también por ser jurídicamente vinculantes²⁴. Entre los actos delegados, que puede adoptar la Comisión, hasta ahora se han tratado un reglamento y una directiva, pero ninguna decisión delegada. Entre los actos de ejecución, sí se han comentado ejemplos de las tres normas de este tipo, dado que puede haber reglamentos, directivas y decisiones de ejecución: siendo posible que los adopten tanto el Consejo, como la Comisión²⁵, es esta última la autora de los que se han analizado hasta el momento²⁶, lo que resulta coherente con el grado de producción de este tipo de normas por estas dos instituciones²⁷.

En el caso de los reglamentos, predominan los adoptados por el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, aunque también se comentan varios únicamente del Consejo, uno adoptado en exclusiva por el Parlamento Europeo y otro por el Banco Central Europeo, instituciones todas ellas que, de acuerdo al sistema de fuentes de la UE, tienen capacidad para aprobar este tipo de normas. Hay un caso de un reglamento de la Comisión que, al amparo de la autorización incorporada en un reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo, especifica cuestiones técnicas derivadas de él. Con este mismo nombre aparecen también algunos casos de reglamentos internos de órganos: se tratarán más adelante entre los actos atípicos del derecho de la UE, donde se incardinan más apropiadamente.

Entre las directivas predominan las adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente y, en menor medida, aparecen otras que proceden

mento Europeo con la participación del Consejo o por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo (procedimiento legislativo especial).

²⁴ Mientras por medio de actos delegados la Comisión completa o modifica aspectos no esenciales de actos legislativos de la UE, por los actos de ejecución se establecen condiciones que garanticen la aplicación uniforme de la legislación de la UE (*vid.* arts. 290 y 291 TFUE).

²⁵ Según el artículo 291.2 TFUE, también el Consejo, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del TUE, puede recibir competencias de ejecución de actos jurídicamente vinculantes: en ese sentido, la omisión del Consejo en la sección de la página web de la Comisión Europea, «Tipos de legislación de la UE» (disponible en https://commission.europa.eu/law/law-making-process/types-eu-law_es) se debe a que contempla estos actos desde la perspectiva de la Comisión y la regla general. No lo omite, sin embargo, EUR-Lex cuando ofrece la lista de los principales actos jurídicos basados en los tratados que figuran en la sección «Legislación de la UE» de ese portal (<https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/legislation/recent.html>).

²⁶ En concreto, se han realizado comentarios a tres reglamentos, una directiva y tres decisiones de ejecución, todos ellos de la Comisión: para uno de los reglamentos, una errata lo considera del Parlamento y del Consejo, siendo el reglamento adoptado por estos órganos el aplicado por el reglamento de ejecución de la Comisión. Para situar esos datos con una referencia, de estos tres tipos de normas, el mayor número en 2024 ha correspondido a los reglamentos (313), seguidos de las decisiones (135), por ninguna directiva a 26 de septiembre de 2024 (*Estadísticas de actos jurídicos, op. cit.*).

²⁷ De acuerdo con las estadísticas disponibles, es mucho más frecuente la autoría de esas normas de ejecución por la Comisión que por el Consejo: a fecha 12 de septiembre de 2024, por ejemplo, se habían adoptado en ese año 287 reglamentos de ejecución por la Comisión por cuatro del Consejo y 123 decisiones de ejecución por la primera por cuatro también del segundo (*ibidem*).

solo del Consejo. Igualmente, hay cuatro adoptadas por la Comisión en las que se modifican anexos de directivas adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo en las que se habían autorizado esas posibles modificaciones para adaptarlas al progreso técnico y científico.

En cuanto a las decisiones de las instituciones, hay ejemplos de casi todas ellas: Consejo Europeo, Parlamento Europeo y Consejo conjuntamente, Consejo, Comisión y Banco Central Europeo, aunque no del Parlamento Europeo como único autor. También se encuentran decisiones de órganos, como el Supervisor Europeo de Protección de Datos o el Comité Económico y Social Europeo. Algunas configuran normas internas de instituciones, como una del TJUE u otra de la Mesa del Parlamento Europeo²⁸.

Entre los actos jurídicos que no son vinculantes –como sucede con las recomendaciones y dictámenes–, los ejemplos no han sido numerosos, pero de las primeras mencionadas hay tres de la Comisión y ninguna todavía del Parlamento Europeo, Consejo o Banco Central Europeo. Ciertamente se trata una recomendación conjunta del Parlamento Europeo y el Consejo, formulada de conformidad con el derecho entonces vigente, pero no es un acto jurídico –fue publicada en la serie dedicada a comunicaciones e informes y no en la relativa a la legislación del DOUE–, sino que forma parte de los actos atípicos que se verán posteriormente²⁹.

Respecto a los dictámenes, hay que tener en cuenta cuáles son actos jurídicos de la UE en el sentido del artículo 288 TFUE y cuáles no, como sucede con los emitidos dentro del procedimiento legislativo de la UE por órganos que han de ser escuchados en el mismo o los que son actos preparatorios de otros actos: en este sentido, sería de utilidad indicar cuándo se está en cada caso. Los que son actos jurídicos han de ser producidos por las instituciones de la UE y el único emitido por una de ellas que se comenta, el Banco Central Europeo, es sobre una propuesta de directiva: no se trata de un acto jurídico en el sentido mencionado³⁰. Los otros dictámenes que se comentan a lo largo de las publicaciones proceden de tres de las seis entidades que tienen la categoría jurídica de órganos de la UE y son el Comité de las Regiones, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y

²⁸ En la del TJUE se aplica a su funcionamiento lo dispuesto en un reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo y en la de la Mesa del Parlamento Europeo se establecen medidas de aplicación del estatuto de los diputados.

²⁹ Formulada en 2008 de conformidad con el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, se publicó en la sección C –Comunicaciones e informaciones–, subsección I –Resoluciones, recomendaciones y dictámenes– del DOUE. Las tres de la Comisión, sin embargo, se publicaron en la serie L, subsección II –Actos no legislativos–.

³⁰ De hecho, aparece publicado en la serie dedicada a comunicaciones e informaciones –C– y no en la de legislación –L– del DOUE.

el Comité Económico y Social Europeo: la mayoría de los que se analizan son de autoría de este último, lo que propicia resaltar también la dimensión social de la actividad y obra de la profesora Balaguer Callejón.

También se han tratado acuerdos internacionales, que puede realizar la UE con países que no pertenecen ella o con organizaciones internacionales: son fuente del derecho de la UE, aunque no puedan integrarse en las categorías de derecho primario, ni secundario. Se pueden citar tres: en primer lugar, un convenio con varios países europeos en materia de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³¹. Igualmente, se analizó monográficamente un tratado internacional cuando estaba en fase de elaboración, el fallido Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, que finalmente no se concluyó. Por último, se ha prestado atención al acuerdo que formalizó la retirada del Reino Unido de la UE³².

Han sido objeto de interés también los llamados actos atípicos del derecho derivado de la UE, que pueden estar previstos o no en los tratados. Entre los previstos en los tratados, se encuentran los reglamentos internos de instituciones y órganos de la UE y los acuerdos interinstitucionales: ejemplos de ambos aparecen entre la normativa comentada, puesto que se han analizado el Reglamento interno del Comité Económico y Social Europeo; modificaciones de los reglamentos de procedimiento de algunas formaciones de tribunales (como el Tribunal de la Función Pública Europea y el Tribunal General)³³; el Código de conducta aplicable a los Miembros y a los antiguos Miembros del Tribunal de Cuentas³⁴, así como un acuerdo interinstitucional del Parlamento Europeo con la Comisión en 2014³⁵.

³¹ Las partes contratantes fueron la Comunidad Europea, Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza, como puede verse en el texto publicado en el DOUE del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:22007A1221\(03\)&qid=1724694593028](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:22007A1221(03)&qid=1724694593028)).

³² La Unión Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Reino Unido fueron las partes contratantes del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2020.029.01.0007.01.SPA).

³³ La información proporcionada por EUR-Lex acerca de la forma del Reglamento de procedimiento del Tribunal de la Función Pública Europea lo caracteriza como reglamento interno (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.206.01.0001.01.SPA), pero la del Reglamento de procedimiento del Tribunal General lo hace como reglamento de procedimiento (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32018Q0925%2802%29>): en los dos casos, se publican en la serie L como actos no legislativos, en la subsección Reglamentos internos y de procedimiento.

³⁴ Aunque hay códigos de conducta entre los actos atípicos no previstos en los tratados, este adoptó la forma de reglamento de procedimiento (cfr. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32021Q0128\(01\)&qid=1724783457982](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32021Q0128(01)&qid=1724783457982)).

³⁵ En el supuesto comentado se trataba de un acuerdo interinstitucional basado en el artículo 295 TFUE: hay otros que no están previstos en los tratados (cfr. voz «Acuerdos interinstitucionales», de la *Síntesis de la legislación de la UE*, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:010302_1).

Los segundos –actos atípicos no previstos en los tratados– son muy variados, dado que han sido creados por la práctica, a través del funcionamiento y actividad de esas mismas instituciones y órganos³⁶. Entre ellos aparecen analizadas varias resoluciones –algunas de las del tipo de propia iniciativa e, incluso, una propuesta de resolución– y una declaración del Parlamento Europeo; una resolución del Consejo y varias resoluciones del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los estados miembros³⁷; una recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo³⁸; una comunicación de la Comisión a otras instituciones y órganos de la UE.

Se tratan también algunas otras disposiciones que, más que actos, pertenecen a la categoría de comunicaciones procedentes de instituciones (como un informe de la Comisión), a la de informaciones procedentes de instituciones (como un anuncio de la Comisión, una información del Consejo Europeo o un informe conjunto del Consejo y de la Comisión), o encajan más precisamente en los informes de actividad o periódicos que realiza, sobre todo, la Comisión en el ámbito de la estrategia y política de la UE, publicadas en el DOUE o en EUR-Lex³⁹.

4. SUGERENCIAS PARA LA IDENTIFICACIÓN NORMATIVA

Podría ser interesante, a efectos sistemáticos y de consideraciones relacionadas con la calidad normativa entre otras –elementos del ordenamiento jurídico que han sido objeto de atención en la obra de la profesora María Luisa Balaguer Callejón–, que se acompañara la norma concreta que se comenta de alguno de los instrumentos de identificación y descripción de la normativa existente y que ayudan grandemente a su intercambio entre países, así como a su acceso y reutilización y a su búsqueda en línea, ya sea específicamente en el Portal del

³⁶ Una enumeración de estos actos atípicos no previstos en los tratados que se puede construir con todos los datos de la voz «Actos atípicos», de la *Síntesis de la legislación de la UE*, es la siguiente: declaraciones, deliberaciones, recomendaciones, resoluciones, comunicaciones, códigos de conducta, acuerdos interinstitucionales, calendarios, conclusiones, libros blancos y verdes, orientaciones, documentos de trabajo de los servicios de la Comisión, directrices (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:ai0037>).

³⁷ La forma de resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los estados miembros se adopta cuando la resolución pertenece a un ámbito que no es competencia exclusiva de la UE (cfr. Consejo Europeo y Consejo de la UE, *Conclusiones y resoluciones del Consejo*, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/conclusions-resolutions/>). (Referencias de estas últimas notas consultadas 25 agosto 2024.)

³⁸ Las otras tres recomendaciones comentadas sí eran actos jurídicos del tipo recomendaciones y, por eso, se han mencionado anteriormente.

³⁹ En este ámbito, existen los programas de trabajo anuales, los informes de los ciclos anuales de planificación estratégica y programación o las evaluaciones e informaciones periódicas de políticas de la UE.

Derecho de la Unión Europea, EUR-Lex o, más en general, en abierto⁴⁰. Entre los recursos que podrían servir a estos efectos es posible señalar dos, el Identificador Europeo de Legislación (ELI) y el código CELEX.

Se puede indicar, en este sentido, que el primero procede de un acuerdo voluntario entre estados, entre quienes se encuentran también algunos que no forman parte de la UE⁴¹, y permite acceder en línea a la normativa publicada en los diarios oficiales y en las bases de datos de legislación estatales en un formato normalizado e intercambiarla con fiabilidad, puesto que consiste en una ruta que da acceso a un documento⁴². Esta estructura no aconseja usar este instrumento, por tanto, en el enunciado de los epígrafes, pero sí en los primeros momentos en que –en su análisis– se especifiquen todos los datos de la disposición concreta de que se trate. El identificador ELI se puede encontrar al acceder al documento concreto a través del DOUE.

En España se usa desde 2018 en la conocida base de datos «Legislación» del Boletín Oficial del Estado y se está extendiendo la aplicación de este estándar europeo a las comunidades autónomas y entidades locales. Hasta el momento es en la normativa estatal donde se encuentra más desarrollado, puesto que ha alcanzado el cuarto pilar ELI en el segundo semestre de 2023, posición en que únicamente se encuentran España y Finlandia⁴³.

⁴⁰ Conviene recordar que el Portal del Derecho de la Unión Europea, EUR-Lex, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>, es gestionado por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (<https://op.europa.eu/es/web/about-us/about-publication-office-of-the-european-union>).

⁴¹ La creación del ELI se promovió a través de las Conclusiones del Consejo publicadas el día 26 de octubre de 2012 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52012XG1026%2801%29>), regulándose formalmente por las Conclusiones del Consejo de 6 de noviembre de 2017 [[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017XG1222\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017XG1222(02))]. Concretamente, a fecha 24 de abril de 2024, además de la propia UE, a través de la Oficina de Publicaciones, hay veinticuatro países en que se ha aplicado, entre ellos Albania, Noruega, Reino Unido, Serbia y Suiza, por lo que aún no lo han hecho ocho estados de la UE (<https://eur-lex.europa.eu/eli-register/implementation.html>) (enlaces consultados con fecha 28 julio 2024).

⁴² ELI usa identificadores web de la información jurídica (los llamados «identificadores uniformes de recursos http»), metadatos para describirla y un lenguaje específico para intercambiar la legislación en formato electrónico, que puedan ser leídos por personas y ordenadores (<https://eur-lex.europa.eu/eli-register/about.html>). Este identificador se asigna a reglamentos, directivas y decisiones publicados en el Diario Oficial de la UE y a actos consolidados: su estructura básica es <http://data.europa.eu/eli/{tipoDeDocumento}/{AñoDeAdopción}/{númeroDeDocumento}/oj>. Cuando se refiere al acto consolidado, se excluye la referencia al diario oficial en la estructura citada con la abreviatura oj y puede incluir las fechas concretas de diario oficial en que se publica (cfr. <https://eur-lex.europa.eu/content/help/eurlex-content/eli.html>). Su uso se está ampliando a partes concretas de una disposición (preámbulo, considerando, artículo concreto).

⁴³ Vid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, *Informe General de Actividad 2023*, pp. 50-51 y 77-78, disponible en https://www.boe.es/organismo/documentos/informe_actividad_aeboe_2023.pdf. Al inicio de 2024 ya estaba implementado en seis comunidades autónomas (País Vasco, Cataluña, Comunidad Valenciana, Murcia, Castilla-La Mancha y Castilla León) y se esperaba en breve su completa aplicación en otras dos más (Extremadura y Madrid). También se aplicaba en las provincias de Zaragoza y Madrid.

En cuanto al código CELEX, en su origen sistema interinstitucional de documentación informatizada sobre derecho comunitario, este sí es específico de la UE, puesto que se trata de un identificador único para cada documento publicado en EUR-Lex⁴⁴: esta característica permite encontrarlo rápidamente en dicho portal y también en abierto, a través de cualquier navegador⁴⁵. La forma que presenta es de un código alfanumérico, compuesto de letras y números, disponible también cuando se accede al documento concreto en el DOUE si son publicados en dicho instrumento⁴⁶. Puede ser apropiado, por tanto, proporcionar el código al inicio, entre los datos que precisen del modo más correcto posible la identificación de la norma objeto de comentario.

5. EL INFORME SOBRE LAS ELECCIONES AL PARLAMENTO EUROPEO DE 2019 Y EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DE LOS CIUDADANOS MÓVILES

Tras la celebración de las elecciones al Parlamento Europeo, la Comisión elabora un informe sobre ellas que se ha convertido en un instrumento muy adecuado para estudiarlas. El último publicado hasta el momento de escribir estas líneas es el relativo a las elecciones celebradas en mayo de 2019 –citado en adelante como *Informe 2019* o *Informe*– y, al igual que los realizados con ocasión de convocatorias electorales previas, reviste la forma de una comunicación de la Comisión dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo⁴⁷. Se publica en EUR-Lex y posee un código

⁴⁴ Fue impulsado por la Resolución del Consejo, de 13 de noviembre de 1991, sobre la reorganización de las estructuras de funcionamiento del sistema CELEX (documentación informatizada relativa al derecho comunitario), que siguió a la Resolución del Consejo, de 26 de noviembre de 1974, relativa a la automatización de la documentación jurídica: ambas resoluciones se publicaron en la serie C del Diario Oficial de las Comunidades Europeas, la primera mencionada en el número 308 de 28 de noviembre de 1991 y la segunda en el número 20 de 28 de enero de 1975.

⁴⁵ Un código CELEX, abreviatura de *Communitatis Europaeae Lex*, es independiente de la versión lingüística del documento y consta usualmente de cuatro partes: Sector (uno de los doce sectores en que se clasifican los documentos en EUR-Lex) - Año (de la adopción del documento) - Tipo de documento (corresponde al descriptor que tiene cada documento, formado por uno o dos caracteres) - Código de documento (cuatro dígitos finales, que pueden referirse a los códigos oficial o interno del documento o al mes y día de su publicación en el DOUE) (vid. <https://eur-lex.europa.eu/content/help/eurlex-content/celex-number.html?locale=es>).

⁴⁶ Aparece, no con la rúbrica CELEX, sino simplemente «Documento» seguida del código correspondiente y se sitúa antes del nombre de la disposición, en el encabezamiento del resultado en EUR-Lex, antes de las secciones dedicadas a las lenguas, formatos y versión auténtica, presentación multilingüe y el texto.

⁴⁷ Comisión Europea, *Informe sobre las elecciones al Parlamento Europeo de 2019* - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo (COM/2020/252 final) (Código CELEX: 52020DC0252), 19 de junio de 2020. Se cita por la versión pdf en español publicada en

CELEX, que permite su identificación precisa⁴⁸: al no tratarse de una norma, carece de ELI.

Además, el documento publicado en el Portal del Derecho de la Unión Europea aporta también la rúbrica que indica que existe un documento de trabajo, realizado por los servicios de la Comisión, que acompaña a la Comunicación por la que se presenta el *Informe* (en adelante, el documento de trabajo)⁴⁹, que también posee su propio código CELEX⁵⁰. Que el documento de trabajo haya sido elaborado por los servicios de esta institución europea, lo diferencia de las elecciones anteriores de 2014, en que el informe correspondiente se basó, entre otras fuentes, en un estudio externo autorizado por la Comisión: una de las consecuencias de esta nueva situación, además de robustecer su juridificación, es que fortalece la acción de gobierno por la mejoría que supone en el sometimiento a control político de los actos de la Comisión.

El *Informe 2019* señala desde el inicio las dimensiones de este proceso electoral haciendo referencia correctamente a sus dos principales manifestaciones, articuladas en torno al sufragio activo y pasivo: de este modo, es posible hacerse cargo de que se manejan unas magnitudes muy considerables⁵¹. A la vez, realiza el análisis estudiando la participación electoral a través de diversas categorías, entre las cuales interesa ahora la de ciudadanos móviles de la UE, con la que se hace referencia a los ciudadanos de la Unión Europea que

EUR-Lex, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52020DC0252> (última consulta día 27 de septiembre de 2024).

⁴⁸ En este caso el código CELEX es 52020DC0252. El número inicial indica el sector de los doce en que se clasifican los documentos publicados en EUR-Lex: en este caso, es 5, el correspondiente a los documentos preparatorios. Los cuatro números siguientes se refieren al año en que ha sido adoptado: aquí, 2020. A continuación, aparecen los descriptores del documento: en este caso son los caracteres DC, que corresponden al epígrafe «otros documentos COM», entre los que se encuentran los libros verdes, libros blancos, comunicaciones, informes, entre otros. Por último, los cuatro dígitos finales se refieren al código de documento: en este caso, se trata del código interno asignado por el autor del documento –la Comisión– y es 0252.

⁴⁹ Se trata de la expresión SWD/2020/113 final, que corresponde a «staff working document». La identificación completa es Comisión Europea - Dirección General de Justicia y Consumidores, *Commission staff working document Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee Report on the 2019 elections to the European Parliament* (SWD/2020/113 final) (Código CELEX: 52020SC0113), 19 de junio de 2020, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020SC0113> (consultado día 27 de septiembre de 2024).

⁵⁰ El código CELEX es 52020SC0113. El número inicial -5- indica que se encuadra en el sector correspondiente a los documentos preparatorios, seguidos de los cuatro dígitos relativos al año 2020. A continuación, aparecen como descriptores del documento los caracteres SC, indicando que se trata de un «documento SWD», que engloba a los documentos de trabajo y las evaluaciones de impacto, entre otros. Finalmente, el código interno de documento es 0113, asignado por el autor del documento, los servicios de la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea.

⁵¹ «En mayo de 2019, los ciudadanos de la Unión Europea eligieron directamente a 751 diputados al Parlamento entre más de 15000 candidatos, emitiendo más de 250 millones de votos» (*Informe 2019*, op. cit., p. 1).

residen en países de la UE distintos de aquellos de los que son nacionales⁵². Estos ciudadanos, gracias al estatuto jurídico que integra la ciudadanía europea, tienen la posibilidad de ejercer esos derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en los estados miembros en los que residen. Igualmente, en función de lo previsto en su legislación nacional de origen podrán ejercerlos en los estados miembros de los que son nacionales -estados de origen-, aunque esto no ocurre en todos los casos, puesto que hay países que limitan el voto de sus nacionales cuando residen fuera de ellos. En todo caso, la normativa de la UE es muy cuidadosa al advertir que solo se podrán ejercer esos derechos en uno de los dos estados cuando sea eso posible, previniendo el problema del voto doble o múltiple, que se erige de esta forma en una de las reglas del procedimiento electoral uniforme de la UE, si se puede emplear esta expresión dada la inexistencia del mismo.

En este trabajo interesa el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, esto es, el derecho a presentarse como candidato en las elecciones al Parlamento Europeo en el estado miembro de residencia.

La Comisión constata que «un número relativamente bajo» de estos ciudadanos móviles ejerció sus derechos electorales –por tanto, también el de sufragio pasivo– y, además, lo hizo fundamentalmente en sus países de origen⁵³.

El análisis del sufragio pasivo se hace ofreciendo aparentemente las cifras numéricas reales, constatando su disminución respecto a las elecciones de 2014, dado que se ha pasado de 170 candidatos en esas elecciones a 168 en el proceso electoral de 2019: además, es muy destacable que el número sería de 152 en la UE-27, pues fueron dieciséis los candidatos presentados en el Reino Unido, lo que significa un 9'5 % del total de esos candidatos. Aunque en el *Informe 2019* no se indica, esta disminución cuantitativamente leve supone una ruptura con la evolución ascendente que se había producido en las dos últimas elecciones de 2009 y 2014⁵⁴: al igual que esas mejoras se pudieron atribuir en parte a la eficacia de la Directiva 2013/1/UE, cuya finalidad era mejorar el derecho de sufragio pasivo en estas elecciones al Parlamento Europeo, esta nueva situación legitima plantearse si se están agotando los efectos de la misma⁵⁵.

⁵² «Son ciudadanos que se han mudado para vivir, trabajar o estudiar en otro Estado miembro» (*ibidem*, p. 4).

⁵³ Cfr. *ibidem*, p. 5.

⁵⁴ Frente a los incrementos de +24 candidatos en 2009 y +24 en 2014, se produce una pérdida de -2, en línea con la de -5 de las elecciones de 2004 (cfr. TRUJILLO PÉREZ, A. J., «Ciudadanos móviles de la Unión Europea y el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo de 2014: una aproximación incómoda», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 27, 2016, p. 194).

⁵⁵ *Ibidem* y cfr. Comisión Europea, *Informe sobre las elecciones al Parlamento Europeo de 2014*-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y

Es interesante contextualizar esas referencias y analizarlas en detalle, acudiendo para ello también al documento de trabajo de los servicios de la Comisión, además de al propio *Informe 2019*. En primer lugar, no se proporciona en esos documentos cuál es el número de candidatos totales que ha habido en esas elecciones: el *Informe* menciona más de 15000 candidatos presentados en toda la UE y el documento de trabajo permite aportar una cifra más precisa pero que resulta incompleta. En concreto, en este último aparece el número de 12375 candidatos nacionales de los propios estados y 168 candidatos que son ciudadanos móviles⁵⁶: aunque el documento no realiza la suma, el total es de 12543 candidatos presentados en la UE⁵⁷. La existencia de estas referencias ya mejora la evaluación de las elecciones de 2014, donde no aparecía este dato.

Aquí es donde hay que precisar que las cifras no reflejan el total real de los candidatos que se presentaron en la UE, puesto que tres estados miembros –España, Italia y Eslovenia– en las respuestas que proporcionaron a los cuestionarios enviados por la Comisión no indicaron el número de candidatos nacionales del propio estado que concurrieron a las elecciones. Además, otros cuatro estados –Dinamarca, Grecia, Chipre y Polonia– no cuantificaron en esas respuestas si se habían presentado como candidatos ciudadanos móviles en las elecciones organizadas en ellos, lo que supone una diferencia con el informe sobre las elecciones de 2014, en que constaba ese dato de todos los países miembros. Por esta ausencia de datos reales y, presumiendo que –entre otros– el volumen de candidatos en España e Italia sería elevado en función del número de escaños que tienen asignados, el *Informe 2019* estima la cifra de candidatos en esos más de quince mil en toda la UE: en realidad, realiza una estimación al alza de entre dos mil quinientos y tres mil candidatos que puede ser excesiva, dado que representan entre el 19’9 % y el 23’9 % del total de los candidatos que se conocen con exactitud.

Prestando atención a los datos existentes es procedente hacer algunas apreciaciones, a pesar de que no se realicen en el *Informe 2019*, ni en el documento de trabajo, usando como término de comparación el estudio anteriormente realizado sobre el informe relativo a las elecciones de 2014. La primera de ellas es que en tres estados miembros no se presentó ningún ciudadano

al Comité de las Regiones (COM/2015/0206 final) (Código CELEX: 52015DC0206), 8 de mayo de 2015, p. 18 (se cita por la versión en pdf disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52015DC0206&qid=1719661345658>, última consulta día 29 de junio de 2024).

⁵⁶ Si se descuentan los 574 candidatos nacionales británicos que se presentaron en el Reino Unido y los 16 ciudadanos móviles ahí presentados como candidatos, los datos de la UE-27 serían 11801 candidatos nacionales y 152 candidatos ciudadanos móviles (calculados a partir del documento de trabajo, *op. cit.*, p. 11).

⁵⁷ Si se descuentan los datos del Reino Unido, el total de la UE-27 sería 11953.

móvil como candidato, mejorando la situación de 2014 en que no hubo candidatos de este tipo en ocho estados⁵⁸. La segunda es que en otros ocho estados solo hubo un candidato que fuese ciudadano móvil, cuando en 2014 había sucedido esto en cuatro países⁵⁹. La tercera es que hubo dos candidatos ciudadanos móviles en otros cinco estados, siendo tres de ellos de los estados fundadores de la UE: este número de candidatos se dio en 2014 solo en dos estados⁶⁰. En Suecia fueron tres los candidatos y en Finlandia cuatro⁶¹. Por encima de estas primera cifras, más de treinta candidatos que fueran ciudadanos móviles solo se presentaron en Bélgica (37) y Francia (34), lo que significa que cada una de esas naciones supera el veinte por ciento del total de estos candidatos de toda la UE⁶²; entre veinte y treinta solo en Alemania (22) y España (20); entre diez y veinte solo Reino Unido (16) y Austria (14): únicamente estos seis estados superaron la decena de candidatos y el número de los presentados en ellos representa el ochenta y cinco por ciento del total de la UE, situación bastante parecida a la de 2014, aunque robusteciendo aún más la concentración en 2019⁶³. Es muy destacable que ya en 2014 fueran esos mismos seis países los que entonces habían sobrepasado esa decena de candidatos⁶⁴.

Realizando unas conclusiones adicionales sobre estas cifras, en dieciocho de los estados miembros el número de candidatos que eran ciudadanos móviles fue inferior a cinco, siendo destacable que entre ellos se encuentra la

⁵⁸ Cfr. TRUJILLO PÉREZ, A. J., *op. cit.* pp. 192-193. Se repite esta circunstancia en Croacia, pero en 2014 en Estonia hubo tres candidatos y en Hungría uno.

⁵⁹ En el cuadro publicado en la versión en español del *Informe 2019* solo se indican seis –Chequia, Irlanda, Lituania, Malta, Portugal y Rumanía– pero en el documento de trabajo y en la versión en inglés del *Informe* aparecen también en esa situación Eslovenia y Eslovaquia (*Informe 2019, op. cit.*, p. 5 y documento de trabajo, *op. cit.*, p. 12). De ellos, destacan por el tiempo que llevan incorporados a la UE Irlanda –primera ampliación, 1973– y Portugal –tercera ampliación, 1986–. Respecto a 2014, pierden un candidato Rumanía, dos Portugal y cinco Chequia, mientras ganan uno Eslovenia, Lituania y Malta, manteniéndose en la misma situación que entonces Irlanda y Eslovaquia: es sobresaliente la caída en Chequia, pues en 2014 fue uno de los ocho estados que se encontraba en la media-UE de entonces, que fue 6 (cfr. TRUJILLO PÉREZ, A. J. *op. cit.*, p. 192).

⁶⁰ A Italia –que repite el mismo dato que en 2014–, Países Bajos –que pierde tres candidatos– y Luxemburgo –que pierde uno–, se suman con esta pequeñísima cifra de candidatos Bulgaria y Letonia –incorporados a la UE en 2007 y 2004 respectivamente– y que en las elecciones de 2014 no habían tenido ningún candidato ciudadano móvil (cfr. *ibidem*).

⁶¹ Así como en Suecia también fueron tres en 2014, en Finlandia se han sumado tres a las cifras de esas elecciones (cfr. *ibidem*).

⁶² Concretamente, los presentados en Bélgica suponen el 22% y en Francia el 20,2%.

⁶³ Los 143 candidatos son el 85,1% de la UE-28 y el 94,1% de la UE-27. En 2014, en esos seis países se presentaron 129 ciudadanos móviles como candidatos, lo que suponía el 75,9% del total de la UE (cfr. TRUJILLO PÉREZ, A. J., *op. cit.*, pp. 192-3).

⁶⁴ Se ha alterado levemente el orden que entonces encabezó Bélgica (con 31 candidatos, con un descenso de tres en 2019), seguida de Alemania (con 30, descendiendo ocho en 2019), Francia (que, al tener entonces 24 candidatos, ha mejorado en diez), España (con 16 en 2014, también ha mejorado en cuatro), Austria (con 15, desciende en uno) y Reino Unido (con 13, incrementa tres en 2019) (cfr. *ibidem*).

mitad de los estados fundadores de la UE, mientras los otros tres son aquellos en los que se ha presentado un mayor número de candidatos: estos tres últimos alcanzan más de la mitad de los candidatos presentados en toda la UE ⁶⁵. Esto significa que la *brecha de ciudadanía europea*, advertida respecto de las elecciones de 2014, se ha consolidado entre los estados fundadores, agudizándose más ⁶⁶.

También es reseñable que se presentaron como candidatos ciudadanos móviles en veintiún estados de la UE -las tres cuartas partes del total-, si bien en trece de ellos fueron entre uno y dos los presentados ⁶⁷: en 2014, hubo candidatos en veinte estados, aunque a diferencia de 2019 constaban los datos de todos los países, mientras en la última fecha faltan de cuatro. Igualmente, es preciso indicar que se produce en 2019 una media en la UE-28 exactamente igual a la de 2014, cifrada en 6 candidatos por estado ⁶⁸: esta reiteración estabiliza dicha cifra de cara a posteriores evaluaciones o estudios de esta materia. Una pequeña variación cualitativa sobre 2014 se produce porque entonces superaban la media-UE ocho países, mientras en 2019 solo lo hacen seis, tanto con la UE-28 como con la UE-27. Esta media-UE puede considerarse como tasa de candidatos a efectos de posteriores trabajos.

Es pertinente traducir a porcentajes estos números y, en ese sentido, se obtiene que solo en Bélgica los ciudadanos móviles superan el diez por ciento del total de candidatos presentados, en Austria el cinco por ciento, en Luxemburgo el tres por ciento, en Reino Unido y Malta el dos por ciento y en otros cuatro estados el uno por ciento, situándose por debajo de esta cifra en doce estados: estos últimos son -en términos meramente cuantitativos- casi la mitad de los estados miembros ⁶⁹. La media-UE porcentual se sitúa solo levemente por encima de este uno por ciento ⁷⁰.

⁶⁵ Son 93 los candidatos que concurren en Bélgica, Francia y Alemania, lo que representa el 55,5 % del total de la UE-28, ascendiendo al 61,2 % en la UE-27. En los otros tres estados fundadores se presentaron dos candidatos en cada uno, disminuyendo en cuatro respecto a 2014, lo que porcentualmente supone pasar del 5,9 % al 3,6 % de la UE-28 (sería 3,9 en la UE-27).

⁶⁶ Fueron 85 los candidatos que concurren en Bélgica, Alemania y Francia, lo que suponía el 50 % del total de la UE (cfr. *ibidem*).

⁶⁷ No puede dejar de recordarse que en otros tres estados no se presentó ninguno y que de los cuatro restantes no constan los datos. En ese intervalo entre uno y dos se encontraban también en 2014 trece estados (cfr. *ibidem*).

⁶⁸ Disminuye en algo la media en la UE-27, al situarse en 5,6.

⁶⁹ En Bélgica es del 12,4 %; Austria, 5,6 %; Luxemburgo 3,33 %; Reino Unido, 2,7 %; Malta, 2,4 %. En ocho estados, entre ellos Italia, Dinamarca, Grecia y España, no se puede calcular por la falta de datos precisos en las respuestas recibidas por la Comisión.

⁷⁰ Es del 1,33 % aunque, si se descuentan los datos del Reino Unido, la de la UE-27 sería del 1,27 %. Si se tomaran como parámetro los quince mil candidatos que menciona el *Informe 2019*, la media UE-28 sería del 1,12 % del total de candidatos de la UE.

Otro de los elementos que se desprenden del *Informe 2019* es que los 168 ciudadanos móviles que fueron candidatos en las elecciones al Parlamento Europeo lo hicieron en dieciocho estados miembros. Ese dato adolece de un grave error y es que no se presentaron en ese número de estados sino en veintiuno, veinte si se excluye al Reino Unido. Ciertamente, la tensión en que se mueven el *Informe* y el documento de trabajo intentando excluir los datos de este último país para hacer más fiable la evaluación de las elecciones cara a los posteriores procesos electorales de la UE-27 –y que se ha puesto de manifiesto en otro lugar–, podría servir para explicar esta desavenencia. También podría hacerlo la versión en español del *Informe*, como ya se ha citado, pero tanto en la versión en inglés del mismo, como en el documento de trabajo, queda claramente reflejado que son veintiuno, veinte sin el Reino Unido.

El otro dato sobre el que gira la reducida apreciación que la Comisión realiza en el *Informe 2019* es que solo fueron elegidos cinco de esos 168 ciudadanos móviles que se presentaron como candidatos en sus países de residencia: tres en Francia y dos en el Reino Unido. Al dar estos datos, se produce una sustancial diferencia con el informe relativo a las elecciones de 2014, en que no se había explicitado cifra alguna en este sentido. A su vez, permite analizar la que se puede llamar tasa de éxito en este tema.

Como primera cuestión a abordar en esta aproximación a los datos reales de participación a través del sufragio pasivo, procede señalar que cuatro estados no debieron indicar en las respuestas a la Comisión si había resultado electo algún ciudadano móvil, porque esa información no consta en el documento de trabajo⁷¹.

En segundo lugar, debido al abandono de la UE por el Reino Unido, el Parlamento Europeo sufrió una modificación en su composición, que supuso la salida de los 73 parlamentarios elegidos en dicho país y la entrada en dicha cámara de veintisiete parlamentarios procedentes de las elecciones celebradas en catorce estados miembros: en muchos de ellos, habían concurrido ciudadanos móviles como candidatos en las elecciones de 2019⁷². La documentación examinada no menciona si esto supuso alguna incorporación de ciudadanos

⁷¹ Vid. documento de trabajo, *op. cit.*, p. 11. Se trata de Grecia, España, Italia y Eslovenia. Grecia no había comunicado a la Comisión si se habían presentado como candidatos ciudadanos móviles, pero sí los otros tres países: lo que estos no habían comunicado era el número de candidatos nacionales. Si bien en Eslovenia solo se había presentado un ciudadano móvil como candidato y en Italia dos, en España habían sido 20, lo que la situaba como cuarto país con más candidatos de esa categoría.

⁷² En dos de ellos –Croacia y Estonia– no se había presentado ningún ciudadano móvil como candidato y en Dinamarca no constaba si había alguno. En los otros once países sí, oscilando desde los niveles altos de Francia, España y Austria a los de un solo candidato de varios.

móviles como electos o si ya están contabilizados en esa cifra de 168, reducida a 152 desde la formalización del *Brexit*.

En todo caso, manteniendo los datos ofrecidos por el *Informe 2019* y el documento de trabajo, es posible calcular que los cinco electos sobre 168 suponen que lo fueron el 3 % de los ciudadanos móviles que se presentaron como candidatos. En la UE-27, sobre 152 candidatos, los tres electos suponen el 2 %.

Dado que se presentaron como candidatos ciudadanos móviles en veintiún estados de la UE –las tres cuartas partes del total–, que solo en dos resultaran elegidos algunos de ellos, supone el 9,5 % de esos estados y el 7,1 % sobre el total de la UE-28. Estos dos estados son del grupo de seis en los que se habían presentado más candidatos de esta categoría, si bien ocupaban los puestos segundo y quinto de esa lista: es llamativo que en Bélgica, país que la encabeza y, por otra parte, el único en que dichos candidatos representaban más del diez por ciento del total de candidatos, ninguno haya resultado elegido⁷³. Dado que en dicho estado obtuvieron representación doce listas electorales distintas, no parece que estos candidatos ocuparan las primeras posiciones en ninguna de ellas⁷⁴.

Interesa señalar que, además, los tres electos en Francia son el 8,8 % del total de candidatos ciudadanos móviles presentados en ese país, el 0,1 % del total de candidatos presentados en sus elecciones, el 4,1 % del total de los 74 parlamentarios elegidos en Francia y el 3,8 % del total de 79 escaños asignados a Francia tras el abandono del Reino Unido⁷⁵. Si se tiene en cuenta que se habían presentado 34 ciudadanos móviles como candidatos, lo que suponía el 1,3 % del total de candidatos, puede concluirse que ha habido una exitosa sobrerrepresentación de estos ciudadanos móviles de +2,8 % sobre 74 y de +2,5 % sobre 79. Igualmente es importante indicar que Francia, aunque no había indicado cuántos ciudadanos móviles residían en ella, sí había aportado el número de estos ciudadanos inscritos en su censo electoral: se trataba del segundo más elevado de la UE, solo por detrás de España⁷⁶.

⁷³ En Francia los ciudadanos móviles eran el 1,3 % de los candidatos y en el Reino Unido el 2,7 %.

⁷⁴ Bélgica tenía asignados 21 escaños en esas elecciones y obtuvieron representación doce listas (cfr. Parlamento Europeo, *Resultados de las elecciones: Bélgica-Escaños de partidos nacionales y grupos políticos-2019-2024*, disponible en <https://results.elections.europa.eu/es/resultados-nacionales/belgica/2019-2024/sesion-constitutiva/>, consultada día 30 septiembre de 2024).

⁷⁵ Los candidatos nacionales fueron 2652, por lo que el total de candidatos ascendió a 2686. Las listas que obtuvieron representación fueron seis (cfr. Parlamento Europeo, *Resultados de las elecciones: Francia- Escaños de partidos nacionales y grupos políticos - 2019-2024*, disponible en <https://results.elections.europa.eu/es/resultados-nacionales/francia/2019-2024/sesion-constitutiva/>, consultada día 30 septiembre de 2024).

⁷⁶ Los ciudadanos móviles inscritos en el censo electoral de Francia eran 264915 (vid. documento de trabajo., *op. cit.*, p. 10).

En el caso del Reino Unido, los dos electos son el 12,5 % del total de candidatos ciudadanos móviles presentados en ese país, el 0,3 % del total de candidatos presentados en sus elecciones y el 2,7 % del total de 73 parlamentarios asignados⁷⁷. Como se habían presentado 16 ciudadanos móviles como candidatos, el 2,7 % del total de candidatos, podría concluirse que ha habido una equivalente representación. De este país no aparecen los datos exactos de ciudadanos móviles residentes en él, ni de cuántos de ellos se encontraban inscritos en su censo electoral: sí existe una aproximación a los primeros, que lo situaba como el segundo más alto de la UE⁷⁸. Por tanto, a semejanza del caso anterior se da una relevante experiencia de integración, además de una extensa duración de la misma: desde el origen de la UE respecto a Francia y desde la primera ampliación para el Reino Unido.

Trasladando estos cálculos a la UE-28, los cinco electos son, como se ha indicado antes, el 3 % de los candidatos ciudadanos móviles presentados, el 0,03 % del total de candidatos presentados en sus elecciones y el 0,66 % del total de los 751 integrantes del Parlamento Europeo. Si se recuerda que habían sido 168 los candidatos ciudadanos móviles, lo que alcanza el 1,3 % del total de candidatos, denotaría una subrepresentación de -0,64 %.

Sobre la UE-27, los tres electos de Francia son el 2 % de los candidatos ciudadanos móviles presentados, el 0,4 % de los candidatos totales de la UE y el 0,4 % de los 705 integrantes del Parlamento Europeo tras el *Brexit*. Al contar en este momento con 152 candidatos ciudadanos móviles, que son el 1,3 % de los candidatos, también habría una infrarrepresentación de -0,9 %.

Entre las conclusiones de este epígrafe, resulta evidente la pobreza del dato relativo a la participación política de los ciudadanos móviles ejercitada a través del derecho de sufragio pasivo: el 0,03 % del número de candidatos no se corresponde con ser «más de 17 millones de ciudadanos móviles» los existentes en la UE⁷⁹. Se trata de un conjunto de población superior a la de la gran mayoría de estados miembros, puesto que solo siete de los veintiocho –el 25 % de la UE– superaban en 2019 esas cifras de ciudadanos móviles⁸⁰. No es, so-

⁷⁷ Los candidatos nacionales fueron 574, por lo que el total de candidatos ascendió a 590.

⁷⁸ Los ciudadanos móviles residentes en Reino Unido eran alrededor de 3'68 millones, cifra que solo era superada en los datos ofrecidos por la Comisión por Alemania (*vid.* documento de trabajo., *op. cit.*, p. 9). Las cifras asignadas a Dinamarca en el documento de trabajo son evidentemente erróneas, como se ha tenido ocasión de explicar en el trabajo actualmente en prensa para el homenaje académico a la profesora Yolanda Gómez Sánchez.

⁷⁹ *Informe 2019, op. cit.*, p. 4 y documento de trabajo., *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰ Países Bajos igualaba esas cifras y veinte países de la UE se encontraban con menos: *cfr.* Eurostat, *Key figures on Europe - Statistics visualised 2019 Edition*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019, p. 10.

lamente, un número relativamente bajo, sino ínfimo, que da continuidad a la situación acaecida en las elecciones de 2014, continuidad que se produce también en la benigna apreciación que, sin embargo, realiza la Comisión ⁸¹.

A la vez, se ha puesto de relieve cómo, en determinados momentos de la evaluación ofrecida por la Comisión Europea, hay insuficiencias o errores en el análisis del proceso electoral de 2019: esta cuestión se agrava respecto a la falta de explicaciones de las causas que hayan podido ocasionar la situación estudiada, reducidas a establecer que persisten retos sobre la participación de ciudadanos móviles ⁸². En realidad, aquí puede darse una razón más profunda relacionada con el protagonismo de la Comisión en el marco de relaciones políticas instaurado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa: es posible que todavía persista más encuadrado en la función ejecutiva que en la acción de gobierno, a la que no resulta ajeno el hecho de que la estrecha conexión que se pretendía establecer entre la elección de quien la presidiera y el proceso electoral no se materializó, limitando en exceso la dimensión europea de las elecciones.

⁸¹ Cfr. *Informe 2019, op. cit.*, p. 5 y A. J. Trujillo Pérez, *op. cit.* p. 191.

⁸² *Informe 2019, op. cit.*, pp. 5-6.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO EN EL MARCO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES: ALCANCE, IMPLEMENTACIÓN Y PROYECCIÓN PARA 2030

MARÍA NIEVES SALDAÑA

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Huelva

<https://orcid.org/0000-0001-5869-6010>

SUMARIO: I. La igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el marco de la dimensión social de la Unión Europea: del Tratado de Roma al Pilar Europeo de Derechos Sociales. II. Alcance del principio de igualdad de género en el proceso de gestación, elaboración y aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales. III. Implementación del principio de equilibrio entre vida profesional y vida privada: la Directiva (UE) 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. IV. Implementación del derecho a la igualdad de retribución para un trabajo de igual valor: la Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. V. Proyección del Principio de igualdad de género en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales: hacia la reducción a la mitad de la brecha de género en el empleo en 2030.

I. LA IGUALDAD DE TRATO Y OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL MARCO DE LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA: DEL TRATADO DE ROMA AL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

La dimensión social¹ de la Unión Europea (UE) y la igualdad de género han estado presentes desde su fundación, constituyéndose en objetivo central de la UE desde que los Tratados de Roma consagraron el principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres. Desde entonces, el desarrollo de la dimensión social ha ido de la mano de la profundización del mercado único y de la ciudadanía europea, coadyuvándose a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. En efecto, la Unión Europea ha promovido la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres desde su constitución en 1957, especialmente en el ámbito laboral y profesional y en el marco normativo desarrollado al amparo del artículo 119 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (TCEE), que instauro el principio de igualdad de retribuciones entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo², desarrollado mediante diversas Directivas comunitarias adoptadas a partir de la década de 1970³, que garantizan la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito salarial, acceso al empleo y en materia de seguridad social. Así, la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la

¹ Comisión Europea, Documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017) 206 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0206> [consulta: 12 de octubre de 2024]; Comisión Europea, Libro Blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025, Bruselas, 1 de marzo de 2017, COM(2017) 2025 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0205> [consulta: 12 de octubre de 2024].

² Unión Europea, Tratado de Roma. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957 (no publicado en el Diario Oficial).

³ A partir de la declaración del Año Internacional de la Mujer en 1975 la Unión Europea aprueba diversas Decisiones, Recomendaciones y Resoluciones que fomentan la igualdad entre mujeres y hombres en distintos ámbitos, entre los primeros textos destacan, Unión Europea, Decisión de la Comisión Europea, de 9 de diciembre de 1981, relativa a la creación de un Comité Consultivo sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (82/43/CEE), DO L 20, de 28 de enero de 1982, pp. 35-37. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31982D0043&from=DE> [consulta: 12 de octubre de 2024]; Recomendación del Consejo, de 13 de febrero de 1984, sobre las acciones positivas a favor de la mujer (84/635/CEE), DO L 331, de 19 de diciembre de 1984, pp. 124-125. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/2c756080-da95-498c-b11d-ee26443f2281/language-es> [consulta: 12 de octubre de 2024]; Segunda Resolución del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa al fomento de la igualdad de oportunidades para las mujeres (86/C 203/02), DO C 203, de 12 de agosto de 1986, pp. 2-4. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31986Y0812%2802%29> [consulta: 12 de octubre de 2024]; y la Resolución del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, sobre la integración del principio de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres mediante la acción de los Fondos Estructurales, DO C 386, de 20 de diciembre de 1996, pp. 1-3. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y1220\(01\):ES:HTML](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996Y1220(01):ES:HTML) [consulta: 12 de octubre de 2024].

aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, que desarrolla el principio de igualdad de retribución previsto en el artículo 119 del TCEE, vino a establecer la igualdad de retribución no solo para un mismo trabajo sino también para un trabajo al que se atribuye un mismo valor (art. 1.1), debiendo el sistema de clasificación profesional para la determinación de la retribuciones basarse en criterios comunes para los trabajos masculinos y femeninos, de forma que se excluyan las discriminaciones por razón de sexo (art. 1.2)⁴. Un año más tarde, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, establece que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente (art. 2.1), señala que las medidas legales de protección del embarazo y la maternidad son una excepción justificada a la igualdad de trato (art. 2.3), e incluye un primer, aunque limitado, concepto de acción positiva, afirmándose que no se impedirá la adopción de medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres (art. 2.4)⁵. Posteriormente, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, extiende el ámbito de aplicación del artículo 119 del TCEE a los regímenes legales de la seguridad social, aplicándose a la población activa, incluyéndose tanto los trabajadores asalariados como autónomos cuya actividad queda interrumpida por causa de enfermedad, accidente o desempleo, así como los jubilados e inválidos (art. 2), contemplándose la aplicación del principio de igualdad de trato en los casos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo (art. 3.1), quedando excluidas las pensiones de supervivencia y los

⁴ Unión Europea, Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, DO L 45, de 19 de febrero de 1975, pp. 52-53. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975L0117> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁵ Unión Europea, Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, DO L 39, de 14 de febrero de 1976, pp. 70-72. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31976L0207> [consulta: 12 de octubre de 2024].

subsidios familiares (art. 3.2), conservando los Estados libertad de acción en cuanto a la fijación de la edad de jubilación (art. 7.1.a) y a la regulación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer por causa de maternidad con el fin de superar las desigualdades de hecho (art. 3.2)⁶.

En los años 80 se adoptan dos nuevas Directivas, la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social⁷ y la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad⁸. Tres años más tarde, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, que constituye un pilar básico de la dimensión social de la construcción europea y establece los principios del modelo europeo de derecho laboral y de protección social, incluye la igualdad de trato entre mujeres y hombres, instando a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a la intensificación de las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular, para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional, así como al desarrollo de medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares (art. 16)⁹.

En la década de 1990 se adoptan varias Directivas que avanzan en la protección antidiscriminatoria en materia de embarazo, maternidad y lactancia, permiso parental e inversión de la carga de la prueba en caso de discriminación

⁶ Unión Europea, Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, DO L 6, de 10 de enero de 1979, pp. 24-25. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A31979L0007> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁷ Unión Europea, Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social, DO L 225, de 12 de agosto de 1986, pp. 40-42. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0378> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁸ Unión Europea, Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, DO L 359, de 19 de diciembre de 1986, pp. 56-58. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0613> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁹ Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1990. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/51be16f6-e91d-439d-b4d9-6be041c28122> [consulta: 12 de octubre de 2024].

por razón de sexo, así como en el trabajo fijo y temporal. Así, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, protege a las mujeres que se encuentran en estas situaciones de los riesgos específicos de determinados empleos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos, o con procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o seguridad (arts. 3-4), estando obligados los empresarios a tomar medidas para proteger a las trabajadoras, pudiendo trasladarlas de puesto o dispensarlas de trabajar temporalmente (arts. 5-6), no estando las trabajadoras obligadas a realizar determinadas actividades como los trabajos subterráneos o el trabajo nocturno (art. 7), teniendo reconocido las trabajadoras embarazadas un permiso de maternidad de al menos 14 semanas ininterrumpidas, siendo dos semanas de carácter obligatorio, que pueden ser distribuidas antes y/o después del parto (art. 8), estando estrictamente prohibido el despido durante el embarazo y el permiso de maternidad relacionadas con el embarazo (art. 10), y reconociéndose el derecho de la madre a percibir una remuneración económica adecuada (art. 11.2.b)¹⁰. Posteriormente, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado entre la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria Europea), el CEEP (Centro Europeo de Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos), dirigido a conciliar de una forma más integral la vida laboral o profesional, privada y familiar, reconoce un derecho individual al permiso parental concedido a los trabajadores, tanto hombres como mujeres, por el nacimiento o la adopción de un hijo/a, que le permita ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada, que puede alcanzar hasta los 8 años (cláusula 2)¹¹. Un año más tarde, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, ofrece una definición de discriminación indirecta, de conformidad con la jurisprudencia.

¹⁰ Unión Europea, Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia, DO L 348, de 28 de noviembre de 1992, pp. 1-7. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0085> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹¹ Unión Europea, Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado entre la UNICE, el CEEP y la CES, DO L 145, de 19 de junio de 1996, pp. 4-9. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0034> [consulta: 12 de octubre de 2024].

dencia previa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹², afirmando que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra afecta a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica resulte adecuada y necesaria y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo (art. 2.1), obligándose a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta (presunción de discriminación), corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (art. 4.1), quedando excluidos los procesos penales (art. 3.2)¹³. Ese mismo año, la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, se dirige a eliminar las discriminaciones injustificadas que afectan a los trabajadores a tiempo parcial, que son mujeres mayoritariamente, respecto de los trabajadores a tiempo completo comparables en las condiciones de empleo, y a mejorar la calidad de trabajo a tiempo parcial, obligando a los Estados miembros a implementar el acuerdo adoptado por los interlocutores sociales¹⁴.

A partir de la Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las Mujeres de Beijing en 1995, la UE inaugura una nueva etapa que fomenta la participación de las mujeres en la vida civil, política, económica, social y cultural en condiciones de igualdad, promoviendo la adopción de medidas específicas para garantizar la integración de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las políticas de la Unión, la llamada transversalidad de género (*gender mainstreaming*). De ahí que tras la reforma de los Tratados Constitutivos aprobada por el Consejo Europeo de Ámsterdam el 17 de junio de 1997 y entrada en vigor el 1 de mayo de 1999, el principio de la igualdad entre mujeres y hombres forma parte del acervo comunitario al que-

¹² Vid. Sentencia de 31 de marzo de 1981, *Jenkins*, asunto 96/80, ECLI:EU:C:1981:80; y Sentencia de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, asunto C-170/84, ECLI:EU:C:1985:410.

¹³ Unión Europea, Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, DO L 14, de 20 de enero de 1998, pp. 6-8. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0080> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁴ Unión Europea, Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, DO L 14, de 20 de enero de 1998, pp. 9-14. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0081> [consulta: 12 de octubre de 2024].

dar codificado por el Tratado de Ámsterdam, en el que se adopta un enfoque dual, consistente, por una parte, en la integración del principio de igualdad de género en todas las políticas comunitarias y, por otra, en la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres. Así, el Tratado de Ámsterdam establece como misión de la Unión promover la igualdad entre el hombre y la mujer (art. 2), señala como objetivo eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad (art. 3.2), y prohíbe todo tipo de discriminación por motivos de sexo (art. 13), alcanzando a todas las políticas y acciones comunitarias (*mainstreaming* o transversalidad de la perspectiva de género). Asimismo, se establece que la Unión debe apoyar y completar la acción de los Estados miembros en el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo (art. 137.1). Igualmente, se exige a los Estados miembros garantizar la aplicación de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (art. 141.1), se aplica el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (art. 141.3), se determina el significado y alcance de retribución sin discriminación (art. 141.2), y se admite que los Estados puedan adoptar medidas de acción positiva que faciliten al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o eviten o compensen desventajas en sus carreras profesionales (art. 141.4)¹⁵.

Tres años más tarde, conforme al enfoque integrado adoptado en el Consejo Europeo de Lisboa, celebrado el 23 y 24 de marzo de 2000, la Agenda de Política Social, adoptada por la Comisión el 28 de junio de 2000, incluye entre sus objetivos estratégicos la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, instándose a la aplicación de diversas acciones, especialmente, adoptar una directiva sobre igualdad de trato en ámbitos distintos del empleo y el trabajo, aplicar la igualdad de remuneración, evitar la segregación del mercado de trabajo entre hombres y mujeres y conciliar la vida familiar y profesional¹⁶. A finales de ese mismo año, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), adoptada en Niza el 7 de diciembre de 2000, prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 21), reconoce el derecho a la igualdad

¹⁵ Unión Europea, Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 340, de 10 de noviembre de 1997, pp. 1-144. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁶ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones, Agenda de Política Social, Bruselas, 28 de junio de 2000, COM(2000) 379 final, p. 24. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0379> [consulta: 12 de octubre de 2024].

entre mujeres y hombres, que debe garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución, no impidiendo tal principio el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado (art. 23), y establece que, con el fin de poder conciliar la vida familiar y profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso de maternidad remunerado y a un permiso parental con motivo del nacimiento o la adopción de un niño/a (art. 33)¹⁷.

Conforme a lo previsto en la Agenda de Política Social, se adopta la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, que establece un marco para combatir todas las formas de discriminación por razón de sexo en el acceso y suministro a bienes y servicios, tanto en el sector público como en el privado, incluida la vivienda, la banca y los seguros, excluyéndose los medios de comunicación, la publicidad y la educación (art. 3), prohíbe cualquier trato menos favorable de la mujer por razón de sexo así como por motivos de embarazo o maternidad, acoso, acoso sexual, o cualquier incitación a discriminar directa o indirectamente por razón de sexo, pudiendo admitirse diferencias de trato cuando estén justificadas por una finalidad legítima y sean adecuadas y necesarias (art. 4), contemplándose la adopción de medidas de acción positiva con el fin de prevenir o compensar las desventajas por razón de sexo en el ámbito de los bienes y servicios (art. 6), debiendo los Estados garantizar que las víctimas tengan acceso a un procedimiento judicial o administrativo para proteger sus derechos que les permita obtener una indemnización adecuada (art. 8), admitiéndose la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (art. 9), estando los Estados obligados a determinar el régimen de sanciones aplicables, que podrán incluir la indemnización a la víctima (art. 14)¹⁸. Y en 2006 se procede a refundir las disposiciones de las Directivas existentes en materia de

¹⁷ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 389-403. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12010P&from=EN> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Hay que tener en cuenta que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51 CDFUE), de ahí que el Tribunal de Justicia haya exigido en su jurisprudencia un nexo de conexión o vínculo suficiente con el Derecho de la Unión para que se apliquen las disposiciones de la Carta, *vid.* Sentencia de 6 de marzo de 2014, *Cruciano Siragusa*, asunto C-26/13, ECLI:EU:C:2014:126; Sentencia de 27 de marzo de 2014, *Torralbo Marcos*, asunto C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187.

¹⁸ Unión Europea, Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su sumi-

empleo, condiciones de trabajo, retribución y regímenes profesionales de seguridad social (Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE, 97/80/CE) mediante la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), incluido el acceso al empleo, la promoción y formación profesional, las condiciones de trabajo, las retribuciones y los regímenes de la seguridad social, integrándose la doctrina sentada en la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la discriminación directa, discriminación indirecta, acoso, acoso sexual (art. 2), acción positiva (art. 3), defensa de los derechos (art. 17), indemnización o reparación (art. 18), inversión de la carga de la prueba (art. 19), cumplimiento (art. 23), sanciones (art. 25) y obligación de los Estados de aplicar la transversalidad de la perspectiva de género en los ámbitos contemplados en la Directiva (art. 29)¹⁹.

Tras la adopción del vigente Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007 y entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009, que pretende consolidar el modelo de la Europa Social, la UE combate la discriminación y fomenta la igualdad entre mujeres y hombres (art. 3.3 TUE)²⁰; fija como objetivo eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad (art. 8 TFUE); lucha contra toda discriminación por razón de sexo en la definición y ejecución de sus políticas y acciones (transversalidad de la integración de la perspectiva de género) (art. 10 TFUE); apoya y completa la acción de los Estados miembros en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (art. 153.1.i TFUE); establece el principio de igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, debiendo ser garantizado por cada Estado miembro (art. 157.1 TFUE); dispone el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que debe ser garantizado por el Parlamento Europeo y el Consejo (art. 157.3 TFUE); y reconoce que los Estados miembros puedan adoptar medi-

nistro, DO L 373, de 21 de diciembre de 2004, pp. 37-43. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0113> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁹ Unión Europea, Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), DO L 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23-36. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0054> [consulta: 12 de octubre de 2024].

²⁰ Unión Europea, Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, DO C 202, de 7 junio de 2016, pp. 13 ss., especialmente p. 17. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=ES> [consulta: 12 de octubre de 2024].

das de acción positiva destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales (art. 157.4 TFUE)²¹.

Así, tras la adopción del Tratado de Lisboa se aprueba la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES (deroga la Directiva 96/34/CE), que regula los permisos parentales como medio para conciliar las responsabilidades profesionales y familiares y promover la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, reconociéndose a los progenitores el derecho a disfrutar de un permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un hijo/a, para poder atenderlo hasta una determinada edad, que puede ser hasta los ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales (cláusula 2.1). Asimismo se establece una duración mínima de cuatro meses de los permisos parentales, debiendo ser intransferible al menos uno, que puede disfrutarse a tiempo completo o parcial, fomentándose un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, especialmente de los padres (cláusula 2.2), y se reconocen una serie de derechos y garantías para los trabajadores que acceden al permiso parental, entre otros, el derecho a ocupar el mismo puesto de trabajo o, si no fuera posible, uno equivalente o similar conforme al contrato de trabajo o la relación laboral (cláusula 5), así como la adaptación de los horarios y de la jornada de trabajo durante un período determinado (cláusula 6)²². Asimismo, se adopta la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, que abarca a todos los trabajadores autónomos así como a sus cónyuges y parejas de hecho que participen de manera habitual, conforme a lo establecido en el Derecho nacional, en las actividades del trabajador autónomo, garantizándose que se conceda a las trabajadoras autónomas, a las cónyuges y a las parejas de hecho, un subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo

²¹ Unión Europea, Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 202, de 7 de junio de 2016, pp. 47 ss. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=ES> [consulta: 12 de octubre de 2024].

²² Unión Europea, Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, DO L 68, de 18 de marzo de 2010, pp. 13-20. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0018> [consulta: 12 de octubre de 2024].

o maternidad durante al menos catorce semanas (art. 8) (deroga la Directiva 86/613/CEE)²³.

Este marco normativo ha sido completado en las últimas décadas por una extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y no discriminación por razón de sexo, destacando, especialmente, el corpus jurisprudencial desarrollado en la configuración de los supuestos de discriminación directa, que tiene lugar cuando se otorga un trato diferente a situaciones comparables o un trato igual a situaciones diferentes²⁴; discriminación indirecta, que se produce cuando se otorga un trato idéntico en base a una norma o criterio aparentemente neutro que perjudica de hecho a un mayor número de mujeres²⁵; y acciones positivas, que se dirigen a resolver las situaciones desfavorables de hecho que afectan a las mujeres en la

²³ Unión Europea, Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, DO L 180 de 15 de julio de 2010, pp. 1-6. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0041> [consulta: 12 de octubre de 2024].

²⁴ El Tribunal de Justicia ha considerado que el despido de una trabajadora por causa de su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo prohibida, alcanzando a la duración del período legal del permiso por maternidad, entre otras *vid.* Sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, asunto C-177/88, ECLI:EU:C:1990:383; Sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Hertz*, asunto C-179/88, ECLI:EU:C:1990:384; y Sentencia de 14 de julio de 1994, *Webb*, asunto C-32/93, ECLI:EU:C:1994:300. También se incluyen en los supuestos de discriminación directa los despidos como consecuencia de las ausencias por incapacidades temporales derivadas del embarazo (Sentencia de 29 de mayo de 1997, *Larsen*, asunto C-400/95, ECLI:EU:C:1997:259; Sentencia de 30 de junio de 1998, *Brown*, asunto C-394/96, ECLI:EU:C:1998:331), los tratos desfavorables como consecuencia de las ausencias derivadas del permiso de maternidad (Sentencia de 13 de febrero de 1996, *Gillespie*, asunto C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46; Sentencia de 30 de abril de 1998, *Thibault*, asunto C-136/95, ECLI:EU:C:1998:178; Sentencia de 30 de marzo de 2004, *Alabaster*, asunto C-147/02, ECLI:EU:C:2004:192), así como en los supuestos de contratos temporales e incapacidad temporal (Sentencia de 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*, asunto C-207/98, ECLI:EU:C:2000:64) e, incluso, el despido de una trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación in vitro (Sentencia de 26 de febrero de 2008, *Mayr*, asunto C-506/06, ECLI:EU:C:2008:119).

²⁵ El Tribunal de Justicia ha considerado un supuesto de discriminación indirecta cuando la retribución establecida por hora de trabajo para los trabajadores a tiempo parcial sea inferior a la establecida para los trabajadores a tiempo completo, siendo los trabajadores a tiempo parcial mayoritariamente mujeres (Sentencia de 31 de marzo de 1981, *Jenkins*, asunto 96/80, ECLI:EU:C:1981:80). Asimismo, una medida que excluya a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituye un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo si afecta a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, salvo que se pueda acreditar que la exclusión está basada en factores justificados objetivamente y ajenos a toda discriminación por razón de sexo (Sentencia de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, asunto C-170/84, ECLI:EU:C:1985:410). Igualmente, existe discriminación indirecta por razón de sexo en los casos de permisos parentales cuando es muy superior el número de mujeres que de hombres que disfrutan de tales permisos (Sentencia de 20 de junio de 2013, *Riezniece*, asunto C-7/12, ECLI:EU:C:2013:410). De igual manera, el establecimiento de la altura mínima de 1.70 metros impuesto a todos los candidatos para acceder a una Escuela de Policía, aunque persiga un objetivo legítimo de garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de policía, sin embargo, al ser el medio aplicado para alcanzarlo desproporcionado, pues afecta a un número mayor de mujeres que de hombres, constituye un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo no justificada y contraria al Derecho de la Unión (Sentencia de 18 de octubre de 2017, *Kalliri*, asunto C-409/16, ECLI:EU:C:2017:767).

realidad y a contrarrestar los efectos de su discriminación histórica, promoviendo la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres²⁶.

Por tanto, desde el Tratado de Roma de 1957 la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y la no discriminación por razón de sexo se ha ido consolidando como un auténtico derecho fundamental y principio rector de la Unión Europea, atribuyéndose por el Tribunal de Justicia eficacia directa, esto es, sin necesidad de desarrollo mediante la adopción de normas por parte de la Unión o de los Estados miembros, al precepto de los Tratados que establece el principio de igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor (antiguo art. 119 TCEE; art. 141 TCE; actual art. 157.1 TFUE), tanto en el marco de las instituciones de la Unión Europea como en el de los Estados miembros, y tanto frente al Estado (eficacia directa vertical) como frente a los particulares (eficacia directa horizontal)²⁷. Así, la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y la prohibición de discriminación por razón de sexo se ha garantizado mediante más de una decena de Directivas que son vinculantes para los Estados miembros y que deben ser objeto de transposición a la legislación nacional, cuya aplicación se articula fundamentalmente en el ámbito laboral, aunque progresivamente se ha ido ampliando a otros ámbitos, como el acceso a bienes y servicios y su suministro, afectando a la igualdad de mujeres y hombres en el lugar de trabajo, en el empleo por cuenta propia, en el acceso a bie-

²⁶ En relación con las medidas de acción positiva, el Tribunal de Justicia ha adoptado una jurisprudencia vacilante, así, en el asunto *Kalanke* el Tribunal declaró que las medidas de acción positiva deben interpretarse restrictivamente, afirmando que no son conformes las disposiciones que otorgan una preferencia automática a favor de la mujer en el caso de infrarrepresentación en el empleo (Sentencia de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, asunto C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322). Sin embargo, en el asunto *Marschall* el Tribunal considera que la normativa comunitaria no se opone a una norma estatal que obliga a promover prioritariamente a las candidatas mujeres en los sectores de actividad en los que las mujeres están infrarrepresentadas, siempre que la promoción no sea automática y se garantice a los candidatos varones un examen de su candidatura (Sentencia de 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, asunto C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533). Asimismo, en el asunto *Badeck* el Tribunal declaró que una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas es compatible con el Derecho comunitario siempre que no conceda de modo automático e incondicional una preferencia a las candidatas femeninas que presenten una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objetivo de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los aspirantes (Sentencia de 28 de marzo de 2000, *Badeck*, asunto C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163), manifestándose en una línea similar en sentencias posteriores, admitiendo la adopción de medidas de acción positiva siempre que exista una cláusula de apertura que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de los trabajadores afectados (Sentencia de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson y Anderson*, asunto C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367; y Sentencia de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, asunto C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183).

²⁷ Entre otras *vid.* Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, asunto C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56; Sentencia de 31 de marzo de 1981, *Jenkins*, asunto C-96/80, ECLI:EU:C:1981:21; y Sentencia de 17 de mayo de 1990, *Barber*, asunto C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209.

nes y servicios, en la seguridad social y en el embarazo y la maternidad. Y más recientemente, en el marco de la implantación del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS), como se analiza más adelante, se han adoptado tres nuevas directivas, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que reconoce permisos por motivos familiares y fórmulas de trabajo flexibles para progenitores y cuidadores²⁸; la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, cuyo objetivo es que antes del 30 de junio de 2026 al menos el 40 % de los puestos de administrador ejecutivo, o al menos el 33 % del total de puestos de administrador, ejecutivo o no ejecutivo, lo ocupen personas del sexo menos representado²⁹; y la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento³⁰.

II. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO EN EL PROCESO DE GESTACIÓN, ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

El 9 de septiembre de 2015 el Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, anuncia el Pilar Europeo de Derechos Sociales en su discurso

²⁸ Unión Europea, Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, DO L 188, de 12 de julio de 2019, pp. 79-93. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1158> [consulta: 12 de octubre de 2024].

²⁹ Unión Europea, Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, DO L 315, de 7 de diciembre de 2022, pp. 44-59. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022L2381> [consulta: 12 de octubre de 2024].

³⁰ Unión Europea, Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, DO L 132, de 17 de mayo de 2023, pp. 21-44. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023L0970> [consulta: 12 de octubre de 2024].

sobre el Estado de la Unión como guía para avanzar en la Europa Social³¹. Seis meses más tarde, la Comisión Europea presenta la propuesta inicial del PEDS en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 8 de marzo de 2016, relativa a la apertura de una consulta sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales, en cuyo Anexo se contiene un primer esbozo preliminar del PEDS con un conjunto de principios básicos comunes a todos los Estados miembros³², incluyéndose un principio relativo a igualdad de género³³. Así, el Capítulo I, relativo a igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, incluye un principio relativo a igualdad de género y equilibrio entre la vida laboral y vida privada (Principio 5), indicándose expresamente en la justificación del principio que las mujeres siguen estando infrarrepresentadas en el empleo y sobrerrepresentadas en el trabajo a tiempo parcial y en los sectores menos retribuidos, además de recibir salarios por hora inferiores, incluyéndose entre las barreras que obstaculizan su participación en el mercado de trabajo la falta de políticas adecuadas para equilibrar la vida laboral y la vida privada, los desincentivos fiscales para el segundo perceptor de renta, la tributación exce-

³¹ Sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, entre otros, *vid.* GARBEN, S., «The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its Meaning and Significance», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 21, 2019, pp. 101-127; GARBEN, S., «The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?», *European Constitutional Law Review*, vol. 14, núm. 1, 2018, pp. 210-230; RAMOS QUINTANA, M. I., «El pilar europeo de derechos sociales: la nueva dimension social europea», *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 19-42.

³² En el Anexo que se adjunta a la Comunicación se incluye un esbozo preliminar del PEDS, estructurado en torno a tres capítulos principales, referidos a tres ámbitos de actuación a los que se adscriben principios esenciales, en particular: igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, incluidos el desarrollo de las aptitudes, el aprendizaje permanente y el apoyo activo al empleo, a fin de aumentar las oportunidades de trabajo, facilitar la transición entre las diferentes situaciones y mejorar la empleabilidad de las personas; condiciones laborales justas, a fin de establecer un equilibrio adecuado y fiable de derechos y obligaciones entre los trabajadores y los empleadores, así como entre flexibilidad y seguridad, de facilitar la creación de puestos de trabajo, la aceptación de estos y la adaptabilidad de las empresas y de promover el diálogo social; y protección social adecuada y sostenible, así como acceso a servicios esenciales de alta calidad, incluidos los servicios de guardería, la asistencia sanitaria y los cuidados de larga duración, a fin de garantizar una vida digna y la protección contra los riesgos, y al objeto de que las personas puedan participar plenamente en el empleo y, de forma más general, en la sociedad, *vid.* Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales, 8 de marzo de 2016, COM(2016) 127 final, p. 8. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/?qid=1539770601865&uri=CELEX:52016DC0127> [consulta: 12 de octubre de 2024].

³³ Al respecto *vid.* PLOMIEN, A., «EU Social and Gender Policy beyond Brexit: Towards the European Pillar of Social Rights», *Social Policy and Society*, vol. 17, núm. 2, 2018, pp. 281-296. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3347580 [consulta: 12 de octubre de 2024]; BENEDÍ LAHUERTA, S., y ZBYSZEWSKA, A., «EU Equality Law after a Decade of Austerity: On the Social Pillar and its Transformative Potential», *International Journal of Discrimination and the Law*, vol. 18, núm. 2-3, 2018, pp. 163-192. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3347580 [consulta: 12 de octubre de 2024].

siva del trabajo y los estereotipos sobre los campos de estudio y la ocupación, así como no ofrecer a los hombres posibilidades ni alicientes suficientes para hacer uso de los permisos, lo que afianza el papel de las mujeres como cuidadoras primarias, afectando negativamente a su empleo. Por tanto, para garantizar la igualdad de oportunidades es necesario apoyar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, debiendo llevarse a cabo acciones específicas en tres ámbitos: fomentar la igualdad de género en el mercado de trabajo y en la educación, garantizando la igualdad de trato en todos los ámbitos, incluida la retribución, abordando las barreras que obstaculizan la participación de las mujeres y previniendo la segregación ocupacional; garantizar a todos los padres y personas responsables de los cuidados el acceso a modalidades adecuadas de permiso para atender a los hijos y otros familiares dependientes, así como acceso a servicios de cuidados, fomentándose el uso por igual entre hombres y mujeres de las modalidades de permiso, con medidas como los permisos retribuidos tanto para los padres como para las madres; y facilitarse y fomentarse el acuerdo entre empleadores y trabajadores sobre modalidades de trabajo flexibles, incluido el tiempo de trabajo³⁴.

Asimismo, el principio de igualdad de género alcanza proyección en otros principios de la propuesta inicial del PEDS incluidos en el Capítulo III, que está centrado en una protección social adecuada y sostenible, especialmente en relación con las disparidades de salarios y pensiones entre mujeres y hombres, pues en la mayoría de los Estados existe una gran diferencia en las pensiones en función del sexo, ya que las mujeres, con menos ingresos y con interrupciones acumuladas en su carrera profesional, han cotizado menos al sistema de pensiones y tienen, en definitiva, derechos a pensión más bajos, debiendo tomarse medidas para abordar las diferencias de pensión entre hombres y mujeres, contabilizando, por ejemplo, los períodos de cuidados (Principio 13 relativo a pensiones). Igualmente, en relación con la sobrecarga que mayoritariamente soportan las mujeres por el cuidado de larga duración que prestan en sus domicilios a sus familiares dependientes, debiendo garantizarse el acceso a servicios de cuidados de larga duración de calidad y asequibles, incluidos los cuidados a domicilio, prestados por profesionales adecuadamente cualificados (Principio 17 relativo a cuidados de larga duración). De igual modo, la disponibilidad li-

³⁴ Vid. Unión Europea, Anexo. Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales, Estrasburgo, 8 de marzo de 2016, COM(2016) 127 final, pp. 6-7. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4bab37-e5f2-11e5-8a50-01aa75ed71a1.0013.02/DOC_2&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024].

mitada y la falta de asequibilidad y calidad de los servicios de guardería dificultan la conciliación de la vida familiar y laboral principalmente de las mujeres, debiendo garantizarse a todos los niños el acceso a servicios de guardería asequibles y de calidad, prestados por profesionales adecuadamente cualificados (Principio 18 relativo a servicios de guardería)³⁵.

Unos meses más tarde, en el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones, de 11 de octubre de 2016, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, se acoge con satisfacción que la consulta de la Comisión Europea aborde cuestiones clave de género como la escasa participación de las mujeres en el mercado laboral y la segregación del mercado por razón de género (Principio 5), las disparidades de salarios y pensiones entre sexos (Principios 5 y 13), la falta de conciliación entre la vida familiar y laboral (Principios 5 y 18), o la carga múltiple que soportan las mujeres por los cuidados de larga duración que prestan a sus allegados dependientes (Principio 17), sin embargo, se considera que la Comisión Europea debería explicar si las medidas propuestas son suficientes para reducir la discriminación contra las mujeres o si, por el contrario, es necesaria una mayor integración de las cuestiones de género (párr. 10)³⁶.

Igualmente, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales (2016/2095(INI), en relación con el principio de igualdad de género se afirma que las mujeres siguen estando infrarrepresentadas en el mercado de trabajo en general, con una tasa de empleo del 64,5 % en comparación con el 75,6 % de los hombres, estando las mujeres sobrerrepresentadas en el trabajo a tiempo parcial y en los sectores menos retribuidos, además de recibir salarios por hora inferiores, lo que conduce a una brecha salarial entre hombres y mujeres que se sitúa en un 16 % y a una brecha entre las pensiones del 39 %, prevaleciendo la discriminación de género en los procedimientos de contratación en los Estados miembros, instándose a: reforzar los mecanismos existentes para garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres; colmar los desequilibrios persistentes entre mujeres y hombres en lo que respecta a los salarios y las pensiones, y reducir la segregación en el empleo; supervisar la aplicación y el cumplimiento de la Directiva 2006/54/CE y proceder a su revisión; adoptar nuevas medidas eficaces a escala tanto europea como nacional para garantizar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar, incluidas propuestas legislativas sobre los permisos de maternidad, de paternidad y parentales, los permisos para cuida-

³⁵ *Ibid.*, pp. 15, 17 y 18.

³⁶ Unión Europea, Dictamen del Comité Europeo de las Regiones. El pilar europeo de derechos sociales (2017/C 088/12), DO C de 21 de marzo de 2017, pp. 59-63. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AR2868&from=ES> [consulta: 12 de octubre de 2024].

dores, el acceso a servicios asistenciales de calidad y la organización flexible del tiempo de trabajo; y a aumentar la inversión destinada a apoyar el empleo femenino en trabajos de calidad, especialmente en sectores y cargos en los que las mujeres están infrarrepresentadas, como la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas (CTIM), así como en cargos de alta dirección en todos los sectores. Asimismo, el Parlamento Europeo insta a la Comisión a incorporar la perspectiva de género como parte integrante del PEDS, incluyéndose evaluaciones sistemáticas del impacto de género en la evaluación del cumplimiento de los derechos³⁷.

Tres meses más tarde, se aprueba el PEDS mediante la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales³⁸, presentándose también ese mismo día la Propuesta de la Comisión de proclamación interinstitucional³⁹. Asimismo, en la misma fecha se publica la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre el Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, en la que se afirma que el PEDS se inspira en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989⁴⁰, así como en el acervo social de la Unión Europea desarrollado a raíz de las disposiciones de los Tratados,

³⁷ Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales (2016/2095(INI), DO C 242, de 10 de julio de 2018, pp. 24-39, especialmente párrs. 25 y 33. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0010> [consulta: 12 de octubre de 2024].

³⁸ El PEDS consta de un Preámbulo integrado por 20 Considerandos y 20 Principios que se estructuran en 3 capítulos. El Capítulo I, relativo a igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, incluye 4 principios: 1. Educación, formación y aprendizaje permanente. 2. Igualdad de género. 3. Igualdad de oportunidades. 4. Apoyo activo para el empleo. El Capítulo II, relativo a condiciones de trabajo justas, incluye 6 principios: 5. Empleo seguro y adaptable. 6. Salarios. 7. Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido. 8. Diálogo social y participación de los trabajadores. 9. Equilibrio entre vida profesional y vida privada. 10. Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos. El Capítulo III, relativo a protección e inclusión social, incluye 10 principios: 11. Asistencia y apoyo a los niños. 12. Protección social. 13. Prestaciones por desempleo. 14. Renta mínima. 15. Pensiones y prestaciones de vejez. 16. Sanidad. 17. Inclusión de las personas con discapacidad. 18. Cuidados de larga duración. 19. Vivienda y asistencia para las personas sin hogar. 20. Acceso a los servicios esenciales, *vid.* Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, DO L 113, de 29 de abril de 2017, pp. 56-61. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H0761&from=RO> [consulta: 12 de octubre de 2024].

³⁹ Comisión Europea, Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017) 251 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0251> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁴⁰ *Vid.* Comisión de las Comunidades Europeas, *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1990. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/51be16f6-e91d-439d-b4d9-6be041c28122> [consulta: 12 de octubre de 2024].

la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, la nueva legislación y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No obstante, se reconoce que los Estados miembros tienen competencias primarias o incluso exclusivas en ámbitos como el Derecho laboral, el salario mínimo, la educación, la asistencia sanitaria y la organización de los sistemas de protección social, de ahí que los principios y derechos establecidos en el PEDS deban aplicarse respetando las competencias respectivas de la Unión y los propios Estados miembros, y conforme a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, de forma que la acción de la UE tenga lugar únicamente cuando los objetivos puedan alcanzarse al nivel de la Unión y siempre que dicha acción no exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Por tanto, el PEDS establece un marco para impulsar la actuación de los Estados miembros, de ahí que, conforme a su naturaleza jurídica no vinculante, los principios y derechos reconocidos en el mismo no sean directamente aplicables, debiendo implementarse mediante legislación específica y acciones concretas⁴¹.

La Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, fundamenta el PEDS en base a los artículos 3 del TUE y 9 y 151 del TFUE y a las competencias atribuidas a la Unión, especialmente en materia de libre circulación de trabajadores (arts. 151 a 161 TFUE), derecho de establecimiento (arts. 49 a 55 TFUE), política social (arts. 151 a 161 TFUE), fomento del diálogo entre los interlo-

⁴¹ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre el Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017) 250 final, pp. 6-7. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0250&from=en> [consulta: 12 de octubre de 2024]. La Comunicación de la Comisión se acompaña de tres documentos: un documento sobre los resultados del proceso de consulta pública, *vid.* European Commission, *Commission Staff Working Document. Report of the public consultation Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Establishing a European Pillar of Social Rights*, Brussels, 26 de abril de 2017, SWD(2017) 206 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0206> [consulta: 12 de octubre de 2024]; un documento de naturaleza jurídica sobre el acervo social de la UE en el que se contiene una explicación detallada de cada uno de los principios y derechos incluidos en el PEDS, *vid.* European Commission, *Commission Staff Working Document Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Establishing a European Pillar of Social Rights*, Brussels, 26 de abril de 2017, SWD(2017) 201 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0201> [consulta: 12 de octubre de 2024]; y un tercer documento sobre el conjunto de indicadores sociales que permitirán supervisar los progresos del PEDS y el seguimiento de sus resultados en todos los Estados miembros y la propia UE, *vid.* European Commission, *Commission Staff Working Document. Social Scoreboard Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Establishing a European Pillar of Social Rights*, Brussels, 26 de abril de 2017, SWD(2017) 200 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0200> [consulta: 12 de octubre de 2024].

cutores sociales (art. 154 TFUE), igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo (art. 157 TFUE), contribución al desarrollo de una educación de calidad y a la formación profesional (arts. 165 y 166 TFUE), cohesión económica, social y territorial (arts. 174 a 178 TFUE), orientaciones para el empleo (art. 148 TFUE) y aproximación de las legislaciones (arts. 114 a 117 TFUE). En relación con la igualdad de género, en la Recomendación se afirma que la Unión debe combatir la exclusión social y la discriminación y fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño (Considerando 1), señalándose que la plena realización del mercado único europeo en las últimas décadas ha venido acompañada del desarrollo de un sólido acervo social que ha producido avances, entre otros ámbitos, en la igualdad entre hombres y mujeres (Considerando 8). Así, el Principio 2 relativo a igualdad de género se incluye en el Capítulo I, concerniente a «Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo», estableciéndose en la primera letra el mandato de garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, «a) La igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres debe garantizarse y fomentarse en todos los ámbitos, también en relación con la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la progresión de la carrera», adoptándose una redacción similar a la del artículo 23 de la CDFUE, aunque no se hace referencia a la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado⁴². No obstante, al hacer referencia a la necesidad de garantizar y promover la igualdad entre mujeres y hombres en «todos los ámbitos», se extiende la aplicación del principio más allá del acervo existente, poniéndose el énfasis en la participación en el mercado de trabajo, para superar la brecha existente en el empleo entre mujeres y hombres, en las condiciones de empleo, para eliminar la brecha existente en el mayor empleo a tiempo parcial que afecta a las mujeres, y en el avance profesional, para incrementar la presencia de mujeres en puestos directivos⁴³. Con este objetivo y en base a las competencias atribuidas a la UE por los artículos 19.1, 153.2 y 157.3 del

⁴² Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, p. 58.

⁴³ Al respecto *vid.* Unión Europea, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, Bruselas, 26 de abril de 2017, SWD(2017) 201 final, p. 12. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0201&from=EN> [consulta: 12 de octubre de 2024].

TFUE ⁴⁴, en 2012 la Comisión había presentado ya la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines ⁴⁵, siendo aprobada diez años más tarde la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas ⁴⁶.

La letra b) del Principio 2 relativo a igualdad de género se corresponde con el principio de igualdad retributiva de mujeres y hombres reconocido en el artículo 157 del TFUE, mencionándose expresamente el «derecho a la igualdad de retribución», «b) Las mujeres y los hombres tienen derecho a la igualdad de retribución para un trabajo de igual valor» ⁴⁷. Aunque se reconoce el derecho a la igualdad de retribución, sin embargo, en el Principio 6 relativo a los salarios, incluido en el Capítulo II referente a «Condiciones de trabajo justas», no se hace ninguna mención expresa a la discriminación de género en el ámbito salarial ⁴⁸, como se plantea posteriormente en el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones 2018/C 054/10, de 10 de septiembre de 2017, sobre

⁴⁴ Conforme al artículo 19.1 del TFUE, la Unión Europea puede adoptar las medidas necesarias para luchar contra la discriminación por motivos de sexo. Asimismo, el artículo 153.2 del TFUE faculta a la Unión para adoptar directivas que establezcan requisitos mínimos que respalden y complementen las actividades de los Estados miembros en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Igualmente, el artículo 157.3 del TFUE faculta al órgano legislador de la Unión para adoptar medidas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, *vid.* Unión Europea, Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *op. cit.*, pp. 56, 115 y 118.

⁴⁵ Unión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, Bruselas, 14 de noviembre de 2012, COM(2012) 614 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0614> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁴⁶ Unión Europea, Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, DO L 315, de 7 de diciembre de 2022, pp. 44-59. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022L2381> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁴⁷ Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.* p. 58.

⁴⁸ «6. Salarios. a) Los trabajadores tienen derecho a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno. b) Deberá garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo. Deberá evitarse la pobreza de los ocupados. c). Todos los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales», Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, *ibid.*, p. 59.

el pilar europeo de derechos sociales y Documento de reflexión sobre la dimensión social europea, proponiéndose añadir un inciso específico al final de la letra c) dirigido a evitar la diferencia salarial por razón de género para abordar la discriminación de género respecto a los salarios⁴⁹. Por su parte, la Comisión se compromete a aprobar un informe de seguimiento sobre los avances realizados por los Estados miembros en la aplicación de la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia⁵⁰, evaluándose la adopción de medidas adicionales para garantizar la plena aplicación del principio de igualdad de retribución⁵¹. No obstante, para garantizar la implementación del principio de igualdad salarial, como se analiza más adelante, se aprueba por la Comisión un Plan de Acción UE 2017-2019 para abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres⁵². Y seis años más tarde se adopta la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento⁵³.

⁴⁹ «Todos los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales. Se evitará la diferencia salarial por razón de géneros», Unión Europea, Dictamen del Comité Europeo de las Regiones 2018/C 054/10, de 10 de septiembre de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales y Documento de reflexión sobre la dimensión social europea, Enmienda 15, DO C 54, de 13 de febrero de 2018, pp. 48-61, especialmente p. 55. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IR3141> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁵⁰ Unión Europea, Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (2014/124/UE), DO L 69, de 8 de marzo de 2014, pp. 112-116. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0124> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁵¹ Al respecto *vid.* Unión Europea, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, p. 14.

⁵² *Vid.* Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Plan de Acción de la UE 2017-2019. Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, Bruselas, 20 de noviembre de 2017, COM(2017) 678 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:19320cc0-cde3-11e7-a5d5-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_1&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024]; Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Plan de Acción de la UE 2017-2019 Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, Bruselas, 20 de noviembre de 2017, COM(2017) 678 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:19320cc0-cde3-11e7-a5d5-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_2&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁵³ Unión Europea, Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, DO L 132, de 17 de mayo de 2023, pp. 21-44. Disponible en

Asimismo, el principio de igualdad de género se proyecta en el Principio 9 relativo al equilibrio entre vida profesional y vida privada, estableciéndose expresamente que «Los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones laborales flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deberán tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y deberá animárseles a utilizarlos de forma equilibrada»⁵⁴. El primer inciso reconoce derechos que coadyuvan a la conciliación de la vida familiar y profesional no solo a los padres sino también a las personas con responsabilidades asistenciales que tienen un empleo y cuidan de personas de edad avanzada o miembros de la familia con algún tipo de discapacidad, que mayoritariamente son mujeres. Asimismo, se reconoce el derecho a condiciones laborales flexibles, incluyéndose el trabajo a distancia, el teletrabajo, la adaptación de los horarios de trabajo, o la reducción de jornada, entre otros. Y el segundo inciso reconoce por primera vez en el acervo jurídico de la Unión que los hombres y las mujeres puedan acceder en condiciones de igualdad a permisos especiales de carácter asistencial, debiendo promoverse un uso equilibrado entre mujeres y hombres, de forma que no sean utilizados, como viene siendo lo habitual, exclusivamente o muy mayoritariamente por las mujeres⁵⁵. Para impulsar la implementación de este principio, la Comisión presenta conjuntamente con el PEDS la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de abril de 2017, relativa a Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, así como la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, en la que se proponen distintas medidas para facilitar que tanto mujeres como hombres puedan hacer uso del permiso parental, introducir el permiso por paternidad y el permiso para cuidadores, promover el uso de condiciones laborales flexibles, además de proporcionar más y mejores instalaciones para el cuidado de los niños y otras instalaciones

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023L0970> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁵⁴ Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, p. 60.

⁵⁵ Al respecto *vid.* Unión Europea, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, pp. 39-41.

de atención, y eliminar los factores de desincentivación ligados a los sistemas de beneficios fiscales, que desaniman a que un segundo trabajador, con frecuencia la mujer, se incorpore al mercado de trabajo⁵⁶, habiendo sido la Directiva (UE) 2019/1158 definitivamente aprobada, como se analiza más adelante, dos años más tarde, el 20 de junio de 2019⁵⁷.

Y en el Principio 15, relativo a pensiones y prestaciones de vejez, incluido en el Capítulo III sobre «Protección e inclusión social», se reconoce el derecho de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada, señalándose expresamente que «Las mujeres y los hombres deberán tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión»⁵⁸. Aunque se han adoptado varias Directivas⁵⁹ que aplican el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en relación con las pensiones, incluidos los regímenes establecidos por ley, así como las pensiones laborales y personales, sin embargo, el segundo inciso del principio exige la adopción de medidas más específicas y efectivas que garanticen la igualdad de oportunidades de las mujeres en el acceso y cuantía de las pensiones y contribuyan a reducir la brecha de género en este ámbito, pues las pensiones de las

⁵⁶ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de abril de 2017, Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017) 252 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0252> [consulta: 12 de octubre de 2024]; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(217) 253 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:84205176-2b39-11e7-9412-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁵⁷ Unión Europea, Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, DO L 188, de 12 de julio de 2019, pp. 79-93. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1158> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁵⁸ Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁹ *Vid.* Unión Europea, Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, DO L 6, de 10 de enero de 1979, pp. 24-25. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A31979L0007> [consulta: 12 de octubre de 2024]; Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, DO L 373, de 21 de diciembre de 2004, pp. 37-43. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0113> [consulta: 12 de octubre de 2024]; y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), DO L 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23-36. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0054> [consulta: 12 de octubre de 2024].

mujeres son inferiores a las de los hombres en gran parte debido a la repercusión de los registros de contribución de menor remuneración, a una mayor incidencia del trabajo a tiempo parcial y durante menos tiempo, así como a una mayor interrupción de sus carreras a causa de tener que cuidar personas a su cargo, de ahí que, además de las medidas dirigidas al mercado laboral y a la conciliación de vida familiar y profesional, sea necesario que se equiparen las edades a las que pueden adquirirse las pensiones y se tengan en cuenta de forma adecuada los derechos de pensión correspondientes a dichos períodos dedicados al cuidado⁶⁰. En este sentido, resulta de interés la enmienda propuesta en el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones 2018/C 054/10, de 10 de septiembre de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales y Documento de reflexión sobre la dimensión social europea, en la que se propone ampliar el principio referenciándose la obligación de evitar «la diferencia en las pensiones por razón de género a través de medidas que aborden las desigualdades que impiden que las mujeres contribuyan tanto como los hombres a los sistemas de pensiones», contemplándose así la adopción de medidas de acción positiva⁶¹. Aunque la Comisión presenta conjuntamente con el PEDS una consulta a los interlocutores sociales sobre una iniciativa relativa al «Acceso a la protección social», a fin de abordar las diferencias en el acceso a la protección social por parte de los trabajadores con contratos de trabajo estándar y las personas con contratos atípicos, así como en distintas formas de actividad por cuenta propia, abordándose en la consulta las formas de hacer que los derechos de pensiones sean transferibles y transparentes cuando se cambie de empleador, tipo de contrato o se pase a la actividad por cuenta propia, sin embargo, posteriormente en la Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (2019/C 387/01), no se contiene ninguna medida específica dirigida a garantizar la igualdad de oportunidades de las mujeres en el acceso y cuantía de las pensiones para eliminar la brecha de género en el sistema de pensiones⁶².

⁶⁰ Al respecto *vid.* Unión Europea, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, pp. 61-64.

⁶¹ «Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia tienen derecho a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada. Las mujeres y los hombres deberán tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión y se evitará la diferencia en las pensiones por razón de género a través de medidas que aborden las desigualdades que impiden que las mujeres contribuyan tanto como los hombres a los sistemas de pensiones», Unión Europea, Dictamen del Comité Europeo de las Regiones 2018/C 054/10, de 10 de septiembre de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales y Documento de reflexión sobre la dimensión social europea, Enmienda 18, *op. cit.*, p. 56.

⁶² Unión Europea, Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (2019/C 387/01), DO C 387,

Finalmente, el 17 de noviembre de 2017 el PEDS es aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión y firmado por todos los Estados miembros en la Cumbre Social a favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo (Suecia)⁶³. Un mes más tarde, el Consejo Europeo de 14 de diciembre de 2017 refrenda las conclusiones de la Cumbre Social de Gotemburgo, recuerda la necesidad de seguir desarrollando la dimensión social de la UE y de implantar el PEDS a escala de la Unión y de los Estados miembros, incluyéndose entre los aspectos concretos a abordar la brecha salarial entre mujeres y hombres⁶⁴. Aunque de conformidad con el artículo 3 del TUE, el PEDS refuerza la voluntad de la Unión Europea para avanzar en la Europa Social, estableciendo un marco de referencia para impulsar a nivel de la Unión y de los Estados miembros las reformas necesarias para converger hacia unas mejores condiciones de vida y trabajo, promoviendo el desarrollo sostenible basado en una economía social altamente competitiva tendente al pleno empleo y al progreso social, combatiendo la exclusión social y la discriminación, fomentando la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño, sin embargo, carece de fuerza jurídica vinculante, situándose la aplicación de la mayoría de sus principios y derechos en el ámbito competencial de los Estados miembros. De ahí que para coadyuvar a su implementación el 4 de marzo de 2021 la Comisión apruebe el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, basado en el método abierto de coordinación y en el que se establecen iniciativas concretas y se proponen varios objetivos principales para la Unión Europea hasta 2030, incluyéndose expresamente en el objetivo global de una tasa de empleo de al menos el 78 % de la población de la Unión con una edad comprendida entre los 20 y los 64 años, la reducción al menos a la mitad de la brecha de género en el empleo, contemplándose para su consecución diversas medidas, como la publicación de un informe sobre la aplicación de la Directiva de igualdad en el empleo, la presentación de legislación específica para reforzar el papel de los organismos de igualdad y la revisión de los objetivos de Barcelona sobre los servicios de

de 15 de noviembre de 2019, pp. 1-8. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019H1115\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019H1115(01)) [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁶³ Vid. Parlamento Europeo-Consejo-Comisión Europea, Proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales, DO C 428, de 13 de diciembre de 2017, pp. 10-15. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213(01)) [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁶⁴ Consejo Europeo, Reunión del Consejo Europeo (14 de diciembre de 2017). Conclusiones, Bruselas, 14 de diciembre de 2017, EUCO 19 de enero de 17, p. 2. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/media/32226/14-final-conclusions-rev1-es.pdf> [consulta: 12 de octubre de 2024].

educación y cuidados de la primera infancia, instándose, asimismo, a los Estados miembros a avanzar en la negociación de la Directiva propuesta por la Comisión en 2012 destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas⁶⁵, así como a transponer la Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de 2019, la primera iniciativa legislativa adoptada para hacer valer el principio de igualdad de género del PEDS⁶⁶, como se analiza a continuación.

III. IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ENTRE VIDA PROFESIONAL Y VIDA PRIVADA: LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 RELATIVA A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES

Para que los principios y derechos reconocidos en el PEDS tengan fuerza jurídica vinculante para los Estados y la propia Unión Europea es necesario adoptar disposiciones legislativas específicas (Considerando 14). Así, el Principio 9 del PEDS relativo al equilibrio entre vida profesional y vida privada⁶⁷, que está estrechamente relacionado con el Principio 2, relativo a la igualdad de género, y con el Principio 3, relativo a la igualdad de oportunidades y trato, es objeto de implementación inmediata por parte de la Comisión, presentando conjuntamente con el PEDS la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de abril de 2017, relativa a Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cui-

⁶⁵ Vid. Unión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, Bruselas, 14 de noviembre de 2012, COM(2012) 614 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0614> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁶⁶ El Plan de Acción del PEDS se estructura en cuatro bloques relativos a: los fundamentos de una Europea social fuerte para la recuperación y unas transiciones justas; los tres objetivos globales de la Unión a alcanzar en 2030; la aplicación de los principios del PEDS; y los mecanismos económicos, sociales e institucionales que permiten aunar esfuerzos para lograr los resultados previstos, *vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, Bruselas, 4 de marzo de 2021, COM(2021) 102 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021DC0102> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁶⁷ «Los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones laborales flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deberán tener igualdad de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y deberá animárseles a utilizarlos de forma equilibrada», Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, p. 60.

dadores⁶⁸, así como la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo⁶⁹.

Como se argumenta en la Comunicación de la Comisión, aunque las mujeres en la Unión Europea están más cualificadas que nunca, representando la mayoría del alumnado egresado de las Universidades, sin embargo, siguen estando infrarrepresentadas en el mercado de trabajo debido a sus responsabilidades como madres o cuidadoras, pues las medidas y acciones existentes no garantizan la igualdad de oportunidades que permita que mujeres y hombres sean cuidadores en igualdad de condiciones. Así, en 2015, la tasa de empleo media de las mujeres de entre 20 y 64 años en la UE era del 64,3 %, en comparación con el 75,9 % de la de los hombres (una diferencia de 11,6 puntos porcentuales), elevándose la diferencia a una media de 18,1 puntos porcentuales si se analiza el empleo a tiempo completo, teniendo en cuenta la mayor prevalencia del trabajo a tiempo parcial entre las mujeres. Una de las causas principales de la brecha laboral es la distribución desigual de las responsabilidades familiares entre mujeres y hombres, ampliándose la brecha laboral de género cuando las familias tienen hijos, lo que refleja la dificultad que tienen las mujeres para conciliar la crianza de los hijos y las responsabilidades familiares con su trabajo. Así, en 2015, la tasa media de empleo de las mujeres con un hijo menor de 6 años de edad era un 8,8 % inferior a la de las mujeres sin hijos pequeños, superando en varios Estados miembros esta dife-

⁶⁸ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de abril de 2017, Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017) 252 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0252> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Previamente, en agosto de 2015, la Comisión había publicado una hoja de ruta para la adopción de un paquete integral de medidas legislativas y no legislativas sobre conciliación de la vida laboral y familiar que sustituyera la propuesta de 2008 de modificar la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia, con el objetivo de modernizar el marco jurídico y político de la UE para permitir que los padres con hijos o aquellos con familiares dependientes equilibren mejor sus responsabilidades profesionales y de cuidado, fomentar un uso más equitativo de las políticas de equilibrio entre la vida laboral y la vida privada entre mujeres y hombres y reforzar la igualdad de género en el mercado laboral, *vid.* European Commission, *Roadmap: New start to address the challenges of work-life balance faced by working families, August 2015*. Disponible en https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2015_just_012_new_initiative_replacing_maternity_leave_directive_en.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁶⁹ Unión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017) 253 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:84205176-2b39-11e7-9412-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024].

rencia el 30 %. Por el contrario, la paternidad tiene el efecto opuesto en la tasa de empleo de los hombres, siendo un 12 % superior a la de los hombres sin hijos, alcanzando esta diferencia en algunos países el 18 %. Por tanto, las falta de medidas adecuadas para conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares repercute de manera desproporcionada en las mujeres, obligándolas a abandonar el puesto de trabajo o a reducir su jornada laboral, de ahí que tengan mayor probabilidad de trabajar a tiempo parcial, representando el 31 % frente al 8,3 % de los hombres. En consecuencia, la existencia de fórmulas adecuadas de permisos tanto para mujeres como para hombres, así como la articulación de fórmulas de trabajo flexible, como el teletrabajo, el tiempo de trabajo flexible o los horarios laborales reducidos, tiene una notable influencia en el empleo de las mujeres, facilitando su reincorporación y participación en el mercado de trabajo⁷⁰.

Aunque ya existen medidas que intentan favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral en distintas Directivas⁷¹, sin embargo, los datos reflejan que no apoyan suficientemente a los trabajadores con responsabilidades familiares, fomentándose un reparto desequilibrado de los derechos disponibles que perjudica a las mujeres. Así, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, prevé un derecho individual de cuatro meses de permiso parental para cada trabajador, hombre o mujer, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo/a, para cuidarlo hasta que cumple los ocho años, siendo al menos un mes no transferible entre los progenitores para fomentar un uso igualitario del permiso por ambos. Sin embargo, la Directiva no prevé ninguna compensación

⁷⁰ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de abril de 2017, Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, *op. cit.*, pp. 3-6.

⁷¹ Especialmente en la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEA-PME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, DO L 68, de 18 de marzo de 2010, pp. 13-20. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0018> [consulta: 12 de octubre de 2024]; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), DO L 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23-36. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0054> [consulta: 12 de octubre de 2024]; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia, DO L 348, de 28 de noviembre de 1992, pp. 1-7. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0085> [consulta: 12 de octubre de 2024]; y la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, DO L 14, de 20 de enero de 1998, pp. 9-14. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0081> [consulta: 12 de octubre de 2024].

económica obligatoria, de ahí que sean especialmente los segundos perceptores de un empleo remunerado en la familia, mayormente las mujeres, quienes se acogen al permiso parental (cláusula 2)⁷². Asimismo, no existen disposiciones específicas en la Unión Europea sobre el derecho al permiso de paternidad, aunque el reconocimiento de este derecho tiene impacto en el reparto de las responsabilidades familiares entre mujeres y hombres, pues los padres que se acogen a un permiso de paternidad tras el nacimiento de un hijo/a contribuyen a su crianza con mayor probabilidad, acogiéndose, posteriormente, a un permiso parental. Igualmente, tampoco se han adoptado normas mínimas a nivel de la Unión que permita el cuidado de familiares dependientes, lo que multiplica el reparto desigual de las responsabilidades familiares sobre las mujeres. Y, de igual manera, la mayor parte de los empleos remunerados en Europa están sometidos a horarios de trabajo fijo sin ningún tipo de flexibilidad⁷³, como el trabajo a distancia, los horarios de trabajo flexibles, o la jornada de trabajo reducida, de ahí que muchas mujeres abandonen el mercado de trabajo dadas las dificultades que tienen de compaginarlo con las responsabilidades familiares⁷⁴. Por esto no extraña que el Parlamento Europeo haya instado a la adopción de disposiciones más eficaces que garanticen la conciliación de las responsabilidades familiares en igualdad de condiciones entre mujeres y hombres. Así, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de

⁷² «Cláusula 2: Permiso parental. 1. En virtud del presente Acuerdo, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales. 2. El permiso tendrá una duración mínima de cuatro meses y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, concederse con carácter intransferible. Para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible. Las modalidades de aplicación del período intransferible se establecerán a nivel nacional por ley o convenios colectivos que tengan en cuenta las disposiciones sobre permisos vigentes en los Estados miembros», Unión Europea, Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE, *op. cit.*, p. 18. Sobre la implementación de la Directiva en 33 países europeos *vid.* European Commission, *The Implementation of Parental Leave Directive 2010/18 in 33 European Countries*, FOUBERT, P.; PALMA RAMLHO, M. R., y BURRI, S., Directorate-General for Justice, 2015. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a18aacad-e133-42bf-a072-9b7e8e80606f> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁷³ *Vid.* Eurofound, *Work-Life Balance and Flexible Working Arrangements in the European Union*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017. Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2017/work-life-balance-and-flexible-working-arrangements-european-union> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁷⁴ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 26 de abril de 2017, Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, *op. cit.*, pp. 9-12.

2010, se afirma que, aunque algunos Estados miembros han transpuesto las medidas de la Directiva más allá del mínimo estipulado, sin embargo, persiste el desequilibrio de género en el disfrute del permiso parental, así como las diferencias entre los Estados miembros en cuanto a su duración máxima, la forma legal y los sistemas de remuneración durante el período de permiso, instando a que se active la cláusula de revisión de la legislación de la UE sobre el permiso parental para que tenga una duración mínima de seis meses y sea igualmente accesible para ambos progenitores, instándose a la Comisión a presentar una propuesta ambiciosa sobre conciliación de la vida laboral y familiar, incluido el permiso de maternidad⁷⁵. Asimismo, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2016, sobre la creación de unas condiciones en el mercado laboral favorables para la conciliación de la vida privada y la vida profesional [2016/2017(INI)], se pide a la Comisión que presente una directiva sobre el permiso de paternidad, con un mínimo de dos semanas de permiso obligatorio pagado íntegramente, así como una directiva sobre los permisos para los cuidadores, que permita a los trabajadores cuidar de las personas dependientes y les ofrezca una remuneración adecuada y protección social, incluyéndose incentivos suficientes para que los hombres soliciten tales permisos⁷⁶.

Unos meses más tarde, para mejorar el marco jurídico de la Unión Europea existente y sobre la base del artículo 153.1.i del TFUE, la Comisión presenta la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, en la que se proponen distintas medidas para facilitar que tanto mujeres como hombres puedan hacer uso del permiso parental, introducir el permiso por paternidad y el permiso para cuidadores, promover el uso de condiciones laborales flexibles, y eliminar los factores de desincentivación ligados a los sistemas de beneficios fiscales, que desaniman a que un segundo

⁷⁵ Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE [2015/2097(INI)], DO C 76, de 28 de febrero de 2018, pp. 54-60. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0226> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁷⁶ Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2016, sobre la creación de unas condiciones en el mercado laboral favorables para la conciliación de la vida privada y la vida profesional [2016/2017(INI)], DO C 204, de 13 de junio de 2018, pp. 76-92. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0338> [consulta: 12 de octubre de 2024].

trabajador/a, con frecuencia la mujer, se incorpore al mercado de trabajo⁷⁷. Así, se reconoce un derecho al permiso de paternidad para el padre y segundo progenitor equivalente, otorgado independientemente del estado civil o familiar regulado en la legislación nacional, debiendo garantizar los Estados miembros que los padres tengan derecho a disfrutar de al menos 10 días laborables de permiso en el momento del nacimiento de un hijo/a (art. 4), compensándose económicamente al menos al nivel de una prestación por enfermedad (art. 8). Asimismo, se fortalece el derecho al permiso parental. Inicialmente, el derecho al permiso parental se reconoció en la Directiva 96/34/CE, consistiendo en un mínimo de tres meses de permiso no retribuido para cada progenitor biológico o adoptivo, que podía transferirse íntegramente entre los progenitores. Este derecho se reforzó en la Directiva 2010/18/UE, pasando el periodo mínimo de permiso de tres a cuatro meses, uno de los cuales debía ser intransferible. En la Propuesta de Directiva se fortalece el permiso parental de manera que el período de 4 meses, disponible para cada padre/madre, no es transferible de un padre/madre a otro, debiendo recibir la persona que dispone del permiso parental un ingreso equivalente al menos al de la prestación por enfermedad, incrementándose la edad máxima del niño/a por el que los padres pueden disfrutar del permiso de 8 a 12 años. No obstante, se permite a los Estados miembros determinar el plazo de preaviso, si el derecho al permiso parental puede estar supeditado a un período de trabajo o a una antigüedad determinada, que no podrá exceder de un año, y la definición de las circunstancias en las

⁷⁷ Unión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017) 253 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:84205176-2b39-11e7-9412-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024]. La Propuesta de Directiva se basa en un estudio publicado en 2017 sobre los costes y beneficios de las posibles medidas adoptadas por la UE para facilitar el equilibrio entre la vida laboral y la vida personal de los padres y cuidadores, en el que se demuestra que el mayor impacto en términos de PIB y ganancias de empleo se logra con las siguientes opciones: una licencia de paternidad de una semana, remunerada al menos al nivel de la baja por enfermedad; una licencia parental de cuatro meses con una aceptación flexible para un hijo/a de hasta 12 años de edad, remunerada al menos al nivel de la baja por enfermedad y totalmente intransferible; una licencia para cuidadores de cinco días por familiar al año, remunerada al menos al nivel de la baja por enfermedad; y el derecho de los padres y cuidadores a solicitar modalidades de trabajo flexibles, *vid.* European Commission, *Study of the costs and benefits of possible EU measures to facilitate work-life balance for parents and care givers. Final Report*, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017. Disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1311&langId=en&moreDocuments=yes> [consulta: 12 de octubre de 2024]. El estudio se utilizó para la evaluación de impacto de la Propuesta de Directiva, *vid.* European Commission, *Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU*, Brussels, 26 de abril de 2017, SWD(2017) 202 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0202> [consulta: 12 de octubre de 2024].

que el empleador puede aplazar la concesión del permiso parental por un período razonable (art. 5). De igual modo, se reconoce el acceso a un permiso para cuidadores de al menos cinco días al año para los trabajadores que prestan atención personal en caso de enfermedad grave o dependencia de un familiar, debiendo compensarse al menos a nivel de una prestación por enfermedad (art. 6). Y se otorga a los padres con hijos de hasta al menos doce años y a los cuidadores la posibilidad de trabajar de manera flexible y adaptar sus horarios a sus necesidades, pudiendo cambiar y/o reducir su horario de trabajo (reducción de jornada), o su lugar de trabajo (por ejemplo, mediante el teletrabajo). No obstante, al objeto de tener en cuenta las necesidades de los empleadores, los Estados miembros pueden limitar la duración de las fórmulas de trabajo flexible (art. 9). Para garantizar la protección de los progenitores y cuidadores que han ejercido los derechos reconocidos, se les permite volver a su puesto de trabajo o equivalente, beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales que hayan tenido lugar durante su ausencia, así como mantener los derechos adquiridos y su relación laboral durante el permiso (art. 10). Asimismo, se protege a los trabajadores que se acojan a un permiso de paternidad, parental o al permiso para cuidadores o a fórmulas de trabajo flexible frente al despido durante el período en el que soliciten los permisos o los disfruten (art. 12), estableciéndose un régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y que podrán adoptar la forma de multa o incluir el pago de una indemnización (art. 13). Finalmente, los Estados miembros deberán transponer la Directiva a más tardar dos años después de su entrada en vigor (art. 20)⁷⁸.

Aunque la Directiva propuesta mejora la regulación previa, incluyendo y vinculando expresamente las fórmulas de trabajo flexible con el concepto más amplio de responsabilidades de cuidado, sin embargo, no contiene ninguna medida para fortalecer específicamente los derechos de maternidad, como había planteado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo,

⁷⁸ A fin de evaluar la eficacia en el logro de los objetivos generales y específicos de la iniciativa, la Comisión identifica unos indicadores básicos de progreso para realizar el seguimiento de la buena ejecución, realizando un seguimiento periódico de estos indicadores, que servirán de base a la evaluación de la iniciativa. A partir de estos indicadores y de la información que faciliten los Estados miembros, la Comisión comunicará periódicamente los avances al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social Europeo, evaluando el impacto de las propuestas legislativas cinco años después de su entrada en vigor mediante un informe de evaluación (art. 18), *vid.* Unión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, *op. cit.*, p. 18.

de 3 de octubre de 2008, por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, que propone, entre otras medidas, la extensión de la duración del permiso de maternidad de 14 semanas a al menos 18 semanas, con al menos seis semanas de permiso obligatorio después del parto y una prestación equivalente a un salario completo, para que las mujeres puedan recuperarse adecuadamente del embarazo y del parto, pasar más tiempo con sus hijos y prologar el período de lactancia; y la prohibición del despido y cualquier acto preparatorio del mismo durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad, debiendo justificarse por escrito el despido si se produce en los seis meses siguientes a la finalización del permiso de maternidad⁷⁹.

No obstante, la Directiva propuesta no es bien recibida por la mayoría de los Estados miembros. Así, en el Informe de Progreso adoptado por el Consejo el 24 de noviembre de 2017 se señala que un gran número de Estados miembros cuestionan la necesidad de legislar sobre el permiso de los cuidadores a nivel de la UE, pues consideran que la introducción de dicho permiso realmente no contribuye a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el mercado laboral, ya que cinco días de licencia para los cuidadores no cambia significativamente la división de las responsabilidades de cuidado entre mujeres y hombres, cuestionando, también, la determinación de un mínimo de compensación económica en la propia Directiva, de ahí que se reemplace la referencia a una compensación al menos al nivel de una prestación por enfermedad por una asignación adecuada, que será definida por cada Estado miembro. Asimismo, la gran mayoría de los Estados miembros tampoco aceptan la ampliación de la edad máxima del niño/a por la que los padres pueden disfrutar del permiso parental a

⁷⁹ Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, Bruselas, 3 de octubre de 2008, COM(2008) 637 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0637> [consulta: 12 de octubre de 2024]. En octubre de 2010 el Parlamento Europeo concluyó su primera lectura de la Directiva propuesta, pero permaneció bloqueada en el Consejo durante cuatro años debido a la falta de acuerdo sobre la adaptación de las medidas sociales. En la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2015, sobre el permiso de maternidad (2015/2655(RSP), se pide a la Comisión que no retire la propuesta de Directiva, instándose a los Estados miembros a que reanuden las negociaciones y lleguen a una posición, sin embargo, ante la falta de acuerdo, el 1 de julio de 2015 la Comisión retira la Propuesta de Directiva, poniendo en marcha la iniciativa para abordar los desafíos del equilibrio entre vida laboral y personal, *vid.* European Commission, *Roadmap: New start to address the challenges of work-life balance faced by working families*, August 2015. Disponible en https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2015_just_012_new_initiative_replacing_maternity_leave_directive_en.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024].

12 años, pues tendría un impacto considerable en la planificación de los presupuestos nacionales, así como en las diferentes regulaciones nacionales ya existentes para apoyar a los padres que trabajan, incluidas las guarderías, por lo que se propone mantener la regulación vigente y reducir el límite de edad hasta los 8 años. Igualmente, se rechaza el aumento del número de meses no transferibles a cuatro del permiso parental, por lo que se propone mantener cuatro meses de derecho individual al permiso parental reduciendo el número de meses no transferible a tres⁸⁰. Conforme a tales reservas, el 25 de junio de 2018 el Consejo adoptó su Posición General sobre la Directiva, limitándose el alcance de las previsiones contempladas en la propuesta presentada por la Comisión, especialmente en relación con el permiso parental y el de cuidadores⁸¹. Tras meses de negociación interinstitucional, el 24 de enero de 2019 el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzan un acuerdo provisional sobre la Directiva, siendo respaldado por el Parlamento Europeo el 4 de abril de 2019, aprobándose dos meses más tarde la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo⁸².

El ámbito de aplicación personal de la Directiva (UE) 2019/1158 finalmente aprobada abarca a todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral, incluyéndose los trabajadores a tiempo parcial, los trabajadores con contratos de duración determinada o las personas que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, debiendo aplicarse a todos los trabajadores, independientemente de si su empleador pertenece al sector público o al sector privado, y del tamaño de la empresa u organización, estando, por tanto, también incluidos los trabajadores de las PYME en el ámbito de aplicación de la Directiva. Aunque corresponde a los Estados miembros definir los contratos de

⁸⁰ Vid. Council of the European Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and careers and repealing Council Directive 2010/18/EU – Progress report*, Brussels, 24 November 2017. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14280-2017-INIT/en/pdf> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁸¹ Vid. Council of the European Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and careers and repealing Council Directive 2010/18/EU – General approach*, Brussels, 25 June 2018. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10291-2018-INIT/en/pdf> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁸² Unión Europea, Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, DO L 188, de 12 de julio de 2019, pp. 79-93. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1158> [consulta: 12 de octubre de 2024].

trabajo y las relaciones laborales, de acuerdo con las leyes, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro, la libertad de los Estados miembros para definir dichos contratos y relaciones laborales no es ilimitada, ya que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Considerando 17 y art. 2)⁸³. La Directiva reconoce el permiso de paternidad de diez días laborables al padre progenitor o, cuando esté reconocido por la legislación nacional, a un segundo progenitor equivalente, aunque los Estados miembros pueden determinar si el permiso de paternidad puede disfrutarse en parte antes o únicamente después del nacimiento del hijo/a, y si puede disfrutarse con arreglo a fórmulas flexibles, no obstante, no se puede supeditar a períodos de trabajo anteriores ni a una condición de antigüedad, concediéndose con independencia del estado civil o familiar del trabajador, conforme se defina en el Derecho nacional, no pudiendo haber discriminación entre parejas casadas y no casadas y entre parejas heterosexuales y homosexuales (art. 4)⁸⁴. La remuneración del permiso de paternidad debe garantizar unos ingresos al menos equivalentes a los que correspondería percibir en caso de interrupción de la actividad laboral o profesional por motivos de salud, aunque los Estados miembros pueden supeditar el derecho a períodos de trabajo previos, que no podrán superar los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de nacimiento del hijo/a, debiendo incluirse en los períodos de trabajo previos los puestos sucesivos ocupados por el trabajador antes de la fecha prevista del parto para diferentes empleadores y bajo diversas circunstancias laborales, por lo que es posible que se reconozca el permiso de paternidad sin compensación económica cuando no se cumpla el requisito del período de trabajo previo establecido por el Estado miembro (art. 8.2)⁸⁵. Sin duda, la introducción del permiso de paternidad representa un avance limitado, dado el exiguo número

⁸³ *Ibid.*, pp. 81 y 86.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 86. El permiso de paternidad se define en el artículo 3.1.a) de la Directiva como la «ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los padres o, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados», *idem*.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 88. Durante la tramitación parlamentaria de la iniciativa, en el Proyecto de Informe del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva se propone que el trabajador/a reciba durante el permiso parental una remuneración o prestación equivalente al menos al 75 % del salario bruto, argumentándose que un porcentaje estándar de remuneración a nivel de la UE superior coadyuva a superar las anomalías entre los diversos niveles de remuneración por enfermedad en los distintos Estados miembros, contribuyendo a que un mayor número de padres se acojan el permiso parental, al ser la falta de una suficiente remuneración económica un fuerte desincentivo a la hora de ejercitar el derecho. Con la misma argumentación y finalidad, el Parlamento Europeo propone también que el permiso por cuidados se remunere al menos con el equivalente al 75 % del salario bruto percibido, *vid.* European Parliament, *Draft Report on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/E* [COM(2017)0253 –C8-0137/2017–2017/0085(COD)], Committee on Employment and Social Affairs, Rapporteur: David Casa, Brussels,

de días que establece la Directiva, así como por la amplia libertad de configuración que se otorga a los Estados miembros en cuestiones relevantes, dificultándose alcanzar la finalidad perseguida de fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres.

En cuanto al permiso parental, se reconoce a cada trabajador/a un derecho individual a disfrutar de un permiso de cuatro meses antes de que el hijo/a alcance como máximo 8 años de edad, no pudiendo ser transferidos dos meses de permiso parental, y no los cuatro meses tal como establecía la propuesta de Directiva, aunque los Estados pueden supeditar el derecho a disfrutar del permiso parental a un período de trabajo o a una antigüedad que no puede exceder de un año, debiendo concederse con independencia del estado civil o familiar del trabajador/a, conforme a lo establecido en el Derecho nacional (art. 5.1-5.4). Por tanto, cada progenitor biológico o adoptivo, hombre o mujer, tiene derecho a un mínimo de cuatro meses naturales de permiso parental, dos de los cuales no pueden transferirse entre los progenitores, para cuidar de su hijo/a hasta los 8 años, que determinarán los Estados miembros, tras el período inicial de permiso de maternidad y paternidad, pudiendo los Estados establecer una edad superior, dado el carácter de norma mínima de la Directiva, aunque, en todo caso, la edad debe establecerse de tal manera que permita a ambos padres ejercer efectivamente su derecho completo al permiso parental según la Directiva (Considerando 24). Los Estados miembros podrán determinar las circunstancias en las que se permita a un empleador, previa consulta de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, aplazar la concesión del permiso parental durante un período de tiempo razonable por considerar que el disfrute del permiso parental en el momento solicitado perturbaría gravemente el buen funcionamiento del empleador, justificándose por escrito el aplazamiento (art 5.5), pudiendo ofrecerse, en tal caso, formas flexibles de disfrutar el permiso parental (art. 5.7). Asimismo, se reconoce el derecho a solicitar el disfrute del permiso parental en formas flexibles, pudiendo los trabajadores solicitar que se les concede el permiso parental a tiempo completo o a tiempo parcial, en períodos alternos, o de otras formas flexibles, debiendo el empleador responder a tal solicitud en función de las necesidades tanto del empleador como del trabajador, y justificar por escrito cuando se niegue a acceder a tal solicitud en un plazo razonable (art. 5.6). Igualmente, los Estados miembros deberán evaluar la necesidad de adaptar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación del permiso parental a las necesidades específicas de

6 de marzo de 2018, pp. 13, 17 y 18. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/EMPL-PR-618193_EN.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024].

los padres en situaciones especialmente desfavorecidas, como los padres adoptivos, los padres con discapacidad y los padres con hijos con discapacidad o con una enfermedad de larga duración (art. 5.8)⁸⁶. Los Estados miembros o los interlocutores sociales deben definir la remuneración o prestación económica del permiso parental de manera que se facilite su disfrute por parte de ambos progenitores, aunque, a diferencia de lo previsto en la propuesta de Directiva, no se exige que sea equivalente a la prestación por enfermedad (art. 8.3)⁸⁷. Durante los dos meses no transferibles de permiso parental para cada progenitor debe proporcionarse una remuneración o prestación «adecuada», debiendo a tal efecto los Estados miembros tener en cuenta que el disfrute del permiso parental a menudo da lugar a una pérdida de ingresos para la familia, de ahí que los primeros sustentadores de una familia puedan hacer uso del derecho al permiso parental solo si está suficientemente remunerado, de tal forma que permita un nivel de vida digno (Considerando 31)⁸⁸.

Por lo que se refiere al permiso para cuidadores, conforme al artículo 3.1.c) de la Directiva por permiso para cuidadores se entiende la «ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro», incluyéndose tanto el cuidado de un familiar, que según la propia Directiva alcanza al hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el derecho nacional (art. 3.1.e), como el de cualquier otra persona que conviva con el trabajador/a y requiera asistencia por motivo médico grave. De conformidad con este ámbito subjetivo amplio, se reconoce a cada trabajador/a cinco días laborables al año, aunque los Estados miembros pueden establecer detalles adicionales relativos al ámbito de aplicación del permiso y a sus condiciones de conformidad con la legislación o los usos nacionales, debiendo poder concederse el permiso sobre la base de un período que no sea de un año, atendiendo a la persona que requiere asistencia o cuidados, o al caso, pudiendo supeditarse el ejercicio de este derecho a su adecuada justificación conforme a la legislación o usos nacionales, pero no se determina para este permiso ninguna compensación económica, por lo que no queda garantizada necesariamente una remuneración (art. 6). No obstante, se

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 86-87. El artículo 3.1.b) de la Directiva define el permiso parental como la «ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar de este», *idem*.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 88.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 82.

anima a los Estados miembros a que introduzcan una remuneración o una prestación de este tipo para garantizar el ejercicio efectivo del derecho por los cuidadores, especialmente por parte de los hombres (Considerando 32)⁸⁹.

Para cumplir las nuevas disposiciones de la Directiva (UE) 2019/1158 sobre permisos de paternidad, parentales y para cuidadores y la compensación durante estos tipos de permisos, se prevé una «cláusula pasarela», de manera que los Estados miembros pueden tener en cuenta cualquier permiso y remuneración o prestación económica por motivos familiares que esté disponible a nivel nacional, incluidos los permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores, a los que pueda acogerse el trabajador/a en el ámbito nacional, que supere los estándares mínimos previstos en la propia Directiva o en la Directiva 92/85/CEE, siempre que se respeten los requisitos mínimos para dichos permisos y que no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en los ámbitos de aplicación de dichas Directivas (art. 20.6)⁹⁰.

Asimismo, la Directiva reconoce a cada trabajador/a un derecho a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor, por motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente, que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador/a, pudiendo los Estados miembros limitar el derecho a un tiempo determinado por año, por caso, o por año y por caso, pero no se especifica el grado de parentesco con los causantes del derecho, la relación de convivencia, la duración del permiso, ni si los Estados miembros pueden supeditar el derecho a un período de trabajo previo, no exigiéndose una remuneración o prestación, dejando, por tanto, un amplio margen a la libertad de configuración de los Estados miembros (art. 7)⁹¹.

En relación con el acceso a fórmulas de trabajo flexible, los Estados miembros deben garantizar que los trabajadores con hijos de hasta una edad determinada, que será como mínimo de ocho años, y los cuidadores, tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para ocuparse de sus obligaciones de cuidado, pudiendo estar supeditada la duración de estas fórmulas de trabajo flexible a un límite razonable, así como a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses (art. 9). A diferencia de los permisos de paternidad, parentales y de cuidado, que son derechos absolutos que el empleador no puede rechazar, sin embargo, el derecho a acceder a fórmulas de trabajo flexibles es relativo, pues el empleador no está obligado a concederlo. No obstante, los Estados miembros deben garantizar que las tres

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 83, 86 y 87.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 91.

⁹¹ *Ibid.*, p. 87.

modalidades de trabajo flexible mencionadas en la Directiva, esto es, fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo (art. 3.1.f) estén disponibles para los trabajadores, debiendo los empleadores responder a las solicitudes de fórmulas de trabajo flexible en un plazo razonable, teniendo en cuenta las necesidades tanto del empleador como del trabajador/a, y debiendo justificar cualquier denegación o aplazamiento de las fórmulas de trabajo flexible solicitadas (art. 9.2). Cuando las fórmulas de trabajo flexible tengan una duración limitada, el trabajador tendrá derecho a volver a su trabajo original al finalizar el período acordado, aunque el trabajador también tiene derecho a solicitar volver a su modelo de trabajo original antes de que finalice el período acordado siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias (art. 9.3)⁹².

Para garantizar la protección de los progenitores y cuidadores que han ejercido los derechos reconocidos, se establecen una serie de derechos laborales. Así, los Estados miembros garantizarán que los derechos adquiridos o en proceso de adquisición por los trabajadores en la fecha en que comienza un período de permiso se mantengan hasta el final del permiso, incluidos los cambios derivados de la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales (art. 10.1). Asimismo, los trabajadores que se hayan acogido a un permiso de paternidad, parental y de cuidado de personas, tendrán derecho a reincorporarse a sus puestos de trabajo o equivalente al final del permiso en unas condiciones que no les resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a las que hubieran tenido derecho si no hubieran disfrutado del permiso, incluyéndose el lugar de trabajo, los horarios de trabajo y la remuneración (art. 10.2). Igualmente, los Estados miembros asegurarán que los trabajadores que disfruten de cualquiera de los permisos reconocidos, incluido el de fuerza mayor, mantengan la relación laboral (art. 10.3)⁹³.

Asimismo, se establece un principio de no discriminación, prohibiéndose que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado de alguno de los permisos y derechos reconocidos en la Directiva, ya sea el permiso de paternidad, permiso parental, permiso para cuidadores, ausencia del trabajo por fuerza mayor, o las fórmulas de trabajo flexible (art. 11). Igualmente, se protege a los trabajadores que se acojan a un permiso de paternidad, parental, al permiso para cuidadores o a fórmulas de trabajo flexible frente al despido durante el período en el que soliciten los permisos o los disfruten (art. 12.1), pudiendo pedir al empleador que fundamente debida-

⁹² *Ibid.*, pp. 86 y 88.

⁹³ *Ibid.*, p. 88.

mente las causas del despido (art. 12.2). Y cuando los trabajadores que se acogen a un permiso de paternidad, parental o de cuidadores acrediten ante un tribunal o autoridad competente hechos que puedan dar lugar a la presunción de que han sido despedidos por haber solicitado o disfrutado de tales permisos, corresponde al empleador demostrar que el despido se ha basado en motivos distintos, operando así la inversión de la carga de la prueba (art. 12.3). Finalmente, se obliga a los Estados miembros a establecer un régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, que deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 13), pudiendo incluirse sanciones administrativas y económicas, como multas o el pago de una indemnización (Considerando 43). Por último, para que los trabajadores no sean disuadidos de ejercer sus derechos por temor a posibles represalias, se establece la protección contra el trato o las consecuencias desfavorables, obligándose a los Estados miembros a introducir las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los representantes de los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador o contra las consecuencias desfavorables derivadas de la interposición de una demanda contra la empresa con el objetivo de hacer cumplir los derechos de la Directiva (Considerando 44 y art. 14)⁹⁴.

Y en cuanto a la transposición de la Directiva, los Estados miembros tienen que poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 2 de agosto de 2022, informando inmediatamente a la Comisión, salvo para la prestación económica correspondiente al permiso parental, cuyo plazo se amplía hasta el 2 de agosto de 2024 (art. 20)⁹⁵.

Sin duda, la Directiva (UE) 2019/1158 mejora el marco jurídico existente en la Unión Europea y contribuye a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres con respecto a las oportunidades del mercado laboral y las condiciones de trabajo, permitiendo a los padres y a las personas con responsabilidades de cuidado conciliar en mayor medida sus obligaciones laborales y sus deberes de cuidado, incentivándose la aceptación por parte de los hombres de permisos familiares y acuerdos laborales flexibles y coadyuvándose a la participación de las mujeres en el mercado laboral y a la reducción de la brecha salarial de género y de pensiones⁹⁶. Sin embargo, aunque la Directiva puede tener un impacto relevante en

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 84 y 89.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 88-89.

⁹⁶ De los diversos estudios críticos sobre la Directiva, entre otros, *vid.* WADDINGTON, L., y BELL, M., «Similar, yet different: the Work-Life Balance Directive and the expanding frontiers of EU non-discrimination law», *Common Market Law Review*, vol. 58, núm. 5, 2021, pp. 1401-1432. Disponible en <https://>

los Estados miembros que todavía no han adoptado las normas mínimas previstas en la misma⁹⁷, no obstante, contribuye de forma limitada a abordar las diferencias entre las disposiciones legales nacionales existentes, garantizar que los Estados miembros se orienten en la misma dirección y fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en lo que respecta a las oportunidades del mercado de trabajo. Así, solo el permiso de paternidad tiene reconocido una remuneración de al menos al nivel de la baja por enfermedad, aunque la remuneración de la baja por enfermedad varía considerablemente en los Estados miembros y solo en 14 Estados garantiza al menos el 66 % de los ingresos anteriores, desincentivándose, en consecuencia, que los hombres se acojan al permiso de paternidad⁹⁸. Asimismo, la cuantía de la remuneración de los dos meses del permiso parental queda a disposición de los Estados, por lo que no se garantiza un estándar mínimo para toda la Unión, pudiendo generarse diferencias sustanciales, dificultándose que los hombres consideren el permiso parental una opción razonable⁹⁹. Además de que la determinación del segundo progenitor equivalente en función de su reconocimiento por la legislación nacional excluirá a los padres y cuidadores integrados en unidades familiares diversas no reconocidas, como las familias con necesidades especiales o monoparentales¹⁰⁰.

cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/74758948/Waddington_2021_SIMILAR_YET_DIFFERENT.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024]; WADDINGTON, L. y BELL, M., «The right to request flexible working arrangements under the Work-life Balance Directive. A Comparative perspective», *European Labour Law Journal*, vol. 12, núm. 4, 2021, pp. 508-528. Disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/203195252111038270> [consulta: 12 de octubre de 2024]; A. Oliveira, M. De la Corte-Rodríguez, F. Lütz, «The new Directive on Work-Life Balance: towards a new paradigm of family care and equality?», *European Law Review*, vol. 45, núm. 3, 2022, pp. 295-323. Disponible en https://www.ucg.ac.me/skladiste/blog_609402/objava_92340/fajlovi/2020%20June%20_%20The%20new%20Directive%20on%20work_life%20%20balance%20_%20ELRev.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁹⁷ Al respecto *vid.* A. CORTE-RODRÍGUEZ, O. M. de la, y LÜTZ, F., «The New Directive on Work-Life Balance. Towards a New Paradigm of Family Care and Equality?», *European Law Review*, núm. 3, 2020, pp. 295-323, especialmente pp. 311-317. Disponible en https://www.ucg.ac.me/skladiste/blog_609402/objava_92340/fajlovi/2020%20June%20_%20The%20new%20Directive%20on%20work_life%20%20balance%20_%20ELRev.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁹⁸ *Vid.* European Commission, *Paternity and parental leave policies across the European Union. Assessment of current provision*, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Publications Office, 2018, especialmente p. 5. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a8464ad8-9abf-11e8-a408-01aa75ed71a1/language-en> [consulta: 12 de octubre de 2024].

⁹⁹ Un interesante estudio sobre la elegibilidad del permiso parental remunerado y no remunerado en los Estados miembros de la Unión Europea puede consultarse en European Institute for Gender Equality (EIGE), *Eligibility for Parental Leave in EU Member States*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020. Disponible en https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/mh0219002enn_002.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024]. *Vid.* también Eurofound, *Parental and Paternity Leave. Uptake by fathers*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019. Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2019/parental-and-paternity-leave-uptake-fathers> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁰⁰ Al respecto *vid.* CHEREGATO, E., «A Work-life Balance for all? Assessing the inclusiveness of EU Directive 2019/1158», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 236, núm. 1, 2020, pp. 59-80.

Igualmente, la inexistencia de una remuneración obligatoria para el permiso de cuidadores obstaculiza considerablemente el disfrute efectivo del derecho por los trabajadores con responsabilidades de cuidados, sin olvidar que el permiso para cuidadores reducido a solo cinco días laborables al año tampoco asegura efectivamente que los trabajadores que tienen responsabilidades de cuidado permanezcan en el mercado laboral o se incorporen al mismo si no se ve acompañado de propuestas que garanticen la disponibilidad, accesibilidad y asequibilidad de infraestructuras y servicios de atención. De igual manera, la Directiva no establece todas las modalidades específicas de trabajo flexible que permitan a los cuidadores conciliar de manera efectiva la vida laboral y personal, quedando supeditado a la permisibilidad de los empleadores y al marco regulador establecido por cada Estado miembro, lo que perjudicará especialmente a los trabajadores en situación laboral temporal y precaria, mayoritariamente mujeres, que tendrán más dificultades para acogerse a las modalidades de trabajo flexible¹⁰¹. El alcance limitado de la Directiva se ha puesto de manifiesto inmediatamente después de su aprobación, a partir de 2020 durante la pandemia del COVID-19, que ha afectado desproporcionadamente a las mujeres por ser mayoritariamente las que asumen las responsabilidades de cuidado¹⁰², de ahí que sea necesario abordar una modificación de la Directiva (UE) 2019/1158 que refuerce el marco existente, ofrezca mayores incentivos para que los padres se acojan al permiso de paternidad, incluya el amplio espectro de la diversidad familiar existente en las sociedades europeas y limite el margen de discreción de los empleadores en el ámbito de los acuerdos de trabajo flexible, especialmente en relación con las condiciones del teletrabajo¹⁰³.

Con todo, a pesar de los reducidos estándares adoptados por la Directiva (UE) 2019/1158, sin embargo, una parte de los Estados miembros no han cumplido con la transposición de sus previsiones en el plazo previsto, el 2 de agosto de

¹⁰¹ Vid. European Trade Union Confederation, *Rebalance. Hacer realidad la Directiva de conciliación entre la vida laboral y la vida personal*, Bruselas, 2019. Disponible en <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2019-12/744-Etuc-Short-ES-draft3.pdf> [consulta: 12 de octubre de 2024]; WADDINGTON, L. y BELL, M., «The right to request flexible working arrangements under the Work-life Balance Directive: a comparative perspective», *European Labour Law Journal*, vol. 12, núm. 4, 2021, pp. 508-528. Disponible en <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/20319525211038270> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁰² Vid. European Institute for Gender Equality (EIGE), *Gender Equality and the Socio-economic Impact of the COVID-19 Pandemic*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021. Disponible en <https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/gender-equality-and-socio-economic-impact-covid-19-pandemic> [consulta: 12 de octubre de 2024]; Eurofound, *Women and Labour Market Equality: Has COVID-19 Rolled Back Recent Gains?*, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2020. Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2020/women-and-labour-market-equality-has-covid-19-rolled-back-recent-gains> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁰³ Al respecto vid. ARABADJIEVA, K., *Reshaping the Work-life Balance Directive with Covid-19 Lessons in Mind*, European Trade Union Institute, Working Paper, 1, 2022. Disponible en <https://www.etui.org/sites/default/files/2021-12/Reshaping%20the%20Work%E2%80%9393Life%20Balance%20Directive%20with%20Covid-19%20lessons%20in%20mind-2022.pdf> [consulta: 12 de octubre de 2024].

2022 (salvo para la prestación económica correspondiente al permiso parental, cuyo plazo finaliza el 2 de agosto de 2024)¹⁰⁴. Así, aunque todos los Estados miembros necesitaban adoptar medidas de aplicación para cumplir los requisitos de la Directiva, solo 15 Estados habían adoptado alguna legislación para transponer la Directiva o algunas partes de ella, mientras que los otros 12 no habían adoptado ninguna legislación nueva para su aplicación, afectando especialmente la falta de regulación al permiso o la prestación parental, los acuerdos de trabajo flexible y la protección jurídica¹⁰⁵. De ahí que un mes más tarde, el 21 de septiembre de 2022, la Comisión inicie un procedimiento de «infracción por falta de comunicación» y envíe una carta de emplazamiento a 19 Estados miembros (Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, República Checa y Rumanía) por no haber comunicado las medidas adoptadas para transponer la Directiva a su legislación nacional, constatándose, tras recibir las respuestas, que la Directiva aún no se había transpuesto plenamente en 11 Estados miembros (Austria, Bélgica, Chipre, Croacia, Eslovenia, España¹⁰⁶, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo y República Checa), por lo que en abril de

¹⁰⁴ Sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 por los Estados miembros hasta septiembre de 2022 *vid.* COFACE Families Europe, *EU Work-life Balance Directive Transposition in Action: A Mixed Picture. From non-compliance and basic minimum standards to ambitious reforms for modern gender-responsive family policies*, COFACE Families Europe Assessment of the EU Work-life Balance Directive transposition, September 2022. Disponible en https://coface-eu.org/wp-content/uploads/2022/10/COFACEAssessment_WLBDirective_2022.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁰⁵ Al respecto *vid.* European Commission, *The Transposition of the Work-life Balance Directive in EU Member States: A long way ahead*, CORTE-RODRÍGUEZ, M., Directorate-General for Justice and Consumers, 2022, pp. 53-28. Disponible en <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5779-the-transposition-of-the-work-life-balance-directive-in-eu-member-states-a-long-way-ahead> [consulta: 12 de octubre de 2024]; European Commission, *The Transposition of the Work-life Balance Directive in EU Member States (II): Considerable work still to be done*, CORTE-RODRÍGUEZ, M., Directorate-General for Justice and Consumers, 2024. Disponible en <https://www.equalitylaw.eu/downloads/6048-the-transposition-of-the-work-life-balance-directive-in-eu-member-states-ii-considerable-work-still-to-be-done> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁰⁶ La transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 al ordenamiento jurídico español ha tenido lugar casi un año después de la fecha prevista mediante el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2023/BOE-A-2023-15135-consolidado.pdf> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Sobre la transposición de la Directiva, entre otros, *vid.* CASTRO ARGÜELLES, M. A., «Conciliación de la vida familiar y laboral de progenitores y cuidadores: la transposición de la Directiva (UE) 2019/1157 por el Real Decreto-ley 5/2023», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 271, 2024, pp. 83-120; FLOR FERNÁNDEZ, M. L. de la, «La Directiva sobre conciliación y su transposición en España», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 168, 2023, pp. 37-66; NIETO ROJAS, P., «La transposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RDL 5/2023», *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, pp. 75-102.

2023 la Comisión les envió un dictamen motivado concediéndoles dos meses para adoptar las medidas necesarias de transposición de la Directiva, de lo contrario, podría decidir llevarlos ante el Tribunal de Justicia¹⁰⁷.

Habrà que estar, por tanto, a la efectiva transposición de la Directiva por todos los Estados miembros y, conforme al procedimiento de seguimiento y evaluación establecido, a los informes que presenten a la Comisión antes del 2 de agosto de 2027 sobre su aplicación, incluyéndose los datos agregados sobre el disfrute de los distintos tipos de permisos y fórmulas de trabajo flexible por parte de mujeres y hombres¹⁰⁸. Aunque, como se ha analizado más arriba, dado el limitado alcance de la propia Directiva y el amplio margen de configuración de que disponen los Estados miembros, es previsible que los avances sean limitados, con las consecuencias que tiene para la superación de la brecha de género en el ámbito del cuidado, en el ámbito salarial y en el propio mercado laboral. En efecto, como evidencia el estudio del Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE) sobre las desigualdades de género en el cuidado y sus consecuencias para el mercado laboral publicado en 2021, una proporción significativamente mayor de mujeres (93 %) que de hombres (53 %) realizan trabajos de cuidado no remunerado al menos varias veces a la semana, dedicando las mujeres 3,9 horas diarias a este tipo de trabajo, en comparación con las 2,6 horas de los hombres en toda la UE, y las mujeres que son madres tienen una mayor carga de responsabilidades familiares, influyendo en su menor participación en el mercado laboral y en sus ingresos. Así, el cuidado de otras personas o de otras responsabilidades familiares es la principal causa por la que no buscan empleo el 53 % de las mujeres de entre 25 y 49 años, frente al 8 % de los hombres¹⁰⁹, siendo la distribución desigual del trabajo de cuidados no remunerado uno de los principales factores de la brecha de género en el empleo, representando las mujeres que están inactivas debido a respon-

¹⁰⁷ Vid. European Commission, *Reasoned opinions. Work-life balance: Commissions calls on 11 countries to fully transpose EU rules on work-life balance for parents and carers*, 19 April, 2023. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_23_1808 [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁰⁸ Conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Directiva, los Estados miembros comunicarán a la Comisión toda la información sobre su aplicación para que la Comisión elabore un informe que transmitirá al Parlamento Europeo y al Consejo, que puede incluir una propuesta legislativa, y que debe ir acompañado de un estudio de la interacción entre los diferentes tipos de permiso previstos en la Directiva, incluidos otros tipos de permisos por motivos familiares, como el permiso por adopción, así como un estudio de los derechos a permisos por motivos familiares que se conceden a los trabajadores por cuenta propia, *vid.* Unión Europea, Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, *op. cit.*, p. 90.

¹⁰⁹ European Institute for Gender Equality (EIGE), *Gender Equality and the Socio-economic Impact of the COVID-19 Pandemic*, *op. cit.* p. 14.

sabilidades de cuidado el 17 % de la población total en 2019¹¹⁰. Asimismo, como se constata en el Índice de Igualdad de Género publicado en 2022, a pesar de que el tiempo dedicado a cuidados no remunerados ha aumentado como consecuencia de la pandemia, la distribución de los cuidados en el hogar ha seguido siendo desigual, pues el 58 % de las mujeres son responsables fundamentalmente de los cuidados a largo plazo y el 52 % del cuidado de los niños menores de 12 años, frente al 23 % de los hombres, teniendo los cuidados a largo plazo informales un mayor impacto en el trabajo remunerado de las mujeres que de los hombres, pues solo el 68 % de las mujeres que participan en cuidados a largo plazo informales participan en un trabajo remunerado, frente al 80 % de los hombres, lo que provoca la vulnerabilidad financiera de las mujeres cuidadoras, su menor capacidad para permitirse servicios externos de cuidados y sus dificultades para incorporarse al mercado de trabajo¹¹¹. Y según los datos publicados recientemente en el Índice de Igualdad de Género de 2023, las brechas de género en el cuidado no remunerado siguen siendo altas, pues el 34 % de las mujeres se dedican al cuidado de niños y de larga duración a diario, frente al 25 % de los hombres, realizando el 63 % de las mujeres tareas domésticas todos los días, frente al 36 % de los hombres. En consecuencia, no sorprende que la brecha de género más aguda en la tasa de empleo se observe entre las parejas con hijos, con un 26 % a favor de los hombres, pues las mujeres tienen una tasa de participación en el mercado laboral del 65 % frente al 91 % de los hombres con hijos, reflejándose el impacto negativo que tiene en las madres los estereotipos de género en la provisión de cuidado infantil, recayendo desproporcionadamente sobre las mujeres. De ahí que la segunda brecha salarial de género más amplia tenga lugar entre mujeres y hombres que viven en pareja con hijos, reflejándose la penalización que el desempeño del cuidado no remunerado tiene en el nivel de ingresos de las mujeres¹¹².

Por tanto, para la efectiva consecución del Principio 9 del PEDS relativo al equilibrio entre vida profesional y vida privada, es necesario que la Unión Europea adopte medidas que garanticen la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres, dado el papel que desempeñan las desigualdades salariales a la hora de obli-

¹¹⁰ European Institute for Gender Equality (EIGE), *Gender Inequalities in Care and Consequences for the Labour Market*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, pp. 16, 17, 18, 74. Disponible en https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/gender-inequalities-care-and-consequences-labour-market?language_content_entity=en [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹¹¹ European Institute for Gender Equality (EIGE), *Gender Equality Index 2022. The COVID-19 and Care*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, pp. 60-101, 103-105. Disponible en https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/gender-equality-index-2022-covid-19-pandemic-and-care?language_content_entity=en [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹¹² European Institute for Gender Equality (EIGE), *Gender Equality Index 2023. Towards a Green Transition in Transport and Energy*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023, pp. 27-28, 35, 121-122. Disponible en <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023> [consulta: 12 de octubre de 2024].

gar a las mujeres a asumir una mayor proporción de cuidados, contribuyendo, asimismo, a la reducción de la brecha salarial de género¹¹³. Así, como se analiza a continuación, para garantizar la implementación del derecho a la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor reconocido en el Principio 2 relativo a igualdad de género del PEDS se aprueba un Plan de Acción UE 2017-2019 para abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres¹¹⁴ y se adopta la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento¹¹⁵.

IV. IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN PARA UN TRABAJO DE IGUAL VALOR: LA DIRECTIVA (UE) 2023/970 POR LA QUE SE REFUERZA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES POR UN MISMO TRABAJO O UN TRABAJO DE IGUAL VALOR A TRAVÉS DE MEDIDAS DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA Y DE MECANISMOS PARA SU CUMPLIMIENTO

La igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo por un trabajo de igual valor ha formado parte del acervo jurídico de la Unión Europea

¹¹³ Vid. European Institute for Gender Equality (EIGE), *Gender inequalities in care and consequences of the labour market*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021. Disponible en <https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/tackling-gender-pay-gap-not-without-better-work-life-balance> [consulta: 12 de octubre de 2024]; European Institute for Gender Equality (EIGE), *Tackling the gender pay-gap: not without a better work-life balance*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019. Disponible en <https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/tackling-gender-pay-gap-not-without-better-work-life-balance> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹¹⁴ Vid. Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Plan de Acción de la UE 2017-2019 Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, Bruselas, 20 de noviembre de 2017, COM(2017) 678 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:19320cc0-cde3-11e7-a5d5-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_1&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024]; Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Plan de Acción de la UE 2017-2019 Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, Bruselas, 20 de noviembre de 2017, COM(2017) 678 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:19320cc0-cde3-11e7-a5d5-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_2&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹¹⁵ Unión Europea, Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, DO L 132, de 17 de mayo de 2023, pp. 21-44. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023L0970> [consulta: 12 de octubre de 2024].

desde su fundación. Así, el artículo 119 del TCEE insta ya el principio de igualdad de retribuciones entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo¹¹⁶, que sería desarrollado inicialmente en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, estableciéndose la igualdad de retribución no solo para un mismo trabajo sino también para un trabajo al que se atribuye un mismo valor (art. 1.1), debiendo el sistema de clasificación profesional para la determinación de la retribuciones basarse en criterios comunes para los trabajos masculinos y femeninos, de forma que se excluyan las discriminaciones por razón de sexo (art. 1.2)¹¹⁷. Asimismo, el Tratado de Ámsterdam de 1997 exige a los Estados miembros garantizar la aplicación de la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (art. 141.1)¹¹⁸. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), reconoce el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, que debe garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución, no impidiendo tal principio el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado (art. 23)¹¹⁹. Conforme a este marco, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), establece que para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, queda prohibida la discriminación directa e

¹¹⁶ Unión Europea, Tratado de Roma. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957 (no publicado en el Diario Oficial).

¹¹⁷ Unión Europea, Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en lo que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, DO L 45, de 19 de febrero de 1975, pp. 52-53. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975L0117> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹¹⁸ Unión Europea, Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 340, de 10 de noviembre de 1997, pp. 1-144. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹¹⁹ Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO C 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 389-403. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12010P&from=EN> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Hay que tener en cuenta que las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51 CDFUE), de ahí que el Tribunal de Luxemburgo haya exigido en su jurisprudencia un nexo de conexión o vínculo suficiente con el Derecho de la Unión para que se apliquen las disposiciones de la Carta, *vid.* Sentencia de 6 de marzo de 2014, *Cruciano Siragusa*, asunto C-26/13, ECLI:EU:C:2014:126; Sentencia de 27 de marzo de 2014, *Torralbo Marcos*, asunto C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187.

indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, exigiéndose que, si se utiliza un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, se base en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo (art. 4)¹²⁰. Y el vigente Tratado de Lisboa establece el principio de igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, debiendo ser garantizado por cada Estado miembro (art. 157.1 TFUE)¹²¹.

Por tanto, el principio de igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor se ha consolidado como un auténtico derecho fundamental y principio rector de la Unión Europea, atribuyéndole el Tribunal de Justicia eficacia directa al precepto de los Tratados que lo establecen tanto en el marco de las instituciones de la UE como en el de los Estados miembros, y tanto frente al Estado (eficacia directa vertical) como frente a los particulares (eficacia directa horizontal)¹²². Sin embargo, debido a la inaplicación de las disposiciones de la Directiva 2006/54/CE, las desigualdades retributivas entre trabajadores y trabajadoras y la brecha salarial de género persisten en todos los Estados miembros. Así, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de julio de 2007, relativa a actuar contra la diferencia de retribución entre mujeres y hombres, se afirma que las mujeres siguen viéndose afectadas por la discriminación salarial por razón de género y las desigualdades en el mercado laboral, pues se concentran en un número de sectores y profesiones mucho más limitado que los hombres, que tienden a estar peor valorados y remunerados que los ocupados mayoritariamente por hombres, viéndose acentuada su segregación por tradiciones y estereotipos

¹²⁰ Unión Europea, Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), DO L 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23-36. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0054> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹²¹ Unión Europea, Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO C 202, de 7 de junio de 2016, pp. 47 ss. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=ES> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹²² Entre otras *vid.* Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, asunto C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56; Sentencia de 31 de marzo de 1981, *Jenkins*, asunto C-96/80, ECLI:EU:C:1981:21; y Sentencia de 17 de mayo de 1990, *Barber*, asunto C-262/88, ECLI:EU:C:1990:209. Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el principio de igualdad de retribución, incluyéndose la definición de retribución, el significado del concepto de trabajo de igual valor, así como la discriminación relacionada con la clasificación y evaluación de puestos de trabajo, puede consultarse en European Commission, *Equal Pay. Overview of landmark case-law of the Court of Justice of the European Union*, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ecbe429-fb90-11e9-8c1f-01aa75ed71a1> [consulta: 12 de octubre de 2024].

que influyen en la elección de la educación, en la evaluación y clasificación de las profesiones y en la participación en el empleo, soportando más que los hombres las dificultades vinculadas a la conciliación de la vida profesional y la vida privada, afectando a la elección de la trayectoria profesional, provocando un mayor uso del tiempo parcial y generando interrupciones de carrera más frecuentes, de ahí que la trayectoria profesional de las mujeres sea con frecuencia más lenta y corta y, por tanto, peor remunerada, percibiendo, en consencuencia, pensiones más bajas. Para su superación, la Comisión se compromete a realizar un análisis de las disposiciones existentes desde la perspectiva de su pertinencia respecto a las causas constatadas de la diferencia de retribución, y a proponer, en su caso, una adaptación del marco legislativo comunitario, instándose a los Estados miembros a establecer objetivos y plazos nacionales para la reducción de la diferencia de retribución entre mujeres y hombres en función de estadísticas coherentes, comparables y completas ¹²³.

Un año más tarde, el Parlamento Europeo, en su Resolución, de 18 de noviembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres [2008/2012(INI)], pide a la Comisión que le presente antes del 31 de diciembre de 2009 una propuesta legislativa sobre la revisión de la legislación existente en relación con la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, conforme a las recomendaciones especificadas en el Anexo, especialmente: convertir en obligatorias las auditorías periódicas en materia de retribución y la publicación de sus resultados dentro de las empresas

¹²³ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de julio de 2007, Actuar contra la diferencia de retribución entre mujeres y hombres, Bruselas, 18 de julio de 2007, COM(2007) 424 final, especialmente pp. 3-5, 7-8 y 9. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0424> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Vid. también los estudios previos de la Comisión sobre brecha salarial de género, European Commission, *Legal Aspects of the Gender Pay Gap*. Report by the Commission's Network of legal experts in the fields of employment, social affairs and equality between men and women, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2007; *The Gender Pay Gap. Origins and Policy Responses: A Comparative Review of 30 European Countries*, Group of Experts on Gender, Social Inclusions and Employment, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Office for Publications of the European Communities, Luxembourg, 2006. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b357d6d2-4648-4d47-b553-e99ad0a1cff7> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Asimismo, en un informe elaborado por la Red Europea de Expertos Jurídicos en el Ámbito de la Igualdad de Género de la Comisión, se analizan las políticas, iniciativas e instrumentos jurídicos nacionales destinados a abordar la brecha salarial de género en 33 Estados, incluidos los 27 Estados miembros de la UE, Islandia, Liechtenstein y Noruega, así como Croacia, la República de Macedonia del Norte y Turquía, vid. European Commission, *The Gender Pay Gap in Europe from a Legal Perspective*, FOUBERT, P., Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010. Disponible en <https://www.equalitylaw.eu/downloads/3862-the-gender-pay-gap-in-europe-from-a-legal-perspective-pdf-518-kb> [consulta: 12 de octubre de 2024].

(por ejemplo, en las empresas con un mínimo de veinte empleados), debiendo los empresarios facilitar a los empleados y a sus representantes sus resultados en forma de estadísticas salariales desglosadas por sexo, que deben ser coherentes, comparables y completas para evitar cualquier elemento discriminatorio de la remuneración, y ser compatibles con los sistemas de clasificación y organización del trabajo; introducir clasificaciones profesionales que respeten el principio de igualdad entre mujeres y hombres, debiendo ser transparentes y estar a disposición de las partes, las inspecciones de trabajo y los organismos de fomento de la igualdad; realizar una evaluación de las profesiones no sexista basada en sistemas de clasificación y organización del personal y del trabajo, así como en la experiencia profesional y la productividad, desde el punto de vista cualitativo que permita determinar las retribuciones conforme al principio de comparabilidad; adoptar medidas específicas para prevenir la discriminación salarial, especialmente, las destinadas a conciliar la actividad profesional con la vida familiar y privada que contemplen servicios de asistencia, horarios de trabajo flexibles, permisos de maternidad y paternidad y permisos parentales con cobertura económica para los dos progenitores; y garantizar que el incumplimiento del principio de igualdad de retribución por un trabajo de igual valor sea objeto de sanciones adecuadas, como una indemnización cuya magnitud no debe restringirse mediante el establecimiento de un límite máximo, y sanciones que incluyan el pago de una indemnización a la víctima, multas administrativas, así como la exclusión de prestaciones y subvenciones públicas ¹²⁴.

Posteriormente, en sus Conclusiones, de 6 de diciembre de 2010, sobre el refuerzo del compromiso de eliminar las diferencias de retribución entre mujeres y hombres y la intensificación de las medidas a tal efecto, y sobre el examen de la aplicación de la Plataforma de Acción de Pekín, el Consejo insta a los Estados miembros a implantar medidas para hacer frente a las causas de las diferencias salariales entre hombres y mujeres, especialmente, mediante la promoción de la transparencia salarial respecto de la composición y estructuras de los sueldos, la evaluación y clasificación neutral de los empleos de forma que se evite la discriminación de género resultante de la evaluación insuficiente de las cualificaciones de las mujeres y de los empleos y profesiones por ellas desempeñados, la eliminación de la segregación vertical y horizontal, la mejora de la conciliación del trabajo, la vida familiar y la vida privada tanto

¹²⁴ Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de noviembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres [2008/2012(INI)], DO C 16E, de 22 de enero de 2010, pp. 21-28. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.CE.2010.016.01.0021.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2010%3A016E%3ATOC> [consulta: 12 de octubre de 2024].

para mujeres como hombres, así como el seguimiento y medición de las diferencias de retribución entre mujeres y hombres conforme a los indicadores principales y complementarios definidos en el anexo, que reflejan la naturaleza multidimensional de la brecha salarial de género¹²⁵.

No obstante, el Parlamento Europeo sigue insistiendo en la necesidad de reformar la Directiva 2006/54/CE. Así, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a las Comisión sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor [2011/2285(INI)], afirma que entre las causas de la elevada y persistente diferencia de retribución entre mujeres y hombres se incluyen la discriminación directa e indirecta, además de factores sociales y económicos como la segregación ocupacional, horizontal y vertical en el mercado laboral, la infravaloración del trabajo de la mujer, la desigualdad en la conciliación entre la vida profesional y personal, y las tradiciones y estereotipos, entre ellos, la elección de opciones educativas, la orientación escolar, el acceso a las profesiones y, en consecuencia, la promoción profesional, especialmente para las jóvenes y las mujeres, que las dirigen hacia profesiones típicamente femeninas, que están peor remuneradas (Considerando b), instándose a la Comisión a revisar la Directiva 2006/54/CE antes del 15 de febrero de 2013 siguiendo las recomendaciones que se recogen en el anexo de la Resolución, al menos en relación con los aspectos de la diferencia de retribución entre mujeres y hombres referentes a las definiciones, el análisis de la situación y la transparencia de los resultados, la evaluación del trabajo y la clasificación de las profesiones,

¹²⁵ Entre los principales indicadores de los diferentes aspectos de las diferencias salariales por razón de sexo se incluyen: la proporción de todos los asalariados, referida a la diferencia salarial por razón de sexo basada en el sueldo bruto por hora y mensual de hombres y mujeres empleados a tiempo completo y a tiempo parcial de todos los sectores, así como la tasa de ocupación de mujeres y hombres; la proporción de la masa salarial por sexo, incluido el reparto total de días trabajados reales por sexo; la proporción del tiempo parcial, incluida la tasa de ocupación a tiempo parcial por sexo; la proporción por edad y nivel de educación, incluida la tasa de ocupación por edad y sexo, la tasa de ocupación por nivel de educación y la diferencia salarial por nivel de educación; la segregación en el mercado de trabajo, incluido el sueldo bruto por hora medio de mujeres y hombres empleados en las cinco secciones industriales y en las cinco categorías profesionales con los máximos de mujeres y los máximos de hombres empleados; las medidas para promover la igualdad de retribución y combatir las diferencias salariales entre mujeres y hombres, incluidas las medidas gubernamentales aplicadas para eliminar las diferencias salariales por razón de sexo, la evaluación de la legislación destinada a combatir las diferencias salariales por razón de sexo y el número de reclamaciones por discriminación salarial entre mujeres y hombres registradas por año de actividad, *vid.* Unión Europea, Conclusiones del Consejo, de 6 de diciembre de 2010, sobre el refuerzo del compromiso de eliminar las diferencias de retribución entre mujeres y hombres y la intensificación de las medidas a tal efecto, y sobre el examen de la aplicación de la Plataforma de Acción de Pekín, DO C 345, de 18 de diciembre de 2010, pp. 1-10. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG1218\(01\)&from=FI](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG1218(01)&from=FI) [consulta: 12 de octubre de 2024].

los organismos de fomento de la igualdad y el recurso jurídico, el diálogo social, la prevención de la discriminación, la integración de la perspectiva de género, las sanciones y la política de la Unión¹²⁶. Asimismo, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor [2013/2678(RSP)], se reitera que la Directiva 2006/54/CE no es eficaz para abordar la diferencia salarial ni para alcanzar el objetivo de la igualdad de género en el empleo y la ocupación, instando a la Comisión a revisar sin más demora la Directiva 2006/54/CE y a proponer cambios de la misma sobre la base del artículo 157 del TFUE y de acuerdo con las recomendaciones detalladas que figuran en el anexo a la Resolución del Parlamento de 24 de mayo de 2012¹²⁷.

Ese mismo año, en el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 6 de diciembre de 2013, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), se constata la inaplicación de las previsiones de la Directiva relativas a la igualdad de retribución por la mayor parte de los Estados miembros, pues solo algunos Estados han aprobado normas que aplican específicamente el principio de igualdad salarial, persistiendo la diferencia de retribución entre mujeres y hombres, situándose la brecha salarial en una media del 16,2 % en los Estados miembros. Entre los problemas detectados, destaca la existencia de dificultades sustanciales para evaluar el trabajo hecho predominantemente por las mujeres, especialmente cuando la evaluación se efectúa mediante convenios colectivos; el número reducido de casos de discriminación salarial presentados ante los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros, lo que se manifiesta en la escasa jurisprudencia nacional sobre igualdad de retribución; la falta de una definición clara de «trabajo de igual valor» en la legislación nacional, quedando a la interpretación de los órganos jurisdiccio-

¹²⁶ Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor [2011/2285(INI)], DO C 264E, de 13 de septiembre de 2013, pp. 75-84. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012IP0225> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹²⁷ Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor [2013/2678(RSP)], DO C 93, de 9 de marzo de 2016, pp. 110-111. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IP0375> [consulta: 12 de octubre de 2024].

nales nacionales; la ausencia de sistemas no discriminatorios de evaluación y clasificación de empleos en cuanto al género para determinar la remuneración; la falta de medidas específicas de transparencia salarial; la existencia de obstáculos procesales en los casos relativos a igualdad de retribución, enfrentándose las víctimas de discriminación salarial a largos y costosos procedimientos judiciales, que no imponen sanciones efectivas y compensaciones suficientes, derivado del acceso limitado a la información necesaria para reclamar la igualdad salarial lo que implica un obstáculo a la aplicación efectiva de la traslación de la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 19 de la Directiva, que exige a la víctima establecer en primer lugar los hechos que permitan presumir la existencia de discriminación, estando solo entonces el empleador obligado a demostrar que no ha existido discriminación. Por todo, la Comisión insta a los Estados miembros a la correcta aplicación y el cumplimiento efectivo de las cláusulas relativas a igualdad salarial mediante el uso de las herramientas que figuran en el Documento de Trabajo adjunto¹²⁸, y anuncia que tiene previsto adoptar en 2014 una iniciativa legislativa dirigida a promover y facilitar la aplicación efectiva del principio de igualdad de retribución por los Estados miembros que estará centrada en la transparencia salarial¹²⁹.

Sin embargo, habrá que esperar siete años para que la Comisión presente una iniciativa legislativa en materia de transparencia salarial, pues lo que adopta en 2014 es la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, en la que se recomienda a los Estados miembros la adopción de medidas en materia de transparencia salarial, como el derecho de los empleados a obtener información sobre los niveles salariales, desglosada

¹²⁸ Para fomentar y facilitar la aplicación de las cláusulas relativas a la igualdad salarial por los Estados miembros, el Informe de la Comisión va acompañado de un Documento de Trabajo que consta de cuatro anexos: una sección relativa a los sistemas no discriminatorios de evaluación y clasificación de empleos; un resumen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de igualdad salarial; ejemplos de jurisprudencia nacional en materia de igualdad salarial; y una descripción de los factores que causan las disparidades salariales entre mujeres y hombres y las medidas de la Comisión para combatirlas, *vid.* European Commission, *Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the application of Directive 2006/54/CE of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation*, Brussels, 6 de diciembre de 2013, SWD(2013) 512 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2013:0512:FIN:EN:PDF> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹²⁹ Unión Europea, Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), Bruselas, 6 de diciembre de 2013, COM(2013) 861 final, especialmente pp. 6-12. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0861> [consulta: 12 de octubre de 2024].

por género para categorías de trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, debiendo incluirse en la información los componentes variables o complementarios además del sueldo fijo, como los pagos en especie y la participación en los beneficios; la obligación de las empresas de al menos 50 trabajadores de informar periódicamente a los trabajadores y a los representantes de los trabajadores de la remuneración media por categoría o puesto, desglosada por sexo; y la realización de auditorías salariales en empresas de al menos 250 trabajadores, incluyéndose la proporción de mujeres y hombres en cada categoría de trabajadores o puestos, un análisis del sistema de evaluación y clasificación de empleos y las diferencias salariales por razón de género. Asimismo, se recomienda a los Estados miembros precisar en su legislación el concepto de «trabajo de igual valor» a la luz de la jurisprudencia del TJUE, utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, la carga de trabajo y las responsabilidades, así como las actividades desempeñadas, debiendo adoptarse un enfoque neutral de género para la evaluación y clasificación de los puestos de trabajo, teniéndose en cuenta el Anexo 1 del Documento de Trabajo de la Comisión que acompaña al Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE de 2013¹³⁰. Y para favorecer el acceso a la justicia, se insta a los Estados

¹³⁰ El Anexo 1 relativo a sistemas de evaluación y clasificación neutrales de género del Documento de Trabajo de la Comisión que acompaña al Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, incluye entre los factores de evaluación neutrales en cuanto al género y al sector: las cualificaciones y los conocimientos (que abarcan las habilidades y actitudes requeridas para desempeñar un trabajo, desde el dominio cognitivo hasta el psicomotor y el conductual, que requiere una capacidad de integración con diferentes grupos tanto internos como externos); las responsabilidades (con respecto a las personas, los bienes, el equipo, los recursos financieros); la carga de trabajo asignada al empleado/a; y las condiciones de trabajo (referidas a las características del proceso, la tarea que debe realizarse, la persona, los recursos necesarios para el trabajo, las influencias ambientales con respecto al desempeño de una tarea, de manera positiva o negativa). Asimismo, entre los subfactores neutrales en cuanto al género que determinan con precisión las características de los diferentes trabajos es necesario considerar: los elementos personales (liderazgo, gestión, educación, capacitación, evaluación y motivación); los elementos auxiliares (bienes y equipos, que también miden el valor y la naturaleza del interés en los recursos); y la información recopilada, almacenada, recuperada, interpretada para realizar la tarea; el grado de responsabilidad por los recursos financieros, datos financieros, decisiones relacionadas, adquisición y/o gasto de fondos; el esfuerzo mental y psicosocial requerido para completar la propia tarea (concentración y atención, capacidad para manejar situaciones imprevistas), así como el requerido para realizar la propia tarea; y el entorno (físico, psicológico o emocional y organizacional, incluida la duración de la jornada laboral, los turnos y horarios de trabajo). Una vez determinados los factores y subfactores neutros en cuanto al género, se procede a ponderar la evaluación para determinar su importancia relativa, evitándose que prevalezcan estereotipos de género. Tras la operación de ponderación, a cada ítem del puesto de trabajo se le asignan varios puntos por cada factor y subfactor, agrupándose los puestos de trabajo según su valor para determinar el nivel salarial de cada uno, debiendo excluirse de la evaluación la valoración desproporcionada de requisitos laborales típicos de las mujeres (por ejemplo, aptitud para mayores responsabilidades de cuidado y psicosociales) y la ponderación desproporcionada de requisitos típicos de trabajos de los hombres como la «fuerza muscular» o la «asunción de responsabilidad», así como la definición de la «responsabilidad» de un trabajo basada únicamente en su posición jerárquica, *vid.* European Commission, *Commission Staff*

miembros a reducir las barreras procedimentales para que los casos de igualdad de retribución puedan ser llevados a los tribunales, permitiéndose a los organismos de fomento de la igualdad representar a las personas afectadas en casos de discriminación salarial¹³¹.

No obstante, el Parlamento Europeo, consciente de que las medidas propuestas en la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, no son suficientes para garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de retribución por los Estados miembros, sigue insistiendo en la necesidad de revisar la Directiva 2006/54/CE. Así, en su Resolución, de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación [2014/2160(INI)], el Parlamento Europeo afirma que los avances han sido extremadamente lentos, que la brecha salarial de género sigue alcanzando una media del 16,4 % en toda la UE y que la transposición de la Directiva a la legislación nacional no ha dado lugar a la plena aplicación y a la aplicación efectiva sus disposiciones; reitera la necesidad de que existan definiciones claras armonizadas para facilitar la comparación a escala de la UE de términos como brecha retributiva entre mujeres y hombres, brecha pensional entre hombres y mujeres, remuneración, discriminación retributiva directa e indirecta, trabajo equiparado y trabajo de igual valor, debiendo evaluarse y compararse el valor del trabajo con criterios objetivos como requisitos educativos, profesionales y de formación, las cualificaciones, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión; pide a la Comisión que introduzca directrices para establecer sistemas de evaluación y clasificación de empleos no sexistas

Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the application of Directive 2006/54/CE of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, op. cit., pp. 1-10.

¹³¹ La Recomendación también insta a los Estados miembros a facilitar cada año a Eurostat estadísticas sobre la brecha salarial de género desglosadas por género, sector económico, tiempo de trabajo (tiempo completo/tiempo parcial), control económico (propiedad pública/privada) y edad, así como datos sobre el número y los tipos de casos de discriminación salarial. Asimismo, se recomienda que los organismos de igualdad tengan acceso a los informes salariales elaborados por los empleadores y a las auditorías salariales, así como que puedan representar a las víctimas en casos de discriminación salarial, reforzándose su acción mediante mecanismos de cooperación y coordinación con los organismos nacionales de inspección de trabajo, *vid.* Unión Europea, Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (2014/124/UE), DO L 69, de 8 de marzo de 2014, pp. 112-116. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014H0124> [consulta: 12 de octubre de 2024].

que comprendan medidas específicas, como la elaboración de descripciones de puestos neutrales en cuanto al género y de tablas de ponderación, y la definición de criterios claros para calcular el valor del trabajo; pide a los Estados miembros que introduzcan y utilicen sistemas de evaluación y clasificación de empleos claros y no sexistas basados en las directrices publicadas por la Comisión, con el fin de que detecten la discriminación salarial indirecta relacionada con la infravaloración de trabajos realizados típicamente por mujeres; y pide a la Comisión que revise la Directiva 2006/54/CE refundida y presente una nueva Directiva que la sustituya, en la que se incluyan auditorías salariales obligatorias para las empresas que cotizan en una bolsa de valores de los Estados miembros de la UE, excepto las pequeñas y medianas empresas (PYMES), y que incorpore sanciones a escala de la UE por las que se excluya de la contratación pública de bienes y servicios financiada con cargo al presupuesto de la UE a aquellas empresas que no cumplan sus responsabilidades en lo relativo a la igualdad de género¹³².

Dos años más tarde, el Parlamento Europeo insta de nuevo a la revisión de las previsiones de la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de retribución en su Resolución, de 14 de junio de 2017, sobre la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones [2016/2061(INI)], en la que afirma que la brecha de género en las pensiones tiende a agravar todavía más la situación de las mujeres en cuanto a su vulnerabilidad económica, dejándolas expuestas a la exclusión social, la pobreza y la dependencia económica permanentes; que la brecha de género en las pensiones refleja el desequilibrio entre hombres y mujeres en cuanto a sus trayectorias profesionales y familiares, las posibilidades contributivas, la posición en la estructura familiar y las modalidades de cómputo de las retribuciones a efectos del reconocimiento de los derechos de pensión; y que dicha brecha refleja la segregación del mercado laboral y el mayor porcentaje de mujeres que trabajan a tiempo parcial que perciben salarios por hora inferiores, sufren más interrupciones en la carrera profesional y pasan menos años empleadas debido al trabajo no remunerado que realizan en su condición de madres y cuidadoras de familias, debiendo considerarse, por tanto, que la brecha de género en las pensiones constituye un indicador básico de la desigualdad de género en el mercado labo-

¹³² Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación [2004/2160(INI)], DO C 349, de 17 de octubre de 2017, pp. 56-66, especialmente pp. 60-61 y 64. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IP0351&from=EN> [consulta: 12 de octubre de 2024].

ral, en tanto que la medida de dicha brecha se encuentra a un nivel muy próximo al de la brecha total en las retribuciones (39,7 % en 2015), siendo la brecha de pensiones consecuencia de la brecha de género en los salarios que persiste en la Unión (16,3 % en 2014), debido especialmente a factores de discriminación y segregación, que conllevan una excesiva representación de las mujeres en sectores en los que el nivel de retribución es menor que otros, dominados principalmente por hombres, así como a otros factores, como la interrupción de la carrera o la aceptación de trabajo a tiempo parcial no voluntario para poder compaginar las responsabilidades laborales y familiares, los estereotipo de género, o la infravaloración del trabajo de las mujeres. Por todo, el Parlamento Europeo condena enérgicamente la brecha de género en los salarios derivada de la discriminación de las mujeres en el lugar de trabajo, reiterando su llamamiento de revisión de la Directiva 2006/54/CE, que solo ha sido objeto de una transposición clara y suficiente en dos Estados miembros, con el fin de conseguir una mayor igualdad de trato entre hombres y mujeres en virtud del principio de igualdad de remuneración, un principio consagrado en el Tratado desde el mismo momento de la fundación de la CEE¹³³.

Por todo, no extraña que en 2017 el principio de igualdad retributiva se incluya en la segunda letra del Principio 2 relativo a igualdad de género del PEDS, señalándose expresamente que «b) Las mujeres y los hombres tienen

¹³³ Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2017, sobre la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones [2016/2061(INI)], DO C 331, de 18 de septiembre de 2018, pp. 60-70, especialmente considerados I, R, AH, y párr. 15. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0260> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Ese mismo año se publica un estudio sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución en el marco jurídico de los Estados miembros en el que se constata la existencia de diversos aspectos problemáticos que dificultan la aplicación del principio de igualdad retributiva, especialmente, los conceptos de «remuneración», «trabajo igual» y «trabajo de igual valor» no están definidos de manera uniforme en las legislaciones nacionales; la aceptación por algunos tribunales nacionales de la justificación de las diferencias de remuneración ofrecidas por los empleadores, dificultándose el acceso a la justicia para las víctimas; la diferente aplicación de la «inversión de la carga de la prueba» entre los Estados miembros, debido a la falta de normas claras sobre el nivel de prueba necesario para elevar la presunción de discriminación que desencadene la inversión de la carga de la prueba, haciéndola recaer sobre el empleador; los plazos de prescripción varían entre los Estados miembros, siendo en algunos Estados tan breve que no permiten a las víctimas presentar la demanda; la falta de efecto disuasorio de las sanciones impuestas por los tribunales, que tienden a ser bajas y no suelen compensar los perjuicios ocasionados, desincentivando a las víctimas a reclamar sus derechos; los elevados costes de los procedimientos judiciales desincentivan a muchas víctimas, especialmente atendiendo a los bajos niveles de indemnización reconocidos; la inaplicación de sistemas de evaluación y clasificación de puestos de trabajo neutrales en cuanto al género en la mayoría de los Estados miembros; y la falta de transparencia salarial, *vid.* European Commission, *The Enforcement of the principle of equal pay for equal work or work of equal value. A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Author: Petra Foubert, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/834d34ab-2d87-11e8-b5fe-01aa75ed71a1/language-en> [consulta: 12 de octubre de 2024].

derecho a la igualdad de retribución para un trabajo de igual valor»¹³⁴. Aunque se reconoce el derecho a la igualdad de retribución, sin embargo, en el Principio 6 relativo a los salarios, incluido en el Capítulo II referente a «Condiciones de trabajo justas», no se hace ninguna mención expresa a la discriminación de género en el ámbito salarial¹³⁵, como se plantea posteriormente en el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones 2018/C 054/10, de 10 de septiembre de 2017, sobre El pilar europeo de derechos sociales y Documento de reflexión sobre la dimensión social europea, proponiéndose añadir un inciso específico al final de la letra c) dirigido a evitar la diferencia salarial por razón de género para abordar la discriminación de género respecto a los salarios¹³⁶. No obstante, la Comisión se compromete a aprobar un informe de seguimiento sobre los avances realizados por los Estados miembros en la aplicación de la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, evaluándose la adopción de medidas adicionales para garantizar la plena aplicación del principio de igualdad de retribución¹³⁷. Así, siete meses más tarde, en el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Recomendación, de 20 de noviembre de 2017, se constata la persistente falta de transparencia salarial, pues aunque en la mayoría de los Estados miembros existen medidas destinadas a aumentar la transparencia salarial, sin embargo, en un tercio tales medidas son totalmente inexistentes, y solo un reducido grupo de Estados miembros ha revisado sus sistemas jurídicos nacionales con el objetivo de reforzar el principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres mediante la introducción de medidas de transparencia salarial, tal como se sugiere en

¹³⁴ Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, p. 58.

¹³⁵ «6. Salarios. a) Los trabajadores tienen derecho a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno. b) Deberá garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo. Deberá evitarse la pobreza de los ocupados. c). Todos los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales», Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, *ibid.*, p. 59.

¹³⁶ «Todos los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales. Se evitará la diferencia salarial por razón de género», Unión Europea, Dictamen del Comité Europeo de las Regiones 2018/C 054/10, de 10 de septiembre de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales y Documento de reflexión sobre la dimensión social europea, Enmienda 15, DO C 54, de 13 de febrero de 2018, pp. 48-61, especialmente p. 55. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IR3141> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹³⁷ Al respecto *vid.* Unión Europea, Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, p. 14.

la Recomendación, de ahí que, ante la falta de progresos en la lucha contra la discriminación salarial, la persistencia de la brecha salarial de género y el limitado seguimiento de la Recomendación, en el Informe se concluya la necesidad de adoptar medidas adicionales específicas a nivel de la Unión Europea¹³⁸. Por esto no sorprende que ese mismo día, el 20 de noviembre de 2017, se apruebe por la Comisión el Plan de Acción de la UE 2017-2019 para abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, que se articula en torno a ocho líneas de acción principales: mejorar la aplicación del principio de igualdad de retribución; combatir la segregación profesional y sectorial; romper el techo de cristal para combatir la segregación vertical; abordar la penalización por cuidados; dar mayor importancia a las capacidades, esfuerzos y responsabilidades de las mujeres; visibilizar y sacar a la luz las desigualdades y los estereotipos; alertar e informar sobre la brecha salarial de género; y reforzar las asociaciones para abordar la brecha salarial entre mujeres y hombres. Para mejorar la aplicación del principio de igualdad de retribución se contempla la posibilidad de evaluar la necesidad de realizar modificaciones específicas de la Directiva 2006/54/CE, especialmente, haciendo vinculantes las medidas de transparencia salarial previstas en la Recomendación de 2014 relativas al derecho de los empleados a solicitar información sobre los niveles salariales, a la obligación de los empleadores de facilitar información periódica sobre la remuneración media por categoría de trabajador/a o puesto, o a la aclaración de la noción de trabajo de igual valor; mejorando las sanciones e indemnización a las víctimas

¹³⁸ Unión Europea, Informe de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, sobre la aplicación de la Recomendación sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres a través de la transparencia, Bruselas, 20 de noviembre de 2017, COM(2017) 671 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0671> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Según un estudio publicado ese mismo año sobre la aplicación de las previsiones de la Recomendación de 2014, solo 10 de los 31 estados analizados (32 %) han aplicado al menos una de las medidas básicas de transparencia salarial recomendadas; entre estos 10 Estados: 3 han aplicado el derecho de los empleados a obtener información salarial según lo recomendado (9,7 %); 5 han aplicado la obligación de informar sobre las remuneraciones (16,1 %); 3 han aplicado la obligación de auditoría salarial (9,7 % de los 31 países); y 5 han aplicado las medidas de negociación colectiva conforme a lo recomendado (16,1 %). Por tanto, dos tercios de los Estados analizados no han adoptado ninguna de las medidas de transparencia salarial recomendadas, pues, aunque varios han aplicado medidas de transparencia salarial, sin embargo, no proporcionan información desglosada por sexo al responder a fines distintos de fortalecer el principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres. Y entre las principales razones esgrimidas para no disponer de medidas de transparencia salarial por sexo de conformidad con la Recomendación, destacan la confidencialidad que afecta a la divulgación de los salarios, las cargas administrativas y financieras existentes, y la falta de estructuras de negociación colectiva, *vid.* European Commission, *Pay transparency in the EU. A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Author Albertine Veldman, Directorate-General of Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/329c3e47-2bd8-11e7-9412-01aa75ed71a1/language-en> [consulta: 12 de octubre de 2024].

mediante la introducción de medidas, como la imposición de sanciones mínimas en caso de incumplimiento del principio de igualdad de retribución y la adopción de normas mínimas de indemnización que pongan a la víctima en la situación en la que se encontraría si se hubiera respetado el principio de igualdad de retribución; garantizando la igualdad entre mujeres y hombres en los planes de pensiones profesionales con el fin de adaptar la Directiva a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; y reforzando la función coercitiva de los organismos responsables de igualdad¹³⁹, garantizándose que puedan hacer el seguimiento de las normas aplicables y las hagan cumplir¹⁴⁰.

Tres años más tarde se mantiene la brecha salarial media de género en torno al 16 % en los Estados miembros, de ahí que el Parlamento Europeo, en su Resolución, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género [2019/2870(RSP)], inste a la Comisión a proponer una Directiva sobre transparencia salarial vinculante para los Estados miembros, aplicable a los sectores público y privado, en la que se incluyan medidas concretas basadas en la Recomendación de la Comisión de 2014, especialmente, la definición clara de criterios para evaluar el valor del trabajo, sistemas no sexistas de evaluación y clasificación de empleos, auditorías e informes sobre igualdad salarial entre hombres y mujeres, el derecho de los trabajadores a solicitar información completa sobre el salario, así como el derecho a una reparación y medidas estrictas en caso de incumplimiento¹⁴¹. Tal como se constata en el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión, de 5 de marzo de 2020, relativo a la Evaluación de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2006/54/CE por las

¹³⁹ Para garantizar una mayor independencia y eficacia de los organismos nacionales de igualdad se ha adoptado la Recomendación (UE) 2018/951 de la Comisión, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos de igualdad, DO L 167, de 4 de julio de 2018, pp. 28-35. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0951> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁴⁰ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Plan de Acción de la UE 2017-2019. Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, Bruselas, 20 de noviembre de 2017, COM(2017) 678 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:19320cc0-cde3-11e7-a5d5-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_1&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024]; *vid.* también el Anexo de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Plan de Acción de la UE 2017-2019, Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, Bruselas, 20 de noviembre de 2017, COM(2017) 678 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:19320cc0-cde3-11e7-a5d5-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_2&format=PDF [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁴¹ Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de enero de 2020, sobre la brecha salarial de género [2019/2870(RSP)], DO C 331, de 17 de agosto de 2021, pp. 5-11, Considerando D y párr. 6. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IP0025> [consulta: 12 de octubre de 2024]. *Vid.* también European Parliament, *Equal Pay for Equal Work. Binding pay-transparency measures*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, Authors: Joanna Hofman *et al.*, Luxembourg, 2020. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642379/IPOL_STU\(2020\)642379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642379/IPOL_STU(2020)642379_EN.pdf) [consulta: 12 de octubre de 2024].

que se aplica el principio del Tratado de «igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor», la aplicación del principio de igualdad de retribución se ve entorpecida por la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de «trabajo de igual valor», que no está definido de manera uniforme en las legislaciones nacionales, requiriéndose la evaluación de factores complejos que no siempre son fáciles de determinar, lo que disuade a las víctimas de discriminación salarial de presentar demandas que son complejas de defender y tramitar¹⁴²; la falta de transparencia de los sistemas retributivos en las organizaciones, lo que hace que la discriminación salarial pase desapercibida y sea difícil de probar; los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación salarial, careciendo de la información necesaria para interponer reclamaciones de igualdad retributiva que prosperen, especialmente, de los datos sobre los niveles retributivos de las categorías profesionales que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, de ahí que, aunque sólo sea necesario establecer una presunción de discriminación para que la carga de la prueba pase al empleador, no siempre es fácil para las víctimas y los tribunales saber cómo establecerla; la falta de apoyo a las víctimas, a las que les resulta difícil presentar una demanda sin representación o apoyo legal; la reducida cuantía de las indemnizaciones y sanciones que no tienen un efecto disuasorio sobre los empleadores; así como la limitada utilización de evaluaciones y clasificaciones de puestos de trabajo neutrales en cuanto al género como parte de la determinación de los salarios en el sector privado. Por todo, se concluye que la adopción de medidas legislativas vinculantes en materia de transparencia salarial contribuye a revelar sesgos y discriminaciones de género, alentar a las organizaciones a revisar sus estructuras salariales para garantizar la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres para el mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, permitir que las víctimas de discriminación salarial presenten demandas con la debida asistencia jurídica y el apoyo de los organismos de igualdad, y elevar las sanciones e indemnizaciones mínimas en caso de discriminación salarial por motivos de género para mejorar su efecto disuasorio¹⁴³.

¹⁴² Diversos estudios confirman que son muy escasas las reclamaciones de discriminación salarial por razón de género que llegan a los tribunales nacionales, *vid.* European Commission, *National cases and good practices on equal pay*, BURRI, S., Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019. Disponible en <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5002-national-cases-and-good-practices-on-equal-pay> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁴³ European Commission, *Commission Staff Working Document. Evaluation of the relevant provisions in the Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on «equal pay for equal work or work of equal value»*, Brussels, 5 de marzo de 2020, SWD(2020) 50 final, especialmente pp. 64-68. Disponible en

Asimismo, en el Informe de la Comisión, de 5 de marzo de 2020, relativo a la aplicación del Plan de Acción de la UE 2017-2019 «Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres», se pone de manifiesto que, aunque las medidas adoptadas en el marco del Plan de Acción han contribuido a la aplicación del principio de igualdad de género del Pilar Europeo de Derechos Sociales, así como de los principios de igualdad de oportunidades y de conciliación de la vida privada y la vida profesional, y, a pesar de que la Comisión ha desarrollado multitud de iniciativas para colmar la brecha salarial entre mujeres y hombres, sin embargo, durante la aplicación del Plan de Acción la brecha salarial media entre hombres y mujeres en los Estados miembros se redujo solamente en 0,3 puntos porcentuales, pasando del 16 % en 2017 al 15,7 % en 2018, proponiéndose, por tanto, la adopción de medidas legislativas más concretas y eficaces en materia de transparencia salarial para erradicarla¹⁴⁴. Ese mismo día, la Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2020, titulada Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, anun-

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0050> [consulta: 12 de octubre de 2024]. En el Informe Final del Estudio para apoyar la evaluación de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2006/54/CE por la que se aplica el principio del Tratado de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, se recomienda expresamente: establecer parámetros para garantizar la implementación del concepto de «retribución por trabajo de igual valor»; fortalecer y aumentar los recursos de los organismos de control, especialmente, de los organismos de igualdad y las inspecciones de trabajo; establecer niveles mínimos para las multas, garantizar una indemnización adecuada para las víctimas y promover la concienciación sobre los derechos a reparación; aclarar la inversión de la carga de la prueba; promover el uso de sistemas de clasificación de puestos de trabajo neutrales en cuanto al género; reflejar la neutralidad de género en los factores utilizados para calcular las contribuciones a los planes de pensiones profesionales; promover la formación y los foros para el intercambio de buenas prácticas; introducir una legislación vinculante sobre la transparencia salarial; y promover la recopilación de datos y la investigación sobre los impactos de las políticas que promueven la aplicación del principio de igualdad de retribución, *vid.* European Commission, *Final Report of the Study to support the evaluation of the relevant provisions in Directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on «equal pay for equal work or work of equal value»*, Grainne Murphy (ed.), Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fd8a4b90-5848-11ea-8b81-01aa75ed71a1/language-en> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁴⁴ Comisión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativo a la aplicación del Plan de Acción de la UE 2017-2019 «Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres», Bruselas, 5 de marzo de 2020, COM(2020) 101 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0101> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Una descripción detallada de las medidas adoptadas para la ejecución de las distintas acciones del Plan de Acción puede consultarse en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que figura en el Anexo de Informe, *vid.* European Commission, *Commission Staff Working Document. Implementation of the measures set out in the EU Action Plan 2017-2019 on tackling the gender pay gap accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the implementation of the EU Action Plan 2017-2019 on tackling the gender pay gap*, Brussels, 5 de marzo de 2020, SWD(2020) 101 final. Disponible en https://commission.europa.eu/document/download/96ed9763-a214-4c78-ae52-15f82246f542_en?filename=swd-2020-101_en.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024].

cia que la Comisión tiene previsto proponer medidas vinculantes en materia de transparencia salarial ¹⁴⁵.

Finalmente, un año más tarde, junto al Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, la Comisión presenta la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de marzo de 2021, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento ¹⁴⁶. Aunque el objetivo general de la Directiva es mejorar la aplicación y el cumplimiento del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor entre mujeres y hombres establecido en el artículo 157 del TFUE, sin embargo, sus objetivos específicos se centran en empoderar a los trabajadores, especialmente a las trabajadoras, para que hagan valer plenamente su derecho a la igualdad de retribución, poniendo de relieve los casos de discriminación retributiva a través de la transparencia y ofreciendo a los trabajadores la información y los instrumentos necesarios para actuar al respecto, así como abordar la infravaloración sistémica del trabajo de las mujeres a nivel empresarial a través de la transparencia, corrigiendo los sesgos en los mecanismos de fijación de retribuciones que perpetúan la infravaloración del trabajo realizado

¹⁴⁵ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, Bruselas, 5 de marzo de 2020, COM(2020) 152 final, especialmente p. 11. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁴⁶ La Directiva se estructura en cuatro capítulos. El Capítulo I establece disposiciones generales relativas al objeto, ámbito de aplicación, definiciones y la consideración y alcance de la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. El Capítulo II regula propiamente las medidas relativas a la transparencia retributiva, incluyéndose la transparencia retributiva previa al empleo, la transparencia en las políticas de fijación de las retribuciones y de promoción profesional, el derecho de los trabajadores a recibir información en materia retributiva, y la obligación de información de los empleadores sobre la brecha retributiva de género y la evaluación retributiva conjunta. El Capítulo III articula las vías de reparación y cumplimiento efectivo para la defensa de los derechos, incluyéndose la participación de asociaciones, organismos de igualdad y representantes de los trabajadores, el derecho a indemnización, otras vías de reparación, las medidas para garantizar la inversión de la carga de la prueba, los plazos de prescripción para la interposición de las acciones judiciales, las costas procesales, las sanciones y la protección frente a un trato menos favorable. Y el Capítulo IV incluye disposiciones horizontales relativas al nivel de protección, los organismos de igualdad, los organismos de supervisión de la aplicación de las disposiciones nacionales, los datos estadísticos sobre la brecha retributiva de género, la transposición de la Directiva, la presentación de informes por los Estados miembros sobre la aplicación de la Directiva y la entrada en vigor, *vid.* Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, Bruselas, 4 de marzo de 2021, COM(2021) 93 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0093> [consulta: 12 de octubre de 2024].

por las mujeres¹⁴⁷. Atendiendo a las recomendaciones propuestas en las evaluaciones previas tanto de la Directiva 2006/54/CE como de la Recomendación de la Comisión de 2014 y el Plan de Acción de 2017-2019, la Propuesta de Directiva, que debe aplicarse a todos los trabajadores¹⁴⁸, ofrece una serie de definiciones sobre diversos conceptos, como retribución, nivel retributivo, brecha retributiva, nivel retributivo mediano, brecha retributiva mediana, cuartil de la banda retributiva y categoría de trabajadores (art. 3)¹⁴⁹, exigiéndose a los Esta-

¹⁴⁷ En el Informe de la evaluación de impacto que acompaña a la Propuesta de Directiva se abordan los problemas derivados de la aplicación del marco jurídico vigente y de su efectivo cumplimiento, se exponen las opciones de actuación posibles y se analiza el impacto social y económico de las distintas opciones, *vid.* European Commission, *Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms*, Brussels, 4 de marzo de 2021, SWD(2021) 41 final, especialmente p. 24. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0041> [consulta: 12 de octubre de 2024]. El 25 de septiembre de 2020 el Comité de Control Reglamentario (CCR) de la Comisión adoptó un primer dictamen negativo sobre la versión preliminar del informe de evaluación de impacto debido a deficiencias significativas, adoptándose también un segundo dictamen negativo el 17 de noviembre de 2020. Finalmente, el 27 de enero de 2021 el CCR adoptó un tercer dictamen positivo, aunque siguió recomendando mejoras adicionales en varios aspectos de la evaluación de impacto, *vid.* European Commission, *Regulatory Scrutiny Board Opinion. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms*, SEC(2021) 101 final, 27 de enero de 2021. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=PI_COM:SEC\(2021\)101&rid=5#page=16](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=PI_COM:SEC(2021)101&rid=5#page=16) [consulta: 12 de octubre de 2024]. El Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS) publicó una evaluación inicial de la evaluación de impacto de la Comisión Europea, en el que se afirma que la evaluación de impacto identifica de manera coherente los factores problemáticos y presenta argumentos convincentes sobre las consecuencias si la situación permanece sin cambios, sin embargo, se considera que podrían haberse definido con mayor precisión los objetivos de la propuesta y analizado más detenidamente las implicaciones regulatorias de las opciones y medidas elegidas, *vid.* European Parliament, *Initial Appraisal of a European Commission Impact Assessment. Application of the equal pay principle through pay transparency measures*, European Parliamentary Research Service, Authors: Laura Zandersone and Stefano Vettorazzi with Tamara Ritter, Ex-Ante Impact Assessment Unit, Strasbourg, 2021. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/662647/EPRS_BRI\(2021\)662647_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/662647/EPRS_BRI(2021)662647_EN.pdf) [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁴⁸ En el ámbito de aplicación de la Directiva están incluidos los trabajadores a tiempo parcial, los trabajadores con contrato de duración determinada o las personas con un contrato o una relación laboral con una agencia de trabajo temporal, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a la definición de la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro, estando incluidos también, cuando cumplan los criterios establecidos por la jurisprudencia del TJUE, los trabajadores domésticos, los trabajadores según demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices, *vid.* Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, *op. cit.*, Considerando 11, p. 26.

¹⁴⁹ Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor debe respetarse en lo que se afecta al salario o al sueldo y a cualesquiera otras gratificaciones, en efectivo o en especie, recibidas directa o indirectamente de su empleador por los trabajadores en razón de su relación laboral, debiendo comprender el concepto

dos que precisen en su legislación el concepto de «trabajo de igual valor» conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, utilizando criterios objetivos y neutrales en cuanto al género, como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas desempeñadas (art. 4)¹⁵⁰. En el ámbito de la transparencia retributiva, se reconoce el derecho de los empleados a recibir información sobre su nivel retributivo individual y los niveles retributivos medios, desglosados por sexos, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, debiendo los empleadores responder en un plazo razonable (art. 7). Asimismo, se establece la obligación de los empleadores con más de 250 empleados de publicar informes anuales sobre la brecha retributiva entre todas las trabajadoras y trabajadores, por categorías de trabajadores, desglosada por sueldo ordinario y por componentes complementarios o variables, facilitándose esta información tanto a los trabajadores y sus representantes como a los organismos de supervisión (art. 8). Los empleadores con una plantilla mínima de 250 empleados que no sean capaces de justificar, mediante factores objetivos y neutros respecto al género, la existencia de una diferencia salarial media entre las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en

de retribución no solo el salario sino también todos los elementos remunerativos debidos por ley o en virtud de convenios colectivos, como las prestaciones adicionales como las primas, la compensación por horas extraordinarias, el plus de transporte (incluidos los automóviles facilitados por el empleador y los títulos de transporte), las asignaciones de vivienda, el plus compensatorio de formación, la indemnización por despido, el subsidio legal por enfermedad, las prestaciones reglamentarias y las pensiones de jubilación, entre otras *vid.* Sentencia de 9 de febrero de 1981, *Garland*, asunto C-12/81, ECLI:EU:C:1982:44; Sentencia de 9 de junio de 1982, *Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-58/81, ECLI:EU:C:1982:215; Sentencia de 13 de julio de 1989, *Rinner-Kuhl*, asunto C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328; Sentencia de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, asunto C-33/89, ECLI:EU:C:1990:265; Sentencia de 4 de junio de 1992, *Arbeiterwohlfahrt*, asunto C-360/90, ECLI:EU:C:1992:246; Sentencia de 7 de marzo de 1996, *Freers*, asunto C-278/93, ECLI:EU:C:1996:83; Sentencia de 14 de febrero de 1996, *Gillespie*, asunto C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46; Sentencia de 30 de marzo de 2004, *Alabaster*, asunto C-147/02, ECLI:EU:C:2004:192.

¹⁵⁰ Entre otras *vid.* Sentencia de 31 de mayo de 1995, *Royal Copenhagen*, asunto C-400/93, ECLI:EU:C:1995:155; Sentencia de 11 de mayo de 1999, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, asunto C-309/97, ECLI:EU:C:1999:241; Sentencia de 26 de junio de 2001, *Brunnhof*, asunto C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358; Sentencia de 28 de febrero de 2013, *Kenny*, asunto C 427/11, ECLI:EU:C:2013:122. Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar si los trabajadores se encuentra en un situación comparable a efectos del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, la comparación no debe limitarse necesariamente a las situaciones en las que hombres y mujeres trabajen para un mismo empleador, pudiendo hallarse los trabajadores en una situación comparable incluso cuando no trabajen para el mismo empleador, siempre que las condiciones retributivas puedan atribuirse a una única fuente que las haya establecido, bien sean disposiciones legales, convenios colectivos laborales en materia de retribución aplicables a varias empresas o condiciones de empleo establecidas de forma centralizada para más de una empresa dentro de una sociedad holding o conglomerado, sin que tenga que limitarse la comparación a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que la parte demandante, *vid.* Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Lawrence*, asunto C-320/00, ECLI:EU:C:2002:498; Sentencia de 27 de marzo de 1980, *Macarthys*, asunto 129/79, ECLI:EU:C:1980:103.

cualquier categoría, tendrán que realizar una evaluación retributiva conjunta, en cooperación con los representantes de su personal, incluyéndose la identificación de cualquier diferencia entre los niveles retributivos de las trabajadoras y trabajadores en cada categoría, las razones de tales diferencias y las justificaciones objetivas y neutras con respecto al género, así como las medidas para resolver tales diferencias si no están justificadas conforme a criterios objetivos y neutros con respecto al género, debiendo el empleador corregir tal situación en cooperación con los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de igualdad competente (art. 9). Para reparar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de los derechos y obligaciones derivados del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, los Estados miembros velarán por el establecimiento de procedimientos judiciales de fácil acceso para las trabajadoras afectadas (art. 12), permitiéndose que las asociaciones, organismos de igualdad¹⁵¹ y los representantes de los trabajadores puedan iniciar los procedimientos judiciales o administrativos a tal efecto, pudiendo actuar, autorización mediante, en nombre de las mujeres víctimas de la discriminación salarial (art. 13). No obstante, corresponde a los Estados miembros determinar la indemnización o reparación que corresponde a la trabajadora por el perjuicio causado por la discriminación salarial, debiendo ser efectiva, disuasoria y proporcional, garantizar la compensación completa como consecuencia de la discriminación retributiva de género¹⁵², el resarcimiento por la pérdida de oportunidades y los daños morales sufridos, así como no estar sujeta a ningún límite fijado previamente (art. 14). Asimismo, los Estados miembros deben adoptar medidas en sus sistemas judiciales nacionales que aseguren la inversión de la carga de la prueba, de manera que corresponda al empleador demostrar que no se ha producido discriminación directa o indirecta en relación con la retribución (art. 16)¹⁵³, y

¹⁵¹ Para reforzar la independencia, competencias y recursos de los organismos nacionales de igualdad en toda la UE que permita la accesibilidad de todas las mujeres víctimas, recientemente se ha adoptado la Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE, DO L 2024/1500, de 25 de mayo de 2024, pp. 1-14. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401500 [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁵² Al respecto *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2015, *Arjona*, asunto C-407/14, ECLI:EU:C:2015:831.

¹⁵³ En cualquier procedimiento jurídico o administrativo por discriminación directa o indirecta, en caso de que el empleador no haya cumplido las obligaciones de transparencia retributiva establecidas en la Directiva, la carga de la prueba debe trasladarse automáticamente a la parte demandada, sin necesidad de que la parte demandante haya demostrado la existencia de un caso de discriminación retributiva *prima facie*. No obstante, aunque solo sea necesario establecer una presunción de discriminación para que la carga de la prueba recaiga en el empleador, no siempre es fácil para las víctimas ni para los órganos juris-

establecer amplios plazos de prescripción para la interposición de las demandas, que debe fijarse como mínimo en tres años, quedando suspendido cuando la trabajadora presente la demanda, o se la notifique al empleador, los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o al organismo de igualdad competente (art. 18). De igual manera, las sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales sobre el principio de igualdad de retribución quedan a la discreción de los Estados miembros, aunque deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, tener en cuenta la gravedad o duración de la infracción, la intencionalidad o la negligencia grave por parte del empleador, así como la reincidencia (art. 20). Para garantizar el seguimiento sistemático de las disposiciones legales nacionales adoptadas, los Estados miembros deben designar un organismo que supervise y apoye la aplicación de la Directiva (art. 26) ¹⁵⁴. Y en cuanto a su transposición, se prevé que los Estados miembros adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva a más tardar dos años después de su entrada en vigor (art. 31.1) ¹⁵⁵.

Sin duda, la Propuesta de Directiva representa un avance significativo, calculándose que el efecto potencial de las medidas establecidas dará lugar a una reducción global del 3 % de la componente no explicada de la brecha salarial de género, lo que conducirá a una disminución de la tasa de riesgo de pobreza en la UE, que pasaría del 16,3 % por término medio al 14,6 %, reduciéndose principalmente en los hogares monoparentales, en los que el 85 % tienen a una mujer al frente de la familia, provocándose, asimismo, un aumento global del 6,9 % de los ingresos totales y una reducción general de la desigualdad en

diccionales saber cómo establecer dicha presunción, de ahí que las medidas de transparencia retributiva puedan apoyar el uso de la inversión de la carga de la prueba, ayudando al personal a determinar los niveles retributivos medios de las mujeres y de los hombres que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, *vid.* Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, *op. cit.*, Considerandos 38 y 39, pp. 32-33.

¹⁵⁴ El organismo de supervisión, que puede formar parte de otro organismo ya existente que persiga objetivos similares, debe desempeñar tareas específicas en relación con la aplicación de las medidas de transparencia retributiva previstas en la Directiva y recopilar determinados datos para supervisar las desigualdades retributivas y las repercusiones de las medidas de transparencia retributiva, especialmente: concienciar a las empresas y organizaciones públicas y privadas, a los interlocutores sociales y a la ciudadanía en general acerca del objetivo de promover el principio de igualdad de retribución y el derecho a la transparencia retributiva; hacer frente a las causas de la brecha retributiva de género y crear instrumentos que ayuden a analizar y evaluar las desigualdades retributivas; agregar los datos recibidos de los empleadores y publicarlos en un formato de fácil manejo; reunir los informes de evaluación retributiva conjunta; y agregar datos anuales sobre el número y los tipos de demandas por discriminación retributiva interpuestas ante los órganos jurisdiccionales y de denuncias presentadas a las autoridades públicas competentes, de las que forman parte los organismos de igualdad, *ibid.*, p. 49.

¹⁵⁵ *Idem.*

lo que respecta tanto a los ingresos procedentes del trabajo y de las rentas como a la renta neta disponible ¹⁵⁶. Sin embargo, deja un gran número de empleadores fuera del ámbito de aplicación de las obligaciones de transparencia salarial más relevantes, centrándose más en las reclamaciones salariales individuales que en las soluciones colectivas a las desigualdades salariales. Así, establece unos criterios muy genéricos para que los Estados determinen en su legislación el «trabajo de igual valor», debiendo formularse orientaciones más detalladas respecto de los criterios objetivos neutros de género para determinar el valor del trabajo, incluyéndose, especialmente, las capacidades y características del trabajo que suelen realizar las mujeres, que con frecuencia se pasan por alto al evaluar el valor del trabajo, como las capacidades centradas en las personas que suelen desempeñar las mujeres en los empleos asistenciales ¹⁵⁷. Asimismo, para evitar la imposición de trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas, la Propuesta de Directiva deja a un gran número de empleadores con menos de 250 empleados (que representan el 99 % de las empresas de la UE) fuera del ámbito de aplicación de la obligación de publicar informes anuales sobre la brecha retributiva, así como de llevar a cabo una evaluación retributiva conjunta, lo que implica que solo podrá beneficiarse de esta medida un tercio del total de trabajadores de la UE, afectando especialmente a las mujeres al estar sobre-representadas en las pequeñas empresas, invitándose únicamente a los Estados miembros a evaluar la repercusión de la transposición de la Directiva en las pequeñas y medianas empresas con el fin de asegurarse de que estas no se vean desproporcionadamente afectadas, debiendo presentar meramente un resumen de los resultados del impacto de la transposición de la Directiva en las pequeñas y medianas empresas, así como una referencia al lugar de publicación de dicha evaluación (art. 31.2) ¹⁵⁸. De ahí que en su Dictamen sobre la propuesta de Directiva, de 9 de junio de 2021, el Consejo Económico y Social Europeo (CESE) no estime justificada una exención completa para todos los empleadores con menos de 250 trabajadores, considerando adecuado exigir a los Estados miem-

¹⁵⁶ Vid. European Commission, *Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal pay for equal work or equal value between men and women through pay transparency and enforcement mechanisms*, op. cit., pp. 76-80.

¹⁵⁷ Al respecto vid. ARABADJIEVA, K., «Time to Close the Gender Pay Gap: The Need for an EU Directive on Pay Transparency», *ETUI Policy Brief*, núm. 2, 2021. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3770012 [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁵⁸ Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, op. cit., Considerando 52 y artículo 31.2, pp. 36 y 49.

bros que brinden apoyo, formación y asistencia técnica a los empleadores, y en particular a las Pymes, en cuanto a sus obligaciones en materia de transparencia salarial, recomendando que el umbral para la obligación de información no sea superior a 50 trabajadores¹⁵⁹. Asimismo, durante la tramitación de la iniciativa legislativa, en el Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales y la Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, de 22 de marzo de 2022, sobre la propuesta de Directiva, se propone también que las empresas con al menos 50 trabajadores estén obligadas a facilitar información a sus empleados sobre la comparación de salarios y sobre cualquier brecha salarial de género, así como a realizar una evaluación salarial conjunta y a desarrollar un plan de acción de género si el informe muestra una brecha salarial de género de al menos el 2,5 %. Igualmente, se propone prohibir el secreto salarial mediante medidas que prohíban las cláusulas contractuales que impiden a los trabajadores revelar información sobre su salario o solicitar información sobre el salario de los trabajadores de la misma categoría u otras categorías de trabajadores¹⁶⁰.

Por el contrario, las principales cuestiones abordadas en el Consejo fueron la proporcionalidad de las medidas propuestas en la Directiva y la interferencia en los sistemas nacionales de los Estados miembros, el aumento de las cargas financieras y administrativas para los empleadores, especialmente para las pequeñas empresas, la aplicación de la Directiva a los solicitantes de em-

¹⁵⁹ El CESE señala que las medidas contenidas en la propuesta constituyen solo algunos de los pasos necesarios para abordar los problemas estructurales que subyacen a la brecha retributiva de género, siendo necesario afrontar la segregación en el mercado laboral, los estereotipos de género y la infravaloración del trabajo realizado predominantemente por mujeres; reforzar la sensibilización respecto a las brechas retributivas, promover las oportunidades profesionales para las mujeres y garantizar una mejor representación de estas en los puestos con competencias para la toma de decisiones; y eliminar los desincentivos fiscales al empleo femenino, *vid.* Unión Europea, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, 9 de junio de 2021 [COM(2021)93 final – 2021-50 (COD)], DO C 341, de 24 de agosto de 2021, pp. 84-99, especialmente pp. 88-90. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021AE1493> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁶⁰ Y se plantea la adopción por la Comisión de un Plan de igualdad salarial de la UE en el que se establezcan las prioridades y los objetivos para aplicar medidas concretas y acciones correctoras basadas en datos sobre la segregación en el mercado laboral y los sesgos de género en materia de igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor en la Unión Europea con una vigencia de cinco años, *vid.* Parlamento Europeo, Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género, Ponentes: Kira Marie Peter-Hansen, Samira Rafaela, Informe A9-0056/2022, 22 de marzo de 2022, pp. 33, 36, 67, 69. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0056_ES.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024].

pleo, y la aplicación de los derechos y obligaciones relacionados con el principio de igualdad de retribución en los diferentes sistemas laborales y judiciales de los Estados miembros. Así, en la Posición General del Consejo sobre la propuesta de Directiva, adoptada el 1 de diciembre de 2021, se proponen numerosas modificaciones, especialmente: incluir a los solicitantes de empleo en el ámbito de aplicación a efectos de las medidas de transparencia salarial previas al empleo, añadir definiciones relativas al «principio de igualdad de retribución», «organismo de control», «representantes de los trabajadores», «microempresarios» y «pequeños empresarios»; evaluar las tareas desempeñadas para determinar el trabajo de igual valor en base a cuatro criterios (capacidades, esfuerzo, responsabilidad y condiciones de trabajo); aplicar excepciones a las microempresas y pequeñas empresas en materia de transparencia salarial; y flexibilizar la aplicación de las previsiones de la Directiva en función de los diferentes modelos de mercado laboral y sistemas judiciales existentes en los Estados miembros ¹⁶¹.

Tras un año de negociación interinstitucional, el 15 de diciembre de 2022 el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión alcanzan un acuerdo provisional, el 30 de marzo de 2023 se aprueba por el Parlamento Europeo el texto acordado durante las negociaciones interinstitucionales ¹⁶², el 24 de abril el Consejo adopta el texto y el 17 de mayo de 2023 se publica finalmente la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento ¹⁶³. La Directiva finalmente aprobada introduce algunos cambios relevantes respecto de la propuesta inicial, así, se considera «trabajo de

¹⁶¹ Vid. Council of the European Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to strengthen the application of the principle of equal work of work of equal value between men and women thorough pay transparency and enforcement mechanisms-General approach*, Brussels, 2 December 2021. Disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14317-2021-INIT/en/pdf> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁶² Vid. Parlamento Europeo, Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 30 de marzo de 2023, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, [COM(2021)0093-C9-0089/2021-2021/0050 (COD)], DO C 341, de 27 de septiembre de 2023. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0091_ES.html#title3 [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁶³ Unión Europea, Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, DO L 132, de 17 de mayo de 2023, pp. 21-44. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023L0970> [consulta: 12 de octubre de 2024].

igual valor» (art. 3.1.g) el comparable conforme a criterios no discriminatorios, objetivos y neutros con respecto al género, incluyéndose las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, debiendo aplicarse de forma que se excluya toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo (art. 4.4) ¹⁶⁴. Asimismo, se incluye la discriminación retributiva interseccional (art. 3.2.e), que es la discriminación por razón de sexo combinada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE ¹⁶⁵ o 2000/78/CE ¹⁶⁶, como el origen racial o étnico, las convicciones, la discapacidad, la edad, o la orientación sexual, de ahí que las mujeres de origen racial y étnico diverso, las mujeres gitanas, las mujeres jóvenes o mayores, se encuentren entre los grupos que pueden verse afectados por la discriminación interseccional, debiendo tenerse en cuenta a efectos de reconocer la existencia de discriminación, adoptar una decisión sobre el referente de comparación adecuada, evaluar la proporcionalidad y determinar el nivel de la indemnización concedida (art. 16.3) o de las sanciones impuestas (art. 23.3) ¹⁶⁷. Igualmente, se incluye la transparencia retributiva previa al empleo, debiendo garantizar los empleadores que los anuncios de vacantes de trabajo y las denominaciones de los puestos de trabajo sean neutros con respecto al género y que los procesos de contratación se desarrollen de un modo no discriminatorio, no permitiéndose que los empleadores hagan averiguaciones ni traten de obtener información sobre la retribución actual o el

¹⁶⁴ Para respetar el derecho a la igualdad de retribución, los empleadores deben disponer de estructuras retributivas que garanticen, entre los trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, la inexistencia de diferencias retributivas que no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género, debiendo permitir tales estructuras retributivas una comparación del valor de los distintos puestos de trabajo dentro de la misma estructura organizativa. Las estructuras retributivas pueden basarse bien en las directrices de la Unión vigentes en materia de sistemas de evaluación y clasificación profesional que sean neutros con respecto al género, o bien en indicadores o modelos neutros con respecto al género. El valor del trabajo debe evaluarse y compararse sobre la base de criterios objetivos, incluidos los requisitos educativos, profesionales y de formación, las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, debiendo utilizarse criterios objetivos que incluyan las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, *ibid.*, Considerando 26, p. 25.

¹⁶⁵ Unión Europea, Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DO L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0043> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁶⁶ Unión Europea, Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁶⁷ Unión Europea, Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, *op. cit.*, pp. 24, 33, 38 y 40.

historial retributivo previo de la persona solicitante de empleo (art. 5) ¹⁶⁸. Pero no se impedirá a los trabajadores revelar su retribución a efectos del cumplimiento del principio de igualdad, prohibiéndose el secreto salarial, debiendo los Estados establecer medidas para prohibir las cláusulas contractuales que impidan a los trabajadores la divulgación de información sobre su retribución (art. 7.5). En relación con la transparencia en las políticas de fijación de las retribuciones, los empleadores deben poner a disposición de los trabajadores los criterios objetivos y neutros con respecto al género utilizados para determinar las retribuciones, los niveles retributivos y la progresión retributiva ¹⁶⁹, no obstante los Estados miembros pueden eximir el cumplimiento de tal obligación a los empleadores con una plantilla de menos de 50 trabajadores (art. 6.2). En cuanto a la información sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras, conforme a las propuestas presentadas durante la tramitación de la Directiva de exigirlo a empleadores con menos de 250 trabajadores, se establece la obligación de los empleadores que tengan una plantilla mínima de 100 trabajadores de presentar periódicamente información sobre la brecha salarial de género en función del número de empleados (art. 9) ¹⁷⁰. Asimismo, las evaluaciones retributivas conjuntas se llevarán a cabo en las empresas en las que se detecten desigualdades de retribución que tengan una plantilla mínima de 100 trabajadores, debiendo llevarse a cabo si los empleadores y los representantes de los trabajadores afectados no están de acuerdo sobre si una diferencia de al menos el 5 % en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores en una categoría determinada puede justificarse sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género, o si el empleador no aporta tal justificación o no subsana tal diferencia en el nivel retributivo en un plazo de seis meses a contar de la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones (art. 10). Para facilitar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva, se exige a los Estados miembros que presten apoyo,

¹⁶⁸ Los solicitantes de empleo tienen derecho a recibir del empleador información sobre la retribución inicial o la banda retributiva inicial, basadas en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto al que aspiran y sobre las disposiciones pertinentes del convenio colectivo aplicado por el empleador con respecto al puesto, *ibid.*, p. 34.

¹⁶⁹ La progresión retributiva se refiere al proceso por el que un trabajador pasa a un nivel retributivo superior, pudiendo incluir los criterios relacionados con la progresión salarial, como el rendimiento individual, el desarrollo de competencias y la antigüedad, *ibid.*, Considerando 35, p. 26.

¹⁷⁰ Los empleadores con una plantilla igual o superior a 250 trabajadores facilitarán la información sobre la brecha salarial correspondiente al anterior año natural a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada año; los empleadores con una plantilla comprendida entre 150 y 249 trabajadores facilitarán la información correspondiente al anterior año natural a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada tres años; y los empleadores con una plantilla comprendida entre 100 y 149 trabajadores facilitarán la información correspondiente al anterior año natural a más tardar el 7 de junio de 2031 y posteriormente cada tres años, *ibid.*, p. 35.

mediante asistencia técnica y formación, a los empleadores con una plantilla inferior a 250 trabajadores, así como a los representantes de los trabajadores (art. 11). En cuanto a la inversión de la carga de la prueba, cuando exista una falta total de transparencia en materia de salarios la carga de la prueba debe trasladarse al empleador, sin necesidad de que el trabajador/a tenga que demostrar la existencia de un caso de discriminación retributiva *prima facie*, debiendo, asimismo, trasladarse la carga de la prueba cuando el empleador no haya cumplido las obligaciones de transparencia retributiva establecidas en la Directiva, salvo cuando el empleador demuestre que dicha infracción fue manifiestamente involuntaria y de carácter menor (art. 18). También reviste especial relevancia la regulación específica de la determinación de la prueba de la realización de un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, que no se limita a situaciones comparables en las que las trabajadoras y los trabajadores trabajen para el mismo empleador, sino que se amplía a la fuente única que determine las condiciones de retribución, considerándose que existe una fuente única cuando aquella establezca los elementos retributivos pertinentes a efectos de comparación entre los trabajadores, y tampoco se limita la comparabilidad a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que el trabajador o la trabajadora de que se trate, y cuando no pueda determinarse ningún referente de comparación real, se permitirá utilizar cualquier otra prueba para demostrar la presunta discriminación retributiva, incluidas estadísticas o una comparación de cómo se trataría a un trabajador en una situación comparable (art. 19). Finalmente, para la transposición de la Directiva los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma a más tardar el 7 de junio de 2026 (art. 34) ¹⁷¹.

Aunque la Directiva (UE) 2023/970 mejora el alcance de la propuesta inicial, sin embargo, sigue incluyendo previsiones muy genéricas para que los Estados y empleadores determinen las retribuciones, los niveles retributivos y la progresión retributiva conforme a criterios neutros de género, debiendo haberse establecido con mayor precisión, mediante directrices e indicadores comunes vinculantes para apoyar su implementación, los criterios de valoración neutros de género de las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, especialmente respecto de los puestos ocupados mayormente por mujeres, pues los métodos de evaluación y clasificación de puestos de trabajo suelen diseñarse conforme a los requisitos de los empleos dominados por los hombres, subestiman las competencias asociadas a los empleos

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 36-37, 39 y 43.

desempeñados por las mujeres y reproducen sesgos de género, discriminación de género y estereotipos de género. Asimismo, para garantizar plenamente la transparencia retributiva, se debería haber reconocido el derecho de los trabajadores y, al menos, sus representantes, a conocer no solo los criterios sino también la metodología, mecanismos y procesos neutros de género implementados para determinar los niveles salariales y remuneraciones por cada categoría de trabajadores. Igualmente, siguen quedando fuera del ámbito de aplicación de la obligación de informar periódicamente sobre la brecha retributiva de género, así como de la realización de evaluación retributiva conjunta, los empleadores con una plantilla inferior a 100 trabajadores, quedando, por tanto, fuera del alcance de las principales medidas de transparencia retributiva de la Directiva una gran parte de las pequeñas empresas que desarrollan su actividad en la Unión Europea. Realmente, las normas mínimas propiamente dichas que impone la Directiva a los Estados miembros son muy escasas, como el plazo de prescripción de las acciones judiciales, establecido en tres años, que no parece suficiente para garantizar el acceso a los tribunales en los casos más complejos, por lo que hubiera sido conveniente ampliar el plazo de prescripción a un mínimo de cinco años. Tampoco se establecen niveles mínimos para la indemnización o reparación íntegra que corresponda a la trabajadora víctima del perjuicio ocasionado por la discriminación retributiva de género. Ni tampoco se establecen niveles mínimos para las sanciones y multas aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales que garantizan el principio de igualdad retributiva, quedando a discreción de los Estados miembros. Habrá que esperar, por tanto, a la transposición de la Directiva por los Estados miembros¹⁷², aunque la falta de normas mínimas precisas y el amplio margen de apreciación y regulación reconocido a los Estados no permiten asegurar unos niveles básicos efectivos de armonización en materia de transparencia retributiva, siendo previsible que se generen notables diferencias en las regulaciones nacionales. Asimismo, la ampliación del plazo de transposición de la Directiva de 2 a 3 años, hasta junio de 2026, así como los extensos plazos establecidos para la presentación de informes sobre brecha salarial por los empleadores de más de 150 empleados hasta junio de 2027 y de 100 a 149 em-

¹⁷² Sobre la transposición de la Directiva en España *vid.* ROJO TORRECILLA, E., «Transparencia retributiva y principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres. Retos del Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2023/970 de 19 de mayo de 2023», *Femeris*, vol. 9, núm. 2, 2024, pp. 9-30. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/8638/6579> [consulta: 12 de octubre de 2024]; ROQUETA BUI, R., «La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, núm. 3, 2023, pp. 70-92. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/8253/6395> [consulta: 12 de octubre de 2024].

pleados hasta junio de 2031, y por los propios Estados sobre el cumplimiento de la Directiva hasta junio de 2031¹⁷³, dificultarán los avances necesarios para reducir en los próximos años la amplia brecha salarial de género presente en los Estados miembros y garantizar efectivamente el principio de igualdad retributiva en toda la Unión Europea.

En efecto, según las últimas cifras publicadas por Eurostat (Oficina Estadística de la Unión Europea) en 2022, la brecha salarial de género (sin ajustar, es decir, la diferencia entre los ingresos medios brutos por hora de las mujeres y los hombres que trabajan) a nivel de la Unión Europea se sitúa en el 12,7 %, de manera que las mujeres ganan de media solo 0,83 euros por cada euro que ganan los hombres. Aunque la brecha salarial de género ha disminuido en todos los países, excepto en Hungría, Rumanía y Portugal, existen grandes divergencias entre los Estados miembros, transitando desde una brecha salarial de género del -0,7 % en Luxemburgo hasta el 20,5 % en Estonia, disminuyendo la brecha salarial de género solo un 3,5 % en los últimos diez años¹⁷⁴. Según los datos publicados en el Índice de Igualdad de Género de 2023, los ingresos brutos de las mujeres son sistemáticamente inferiores a los de los hombres en diversos criterios sociodemográficos, como la composición familiar, la edad, el nivel educativo, la situación migratoria o la discapacidad. Incluso cuando las brechas de género en los ingresos brutos son relativamente pequeñas al ingresar al mercado laboral, hay una ampliación notable de las brechas de género con la llegada de los hijos y el aumento de la edad, reflejándose las penalizaciones de ingresos que enfrentan las mujeres debido a su desproporcionada carga de responsabilidades relacionadas con el cuidado de los hijos y los cuidados de larga duración. Asimismo, las brechas de género en detrimento de las mujeres aumentan con mayores cualificaciones educativas, lo que indica la fuerte segregación vertical de género en el mercado laboral, así, la mayor brecha de género en ingresos brutos se observa entre mujeres y hombres con cualificaciones educativas altas [brecha de 1279 EPA (Estándar de Poder Adquisitivo)],

¹⁷³ Unión Europea, Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, *op. cit.*, artículo 35, pp. 43 y 44.

¹⁷⁴ La brecha salarial de género difiere ampliamente de unos Estados miembros a otros, siendo las más altas las de Estonia (20,5 %), Austria (18,8 %), Alemania (17,6 %), Hungría (17,3 %) y Eslovaquia (16,6 %), situándose las más bajas en Rumanía (3,6 %) Eslovenia (3,8 %), Polonia (4,5 %), Italia (5,0 %) y Bélgica (5,0 %). En España, la brecha salarial de género asciende al 8,9 %. Únicamente Luxemburgo consiguió eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres, *vid.* Eurostat, *Gender pay gap statistic*, 2022. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics [consulta: 12 de octubre de 2024].

constituyendo los ingresos brutos de las mujeres altamente cualificadas solo el 68 % de los ingresos brutos de los hombres con cualificaciones equivalentes. La segunda brecha de género más elevada se observa entre mujeres y hombres que viven en parejas con hijos (brecha de 1105 EPA), seguida de una brecha de género similar entre mujeres y hombres de 50 a 64 años (1100 EPA). Las tres mayores brechas de género no solo siguen siendo persistentemente altas, sino que han empeorado desde 2014, lo que indica un aumento de las penalizaciones en los ingresos para las mujeres, especialmente debido al asunción de tareas de cuidado no remuneradas ¹⁷⁵. Por todo, no extraña que la brecha de género en los ingresos globales haya aumentado del 31,1 % en 2014 al 36,2 % en 2018, oscilando entre el 20 % en Lituania y el 44 % en Austria, de forma que los ingresos promedio de todas las mujeres en edad laboral, tanto si están empleadas como no, fueron un 36 % inferiores a los ingresos promedio correspondientes de los hombres ¹⁷⁶. Tales diferencias en los ingresos durante la etapa laboral y profesional conduce, a su vez, a una brecha de género en las pensiones en torno al 25,4 % en 2023, de forma que las mujeres mayores de 65 años en la Unión Europea recibieron una pensión que era, de media, una cuarta parte inferior a la de los hombres, evidenciándose las desigualdades de género a lo largo del ciclo laboral y vital ¹⁷⁷. Y como consecuencia de las brechas de género en ingresos y pensiones, en 2021 las mujeres en la Unión Europea asumen un mayor riesgo de pobreza o exclusión social, representando el 22,6 % frente al 20,7 % de hombres, ele-

¹⁷⁵ European Institute for Gender Equality (EIGE), *Gender Equality Index 2023. Towards a green transition in transport and energy*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2023, pp. 34-35. Disponible en <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁷⁶ La brecha de género en los ingresos globales, que mide el impacto de tres factores combinados, el salario medio por hora, el promedio mensual del número de horas pagadas (antes de cualquier ajuste por trabajo a tiempo parcial) y la tasa de empleo, sobre el salario medio de todas las mujeres en edad de trabajar, ya sea empleadas o no, en comparación con los hombres, ayuda a comprender mejor las consecuencias de la menor participación de las mujeres en el mercado laboral y las peores condiciones de ingresos en etapas posteriores de la vida, siendo más precisa para evaluar el hecho de que solo las mujeres que pueden esperar un salario medio más alto debido a un nivel de educación superior ingresan al mercado laboral, con la consecuencia de que la brecha salarial de género sea aparentemente más baja, reflejando, realmente, la ausencia de mujeres con bajos ingresos en el mercado laboral y, por tanto, una gran brecha de género de empleo, de ahí que las mujeres no solo ganen menos por hora, sino que también realicen más trabajo no remunerado y menos horas remuneradas, teniendo más probabilidades de estar desempleadas que los hombres, *vid.* Eurostat, *Gender pay gaps in the European Union. A statistical analysis. Revision 1. 2021 edition*, Author: Denis Leythienne, Marina Pérez-Julián, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, pp. 27-28. Disponible en <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3888793/14368632/KS-TC-22-002-EN-N.pdf/4951104b-f01d-0964-717a-be0ea3dfd9e4?t=1662728236409> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁷⁷ La mayor diferencia en los ingresos por pensiones entre mujeres y hombres se registra en Malta (41,7 %), Países Bajos (37,8 %) y Luxemburgo (36 %), y la menor en Estonia (4,4 %), Dinamarca (5,2 %) y Eslovenia (8,9 %), *vid.* Eurostat, *Gender pension gap by age group*, 2024. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ilc_pnp13/default/table?lang=en [consulta: 12 de octubre de 2024].

vándose la tasa de pobreza o exclusión social al 45 % en el caso de familias monoparentales, en el que las mujeres representan el 83 %¹⁷⁸.

Por tanto, las medidas de transparencia salarial incluidas en la Directiva (UE) 2023/970 resultan necesarias pero son del todo insuficientes para abordar los numerosos factores estructurales que subyacen en la discriminación salarial entre mujeres y hombres, especialmente, los mercados y sectores laborales segregados por género, la infravaloración del trabajo realizado por las mujeres, la escasez de servicios de apoyo y medidas de conciliación entre el trabajo y la vida personal y familiar, lo que provoca interrupciones de la carrera laboral y profesional de las mujeres, mayor trabajo a tiempo parcial¹⁷⁹, salarios y condiciones precarias, la persistencia del «techo de cristal» y el «suelo pegajoso», y las estructuras salariales discriminatorias¹⁸⁰. Por todo, la Directiva no aborda los cambios sistémicos necesarios para eliminar la discriminación retributiva y el sesgo de género en las estructuras salariales, debiendo adoptarse un enfoque global que incluya medidas para abordar la segregación horizontal y vertical en el mercado laboral, los estereotipos de género y la infravaloración del trabajo realizado predominantemente por mujeres, reforzar la sensibilización respecto a las brechas retributivas y sus consecuencias, promover las oportunidades profesionales de las mujeres y garantizar una mejor representación de las mujeres en los órganos de toma de decisiones en el ámbito laboral y profesional. A ello deben proyectarse las acciones de la Unión Europea para hacer valer el derecho a la igualdad de retribución y el principio de igualdad de género reconocidos en el Pilar Europeo de Derechos Sociales hasta 2030.

¹⁷⁸ Vid. European Commission, *2023 Report on Gender Equality in the EU*, Publications Office of the European Union, 2023, pp. 23-24. Disponible en https://commission.europa.eu/system/files/2023-04/annual_report_GE_2023_web_EN.pdf [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁷⁹ La proporción de mujeres que trabajan a tiempo parcial es mayor que la de hombres, así, en el tercer trimestre de 2022 la proporción de mujeres trabajadoras a tiempo parcial respecto del total de mujeres empleadas de entre 15 y 64 años fue del 28 %, frente al 8 % de hombres, representando las mujeres las mayores proporciones en todas las categorías ocupacionales, vid. Eurostat, *Share of women working part-time higher than men*, 3 March 2023. Disponible en <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/EDN-20230303-1> [consulta: 12 de octubre de 2024]. Vid. también la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre pobreza y perspectiva de género [2015/2228(INI)], DO C 76, de 28 de febrero de 2016, pp. 93.104. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0235> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁸⁰ Vid. European Institute for Gender Equality (EIGE), *What lies behind the gender pay gap*, 2019. Disponible en https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/data-talks/what-lies-behind-gender-pay-gap?language_content_entity=en [consulta: 12 de octubre de 2024]; European Commission, *Gender pay gap in the EU countries based on SES (2014)*, Christina Boll, Andreas Lagemann, Directorate-General for Justice, Publication Office of the European Union, 2018. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/828e54d8-db2c-11e8-afb3-01aa75ed71a1/language-en> [consulta: 12 de octubre de 2024].

V. PROYECCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO EN EL MARCO DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES: HACIA LA REDUCCIÓN A LA MITAD DE LA BRECHA DE GÉNERO EN EL EMPLEO EN 2030

Para incrementar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, eliminar las discriminaciones que les afectan y la brecha de género en el empleo, el Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, incluye el principio de igualdad de género, debiendo garantizarse la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, incluso en lo relativo a la participación en el mercado laboral, las condiciones de empleo y la progresión profesional, así como el derecho a la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor (Principio 2); el derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en relación con las condiciones de trabajo, el acceso a la protección social y a la formación (Principio 3); el equilibrio entre la vida profesional y la vida privada, debiendo garantizarse a los padres y las personas con responsabilidades asistenciales el derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones laborales flexibles y a servicios de asistencia (Principio 9); y las mismas oportunidades de mujeres y hombres para adquirir derechos de pensión (Principio 15)¹⁸¹. Para avanzar en su consecución, el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales adoptado en 2021 incluye entre sus medidas la reducción a la mitad de la brecha de género en el empleo para 2030¹⁸². Para garantizar la implementación del principio de igualdad de género, se adopta inicialmente la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, que reconoce permisos por motivos familiares y fórmulas de trabajo flexibles para progenitores y cuidadores, con el objetivo de facilitar que tanto hombres como mujeres compaginen sus responsabilidades familiares¹⁸³.

¹⁸¹ Vid. Unión Europea, Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, *op. cit.*, pp. 58, 60 y 61.

¹⁸² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, Bruselas, 4 de marzo de 2021, COM(2021) 102 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021DC0102> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁸³ Unión Europea, Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, DO L 188, de 12 de julio de 2019, pp. 79-93. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1158> [consulta: 12 de octubre de 2024].

Sin embargo, como se ha analizado más arriba, dadas las limitaciones que presenta el alcance y aplicación afectiva de la Directiva por los Estados miembros, y atendiendo a las considerables brechas de género existentes en el ámbito del cuidado, como se constata especialmente durante la Pandemia del COVID-19, en la que estuvieron afectadas desproporcionadamente las mujeres por ser mayoritariamente las que asumen responsabilidades de cuidado, con las consecuencias negativas que tiene para su acceso y participación en el mercado de trabajo, el 7 de septiembre de 2022 la Comisión Europea presenta la Estrategia Europea de Cuidados, cuyo objetivo es garantizar unos servicios de atención de calidad, asequibles y accesibles en toda la UE y apoyar tanto a los destinatarios de los cuidados como a las personas que los cuidan, de forma profesional o informal,¹⁸⁴ adoptándose con tal finalidad por el Consejo el 8 de diciembre de 2022 la Recomendación relativa a la educación y los cuidados de la primera infancia: los objetivos de Barcelona para 2030¹⁸⁵, así como la Recomendación sobre el acceso a cuidados de larga duración de alta calidad asequibles¹⁸⁶, contribuyendo tales iniciativas a facilitar y fomentar la incorporación de las mujeres al mercado laboral, pues las responsabilidades de cuidado y asistenciales no profesionales recaen mayoritariamente sobre ellas, afectando a la conciliación de su vida familiar y profesional y a sus opciones de lograr un trabajo remunerado, coadyuvándose, por tanto, a reducir la brecha de género en el empleo para 2030¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Unión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia Europea de Cuidados, Bruselas, 7 de septiembre de 2022, COM(2022) 440 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0440> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁸⁵ En la Recomendación se establece como objetivo que en 2030 participen en los sistemas formales de educación y el cuidado de la primera infancia al menos el 45% de los niños menores de tres años, y al menos el 96% de los niños entre los tres años y la edad de inicio de la educación primaria obligatoria, *vid.* Unión Europea, Recomendación del Consejo, de 8 de diciembre de 2022, relativa a la educación y los cuidados de la primera infancia: los objetivos de Barcelona para 2030, DO C 484, de 20 de diciembre de 2022, pp. 1-12. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022H1220\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022H1220(01)) [consulta: 12 de octubre de 2024]. *Vid.* también European Commission, *Early childhood education and care (ECEC): A focused review of reform impact studies*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/30bc23eb-2cc1-11ed-975d-01aa75ed71a1/language-en> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁸⁶ *Vid.* Unión Europea, Recomendación del Consejo, de 8 de diciembre de 2022, sobre el acceso a cuidados de larga duración de alta calidad asequibles, DO C 476, de 15 de diciembre de 2022, pp. 1-11. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022H1215\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022H1215(01)) [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁸⁷ En 2021, más de la mitad (50,4%) de todos los niños de la UE menores de 3 años estaban al cuidado exclusivo de sus padres, lo que supone un aumento de 3 puntos porcentuales en comparación con 2020, asumiendo las madres la mayor parte de la carga. Por el contrario, más de un tercio (36,2%) de los niños menores de 3 años estaban bajo tutela formal (-3,8 puntos porcentuales en comparación con 2020), y/o una quinta parte (21,0%) estaban al cuidado de sus abuelos, otros familiares o cuidadores profesiona-

Asimismo en 2022 y tras diez largos años¹⁸⁸, para avanzar en la igualdad de trato y oportunidades en la progresión profesional e incrementar la presencia de las mujeres en los puestos de administración de las grandes empresas, se adopta la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, que se aplica a cualquier sociedad de gran tamaño con domicilio social en un Estado miembro cuyas acciones se admitan a negociación en un mercado regulado de uno o varios Estados miembros, debiendo los Estados garantizar que las mujeres ocupen como mínimo el 40 % de los puestos no ejecutivos de los puestos de administración y el 33 % del total de puestos de administrador, tanto ejecutivo como no ejecutivo, antes del 30 de junio de 2026, estableciéndose un régimen de sanciones en caso de incumplimiento, considerándose que el aumento de la participación de las mujeres en la toma de decisiones económicas, especialmente en los consejos de administración, tiene un efecto indirecto positivo para el empleo de las mujeres en las sociedades afectadas y para toda la economía, contribuyendo a cumplir el objetivo previsto en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de reducir a la mitad la brecha de género en el empleo en 2030¹⁸⁹.

También ese mismo año se adopta una iniciativa legislativa que contribuye a reducir la brecha salarial de género y los mayores niveles de pobreza de las mujeres, coadyuvando a reducir la discriminación retributiva de género no prevista en las medidas de transparencia salarial incluidas en la Directiva (UE) 2023/970. Así, para hacer valer el Principio 6 del Pilar Europeo de Derechos Sociales relativo a salarios, que reafirma el derecho de los trabajadores a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno, se adopta la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, en la que se establece un marco de normas mínimas para que los Estados miembros adopten las medidas necesarias que garanticen a todos los trabajadores de la

les (+0,2 puntos porcentuales en comparación con 2020), *vid.* European Commission, *2023 Report on Gender Equality in the EU*, *op. cit.*, pp. 27-28.

¹⁸⁸ La propuesta de Directiva fue presentada por la Comisión en 2012, *vid.* Unión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, Bruselas, 14 de noviembre de 2012, COM(2012) 614 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0614> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁸⁹ Unión Europea, Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, DO L 315, de 7 de diciembre de 2022, pp. 44-59. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022L2381> [consulta: 12 de octubre de 2024].

Unión el acceso a unos salarios mínimos legales que proporcionen un nivel de vida digno, reduzcan la pobreza en el trabajo y promuevan la cohesión social, respetándose las tradiciones nacionales y la autonomía de los interlocutores sociales¹⁹⁰. La protección del acceso efectivo a un salario mínimo justo contribuye a hacer valer el principio de igualdad de género y a reducir la brecha salarial entre mujeres y hombres, pues el 60 % de los perceptores del salario mínimo son mujeres, favoreciendo una disminución de la diferencia salarial entre hombres y mujeres en torno al 5 % por término medio, siempre que los Estados miembros con salarios mínimos legales los incrementen hasta el 60 % de la mediana salarial o el 50 % del salario medio¹⁹¹.

Tres meses más tarde, para avanzar en la aplicación del Principio 14 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que establece el derecho de toda persona que carezca de recursos suficientes a una renta mínima adecuada que garantice una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación, y para alcanzar el objetivo del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de reducir el número de personas en riesgo de pobreza o exclusión social en al menos 15 millones, incluidos al menos cinco millones de niños, se adopta la Recomendación del Consejo, de 30 de enero de 2023, sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa, en la que se recomienda a los Estados miembros que la renta míni-

¹⁹⁰ La Directiva articula normas mínimas sobre los procedimientos para establecer y actualizar la adecuación de los salarios mínimos legales, fomentar la negociación colectiva sobre la fijación de salarios y el acceso efectivo a la protección del salario mínimo de los trabajadores que tengan derecho a un salario mínimo con arreglo a la legislación nacional, instándose a los Estados miembros con salarios mínimos legales a establecer un marco para fijarlos y actualizarlos de acuerdo con un conjunto de criterios claros. Las actualizaciones del salario mínimo legal se efectuarán al menos cada dos años (o, como máximo, cada cuatro años en el caso de los países que utilicen un mecanismo de indexación automática), sin embargo, la Directiva no establece una cuantía concreta en concepto de salario mínimo que deban alcanzar los Estados miembros, *vid.* Unión Europea, Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, DO L 275, de 25 de octubre de 2022, pp. 33-47. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2041> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁹¹ Las mujeres tienen una probabilidad mayor (casi el doble) de percibir el salario mínimo que los hombres, representando la mayoría de los asalariados con salario mínimo en todos los Estados miembros, aunque la diferencia de género varía entre los Estados, superando el 70 % en Chequia, Alemania, Malta, Países Bajos y Eslovaquia. Dada su sobrerrepresentación entre los trabajadores que perciben el salario mínimo, pues la probabilidad de que las mujeres perciban el salario mínimo es del 14 % frente al 8 % de los hombres, las mujeres se ven más afectadas por políticas salariales mínimas inadecuadas, conduciendo a una mayor brecha salarial de género, de ahí que la mejora de los salarios mínimos reduzca la brecha salarial de género, alcanzando la reducción en algunos casos hasta el 10 %, *vid.* European Commission, *Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union*, Brussels, 28 de octubre de 2020, SWD(2020) 245 final, pp. 7, 18, 65-66, 133-134, 191, 194 y 212. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0245> [consulta: 12 de octubre de 2024].

ma sea al menos equivalente al umbral nacional de riesgo de pobreza, definido como el 60 % de la renta disponible equivalente mediana después de las transferencias sociales, o al valor monetario de los bienes y servicios necesarios, o a otra medida comparable establecida por la legislación o la práctica nacionales, permitiéndose que se facilite a cada miembro de la unidad familiar la percepción de su parte de ingreso mínimo vital, así como el acceso a la renta mínima por los hogares monoparentales, encabezados en su mayoría por mujeres, contribuyendo, por tanto, la Recomendación a la seguridad de los ingresos y a la independencia económica de las mujeres que se encuentran en el umbral de pobreza y en situación exclusión social, permitiendo que puedan reintegrarse en el mercado laboral, reduciéndose, en consecuencia, la brecha de género en el empleo, uno de los principales objetivos del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales para 2030¹⁹².

Sin embargo, no será fácil reducir a la mitad la brecha de género en el empleo para alcanzar el objetivo de una tasa de empleo general del 78 % para 2030, pues los Estados miembros tendrían que reducir la brecha de empleo del 11,2 % en 2019 a al menos el 5,6 % para 2030, lo que exige disminuir la brecha en una media de 0,6 % al año. Sin embargo, en 2021 la brecha de género en el empleo a nivel de la UE fue del 10,8 %, lo que representa una disminución de solo el 0,3 % en comparación con el año anterior, reduciéndose la brecha de género solo en un 1,7 % en los últimos 10 años. Asimismo, persisten grandes diferencias en los patrones de trabajo, pues el trabajo a tiempo parcial por parte de las mujeres es superior al de los hombres en todos los países, aunque la brecha de género en el empleo a tiempo parcial (20,7 %) fue el doble que en el empleo total (10,8 %), debido, principalmente, a la división desigual de las responsabilidades de cuidado entre mujeres y hombres, siendo en 2021 el cuidado de niños o adultos dependientes el principal motivo alegado por el 26,2 % de las mujeres que trabajaron a tiempo parcial, frente a solo el 5,2 % de hombres. De ahí que a nivel de la UE la proporción de mujeres que no buscan trabajo debido a responsabilidades de cuidado (5,7 %) y otras razones familiares (2,9 %) fue significativamente mayor que la de los hombres, quienes, incluso combinando responsabilidades de cuidado y razones familiares, solo alcanzaron el 0,5 %, por lo que se necesitarán esfuerzos

¹⁹² Unión Europea, Recomendación del Consejo, de 30 de enero de 2023, sobre una renta mínima adecuada que procure la inclusión activa, DO C 41, de 3 de febrero de 2023. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023H0203\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023H0203(01)) [consulta: 12 de octubre de 2024]. Vid. también la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza [2016/2270(INI)], DO C 346, de 27 de septiembre de 2018. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0403> [consulta: 12 de octubre de 2024].

significativos y medidas de largo alcance para lograr el objetivo de reducir la brecha de género en el empleo a la mitad en 2030¹⁹³.

Por todo, será necesario que la Unión Europea refuerce el marco jurídico del Pilar Europeo de Derechos Sociales, dotándolo de mayor fuerza vinculante para los Estados miembros y la propia Unión, que permita poner en marcha de forma inmediata y eficaz todas las transformaciones sistémicas necesarias para erradicar la segregación horizontal y vertical que sufren las mujeres en el mercado laboral, los estereotipos de género y la infravaloración del trabajo realizado por ellas, la brecha salarial de género, las discriminaciones y falta de oportunidades, la infrarrepresentación de género en los órganos decisorios laborales y profesionales, así como las dificultades estructurales que afectan desproporcionadamente a las mujeres para conciliar la vida familiar y profesional, sin olvidar lo riesgos que plantea el uso de la Inteligencia Artificial (IA) en el ámbito laboral, especialmente en la contratación, gestión, seguimiento y evaluación del rendimiento de los empleados, incluida la extinción de la relación laboral, debiendo establecerse medidas específicas para evitar situaciones de discriminación algorítmica debido a la implementación de estereotipos y sesgos de género¹⁹⁴, como se pone de manifiesto en el reciente Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Reglamento de Inteligencia Artificial)¹⁹⁵, solo así podría avanzarse efectivamente en la consecución del principio de igualdad de género del Pilar Europeo de Derechos Sociales en toda la Unión Europea para 2030.

¹⁹³ Vid. European Commission, *2023 Report on Gender Equality in the EU*, op. cit., pp. 15-16.

¹⁹⁴ Al respecto vid. European Commission, *Algorithmic Discrimination in Europe. Challenges and Opportunities for Gender Equality and Non-discrimination Law*, Authors: Janneke Gerards and Raphaële Xenidis, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021. Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/082f1dbc-821d-11eb-9ac9-01aa75ed71a1> [consulta: 12 de octubre de 2024].

¹⁹⁵ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en material de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial), DO L 2024/1689, de 12 de julio de 2024, pp. 1-144, especialmente Considerando 57, art. 6.2 y Anexo III. Sistemas de IA de alto riesgo, punto 4. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689 [consulta: 12 de octubre de 2024].

LA UNIÓN EUROPEA Y LA PARTICIPACIÓN POPULAR: INSTRUMENTOS Y PERSPECTIVAS

ROSA IANNACONE

Investigadora posdoctoral en Derecho público comparado,
Sapienza Universidad de Roma

SUMARIO: 1. La participación popular en la Unión Europea. 2. La Conferencia sobre el Futuro de Europa: ¿un nuevo instrumento participativo? 3. Perfiles problemáticos de la Conferencia. 4. Las perspectivas de inclusión de institutos de democracia participativa a nivel europeo.

1. LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA UNIÓN EUROPEA

El intento de reconocer formalmente la existencia de un pueblo europeo, contenido en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que nunca entró en vigor, no tuvo continuidad con el Tratado de Lisboa, que, no obstante, mantuvo prácticamente inalterada la evolución del Derecho constitucional ya presente en el texto anterior¹. De hecho, según el artículo 2 del TUE, los ciudadanos de Europa, así como los 21 Estados miembros, constituyen una sola sociedad. Setenta años de integración europea, por tanto, no han dado lugar al nacimiento de un pueblo europeo, y menos aún de un Esta-

¹ Véanse, *ex pluribus*, BALAGUER CALLEJÓN, F., «El Tratado de Lisboa en el diván. Una Reflexión Sobre Estatalidad, Constitucionalidad y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83/2008.

do europeo², limitando así las posibilidades de construcción de una identidad común³.

Si bien es innegable que la propensión a la democracia y a la participación han caracterizado el desarrollo de la Unión desde sus orígenes, no es menos cierto que se trata de elementos difíciles de poner en práctica, sobre todo dentro de un edificio tan complejo desde el punto de vista institucional y funcional⁴. Un paso adelante en el proceso de integración y democratización de la construcción europea se dio, sin duda, con el paso de un Parlamento compuesto por representantes de las legislaturas nacionales, designados por éstas según diversos procedimientos, a un Parlamento elegido directamente por los ciudadanos de los Estados miembros, a lo que se añadió el aumento progresivo de sus competencias. En efecto, el apartado 2 del artículo 14 del TUE, modificado por el Tratado de Lisboa, contiene una definición innovadora de esta institución en comparación con la del artículo 189 del TCE, que a su vez se remonta al artículo 137 del Tratado de Roma, ya que establece que está compuesto por los «representantes de los ciudadanos de la Unión» y no por los «representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad». La nueva fórmula refuerza así el carácter democrático del Parlamento Europeo y subraya su autonomía con respecto a los Estados miembros.

² VON BOGDANDY, A., «La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa», *Quaderni costituzionali*, núm. 3, 2021, p. 670. Véanse, entre todos, BALAGUER CALLEJÓN, F., «La democrazia rappresentativa e l'Unione Europea», *federalismi.it*, núm. speciale 1/2017.

³ Sobre la difícil relación entre identidad europea e identidades constitucionales de los Estados miembros, véanse MORRONE, A., *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, *federalismi.it*, núm. 20, 2018.

⁴ Para una parte de la doctrina, la UE adolece de una deficiencia estructural, que va más allá del mero carácter democrático de sus instituciones, generada por la falta de correspondencia bidireccional entre función e institución. De hecho, el órgano legislativo más importante, el Consejo de Ministros, tiene también importantes poderes ejecutivos, y está compuesto por representantes de los ejecutivos nacionales; la Comisión, que aspira a ser el único ejecutivo europeo, tiene un papel estratégico en el proceso legislativo debido a su poder exclusivo de iniciativa. Para otro grupo de estudiosos, sin embargo, la arquitectura institucional y el proceso de toma de decisiones de la Unión Europea reflejan su doble legitimidad como unión de Estados y, al mismo tiempo, de ciudadanos. DI MAIO, C.; LANEVE, G., «La partecipazione dei cittadini europei al processo legislativo: riflessioni e prospettive di un dialogo incompleto», *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, núm. 1, 2023, CXXIX. Véanse, *ex multis*, VEROLA, V.N., *L'Europa legittima. Percorsi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Firenze, 2006; RASPADORI, F., «Il deficit di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni», *Rivista Studi sull'integrazione europea*, núm. 1, 2009; PALERMO, F., «The White Paper on EU Governance: The Right Tool for the Wrong Means», *Committee of Regions, in The Contributions to the 2008 Ateliers*, Brussels, Committee of the Regions, 2009; MAJONE, G., «Integrazione europea, tecnocrazia, e deficit democratico», *Rassegna Italiana di Sociologia*, núm. 4, 2010; PASQUINO G., «Deficit democratico», *Rivista italiana di scienza politica*, núm. 3, 2012; RUSSO, T., *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione europea*, Salerno, 2011; L. PECH, PEERS S., *Referendum Briefing 3: Does the EU have a 'democratic deficit'?*, 2019.

La representación parlamentaria se inscribe así en el marco jurídico inherente a la ciudadanía europea⁵. Sin embargo, si bien los Estados miembros han conferido importantes poderes de decisión al Parlamento de la Unión, también han conservado un fuerte poder de control sobre su composición, lo que ha afectado significativamente a la determinación de los criterios necesarios para garantizar un reparto de escaños basado en la nacionalidad. Esto ha dado lugar a una profunda diversidad en la relación entre el cuerpo electoral y la población: un *malapportionment* que convierte al Parlamento Europeo, desde el punto de vista de la representatividad, en un órgano «híbrido», en el que la distribución de escaños no es proporcional a la población de cada uno de los Estados miembros, ni refleja plenamente el principio de igualdad entre ellos⁶. Además, existen otras diferencias sustanciales en la regulación de las elecciones europeas, competencia que se deja a los Estados miembros. De hecho, estos últimos adoptan legislaciones electorales diferentes en la medida en que sólo se establecen algunos principios a escala comunitaria, a saber, la preferencia por un sistema electoral proporcional y la previsión de un umbral comprendido entre el 2 % y el 5 % de los votos válidamente emitidos, que aún no son plenamente aplicados por todos los Estados. A esta cuestión, que de por sí impide situar a todos los ciudadanos de la Unión en pie de igualdad⁷, se añaden las decisiones sobre la verificación de los poderes que relegan al Parlamento Eu-

⁵ BATTAGLIA, F., «La disciplina sull'elettorato passivo nel diritto dell'Unione europea tra competenze nazionali e principio d'autonomia del Parlamento europeo», *Dpce online*, núm. 4, 2020, p. 4467. Véanse sobre la centralidad en la construcción europea. OLIVER LEÓN ,B., «El derecho de sufragio como elemento estructural de la ciudadanía europea», *ReDce*, núm. 4, 2005, con referencia a los flujos migratorios véanse SAVASTANO, F., «L'opportunità di un modello comune per l'acquisizione della cittadinanza europea», *Diritto e Società*, núm. 4, 2018 y más en general sobre la ciudadanía europea véanse LIPPOLIS V., *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; CARTABIA, M., «Cittadinanza europea», *Enc. Giur.*, VI, 1995; CASSESE S., «La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa», *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 1996; CASTORINA E., *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, 1997; BARTOLE, S., *La cittadinanza e l'identità europea*, in *La Costituzione europea*, Padova, 2000; PINELLI, C., «Cittadinanza europea», *Enc. Dir.*, 2007.

⁶ SCIANNELLA, L.G., «Il Parlamento europeo nel post-Brexit. Distribuzione dei seggi, malapportionment e principio di rappresentatività», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, pp. 153-154. Véanse RASPADORI, F., «Il deficit di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni», *Rivista Studi sull'integrazione europea*, núm. 1, 2009; RUBECCHI, M., «Le modalità di elezione dei membri del Parlamento europeo, tra normative nazionali e profili eurounionali», *federalismi.it*, núm. 11, 2019; AMALFITANO, C., «Brexit ed elezioni del Parlamento europeo», *federalismi.it*, núm. 9, 2019; DI STEFANO, L., «L'integrazione politica europea che (ancora) non c'è: alcune considerazioni sulla proposta di realizzare liste transnazionali per l'elezione del Parlamento europeo all'indomani della Brexit», *Osservatorio costituzionale*, núm. 2, 2018.

⁷ Véanse FASONE, C., «Il Parlamento europeo nell'Unione asimmetrica», in A. Manzella, N. Lupo, *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, p. 56 ss.; CIANCIO, A., «A New Uniform Electoral Procedure to Re-Legitimize the Process of Political Integration in Europe. About the EU Parliament Resolution of 11 November 2015 on the Reform of the 1976 Electoral Act», *federalismi.it*, núm. 23, 2015; CAVAGGION, G., «La nuova «legge elettorale europea»», *Centro studi sul federalismo*, 02/2016; CIANCIO, A., «Democrazia e sovranazionalità: ripensare il Parlamento europeo», *Rivista Aic*, núm. 3, 2016; COSSIRI, L.A., *Partiti e rappresentanza politica nella dimensione interna e sovranazionale*, Milano, 2018.

ropeo a un mero ratificador de los resultados proclamados oficialmente por los Estados miembros (artículo 12 del Acta Electoral Europea de 1976). La problemática de este aspecto se puso de manifiesto con ocasión de la elección de los catalanes Oriol Junqueras, Carles Puigdemont y Toni Comín como eurodiputados⁸. Estos, de hecho, no fueron proclamados oficialmente por la Junta Electoral Central española porque no habían podido cumplir los requisitos exigidos por la Ley Orgánica Electoral Nacional, es decir, participar en el acto de jura de la Constitución y ser acreditados por la Junta Electoral Central. Puigdemont y Comín no pudieron regresar a España al pesar sobre ellos una orden de detención por su implicación directa en el asunto independentista catalán, mientras que a Junqueras, en prisión preventiva y acusado en el llamado juicio del «procés», el Tribunal Supremo no le permitió participar al considerar que podría haber constituido «un peligro irreversible» para la conclusión del proceso⁹. Los tres sólo entraron en funciones tras una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, que declaró que la condición de eurodiputado derivaba únicamente del voto de los electores y, por tanto, no estaba sujeta al cumplimiento posterior de formalidad alguna. Otro hecho reciente que puso de manifiesto cómo la representación de un pueblo de la Unión es sólo parcial a nivel europeo, ha sido el destino de los representantes británicos tras el Brexit¹⁰, cuando fueron declarados decaídos tras la salida del Reino Unido de la Unión. Se cree que en esta ocasión no se tuvo suficientemente en cuenta su naturaleza de representantes del pueblo europeo, sino que solo se les consideró como parlamentarios nacionales en una organización internacional.

Es evidente la polarización entre una democracia en la que el sujeto es un pueblo configurado como grandeza unitaria por encima de sus articulaciones y

⁸ Véanse DI CHIARA, A., «Verifica dei poteri ed immunità parlamentare degli eurodeputati indipendentisti catalani», *Dpce online*, núm. 4, 2019; VAN ELSUWEGE P., «Empty Seats in the European Parliament: What About EU Citizenship?», *VerfBlog*, 9 de julio de 2019; CARMONA CONTRERAS, A., «Las prerrogativas parlamentarias en la unión europea: unos personajes en busca de autor», *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, núm. 31, 2021; LACAMBRA, M. Escobedo, «El estatuto jurídico de los parlamentarios y los requisitos de acceso al cargo: Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 148/2022 y 149/2022, de 29 de noviembre. Recursos de amparo núms. 1194-2021 y 1212-2021. (BOE núm. 5 de, 6 de enero de 2023)», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 115, 2023; RODRÍGUEZ-ARANA M.B., «La autonomía de los Estados miembros para regular la adquisición de la condición plena de eurodiputado», *Revista de Derecho Político*, núm. 118, 2023.

⁹ FROSINA, L., «La Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di riforma dell'Unione europea», in CASSETTI, L.; FABRIZZI, F.; MORRONE, A.; SAVASTANO, F.; STERPA A. (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, Napoli, 2024, pp. 646-647.

¹⁰ Véanse FABBRINI, F., y SCHMIDT, R., «The Composition of the European Parliament in Brexit Times: Changes and Challenges», *European Law Review*, núm. 5, 2019; DI CHIARA, A., «La decadenza degli eurodeputati britannici e i suoi riflessi sul contesto italiano», *federalismi.it*, núm. 27, 2020.

un modelo que enfatiza la centralidad en la construcción europea del pluralismo¹¹ y de la estatalidad.

A la luz de lo dicho, el objetivo de esta contribución es interrogarse sobre el papel que el uso de instrumentos democrático-participativos, como complemento del principio representativo, puede desempeñar en la construcción de una identidad europea. Esto parece de interés tanto porque, a nivel comparativo, es posible observar, incluso en contextos jurídicos muy diferentes, un uso cada vez más frecuente de tales mecanismos en respuesta a la llamada «crisis de la democracia»¹² y a la distancia cada vez mayor entre los representantes y los representados¹³, como dada la centralidad que los momentos que implican al cuerpo electoral tienen en la integración europea.

De hecho, en la Unión Europea, la relación entre democracia y participación política ha ido adquiriendo cada vez más relevancia¹⁴. Además de la «iniciativa ciudadana europea», que en realidad adopta la forma de una «iniciativa de la iniciativa», ya que el artículo 11.4 del TUE estipula que un millón de ciudadanos europeos, residentes en al menos siete Estados de la Unión, pueden invitar a la Comisión a presentar una propuesta de acto jurídico¹⁵, se han desarrollado prácticas participativas, o más bien «consultivas», que han permitido crear un vínculo con los ciudadanos, como la implicación de la sociedad

¹¹ RIDOLA, P., «La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa», *ReDce*, núm. 3, 2005, pp. 5-6.

¹² Véanse *ex pluribus* MORRONE, A., «Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa», *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2014; DIAMOND, L.; PLATTNER, M.F., *Democracy in Decline?*, Baltimore, 2015; BILANCIA, P., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018; Graber, M.A.; Levinson, S., y Tushnet, M. (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018; GINSBURG, T.; HUQ, A.Z., *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago-London, 2018; LOUGHLIN, M., «The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 39, 2019; GREGORIO, A. di, «La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini «democrazia» e «costituzionalismo»», *Dpce online*, núm. 3, 2020; GROPPI, T., *Menopaggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020.

¹³ Las contribuciones en materia son muchísimas. Solo para citar algunas de estas: Valastro, A. (ed.), *Le regole della democrazia partecipativa: itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli, 2010; Alegretti, U. (ed.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010; ID., *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, 2011; BIFULCO, R., «Democrazia deliberativa e principio di realtà», *federalismi.it*, 2017; FLORIDIA, A., *Un'idea deliberativa della democrazia: genealogia e principi*, Bologna, 2017; MOLASCHI, V., *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018; ALGOSTINO, A., «Participatory Democracy and Its Dark Sides», *federalismi.it*, núm. 12, 2020; PEPE, G., *Il modello della democrazia partecipativa tra aspetti e profili applicativi. Un'analisi comparata*, Milano, 2020; POLITI, F., «Democrazia rappresentativa versus democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa», *Dirittifondamentali.it*, núm. 1, 2021; DGREGORIO, A. di, «Democrazia partecipativa e integrazione dei gruppi deboli. Una premessa», *Dpce online*, núm. 2, 2023.

¹⁴ CARAFFINI, P., «Recensione del volume: Maria Cristina Marchetti, *Democrazia e partecipazione nell'Unione Europea*, Milano, FrancoAngeli, 2009», *www.csfederalismo.it*, 7 de octubre de 2010.

¹⁵ LUPO, N., y MANZELLA, A., *Il parlamento europeo*, Roma, 2024, p. 60.

civil y de los grupos de interés, las prácticas de consulta aplicadas por la Comisión, el diálogo social, las formas de asociación, los comités consultivos y el diálogo civil promovido por el Comité Económico y Social¹⁶. De hecho, desde el Libro Blanco de 2001 (CE 2001), uno de los pilares del modelo de gobernanza democrática europea ha sido la participación de los ciudadanos, tanto como actores individuales como en calidad de entidades (asociativas, culturales, sociales y productivas), que es más amplia en términos de área de captación y más extensa en términos tanto de temas como de dimensión temporal¹⁷. En años más recientes, también se han ensayado a escala europea otros instrumentos democráticos, más afines a la Conferencia sobre el Futuro de Europa, como los diálogos y las consultas ciudadanas. Los primeros, iniciados por la Comisión Barroso y retomados después por la Comisión Juncker, eran principalmente reuniones informativas, estructuradas en sesiones de preguntas y respuestas, que aportaban una contribución, aunque limitada, al debate sobre las perspectivas futuras de la Unión. Las segundas, en cambio, se concibieron como una iniciativa más estructurada, tanto a escala nacional como transnacional, pero tuvieron una función puramente consultiva, al no estar vinculadas funcionalmente al proceso de toma de decisiones¹⁸.

2. LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA: ¿UN NUEVO INSTRUMENTO PARTICIPATIVO?

Como se anticipó, en respuesta a las criticidades de la democracia contemporánea, varios países han comenzado a implementar mecanismos de democracia directa y deliberativa, que coexisten con el sistema representativo tradicional y lo complementan¹⁹, la Unión, en cierta medida, no ha sido inmu-

¹⁶ CARAFFINI, P., «Recensione del volume: Maria Cristina Marchetti, *Democrazia e partecipazione nell'Unione Europea*, Milano, FrancoAngeli, 2009», cit. Sobre el papel de las instituciones de la democracia participativa (en particular, la iniciativa legislativa y las formas de consulta a las partes interesadas que el ordenamiento jurídico europeo prevé en el proceso de elaboración de políticas y normas) en la creación de una identidad política europea a través de la construcción de una esfera pública común, véanse SICLARI D., «La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario: sviluppi attuali e prospettive», *Amministrazione in cammino*, 18 de noviembre de 2019. En este sentido también SALVATORE, E. di, «Democrazia partecipativa e processo di integrazione europea», *Italian Papers on Federalism*, núm. 2, 2013.

¹⁷ RABBITO, C., «Il ruolo degli strumenti di e-participation nel processo di e-government. Il coinvolgimento dei cittadini nel policy making», *Informatica e diritto*, núm. 1-2, 2008, p. 441.

¹⁸ FROSINA, L., «La Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di riforma dell'Unione europea», *cit.*, 1433.

¹⁹ SOTO MARTÍNEZ, V., «La participación ciudadana en el proceso constituyente ecuatoriano (2007-2008)», *Serie Minuta*, núm. 55-20, 2020, p. 3; PEÑA M., «Mecanismos de participación ciudadana en la Convención Constitucional. Temas de la Agenda Pública», *Centro de Políticas Públicas UC*, núm. 16, 2021.

ne a esta ola de constitucionalismo participativo que es común a varios sistemas europeos y de otros continentes.

La idea de que las declinaciones supranacionales del principio democrático no pueden agotarse a través de los canales de representación, sino que encuentran en la participación una fuente adicional de legitimación del proceso de integración, de hecho, lleva años madurando en el seno de la Unión y se formalizó en el Tratado de Lisboa²⁰. La aplicación más reciente de esta idea se produjo con la Conferencia sobre el Futuro de Europa. Esta ha sido un experimento de democracia participativa, interinstitucional y transnacional, consistente en una serie de debates y deliberaciones, con el objetivo de reunir las ideas de los ciudadanos de los Estados miembros sobre determinadas cuestiones consideradas esenciales para el futuro de la Unión²¹, también mediante el uso de una plataforma digital interactiva y multilingüe. La justificación histórica de este ejercicio de democracia deliberativa consistía en la necesidad de relanzar el proyecto de integración europea tras una década caracterizada por crisis (del euro, de la migración, del Estado de Derecho)²², que ponían cada vez más de manifiesto la insostenibilidad del *status quo* para la Unión Europea²³.

La declaración conjunta firmada en su día por el Presidente del Parlamento Europeo, David Sassoli, el Presidente en ejercicio del Consejo de la UE, Antonio Costa, y la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, calificaba la iniciativa de espacio de debate con y para los ciudadanos con el fin de abordar los retos y prioridades de Europa, como la transición ecológica y medioambiental, la inmigración, la construcción de una economía sólida y justa, pero también cuestiones relacionadas con la capacidad de la Unión para llevar a cabo su agenda política, como el proceso legislativo, la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y la transparencia²⁴.

²⁰ Véanse GROSSO, E., «Cittadinanza e vita democratica dell'Unione tra «democrazia rappresentativa» e «democrazia partecipativa»», en LUCARELLI, A.; PATRONI GRIFFI, A. (cur.), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009; SICLARI, D., «La democrazia partecipativa nell'ordinamento comunitario: sviluppo attuali e prospettive», *Diritto Pubblico*, 2009; FERRI, D., «L'Unione europea sulla strada della democrazia partecipativa?», *Le istituzioni del federalismo*, núm. 2, 2011.

²¹ CECERE, A.M., y GUASTAFERRO, B., «La Conferenza sul futuro dell'Europa tra democrazia rappresentativa, partecipativa e di prossimità», *Istituzioni del Federalismo*, núm. 1-2, 2022, p. 242.

²² Se trata, entonces, de una «crisis multidimensional», véanse CARAVITA, B.; CONDINANZI, M.; MORRONE, A., y POGGI, A., «Dove va l'Europa? Percorsi e prospettive del federalizing process europeo», *federalismi.it*, núm. 7, 2019; PACE L. (a cura di), *Quo vadis Europa? Le sfide dell'Ue nel tempo delle crisi. Una riflessione multi-disciplinare*, Roma, 2023.

²³ FABBRINI, F., «La Conferenza sul futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche», *Centro studi sul Federalismo*, 06/2021, p. 6.

²⁴ ROMEO, G., «La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è», *Quaderni costituzionali*, núm. 3, 2021, p. 701.

La conferencia ha representado una especie de debate descentralizado, un ejercicio ascendente de naturaleza híbrida, resultado de un compromiso entre visiones básicas muy diferentes. Por este motivo, tanto en su mandato como en la forma en que se desarrolló, como veremos, encontramos elementos característicos tanto de la democracia representativa como de la participativa.

El trabajo, inaugurado el 9 de mayo de 2021, se dividió en dos momentos que tuvieron lugar dentro de la conferencia y un tercer momento que puede definirse como «externo». El primero consistió en una fase de escucha, caracterizada por eventos —estructurados en los más variados formatos y organizados por instituciones europeas, estatales y locales y por la sociedad civil— y la posibilidad de que los ciudadanos intervinieran directamente en el debate a través de una plataforma digital²⁵. La segunda fase, por su parte, se dedicó a la transformación de las ideas recogidas en propuestas operativas a través de una asamblea plenaria. Una vez finalizada la conferencia como tal, se abrió una tercera fase «externa», la de la transformación de las propuestas surgidas del ejercicio participativo en medidas concretas, primero a través de los trabajos del Comité Ejecutivo y después a través de las decisiones de las tres instituciones implicadas.

Las unidades organizativas básicas de este mecanismo eran los paneles, tanto nacionales como europeos. Estos últimos estaban compuestos por ciudadanos seleccionados mediante un criterio de aleatoriedad atenuada con el fin de representar la diversidad sociológica de la Unión y garantizar una amplia representación, un tercio, de los jóvenes menores de 25 años. Cada panel estaba compuesto por 200 ciudadanos de los 27 Estados miembros de la UE, cuya distribución nacional se basaba en el principio de «proporcionalidad digresiva» utilizado en la elección del Parlamento Europeo. Cada Estado miembro también estaba representado por al menos una mujer y un hombre²⁶. Los resultados de los trabajos de los paneles, que tuvieron lugar durante lo que se ha definido

²⁵ CECERE, A.M., y GUASTAFERRO, B., «La Conferenza sul futuro dell'Europa tra democrazia rappresentativa, partecipativa e di prossimità», *cit.*, p. 245 ss.

²⁶ Véanse ALEMANN, A., «Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d'être», *European Law Review*, núm. 26, 2020; FABBRINI F., «Reforming the EU Outside the EU? The Conference on the Future of Europe and Its Options», *European Papers*, núm. 2, 2020; Alander, M.; Von Ondarza, N., y Russack, S. (eds.), «Managed Expectations: EU Member States' Views on the Conference on the Future of Europe», *EPIN Report*, 2021; MARTINES F., «CoFoE: uno strumento di partecipazione per rafforzare la legittimità dell'Ue», *AISDUE*, núm. II, 2021; LIONELLO, L., «Gli esiti della Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di revisione dei Trattati», *AISDUE*, núm. II, 2022; SGUEO, G., «I tre problemi della Conferenza sul futuro dell'Europa», *Riv. trim. dir. pubbl.*, núm. 1, 2022; GUASTAFERRO, B., «Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa al confronto istituzionale sulla revisione dei trattati», *Quaderni costituzionali*, núm. 4, 2022; SEVERINO P., «La Conferenza sul futuro dell'Europa. Prospettive di un modello di partecipazione da valorizzare (e perfezionare)», *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2022.

como la primera fase, se canalizaron en la mencionada plataforma multilingüe, junto con las propuestas de los ciudadanos a título individual ²⁷.

La tarea de debatir tanto las recomendaciones expresadas por los paneles como las contribuciones recibidas a través de la plataforma recayó, en la segunda fase, en el Pleno de la Conferencia ²⁸, órgano compuesto que representaba tanto a las instituciones europeas como a la sociedad civil en sus diversas articulaciones internas y externas. En cambio, fue el Comité Ejecutivo, compuesto por una representación paritaria del Parlamento, del Consejo y de la Comisión (tres representantes y un máximo de cuatro observadores cada uno), el que transformó, con una importante libertad de acción, el *mare magnum* de las recomendaciones formuladas en las fases anteriores en las propuestas concretas que constituyeron entonces el producto final de la Conferencia ²⁹.

3. PERFILES PROBLEMÁTICOS DE LA CONFERENCIA

La Conferencia sobre el Futuro de Europa se sitúa a medio camino entre las experiencias de las asambleas de ciudadanos ³⁰ y las de las asambleas cons-

²⁷ VEROLA, N., y GHERSINI F., «Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE», *cit.*, p. XXXII ss.

²⁸ Contó con 449 participantes, entre ellos 108 diputados al Parlamento Europeo, 108 representantes de los parlamentos nacionales, 54 representantes del Consejo (dos por cada Estado miembro), 3 representantes de la Comisión Europea, 108 representantes de los ciudadanos –es decir, 80 miembros de los 4 paneles europeos (20 de cada panel y al menos 1/3 menores de 25 años), un presidente del Foro Europeo de la Juventud y 27 representantes de eventos y/o paneles nacionales–, 18 del Comité Económico y Social Europeo, 12 representantes de los interlocutores sociales, 8 representantes de la sociedad civil, 18 representantes del Comité de las Regiones, 6 representantes electos de las autoridades regionales y 6 representantes electos de las autoridades locales.

²⁹ VEROLA, N., y GHERSINI, F., «Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE», *cit.*, pp. XXXV-XXXVI.

³⁰ Sobre las principales experiencias véanse, *ex pluribus*, ADDIS, P., «Ireland's Call: la vigilia di un duplice referendum costituzionale», *Diritti comparati-Blog*, 21 de mayo de 2015; SUTEU, S. A., «Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland», *Comp. L. Rev.*, núm. 38, 2015; HARRIS, C., y LEWANSKI, R., *Come decidere le grandi riforme: il caso irlandese*, Bologna, 4, 2015; FARRELL, D.M.; SUTTER, J., y HARRIS, C., «'Systematizing' constitutional deliberation: the 2016-18 citizens' assembly in Ireland», *Irish Political Studies*, núm. 34:1, 2019; FARRELL, D., y SUTTER, J., *Reimagining Democracy: Lessons in Deliberative Democracy from the Irish Front Line*, Cornell UP, 2019; COURANT, D., «La Convention citoyenne pour le climat. Une représentation deliberative», *Revue Projet*, núm. 378, 2020; FLORENT GOUGOU, S. P., «Décider ensemble. La convention citoyenne pour le climat et le défi démocratique», *La vie des idées*, 2020; ELSTUB, S.; CARRICK, J.; FARRELL, D.M., y MOCKLER, P., «The Scope of Climate Assemblies: Lessons from the Climate Assembly UK», *Sustainability*, núm. 13, 2021; CHERRY, C. E., CAPSTICK, S.; DEMSKI, C.; MELLIER, C.; STONE, L., y VERFUERTH, C., *Citizens' climate assemblies: Understanding public deliberation for climate policy*, Cardiff, 2021; PECH, T., *Le Parlement des citoyens-La Convention citoyenne pour le climat*, SEUIL, 2021; ÁLVAREZ-GONZÁLEZ, E. M., «Asamblea ciudadana para el clima: ¿hacia un verdadero derecho a la participación ciudadana en materia de medio ambiente?», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 122, 2022; PLAZA MARTÍN, C., «La emergencia

tituyentes participativas³¹, inclinándose hacia uno de los dos polos en función de la fase que se considere: al igual que las primeras, el foro europeo se ha caracterizado por una fase deliberativa interna coincidente con los trabajos de los paneles temáticos, pero la elección de utilizar una plataforma digital, con el fin de permitir que el mayor número posible de ciudadanos interviniera directamente en el debate, lo ha desplazado en parte hacia el exterior, acercando el funcionamiento de la conferencia al de las asambleas constituyentes. Además, esta plataforma ha funcionado tanto en la fase de escucha como en la de deliberación. La experiencia europea también comparte con los procesos constituyentes participativos parte de la fase de transposición, ya que ha sido competencia del Pleno recoger las distintas propuestas formuladas en la fase anterior. Este paso ha marcado el retorno de la Conferencia al ámbito de la democracia representativa tradicional, mientras que el paso del Pleno al Comité Ejecutivo –que no tiene contrapartida en las otras experiencias participativas mencionadas– ha marcado la normalización de las propuestas a través de los mecanismos tradicionales de la negociación interinstitucional europea³². Es evidente, por tanto, el compromiso que ha caracterizado la construcción y el desarrollo de los trabajos de la Conferencia sobre el Futuro de Europa entre concepciones enfrentadas de la democracia, por un lado, la democracia parti-

de asambleas ciudadanas de cambio climático en la Unión Europea. El caso de España», *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 124, 2022; GABORIT, M., «La Convention citoyenne pour le climat dans son écosystème. Entre activisme délibératif et délibération contestatrice», *Participations*, núm. 33, 2022; FIORENTINO, A., «La democrazia partecipativa tra crisi della democrazia rappresentativa e crisi climatico-ambientale: alcune riflessioni sulla fioritura delle assemblee dei cittadini per il clima», *federalismi.it*, núm. 24, 2023; MANNARINI, G., «Citizens' Assemblies as Articulations of Democratic Participation between Criticalities and Perspectives», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 4, 2023.

³¹ Véanse SCIANNELLA L.G., «Il processo costituente islandese e la democrazia 2.0», in C. Di Marco, F. Ricci, L. Sciannella, *La democrazia partecipativa nell'esperienza della Repubblica. Nuovi segnali dalla società civile?*, Napoli, 2012; ALLEGRETTI, U., «Recenti costituzioni partecipate: Islanda, Ecuador, Bolivia», *Quaderni costituzionali*, núm. 3, 2013; BAGNI, S., «Procesos constituyentes participados y forma del estado», *Revista general de derecho público comparado*, núm. 13, 2013; ABBATE T., «La e-participation e i processi di elaborazione e revisione costituzionale», *IANUS*, núm. 11, 2014, p. 11 ss.; GROPPi, T.; SPIGNO, I. (cur.), *Tunisia, la primavera della Costituzione*, Roma, 2015; ABBATE, T., *La partecipazione popolare ai processi costituenti – L'esperienza tunisina*, Napoli, 2016; SAUNDERS, C., «Constitution-making in the 21st century», *International Review of Law*, núm. 4, 2012; NEGRETTO, G. L., «Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada», *Revista de ciencia política*, núm. 1, 2015; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada*, Chile, 2015; EYMARD, L., «From the French Citizens' Convention on Climate to the Conference on the Future of Europe: A participatory science and democracy perspective», *European Law Journal*, núm. 26, 2020; SOTO, V.; FERRERO, M., «Participación ciudadana, fortalecimiento democrático y mecanismos de incidencia en los procesos constituyentes», *Serie Informes*, Biblioteca del Congreso Nacional, 22, 2021; FLORES, F., «Participación Ciudadana en Asambleas Constituyentes», *Contexto*, 1 de febrero de 2021; IANNACONE, R., «I processi costituenti «participati»: il caso cileno», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 2, 2022.

³² VEROLA, N., GHERSINI F., «Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE», *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, núm. 1, 2023, pp. XXXV- XXXVI.

cipativa, de abajo arriba, y por otro la democracia representativa, dirigida por las *élites*³³.

Lo que la experiencia europea de democracia participativa tiene en común con las demás son tanto los aspectos innovadores como los problemáticos. Con respecto a los primeros, los elementos comunes son, en particular, las cuestiones abordadas y la atención prestada a la representación de grupos habitualmente infrarrepresentados, como los jóvenes y las mujeres. Con respecto a este segundo elemento, sin embargo, se considera que a nivel europeo se podría haber profundizado no sólo en la igualdad, sino también en la inclusión de otros grupos habitualmente «marginados», como las personas que se identifican con el colectivo LGBTQIA+, los inmigrantes y las personas con discapacidad.

Además, a pesar de la propuesta del Parlamento Europeo y de algunos Estados miembros de confiar a este foro la tarea de revisar los Tratados, al final la Declaración Conjunta sólo preveía el compromiso de las tres instituciones europeas de hacer un seguimiento efectivo de este informe³⁴, dejándoles libertad para interpretar esta tarea.

Otros aspectos que podrían resultar problemáticos derivan de la propia naturaleza de los instrumentos de la democracia participativa, en la medida en que sólo pueden definirse como propiamente deliberativos aquellos mecanismos que, como observa la doctrina, se basan en dos elementos indefectibles, a saber, el recurso a la confrontación razonada entre los participantes y la capacidad de la deliberación para orientar la decisión final. De especial importancia es, por tanto, la previsión de un sistema adecuado para trasladar los resultados alcanzados a través del método deliberativo al órgano encargado de la redacción del nuevo texto. Por lo tanto, el verdadero *discrimen* de estas arenas deliberativas es precisamente su incisividad sobre la decisión final³⁵. A menudo, sin embargo, las consultas públicas y la recepción de propuestas de la sociedad civil tienden a ser puramente testimoniales, a dejar rastro de las posiciones o peticiones formuladas, pero sin tener ningún efecto real. Esto depende tanto de quién detenta el poder de fijar la agenda como de la discrecionalidad de quienes reciben y seleccionan las propuestas, y de la imposibilidad de tener en cuenta todas las opiniones formuladas. Por lo tanto, es crucial encontrar un mecanismo para comunicar, explicar y justificar la posible, y siempre muy probable, no aceptación de algunas de las propuestas populares. De ello se deduce que uno de los principales problemas asociados a los procesos consti-

³³ FABBRINI F., *La Conferenza sul futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche*, cit., 12.

³⁴ *Ibid.*, p. 10.

³⁵ PRESTI, I. M. lo, «Le costituzioni partecipate nell'area andina. Esperienze costituenti a confronto in vista dell'elezione dell'Assemblea costituente cilena», *Nuove Autonomie*, núm. 1, 2021, p. 209.

tuyentes participativos, así como a las asambleas de ciudadanos, es el riesgo de que el resultado final, que a menudo refleja negociaciones y acuerdos entre actores de parte, pueda ser visto por la población y ciertos grupos con mayor desconfianza que si no se hubiera llevado a cabo un proceso formal de consulta³⁶. La otra cara de la moneda de los procesos plurales y altamente participativos es, por tanto, que pueden convertirse en una «cortina de humo»³⁷ y en meros ejercicios simbólicos o instrumentales.

En el caso de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, la participación fue sobre todo un ejercicio de diálogo y argumentación, que no pretendía intervenir, ni inmediata ni mediatamente, en ámbitos legislativos concretos. Aunque los presidentes del Parlamento, la Comisión y el Consejo afirmaron su compromiso de dar seguimiento a las recomendaciones y observaciones de los trabajos de la conferencia, no quedó claro cómo se traducirían estas sugerencias en acciones concretas³⁸, también porque no hubo acuerdo entre las tres instituciones sobre el método a seguir para ello. La conferencia concluyó sus trabajos en mayo de 2022 y presentó un informe final sobre los resultados obtenidos.

Posteriormente, la Comisión concluyó que la mayoría de las propuestas podían aplicarse sin modificar el derecho primario de la UE, mientras que el Parlamento Europeo consideró que sería necesario modificar los Tratados, y el Consejo mantuvo una actitud prudente, dadas las diferentes sensibilidades entre los Estados miembros, limitándose a tomar nota de las propuestas y afirmando al mismo tiempo el compromiso de las instituciones con su seguimiento efectivo, cada una en el ámbito de sus competencias y de conformidad con los Tratados³⁹.

En resumen, parece claro que la Conferencia sobre el Futuro de Europa fue un experimento participativo sin un mandato jurídicamente apreciable⁴⁰ no exento del riesgo, típico de todas las instituciones de democracia participativa de aumentar el sentimiento de frustración y alienación de los ciudadanos res-

³⁶ NEGRETTO, G. L., «Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada», *Revista de ciencia política*, núm. 1, 2015, p. 210.

³⁷ Se utiliza la terminología empleada por Y. Welp e F. Soto in «Más allá de modas y cortinas de humo: la deliberación ciudadana en cambios constitucionales», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 50, 2019.

³⁸ ROMEO, G., *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, cit., p. 701.

³⁹ VEROLA, N., y GHERSINI, F., «Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE», cit., pp. XXXVI-XXXVII.

⁴⁰ ROMEO, G., «La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è», cit., p. 703.

pecto a las instituciones⁴¹. Tampoco hay que subestimar el riesgo de que estas iniciativas puedan ser instrumentalizadas de forma populista, incluso a través de *fake news*⁴², y a nivel europeo puedan incluso ser utilizadas para promover una retórica antieuropeísta. Este peligro aumenta en ausencia de mecanismos eficaces para sintetizar los resultados del ejercicio deliberativo y orientarlos hacia objetivos concretos. Por último, hay que tener en cuenta que es poco probable que las iniciativas participativas resulten adecuadas para un debate sobre cuestiones más propiamente institucionales que, a diferencia de las cuestiones sustanciales, dada su extrema complejidad, requieren necesariamente un debate entre expertos⁴³.

La posibilidad de manipulación e influencia de las *élites* políticas o de determinados grupos organizados sobre los participantes también está vinculada al uso de plataformas digitales. De ahí, por un lado, la necesidad de garantizar la seguridad de la información y la protección de los datos de los usuarios y, por otro, la necesidad de considerar el perfil de los participantes y, por tanto, la llamada «brecha digital», vinculada, entre otros factores, a las diferentes posibilidades de los ciudadanos para conectarse a Internet y a características de los usuarios como el sexo y la edad⁴⁴. La e-participación —es decir, aquellos canales telemáticos que permiten a los ciudadanos y a las organizaciones no gubernamentales opinar sobre las decisiones públicas que les afectan⁴⁵— permite superar ciertas dificultades propias de la participación física, como llegar a un número representativo de personas en situación de precariedad social o falta de recursos económicos. Sin embargo, este potencial no puede aprovecharse plenamente en todos sus aspectos, ya que depende en gran medida del

⁴¹ Véanse THIERSE, S., «The Conference on the Future of Europe—Finally, an Opportunity for More Top-down Bureaucracy?», *Verfassungsblog*, 16 de marzo de 2021.

⁴² Véanse PARTLETT, W., «The Dangers of Popular Constitution-Making», *Brooklyn Journal of International Law*, núm. 38, 2012; SAATHI A., *The Participation Myth, Outcomes of participatory constitution building processes on democracy*, Umeå, 2015.

⁴³ FABBRINI, F., «La Conferenza sul futuro dell'Europa: potenzialità e problematiche», cit., 15.

⁴⁴ Véanse *ex pluribus* BOLOGNINI, M., *Democrazia elettronica. Metodo Delphi e politiche pubbliche*, Roma, 2001; HELD, D., *Modelli di democrazia*, Bologna, 2003; PITTÈRI, D., *Democrazia elettronica*, Roma-Bari, 2007; PAPA, A., «Rappresentanza politica versus democrazia Elettronica tra molteplicità di prospettazioni e problematicità di rapporti», in CHIEFFI, L. (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, 2006; CONSIGLIO D'EUROPA, *E-voting handbook. Key steps in the implementation of e-enabled elections*, 2010; LIRONI E., *Potential and challenges of e-participation in the European Union*, Directorate General for Internal Policies, 2010; GARCÍA GUTIÁN, E., «Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016; FIORIGLIO G., *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, 2017; G. Gometz, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Pisa, 2017; PALICI DI SUNI, E. (cur.), *Democrazia diretta e partecipazione popolare nell'età di Internet*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2014; FROSINI, T. E., «Internet y democracia», *ReDCE*, núm. 30, 2018; ATENA, A. d', «La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de internet», *ReDCE*, núm. 30, 2018.

⁴⁵ EUROPEAN UNION, *E-participation Best Practice Manual*, 2012.

estado de la tecnología y de la alfabetización informática, y podría convertirse a su vez en un elemento de exclusión, que corre el riesgo de dar más espacio a quienes, por razones económicas, políticas o sociales, ya tienen mayor influencia dentro de la sociedad⁴⁶. En una Unión Europea abierta y accesible a todos sus ciudadanos, este elemento no puede relegarse a un segundo plano; al contrario, debe considerarse en el marco más amplio de la creciente centralidad de la informatización.

Además, en el caso de la Conferencia, una encuesta especial del Eurobarómetro núm. 500 «El futuro de Europa» mostró que, entre los interesados en participar directamente en el foro europeo, surgió una preferencia por asistir a reuniones a nivel local (44 %). Esto pone de relieve la importancia de la democracia de base para consolidar el vínculo entre los ciudadanos y las instituciones europeas, que no puede sustituirse completamente por el uso de la participación digital⁴⁷.

Hay que tener en cuenta, también, las dificultades de la plataforma digital para permitir un verdadero debate entre los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil a nivel transnacional. Además, en términos cuantitativos, se presentaron unas 19.000 propuestas y hubo 50.000 inscripciones en el portal. Estas últimas se situaron en un nivel insuficiente para ser realmente representativas de la opinión pública de toda la Unión, sobre todo si se tiene en cuenta que se necesita un millón de firmas de ciudadanos de al menos siete Estados miembros para que una propuesta popular de ley europea sea examinada por la Comisión⁴⁸. En términos cualitativos, tampoco puede decirse que los resultados sean del todo satisfactorios, y un análisis de las contribuciones subidas a la plataforma revela un escenario de luces y sombras. Parece que los participantes tenían una opinión fuertemente polarizada sobre el proceso de integración europea, así como sobre el resto de las cuestiones debatidas, no reflejando así el diferente espectro de sensibilidades presumiblemente existente entre los ciudadanos europeos⁴⁹.

En definitiva, hay que considerar que si bien es innegable que la participación popular en los procesos de toma de decisiones aporta mayor transparencia, eficacia y legitimidad no sólo al resultado, sino también al procedimiento, y que ello se ve facilitado por el uso de las herramientas tecnológicas,

⁴⁶ ABBATE, T., «La e-participation e i processi di elaborazione e revisione costituzionale», cit., p. 24.

⁴⁷ CECERE, A.M., y GUASTAFERRO, B., «La Conferenza sul futuro dell'Europa tra democrazia rappresentativa, partecipativa e di prossimità», cit., p. 247.

⁴⁸ PONZANO, P., «La Conferenza sul futuro dell'Europa: luci e ombre», *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, núm. 1, 2023, LX.

⁴⁹ VEROLA, N., y GHERSINI, F., «Dalla Conferenza sul futuro dell'Europa alla convenzione. Sfide e prospettive per una nuova UE», cit.

la consecuencia es que a los riesgos asociados a la participación directa se suman los estrechamente vinculados a las nuevas tecnologías⁵⁰.

4. LAS PERSPECTIVAS DE INCLUSIÓN DE INSTITUTOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA A NIVEL EUROPEO

La Conferencia sobre el Futuro de Europa no ha representado un momento constituyente, ni hubiera podido hacerlo por falta de mandato. Sin embargo, resultó ser un instrumento útil para conocer a la sociedad europea, sondear sus orientaciones y comprender sus movimientos y su coherencia. Aunque no se puede pasar por alto la dificultad de establecer mecanismos de participación capaces de representar a una multitud de Estados cultural y lingüísticamente diversos, en una fase histórica marcada por el retorno del nacionalismo antieuropeo, la identificación de una comunidad política era un paso necesario e importante⁵¹.

Más allá de las diferentes interpretaciones sobre la «bondad» y eficacia del uso de las herramientas de democracia directa y deliberativa, incluso en su formato tecnológico, éstas podrían ser útiles en la construcción de una identidad europea a través de una mayor implantación de la democracia y la participación en el seno de la Unión, junto a los nuevos desarrollos de las reformas institucionales⁵² y el proceso de «parlamentarización» que caracteriza la construcción europea desde hace años. La práctica de los «spitzenkandidaten» (candidatos principales)⁵³, que se ha repetido en la antesala de cada elección europea desde

⁵⁰ Véanse BALAGUER CALLEJÓN, F., «La crisi della democrazia rappresentativa di fronte alla democrazia digitale», *La cittadinanza europea*, núm. 2, 2022.

⁵¹ ROMEO, G., «La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è», cit., 704.

⁵² Véanse en particular el Focus di *federalismi.it* «Conferenza sul futuro dell'Europa e riforme istituzionali».

⁵³ Sin ninguna pretensión de exhaustividad véanse HOBOLT, S. B., «A vote for the President? The role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament election», *Journal of European public policy*, 21(10), 2014; CARTABIA, M., *Elezioni europee 2014: questa volta è diverso*, in *forum Quaderni costituzionali*, 25 de julio de 2014; GUASTAFERRO, B., «La prima volta del Presidente della Commissione «eletto» dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale», *forum Quaderni costituzionali*, 10 de octubre de 2014; PEÑALVER GARCÍA, N., y PRIESTLEY, J. (a cura di), *The making of a European President*, Londra, 2015; CURTI GIALDINO, C., «L'elezione del Presidente della Commissione europea: profili giuridico-istituzionali», *Il Diritto dell'Unione europea*, 2015; MÜLLER GOMEZ, J., y WESSELS, W., «The Spitzenkandidaten procedure: reflection on the future of an electoral experiment», *IAI*, 03/2016; FABBRINI, S., «The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government», *Journal of European Integration*, núm. 5, 2015, p. 571 ss; BONFIGLIO, S., «Spitzenkandidaten e riforma dei trattati», *La Cittadinanza europea*, núm. 1, 2020; LUPO, N., «La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019», in AA.VV., *Liber Amicorum per Pasquale Costanza*, Consulta online, 2020; LAURO, A., «Illusioni europeiste e prospettive sovraniste: c'è dell'altro oltre gli Spitzenkandidaten», *Rassegna di diritto pubblico europeo*, núm. 2, 2020.

la primera tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2014, con resultados no siempre positivos, es de hecho un elemento indudablemente central en la construcción de un entramado institucional europeo más acorde con los cánones de los parlamentarismos actuales. En efecto, al asignar la presidencia de la Comisión al candidato principal del partido político europeo que ha obtenido más escaños en el Parlamento, se refuerza la posición de este último y se genera una tensión hacia un reequilibrio de la arquitectura institucional de la UE⁵⁴. Se trata de fenómenos no menores en el proceso de integración europea que hacen de la «parlamentarización» un camino sin retorno, aunque quizá no del todo suficiente para agotar la complejidad de una democracia que debe enfrentarse a la realidad institucional del peso aún ineludible de la estatalidad y a la realidad social europea de los múltiples *demos* que coexisten en su seno⁵⁵.

La complejidad estructural de los equilibrios institucionales de la Unión ha marcado también los trabajos de la Conferencia sobre el Futuro de Europa y ha ahogado esencialmente su seguimiento. La ambigüedad y complejidad de las normas de funcionamiento de la Conferencia, el espectro quizás demasiado amplio de las cuestiones y temas sobre los que trabajó, la propia forma de selección de la representación de los ciudadanos, una cierta autorreferencialidad de la delegación del Parlamento Europeo, la extrema prudencia de la representación de la Comisión y las divisiones entre los gobiernos fueron elementos que contribuyeron a la pérdida, al menos en parte, de una oportunidad⁵⁶.

A pesar de ello, la utilización de la participación directa y deliberativa de los ciudadanos en una dimensión totalmente peculiar, como es la europea, adquiere perfiles, criticidades, pero también perspectivas y terrenos de experimentación inéditos y muestra cómo la Unión Europea vuelve a ser un auténtico laboratorio constitucional⁵⁷. Una democracia supranacional europea necesita un espacio público europeo en el que los ciudadanos puedan debatir y confrontarse, intercambiar argumentos y formarse una opinión⁵⁸. La Conferencia sobre el Futuro de Europa, por lo tanto, intentó un curso que podría ofrecer algunas sugerencias sobre un camino –dinámico y, en el contexto de la Unión, procedimental– dirigido a estructurar aún más una comunidad política,

⁵⁴ ILLARI, S., «Osservazioni sulla pratica degli Spitzenkandidaten nel contesto della forma di governo dell'Unione europea», *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm. 3, 2018, p. 9 ss.

⁵⁵ RIDOLA, P., «La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa», *ReDce*, núm. 3, 2005, p. 23.

⁵⁶ GIANNITI, L., «Prime riflessioni attorno alla Conferenza sul futuro dell'Europa», *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online*, núm. 1, 2023, XXIX-XXX.

⁵⁷ DI MAIO, C., y LANEVE, G., «La partecipazione dei cittadini europei al processo legislativo: riflessioni e prospettive di un dialogo incompleto», *cit.*, p. CXXVIII.

⁵⁸ PONZANO, P., «La Conferenza sul futuro dell'Europa: luci e ombre», *cit.*, p. LX.

que si se pone en práctica también podría llegar a la fase de construcción de un *idem sentire*⁵⁹, aunque en su particularidad.

La identidad europea, de hecho, sólo puede identificarse como no unitaria sino plural, como el resultado de una continua dialéctica sin fisuras entre distintos factores que han entrado en contacto entre sí, tanto cronológica como culturalmente⁶¹. Esta identidad compuesta ha configurado ya una historia hecha de momentos de unidad y de valores comunes, que hoy representa el principal instrumento para distinguir lo que es Europa de lo que no lo es⁶⁰.

La Unión es *un unicum*, «sin modelo en la historia»⁶¹, y representa, al menos a nivel europeo, el banco de pruebas de la democracia contemporánea no sólo como forma de Estado, sino también como forma de convivencia entre pueblos diferentes con culturas y tradiciones distintas que, sin embargo, tienen una identidad común, sin que ello anule la pluralidad que es su característica originaria y fundacional.

RESÚMENES:

El objetivo de esta contribución es analizar los puntos de continuidad y las diferencias entre la Conferencia sobre el Futuro de Europa y otros mecanismos democráticos participativos recientes con el fin de reflexionar sobre el papel que podría desempeñar una mayor implicación de la ciudadanía europea en la revitalización de la democracia y la identidad a nivel de la Unión. Para ello, analizaremos los elementos que la conferencia tiene en común con experiencias como las asambleas constituyentes, la reforma constitucional y las asambleas o convenciones ciudadanas que se han puesto en marcha en diversos países europeos y nos centraremos, sobre todo, en los problemas vinculados a los mecanismos participativos en general y a la conferencia en particular.

Palabras clave. Conferencia sobre el Futuro de Europa-mecanismos democráticos participativos-procesos constituyentes participativos-asambleas de ciudadanos-democracia deliberativa.

⁵⁹ ROMEO, G., «La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è», *cit.*, p. 704.

⁶⁰ SAVASTANO, F., *Trasformazioni costituzionali nell'allargamento dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 22.

⁶¹ CONSEJO EUROPEO DE HELSINKY, *Conclusioni della Presidenza*, anexo I, 10-11/12/1999.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO VALOR FUNDAMENTAL DE LA UE: ¿HACIA UNA UNIÓN DE LA IGUALDAD?

ANDREA GARRIDO RAYA

Contratada predoctoral FPU en el Departamento de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada.

Doctoranda en el Programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad
de Granada y en la Universidad de Maastricht, Países Bajos

SUMARIO: 1. El principio de no discriminación como signo identitario del proceso de integración. 2. El derecho derivado y su particular desarrollo del principio de igualdad. 3. El rol del TJUE y la Comisión europea. 4. Conclusiones: ¿Hacia una Unión de la Igualdad?

1. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN COMO SIGNO IDENTITARIO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN.

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), «[...] cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica»¹. Dichos valores representan, pues, el «núcleo intocable»²

¹ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014.

² KLAMERT, M., y KOCHENOV, D., «Article 2 TEU», en Kellerbauer M.; Klamert M., y Tomkin, J., (eds.), *The Treaties and the Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, Oxford: Oxford University

del ordenamiento jurídico de la Unión, lo que convierte a la provisión que los acoge; el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), en la piedra angular sobre la que se construye la dogmática constitucionalista europea.

En efecto, el artículo 2 TUE establece los valores sobre los que se fundamenta la Unión; «respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a las minorías», a lo que añade que estos valores «son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». De forma similar al artículo 1.1 de la Constitución española (CE)³, el artículo 2 TUE se identifica como la *Grundnorm* del proceso de integración⁴, esto es, como la norma fundamental de la que derivan y a la que se reconducen el resto de preceptos que conforman el derecho comunitario. La incorporación en los Tratados de los principios clásicos del constitucionalismo permite identificar a la UE no solo como una Unión Monetaria o Comunidad de Derecho, sino también y, sobre todo, como una Unión de Valores, cuya promoción une y vincula a sus Estados y a los «pueblos de Europa». El surgimiento de la Unión Europea como una Unión de Valores no es más que el reflejo del vector constitucionalista⁵ que ha ido informando el proceso de integración, el cual ha permitido a ésta transitar de una incipiente entidad de carácter sectorial a una «cuasi-federación» sustentada en valores políticos y transcendentales a lo económico.

Ahora bien, es de sobra conocido que los Tratados fundacionales de las Comunidades adolecían, en sus inicios, de cualquier vestigio de dogmática o «sustancia» constitucionalista, esto es, de un compromiso firme y decidido por el respeto y promoción de los valores básicos del constitucionalismo europeo *per se*. El Estado de Derecho, el principio democrático, o el respeto de los derechos humanos, incluidos los de las personas pertenecientes a las minorías,

Press, 2019, pp. 22-30, p. 23. También puede consultarse a MANGIAMELI, S., «Article 2: The Homogeneity Clause», en Blanke, H.-J., y Mangiameli, S., (eds.) *The Treaty on the European Union (TEU). A commentary*. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, pp. 109-155, o a MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Unión Europea como Comunidad de Valores: A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 121-159.

³ «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.»

⁴ WOUTERS, J., «Revisiting artículo 2 TEU: A True Union of Values?», en *European Papers*, Vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 255-277, en especial p.258, SPIEKER, L.D., *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks*, Oxford Studies in European Law, 2023, p. 94.

⁵ CÁMARA VILLAR, G., «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009. Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/08GregorioCamaraVillar.htm>

pese a ser reconocidos, a día de hoy, como los valores sobre los que se constituye la Unión, ni siquiera fueron mencionados, de forma marginal, en el en el Tratado de París, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1950), o en el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad (Económica) Europea (1957).

Tan solo uno de los valores (constitucionales) del artículo 2 TUE escapa a ese «silencio»⁶ latente en los Tratados: el principio de igualdad, o más concretamente, el principio de no discriminación. No obstante, lo cierto es que ese interés de la Comunidad Europea en el principio de igualdad obedecía, en esencia, a la lógica inherente a la igualdad de oportunidades en el ámbito económico, *i.e.*, una lógicamente puramente funcional alejada del derecho a la igualdad de trato que, por el contrario, sí que estaba incluido en las Constituciones normativas de sus Estados fundadores⁷. La inclusión del principio de igualdad en los Tratados fundacionales tan solo se realizó en aras de afianzar el progreso de un mercado único y común. Así, de hecho, lo reflejan las causas de discriminación a las que hacía referencia el Tratado de Roma (TCE), con respecto a las que se otorgó a la Comunidad competencia para legislar: nacionalidad y género.

La prohibición de no discriminación en base a la nacionalidad (artículo 12 TCE, hoy artículo 18 TFUE) tenía como fin esencial asegurar la plena libertad de movimiento, circulación, establecimiento y provisión de servicios en el mercado comunitario, de tal forma que ningún capital, mercancía o ciudadano (trabajador o consumidor) con nacionalidad de un Estado miembro fuese tratado, en otro Estado miembro, de forma distinta a los nacionales de este último. Esta misma lógica «mercantilista» inspiró, también, la restrictiva formulación de la prohibición de discriminación por género que originariamente recogía el artículo 119 TEC (hoy artículo 157 TFUE), y que se limitaba, en esencia, al principio de igualdad salarial. Su inclusión en los Tratados pretendía erradicar la presencia en el mercado de ciertos países con ventajas competitivas a raíz de no reconocer, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras; lo que les permitía disponer de mano de obra femenina barata, o, por lo menos, más barata que la de aquellos países que sí que habían reconocido dicho principio (Francia)⁸.

⁶ BONELLI, M., «A union of values: safeguarding democracy, the rule of law and human rights in the EU member states», *Tesis doctoral, Universidad de Maastricht*, 2019, p. 34.

⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn, o el artículo 3 de la Constitución de la República Italiana.

⁸ BELAVUSAU, U., y HENRARD, K., «The Impact of the 2000 Equality Directives on EU Anti-Discrimination Law Achievements and Pitfalls», en Belavusau, U., y Henrard, K. (eds.) *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2018, pp. 1-37, p. 6.

Con todo, lo cierto es que las instituciones de la Unión, y en particular el TJUE, han conseguido sortear esta primigenia retórica mercantilista hasta el punto de reconocer al principio de igualdad, en general, y al principio de igualdad entre sexos, en particular, como un principio general de Derecho comunitario y un auténtico derecho fundamental⁹. En efecto, el reconocimiento de eficacia directa al artículo 119 TEC sirvió al Tribunal para reprimir a aquellos Estados que se demoraban en transponer las Directivas comunitarias en la materia, además de extender el ámbito de aplicación del principio para proyectarlo no solo en relación con los derechos laborales y sociales, sino también, incluso, con la regulación del trabajo sexual, la prohibición de la violencia doméstica y la trata de seres humanos¹⁰. No en vano, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres llegó a ser aplicado por el TJUE a finales de los años noventa como motivo para condenar la discriminación contra los transexuales¹¹.

El desarrollo del principio comunitario de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras hacia un auténtico principio constitucional de igualdad entre sexos no hubiera sido posible sin la labor de los movimientos sociales y feministas, dentro de los cuales la prof. Balaguer Callejón, M. L., autora de numerosas obras como académica y magistrada del Tribunal Constitucional, ocupa un lugar singular¹². La presión de aquellos fue, sin duda, uno de los motivos que llevó al TJUE a interpretar de forma extensiva la noción de retribución salarial, así como a aceptar, aunque de manera muy progresiva, acciones de diferenciación positiva en beneficio del género históricamente desfavorecido, particularmente en los casos relacionados con la maternidad y educación de los hijos¹³. Todo ello dio pie a que en el proceso de reforma de Ámsterdam (1997) el principio de igualdad (sustantiva) de género fuera reconocido, de forma categórica, en el Derecho originario (artículo 141 TEC pá-

⁹ STJCE, de 15 de junio de 1978, *Defrenne*, as. C-149/77, párr. 26-27.

¹⁰ *Ibid.*, p. 7. También BELAVUSAU, U., «EU Sexual Citizenship: Sex Beyond the Internal Market», en Kochenov, D. (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 417-442.

¹¹ STJUE de 30 de abril de 1996, *P/S y Cornwall County Council*, C-13/94. En *P/S* el Tribunal deja claro que el principio de no discriminación (por sexo) acoge al colectivo transexual, que según se desprende de la sentencia, vendría a estar integrado por aquellas personas que se han sometido a una operación de cambio de sexo o tienen intención de hacerlo. No obstante, no está de más resaltar que el principio de igualdad de trato habría de proyectarse, también, sobre cualquier persona transexual que sufra discriminación en sus derechos, haya ésta recurrido, o no, a algún tipo de tratamiento médico o intervención.

¹² Entre otras; BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «El movimiento feminista en España: influencias de los modelos americanos y europeos», *IgualdadES*, Año núm. 1, Núm. 1, 2019, pp. 19-42, «El feminismo de hoy», *Paradigma: revista universitaria de cultura*, núm. 22, 2019, pp. 140-143, «Mujer y Constitución Española», *Crítica*, Año 62, Núm. 979, 2012, pp. 33-37.

¹³ SSTCE de 8 de noviembre de 1190, *Dekker*, as. C-177/88, de 30 de junio de 1998, *Brown*, as. C-394/96, *et.al.*

rrs. 3 y 4, hoy artículo 157 TFUE párrs. 3 y 4). Y a que, tan solo unos años más tarde, dicho principio fuese también integrado en el *non-nato* Tratado Constitucional (2004) como uno de los valores sobre los que se fundamenta la Unión (artículo I-2).

A la hora de repasar la redacción de este artículo (hoy artículo 2 TUE-Lisboa), llama la atención que el principio de igualdad entre mujeres y hombres sea mencionado, de forma específica, tras la referencia al valor de la igualdad y principio de no discriminación¹⁴. Esta diferenciación, lejos de ser redundante, no es para nada desdeñable. Su importancia, como así enfatiza la prof. Balaguer Callejón, M. L.¹⁵, reside en la consideración de la prohibición de la discriminación por razón de género como ámbito autónomo sobre el que se desarrolla el principio de la igualdad, adquiriendo así éste especificidad propia en relación con las demás causas de discriminación que el principio también acoge, como la religión, etnia u orientación sexual. Ello va en línea, además, con el desarrollo legislativo específico que el principio de igualdad ha alcanzado en relación con la discriminación por género¹⁶. Nuevamente, el esfuerzo del colectivo feminista por conseguir tal diferenciación ha sido y es un aspecto clave en la acción normativa de las instituciones.

La igualdad entre mujeres y hombres se reconoce, además, como uno de los objetivos a los que la Unión dice auspiciar (artículo I-3.3 Tratado Constitucional, hoy artículo 3.3 TUE). Su identificación como objetivo, aparte de como valor, es algo a tener en cuenta. Y es que, en palabras de la prof. Balaguer Callejón, M. L.: «Se parte de que *no hay igualdad real* entre hombres y mujeres y se considera una finalidad esa igualdad. Y desde que la igualdad de género se convierte en objetivo de la Unión, hay que entender que se está *obligando a desarrollar políticas concretas* a favor de la consecución de la igualdad. Por

¹⁴ «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, *igualdad*, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, *la no discriminación*, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y *la igualdad entre mujeres y hombres*.» Énfasis añadido.

¹⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «La Constitución europea y la igualdad de género», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, 2005. Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/ReDCE3/15marialuisabalaguer.htm>

¹⁶ *Et. al.*, Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

lo tanto, *la desigualdad compensatoria* deja de ser una apreciación de la doctrina, para integrarse en un programa político»¹⁷. Ya no se trata de enjuiciar la constitucionalidad de la desigualdad compensatoria. Al contrario, la Unión impone la realización de medidas paliativas de desigualdad¹⁸. A todo ello se añaden el artículo II-80 del Tratado Constitucional (hoy artículo 21 CDFUE), que reconoce, *et. al.*, al género como una de las causas por las que se prohíbe la discriminación, y el artículo II-83 (hoy artículo 23 CDFUE), que recibe el título de «Igualdad entre hombres y mujeres», y que reconoce, expresamente en su párrafo segundo, que «el principio de igualdad *no* impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan *ventajas concretas* a favor del sexo menos representado»¹⁹.

En definitiva, la Unión dista hoy de quedarse anclada, primero, en la fórmula mercantilista del principio de no discriminación que inspiró el nacimiento de las Comunidades, y, además, de confinar a este principio a la estricta dimensión de la igualdad formal, según la cual los individuos han de ser tratados por igual sin ningún tipo de distinción. La Unión Europea ha dado un paso más y ha acogido, de forma decidida, por lo menos en cuanto a la igualdad de género, el principio de igualdad sustantiva, a partir del cual se ha de actuar para garantizar un trato distinto a aquellas que parten de una situación desigual. Solo así se pasará de una igualdad en abstracto (formal) a una igualdad real (sustantiva), en garantía de una sociedad plural y tolerante, y, por lo tanto, más justa (artículo 2 TUE).

2. EL DERECHO DERIVADO Y SU PARTICULAR DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El paulatino desarrollo del principio de igualdad a nivel comunitario refleja con nitidez el proceso de constitucionalización que viene experimentando la Unión Europea. En efecto, a la par que la UE se iba convirtiendo en una *polity*, esto es, en una entidad de carácter político y social, el principio de igualdad comunitario expandía su alcance hacia otras áreas de actuación más allá de la nacionalidad y del género²⁰.

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «La Constitución europea y la igualdad de género», *op. cit.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Énfasis añadido.

²⁰ BELAVUSAU, U., y HENRARD, K., «The Impact of the 2000 Equality Directives on EU Anti-Discrimination Law Achievements and Pitfalls», *op. cit.*, p. 1.

El punto clave de inflexión fue el proceso de reforma originario acontecido en Ámsterdam (1997) y la inclusión en los Tratados del artículo 13 TEC (hoy artículo 19 TFUE), que habilita al Consejo para adoptar por unanimidad, tras obtener el consentimiento del Parlamento, normativa secundaria con la que combatir la discriminación por motivos relacionados, entre otros, con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, u orientación sexual²¹. Dicha provisión dio lugar a la rápida aprobación, en el año 2000, de la Directiva 2000/43²², dedicada, específicamente, a la prohibición de la discriminación por motivo étnico y racial, y de la Directiva 2000/78²³, relativa a la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral por, entre otros motivos, orientación sexual o religión.

Las Directivas 2000/43 y 2000/78, conocidas en el entorno anglosajón como «The Equality Directives», son las primeras medidas legislativas comunitarias en prohibir la discriminación por un motivo distinto al género o sexo, cuya regulación había sido ya abordada por la Comunidad en los años 70.

En general, y pese a las limitaciones competenciales, se puede afirmar que la legislación antidiscriminatoria de la UE ofrece uno de los mayores estándares de protección en el derecho comparado²⁴, dando lugar, en algunas ocasiones, a importantes avances en los ordenamientos de los Estados, los cuales se han visto obligados a legislar sobre aspectos en los que apenas había reparado el legislador interno, a pesar de las reivindicaciones sociales²⁵. Así ha sucedido, por ejemplo, con la noción de discriminación indirecta²⁶, o, también, con la obligación de designar a uno o más organismos directamente res-

²¹ Junto a estos avances hay que destacar, también, la inclusión en los Tratados de las políticas «mainstreaming», primero en relación con la igualdad de género (artículo 3.2 TEC, hoy artículo 8 TFUE), y, después, tras el proceso de revisión de Lisboa, con el resto de causas discriminatorias recogidas por el artículo 19 TFUE (*ex artículo 13 TEC*). Además, no hay que olvidar que la CDFUE cuenta con un capítulo dedicado específicamente a la «Igualdad». Su capítulo III reconoce el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 20) y la prohibición de la discriminación por un amplio número de causas, entre ellas, la lengua o pertenencia a una minoría nacional (artículo 21). Estas fórmulas genéricas y clásicas del principio de igualdad se ven enriquecidas, a su vez: por el artículo 22, relativo a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, el artículo 23, que se refiere a la igualdad de género, los artículos 24 y 25, que reconocen, respectivamente, los derechos del menor y los mayores, y, finalmente, el artículo 26, que promueve la integración de las personas discapacitadas.

²² Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/43/oj>.

²³ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>.

²⁴ BELAVUSAU, U., y HENRARD, K., «The Impact of the 2000 Equality Directives on EU Anti-Discrimination Law Achievements and Pitfalls», *op. cit.*, p. 3.

²⁵ BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «La Constitución europea y la igualdad de género», *op. cit.*

²⁶ DE WITTE, B., «From a “Common Principle of Equality” to “European Antidiscrimination Law”», *American Behavioral Scientist*, Vol. 53, Núm. 12, 2010, pp. 1715-1730, p. 1720.

pensables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por etnia (artículo 13.1 Directiva 2000/43). Al mismo tiempo, no obstante, lo cierto es que el conjunto normativo de la Unión dedicado a la protección del principio de igualdad también ha sido ampliamente criticado por atentar, precisamente, contra el principio que le da nombre. El problema reside en que la legislación de la UE, así como la actuación de sus instituciones, tienden a otorgar una mayor protección a unas causas de discriminación sobre otras, dando lugar a una suerte de «jerarquía»²⁷ que, *prima facie*, resulta difícil de conciliar con el principio igualitario. En efecto, según establecen, entre otros, autores como Howard, E., la prohibición de discriminación por motivo racial o étnico vendría a situarse en la cúspide de dicha jerarquía, al otorgar ésta el mayor régimen de protección, seguida, de cerca, por la prohibición de discriminación por género o sexo, que se posicionaría por encima del resto de motivos recogidos por la Directiva 2000/78, respecto a los cuales, además, también sería posible establecer otra «subescala jerárquica» en función de la protección otorgada por la normativa y las instituciones²⁸. Esta presunta jerarquía se manifiesta, fundamentalmente, en tres aspectos:

En primer lugar, en el ámbito material de la Directiva 2000/43. Esta última, además de extender su aplicación a las condiciones de acceso al empleo, orientación profesional, despido y remuneración, y afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o de empresarios, ámbitos donde se queda anclada la Directiva 2000/78 (*i.e.*, contexto laboral), también desprende sus efectos sobre las áreas de protección social, educación y acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda. Por lo que respecta a la discriminación por sexo, la normativa comunitaria la prohíbe en el contexto de empleo y ocupación (Directiva 2006/54/CE), así como en el acceso a bienes y servicios (Directiva 2004/113/CE), pero no en el resto de sectores a las que hace referencia la Directiva 2000/43. Luego, el ámbito material de esta última, y la consecuente protección que desprende, es más amplia que la reconocida con respecto a la igualdad entre sexos, y, desde luego, mucho más extensa que la dispensada contra la discriminación por orientación sexual o creencia religiosa.

En segundo lugar, destaca la desigualdad a la hora de admitir excepciones a la prohibición de discriminación contra el motivo regulado por la norma.

²⁷ HOWARD, E., «The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, núm. 4, 2006, pp. 445-470. También WADDINGTON, L., & BELL, M., «More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives», *Common Market Law Review*, Vol. 38, núm. 3, 2001, pp. 587-611.

²⁸ HOWARD, E., «The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU law», *op.cit.*, p. 446.

Aparte de legitimar las medidas de acción positivas por parte de los Estados (artículo 5), la Directiva 2000/43 tan solo admite diferencias de trato cuando éstas constituyen requisitos profesionales esenciales y determinantes (artículo 4), esto es, cuando aquellas se adecuan a la naturaleza de la actividad profesional o al contexto en el que ésta se realiza, para que así sea posible apreciar que el trato diferente responde a un objetivo legítimo que se pretende alcanzar de forma proporcional. La Directiva 2000/78 añade a estas dos justificaciones de discriminación directa (artículos 4.1 y 7) otras tantas más. Así, ésta permite a las organizaciones que siguen una determinada ética religiosa aplicar una diferencia de trato basada en la religión cuando dicha distinción responde a una necesidad profesional genuina (artículo 4.2), así como también admite la ejecución de «ajustes razonables» en beneficio de las personas con discapacidad (artículo 5). En su artículo 6 reconoce de forma amplia, además, la posibilidad de justificar medidas de discriminación directa por razón de edad. Pero es su artículo 2.5, no obstante, la provisión que recoge la excepción más preocupante, y que (afortunadamente) no está presente en la normativa contra la discriminación por género o etnia. Dicho precepto establece la (ambigua) posibilidad de diferenciar por motivos de orden público a discrecionalidad del legislador nacional. Como si en una sociedad democrática las creencias religiosas de una persona, o su orientación sexual, pudieran, *per se*, poner en peligro la seguridad o los derechos ajenos, hasta el punto, incluso, de legitimar su discriminación. Más bien al contrario. Una excepción como ésta lo único que hace es, precisamente, perpetuar²⁹ el contexto de discriminación estructural en el que viven los disidentes minoritarios que no encajan con las creencias o estilo de vida de la sociedad mayoritaria.

En tercer lugar, la normativa comunitaria impone a los Estados el deber de designar organizaciones dedicadas, específicamente, a la promoción del principio de igualdad de trato entre todas las personas, sin distinción por causa relacionada con la etnia o el género. Esta obligación no la recoge, en cambio, la Directiva 2000/78. Lo que no es óbice, empero, para que los Estados dispongan, por iniciativa propia, sus propios organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas en materia de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. No en vano, el 7 de mayo de 2024 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron dos Directivas para establecer una serie de criterios comunes en cuanto al funcionamiento

²⁹ SKIDMORE, P., «EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?», *Industrial Law Journal*, Vol. 30, núm. 1, 2001, pp. 126-132, p. 129.

de estos organismos estatales, para garantizar que las personas reciben, en todos los Estados miembros, un nivel mínimo y común de protección contra la discriminación, para lograr así una mejor aplicación y cumplimiento del derecho de la Unión. Las Directivas regulan el mandato, independencia, recursos, tareas y competencias de los organismos de igualdad a la hora de prevenir la discriminación, asistir a las víctimas y llevar a cabo actividades de sensibilización³⁰.

En base a todo lo argumentado no es descabellado apreciar, pues, la existencia de una jerarquía en la legislación antidiscriminatoria europea, según la cual, como ya se ha comentado, la prohibición de la discriminación étnica vendría a situarse en la cúspide, por encima de la igualdad de género, que se situaría, a su vez, por encima de las causas de discriminación recogidas en la Directiva 2000/78. Fruto de esta controvertida diferenciación entre causas discriminatorias la Comisión presentó, en el año 2008, una propuesta de Directiva³¹ con la idea de extender la protección contra la discriminación por los motivos contemplados en la Directiva 2000/78 a todos los ámbitos cubiertos por la Directiva 2000/43, esto es: educación, protección social, ventajas sociales y acceso a bienes y servicios (incluida la vivienda). La propuesta también impone a los Estados el deber de designar un organismo responsable de promocionar la prohibición de discriminación contra los motivos de la Directiva 2000/78, e incluso hace referencia al concepto de discriminación múltiple, y extiende su aplicación al sector de transportes³². El requisito de unanimidad que dispone el artículo 19 TFUE impidió la definitiva adopción de la propuesta. Teniendo en cuenta el contexto actual es más que probable que la propuesta permanezca bloqueada en los próximos años, y, con ello, también la supuesta proyección jerárquica del principio de igualdad en el ámbito comunitario.

El trato desigual dispensado a las víctimas de discriminación no solo se desprende de la letra del Derecho de la Unión, sino también de la acción de sus

³⁰ Directiva (UE) 2024/1499 del Consejo, de 7 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en materia de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se modifican las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE y Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE.

³¹ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM(2008) 0426 final, Bruselas, 2 de julio de 2008. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52008PC0426>.

³² BELAVUSAU, U., y HENRARD, K., «The Impact of the 2000 Equality Directives on EU Anti-Discrimination Law Achievements and Pitfalls», *op. cit.*, p. 13.

instituciones. Las sentencias más recientes del TJUE o las comunicaciones procedentes de la Comisión parece que tienden a promocionar el principio de no discriminación con mayor o menor firmeza en función de una causa discriminatoria u otra. Y es que con sus acciones se han visto principalmente favorecidas, en general, las mujeres y grupos minoritarios étnicos. Cosa lógica, por otra parte, si se tiene en cuenta lo establecido por los Tratados y la normativa secundaria. Frente a esto último sí que resulta más sorprendente, en cambio, el lugar predominante que está empezando a ocupar la promoción del principio de no discriminación por orientación y/o identidad sexual, en clara contradicción con la devaluada protección dispensada por causa religiosa, pese a que ambos motivos están igualmente regulados y prohibidos por la Directiva 2000/78 y el artículo 21 CDFUE.

3. EL ROL DEL TJUE Y LA COMISIÓN EUROPEA

Ya en 2008 el TJUE mostró su rechazo contra la discriminación étnica en el ámbito laboral en *Feryn*. En su sentencia el Tribunal dejó claro que toda situación en la que un trabajador resulte disuadido de solicitar un puesto de trabajo tras conocer las declaraciones xenófobas de un empresario constituye un caso de discriminación directa prohibido por el artículo 2.2 a) de la Directiva 2000/43, independientemente de la política de selección de personal ejecutada o la ausencia de una víctima particularmente afectada por el acto discriminatorio³³. Conclusiones similares se desprenden de los casos *Asociația ACCEPT*³⁴ y *NH*³⁵. En ambas resoluciones el Tribunal sentencia que la presencia de discursos homófobos en el ámbito laboral contraviene la Directiva 2000/78. En particular, en *NH* afirma que no es necesario que los miembros de la organización que litigan en nombre y/o beneficio de una supuesta víctima pertenezcan o se identifiquen con el colectivo minoritario al que se adscribiría aquella (comunidad LGTBIQ+). Mientras que en *Asociația ACCEPT* se enfatiza en que es irrelevante que el emisor de las declaraciones tenga influencia o no en la política de contratación para apreciar el carácter discriminatorio de su discurso conforme a la Directiva 2000/78.

En suma, al TJUE «solo» le basta un daño potencial y una organización dispuesta a litigar en nombre de una supuesta víctima para condenar una prác-

³³ STJUE de 10 de julio de 2008, *Feryn*, C-54/07.

³⁴ STJUE de 25 de abril de 2013, *Asociația ACCEPT*, C-81/12.

³⁵ STJUE de 23 de abril de 2020, *NH*, C-507/18.

tica laboral discriminatoria por etnia (Directiva 2000/43) u orientación sexual (Directiva 2000/78). En consecuencia, ante aquellos casos en los que una decisión empresarial es contestada por una víctima individualizada que alega la violación real, no potencial, de su derecho a la igualdad y a manifestar su religión debería ser igualmente repudiada por el Tribunal. Nada más lejos de la realidad³⁶.

Los casos *Achbita*³⁷ y *Bougnaoui*³⁸ conciernen el despido de dos mujeres musulmanas por cubrir su rostro con un pañuelo musulmán. En *Achbita* el despido se justifica en la política de neutralidad aplicada por la empresa, según la cual se prohíbe la presencia en el puesto de trabajo de todo signo o prenda que manifieste cualquier tipo de creencia política, moral o religiosa. En *Bougnaoui* el litigio trae causa de los deseos de un cliente por dejar de ser atendido por una trabajadora que lleva un velo islámico, y la negativa de ésta a dejar de llevarlo. Si bien el TJUE declara que la petición del cliente no puede ser considerada, por sí sola, como un requisito profesional que legitime un trato discriminatorio (artículo 4.1 Directiva 2000/78), la doctrina sentada en ambas sentencias (pronunciadas, por cierto, el mismo día) plantea problemas desde una perspectiva igualitaria y constitucionalista.

El Tribunal niega que el despido de la litigante en *Achbita* constituya discriminación directa: la política empresarial se aplica sin distinción a todos los trabajadores de la empresa, independientemente del tipo de creencia «ocultada», y, en su caso, de la concreta religión afectada. Ello no es óbice, empero, para que los tribunales nacionales puedan apreciar si el despido en cuestión, tanto en *Achbita* como en *Bougnaoui*³⁹, suponen discriminación indirecta⁴⁰. En relación con esto último, el TJUE aporta unas pautas interpreta-

³⁶ PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Las minorías en la Unión Europea: La tensión entre la demanda de reconocimiento y la preservación de la identidad nacional», *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, Vol. 11, Núm. 2, 2023, pp. 67-112. Para una visión más general se puede consultar, también, a PORRAS RAMÍREZ, J. M., «La Libertad religiosa como Derecho Fundamental en perspectiva estatal, internacional y europea», en Porras Ramírez, J. M. (coord.) *Derecho de la libertad religiosa*, Tecnos, 2023, pp. 19-82.

³⁷ STJUE 14 de marzo de 2017, *Achbita*, as. C-157/15.

³⁸ STJUE 14 de marzo de 2017, *Bougnaoui*, as. C-188/15.

³⁹ Par. 33.

⁴⁰ La distinción entre discriminación directa o indirecta no es baladí. Según la Directiva 2000/78, la legitimidad de la discriminación directa solo puede ser apreciada, de forma excepcional, cuando el principio sustantivo de igualdad justifique la realización de acciones positivas (artículo 7), o cuando aquella se derive de requisitos profesionales determinantes (artículo 4). La discriminación indirecta [art. 2.2 b)], en cambio, puede encontrar justificación bajo un juicio de proporcionalidad no tan riguroso. Para ello se requiere, primero, que la discriminación se fundamente en objetivo legítimo, y, además, que los medios utilizados para ello; en este caso la restricción del derecho a la igualdad de trato, sean apropiados y se limiten a lo estrictamente necesario. Tal juicio ha de realizarse sin olvidar que la Directiva 2000/78 hace referencia, en su primer considerando, a los derechos reconocidos en el CEDH, entre los cuales se encuentra el Derecho fundamental a la libertad religiosa, establecido en su artículo 9. Dicho precepto acoge, en

tivas a los jueces nacionales para cuando procedan a realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad. De esta forma, el Tribunal establece que la ejecución de una política de neutralidad por la compañía es una finalidad legítima, íntimamente vinculada a la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 CDFUE. La prohibición de la presencia en la empresa de vestimenta ideológica, moral o religiosa es un medio adecuado para alcanzar un «ambiente neutro», siempre y cuando dicha prohibición se aplique de forma congruente y sistemática, es decir, sin distinguir entre trabajadores en función de sus creencias, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente. El juez nacional deberá verificar si la política de prohibición restrictiva de derechos fundamentales se limita a lo estrictamente necesario, lo que ocurrirá, según el TJUE, si aquella afecta, solo, a los trabajadores que mantienen una relación «cara a cara» con los clientes. El Tribunal puntualiza, además, que el despido sería un caso de discriminación indirecta si antes no se ofreció a la litigante un puesto de trabajo que no implicara contacto visual con los clientes. Esta alternativa será relevante, en cualquier caso, cuando la misma no suponga para la empresa una carga extra o «adicional».

El TJUE se posiciona, pues, a favor de los intereses del empresario, a la par que promociona un mercado laboral neutro y aséptico, en detrimento del espíritu tolerante y pluralista que según el artículo 2 TUE caracteriza a la sociedad europea.

Partiendo de lo sentado en *Feryn, Asociația ACCEPT* y *NH*, la devaluada protección a la que queda sujeta la discriminación por creencias es tan evidente como alarmante, al afectar prácticamente a todos los valores recogidos por el artículo 2 TUE, cláusula constitucional *par excellence* del Derecho europeo. La decisión mantenida, en reiteradas ocasiones⁴¹, de que las políticas de neutralidad empresarial no implican discriminación directa es, cuanto menos, cuestionable⁴². La medida estigmatiza y distingue a los trabajadores, en general, por sus creencias, y, en particular, entre aquellos creyentes que, por un lado, sienten que han de manifestar su fe, y, por otro, aquellos que no. Negar su carácter directamente discriminatorio porque sus consecuencias negativas son susceptibles de afectar «a todos por igual» da lugar a una aplicación del principio de igualdad tan formalista como perversa, contraria a la dimensión

particular, la libertad de manifestar nuestra religión o creencias por medio del culto, las prácticas o la observancia de ritos (*forum externum*).

⁴¹ Entre otras, SSTJUE de 13 de octubre de 2022, *L.F. contra S.C.R.L.*, as. C-344/20, de 28 de noviembre de 2023, *OP contra Commune d'Ans*, as. C-148/20

⁴² No en vano, la posición adoptada por el TJUE en estos casos ha sido ampliamente rebatida por la doctrina. Merece la pena destacar, entre otros, la crítica inequívoca de WEILER, J. H. H., en «¡Je suis Achbita!», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 73, 2018, pp. 4-15.

sustantiva del principio de igualdad, más acorde a los valores del constitucionalismo. De ello, en cierta forma, parece hacerse eco el propio Tribunal en los ulteriores asuntos *WABE* y *MH Müller*⁴³, donde considera que prohibir, únicamente, la presencia de signos vistosos y de gran tamaño sí que discrimina de forma directa entre trabajadores: por ejemplo, entre aquellos(as) que llevan un velo y aquellos que portan una cruz discreta.

Por lo que respecta a la concurrencia o no de discriminación indirecta, lo cierto es que en *WABE* y *MH Müller* el Tribunal fija unos criterios de justificación algo más estrictos sobre el empresario⁴⁴. Conforme a estos últimos, el empleador debe ahora probar la necesidad real de aplicar una política de neutralidad. Dicha actividad probatoria consiste, esencialmente, en acreditar el perjuicio económico que se derivaría de la no ejecución de la política de neutralidad. La restricción sobre el derecho a la libertad religiosa (artículo 10 CDFUE) será considerada legítima cuando el perjuicio económico quede probado, lo que, en principio, no debería ser demasiado oneroso para la empresa, puesto que las medidas controvertidas responden, precisamente, a los deseos (intolerantes) de los clientes.

Esta línea de argumentación resulta aún más problemática si tenemos en cuenta que las políticas de neutralidad también han sido secundadas por el TJUE en relación con el sector público (*OP contra Commune d'Ans*), respecto al cual el recurso a la pérdida de rentabilidad empresarial pierde fundamento. Por ello la sentencia sí que hace referencia, en cambio, a que el principio de neutralidad del sector público se encuentra integrado en la constitución nacional (artículos 10 y 11 Constitución belga). Tal referencia, no obstante, es ambigua, pues deja entrever que la promoción de un espacio público neutral conlleva la asimilación de la minoría por la mayoría (*i.e.*, despojarse del velo), o, en el peor de los casos, su exclusión (*i.e.*, despido).

Esto último también puede inferirse de la postura mostrada en *WABE* y *MH Müller*, donde se admite que la consecución de un ambiente neutro y sin conflicto pueden constituir una necesidad real, y por tanto legítima del empresario⁴⁵. Y es que como se viene haciendo alusión, este último enfoque no se adecua a los valores básicos del constitucionalismo que han de inspirar el Derecho de la Unión (artículo 2 TUE) y el de sus Estados miembros. No en vano, dichos valo-

⁴³ STJUE de 15 de julio de 2021, *IX contra WABE eV y MH Müller Handels GmbH contra MJ*, as. ac. C-804/18 y C-341/19.

⁴⁴ HOWARD, E., «German headscarf cases at the ECJ: a glimmer of hope?», *European Law Blog*, 2021. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2021/07/26/german-headscarf-cases-at-the-ecj-a-glimmer-of-hope/>.

⁴⁵ Parr. 35, 75, 76.

res son promovidos, precisamente, a través del conflicto y la disidencia entre mayoría y minorías. Como enfatiza el prof. Balaguer Callejón, F., el constitucionalismo recoge y abraza el conflicto, a la par que establece los cauces adecuados para su resolución, en cuyo proceso de realización, todos los sujetos, mayorías y minorías, han de participar y ver reconocidos sus intereses. Renegar y ocultar el conflicto a través de la asimilación o marginalización de las minorías es impropio de un Estado democrático y de derecho constitucional⁴⁶.

En definitiva, los criterios interpretativos establecidos por el TJUE en este conjunto de sentencias afectan, en particular, a las minorías religiosas, y, en concreto, a una de ellas: la minoría musulmana. El hecho de que el TJUE tolere la posibilidad de confinar a sus miembros a los puestos de trabajo ocultos de cara al público denigra su dignidad y sus derechos fundamentales, y, con ello, también el principio democrático. Esta alarmante postura no solo es mantenida, sino que además es enfatizada en *OP contra Commune d'Ans*, donde el Tribunal admite la aplicación de las controvertidas políticas de neutralidad a todos los trabajadores, indistintamente de si éstos mantienen, o no, contacto visual con los usuarios del servicio público.

Por si esto fuera poco, a todo lo argumentado se añade que la prohibición en cuestión, en lugar de afectar a todos los miembros de la minoría musulmana, solo afecta, *de facto*, a aquellas que son mujeres⁴⁷. El Tribunal no se pronuncia sobre ello en ninguna de las sentencias, lo que resulta sorprendente si comparamos tal decisión con la loable postura mostrada por la Unión, en general, y el TJUE, en particular, frente a la discriminación por razón de sexo. Sobre esta cuestión sí que se pronunció, en cambio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mas no en relación con el contexto laboral⁴⁸.

⁴⁶ Sobre la canalización y articulación del conflicto político-social como una de las funciones esenciales de toda Constitución democrática se pronuncia BALAGUER CALLEJÓN, F., en «Una interpretación constitucional de la crisis económica», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (REDCE), núm. 19, 2013, disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm. También, de forma más general; Balaguer Callejón, F. (coord.) *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2022, (17.^a ed.).

⁴⁷ En ese sentido WEILER, J. H. H., puntualiza que, a diferencia de los fieles cristianos, para los creyentes musulmanes (y judíos): «la presencia de Dios se transmite mediante un denso corpus legal de normas divino -*Nomos*- que acompaña al fiel desde el momento del despertar hasta ir al lecho, así como un código de vestimenta, un código alimenticio, un código de trabajo, un código de hacer el amor, etc.». El cristianismo, en cambio, tiende a ser manifestado no tanto por la manera de vestir o comer, sino por la forma en la que uno se comporta, sobre todo en relación con los demás. Luego, es evidente que las políticas de neutralidad tienen un efecto desproporcionado sobre las judías y musulmanas, lo que genera un contexto de discriminación estructural; WEILER, J. H. H., en «¡Je suis Achbita!», *op. cit.*, p. 7. No es de extrañar, pues, que todos los casos relativos a las políticas de neutralidad en el empleo versen sobre litigantes que alegan haber sido discriminadas por portar un pañuelo islámico.

⁴⁸ «[...] The Court takes the view, however, that a State Party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women –such as the applicant– in the context of the exercise of the

En definitiva, la postura asumida por el TJUE en la saga jurisprudencial relativa a la discriminación laboral por motivos religiosos es desafortunada por varios motivos. Primero, porque implica no otorgar un régimen de protección digno y garantista a un colectivo tan vulnerable como el de las mujeres musulmanas. Lo que entra en conflicto con el artículo 2 TUE, en general, y con el valor referido al «respeto de los derechos humanos, incluidos los de las personas pertenecientes a minorías», en particular, y, en consecuencia, con otros valores como el principio democrático o el pluralismo. Pero no solo eso. Al devaluar la protección de los grupos religiosos minoritarios en comparación con la otorgada a la de las personas de etnia u orientación/identidad sexual minoritarias el Tribunal no solo no reprueba, sino que más bien confirma, la «jerarquía de igualdades» que establece la legislación antidiscriminatoria de la Unión (ver *supra*), lo que entra en conflicto con el valor básico de la igualdad, en especial en cuanto a su proyección como derecho fundamental a la igualdad de trato, reconocido también, junto con los principios de no discriminación y tolerancia, por el artículo 2 TUE.

Por si esto fuera poco, la Comisión europea ha asumido una actitud similar. Esta última, tras proclamar «la igualdad para todos y la igualdad en todos sus sentidos» como una de sus principales prioridades políticas adoptó, en 2020 y 2021, un conjunto de estrategias dedicadas a alcanzar una «Unión de la Igualdad»⁴⁹. Estas cinco estrategias están dedicadas, específicamente, a la igualdad de género, a luchar contra el racismo, a combatir la discriminación contra los gitanos, a pugnar por la igualdad del colectivo LGTBIQ+ y a promover los derechos de las personas con discapacidad. La protección de las minorías religiosas, o el fomento de su diversidad, quedan fuera de la agenda política de la Comisión, o por lo menos como una causa específica y autónoma de discriminación. Lo que resulta difícil de conciliar con lo establecido por el artículo 21 CDFUE, que prohíbe, de forma categórica, la discriminación por religión, o por el artículo 22 CDFUE, que impone a la UE el respeto de su diversidad cultural, lingüística y religiosa. De ello se deduce que el artículo 2 TUE promueve, también, el pluralismo religioso y los derechos de las minorías.

La Comisión se muestra, pues, ambivalente al «atreverse» a invocar la aplicabilidad directa del artículo 2 TUE para denunciar la legislación húngara que

rights enshrined in those provisions, unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms [...]»; STEDH de 1 de julio de 2014, *S.A.S. v. France*.

⁴⁹ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/union-equality_en.

atenta contra los derechos de la comunidad LGTBIQ+⁵⁰, y, al mismo tiempo, al apoyarse en la vaguedad conceptual asociada a dicho artículo, o en el silencio competencial de los Tratados, para eludir la protección de las minorías religiosas y la promoción de su singularidad, tanto a nivel estatal como supranacional.

En conclusión, en base a todo lo argumentado se puede afirmar, sin ambages, que tanto la normativa comunitaria, como la actuación de las instituciones, reconocen y aplican el principio de igualdad de forma discriminatoria. Ahora bien, ¿es esto contrario, *per se*, al principio de igualdad o a la garantía de los derechos fundamentales? O, en otras palabras, ¿es la proyección desigual del principio de igualdad una contradicción en sí misma?

4. CONCLUSIONES: ¿HACIA UNA UNIÓN DE LA IGUALDAD?

Para dar respuesta a esta última pregunta conviene distinguir los dos sectores en los que se han centrado estas páginas: la legislación antidiscriminatoria europea, y la actuación del TJUE y la Comisión europea.

Con relación a las «Equality Directives», lo cierto es que el artículo en el que se basan; el artículo 19 TFUE, no establece una jerarquía entre las distintas causas de discriminación. Pero tampoco la prohíbe. Tan solo manda a las instituciones a combatir la discriminación, sin imponer el deber de tratar a todas las causas por igual⁵¹. Luego, las instituciones pueden actuar según consideren más apropiado de cara a conseguir dicho objetivo, lo que podría, en principio, explicar el distinto contenido y ámbito de aplicación de las Directivas 2000/78 y 2000/43. Ahora bien, tal distinción habría de basarse en las características y necesidades de los sujetos (minoritarios o vulnerables) afectados por el acto discriminatorio, y no en pragmatismo político.

En ese sentido, la decisión de otorgar un ámbito de protección más extenso a aquellas personas susceptibles de sufrir discriminación por etnia que por orientación sexual no encuentra justificación proporcionada. Ambas caracte-

⁵⁰ Se hace referencia, en concreto, a la ley LXXIX de 2021, a partir de la cual se adoptan medidas más estrictas contra los delincuentes pedófilos, además de modificarse determinadas leyes para proteger a los menores. La norma se encarga, entre otras cosas, de prohibir el uso en las escuelas de material que «promueva» la homosexualidad y el cambio de género, así como de relacionar implícitamente a la comunidad LGTBIQ+ con la pedofilia; BONELLI, M., y CLAES, M., «Crossing the Rubicon? The Commission's use of Article 2 TEU in the infringement action on LGTBIQ+ rights in Hungary», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 30, núm. 1, pp. 3-14, en especial, p. 4.

⁵¹ HOWARD, E., «The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU law», *op. cit.*, p. 450.

rísticas son inherentes a la dignidad humana⁵², y en ningún caso son determinantes en la mayor o menor capacidad del sujeto para realizar una actividad laboral o acceder a una prestación social. Además, su tutela y promoción resulta igualmente consustancial a una sociedad democrática y pluralista. En consecuencia, la discriminación por etnia y orientación sexual habrían de ser igualmente reprobadas.

Este mismo razonamiento, en cambio, no se aplica, de igual forma, a la discriminación por edad. No en vano, la vejez o juventud de una persona sí que pueden determinar su capacidad para acceder a determinados servicios o realizar un puesto de trabajo. En consecuencia, una acción que discrimine por este motivo sí que puede resultar, *prima facie*, proporcionada (artículo 6 Directiva 2000/78). Algo similar ocurre con la discapacidad, lo que queda matizado, eso sí, por el deber de ejecutar «ajustes razonables» (artículo 5 y Preámbulo 17 Directiva 2000/78).

La discriminación por motivos religiosos, sin embargo, es más compleja. Al igual que sucede con la etnia o la orientación/identidad sexual, la religión es una característica intrínseca al ser más profundo del individuo, hasta el punto de que la protección del derecho a la libertad religiosa es un requisito indispensable de toda sociedad democrática y pluralista⁵³. Ello justificaría un régimen de protección, por lo menos, tan amplio como el dispensado contra la discriminación étnica. No obstante, lo cierto es que la religión de una persona puede, en algunos casos, afectar a su capacidad para desarrollar ciertas actividades (piénsese, por ejemplo, en los distintos calendarios laborales según las festividades religiosas). Sin embargo, en este último caso no es tanto la capacidad del sujeto lo que se ve afectado por sus creencias religiosas, sino, más bien, su disponibilidad laboral de acuerdo a su fe religiosa. Esta última cuestión no debería dar lugar a un régimen de protección *menor* en comparación a la discriminación étnica, sino *distinto y proporcional*. Es decir, la normativa comunitaria habría de prohibir, en los mismos ámbitos y con la misma intensidad, la discriminación por motivos religiosos, étnicos o de identidad/orientación sexual, y, a la par, admitir, o incluso recomendar, la aplicación de ciertas medidas que, sin dar

⁵² Sobre la dignidad humana puede consultarse a PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona», en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 34, 2018, pp. 201-223.

⁵³ «Freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it»; STEDH 15 de mayo de 1993, *Kokkinakis v. Greece*, par. 31.

lugar a privilegios, permitan acomodar las distintas necesidades de los creyentes (minoritarios), para conseguir su definitiva inclusión laboral, social y económica. Así, la Unión podría promover, por ejemplo, la posibilidad de ofrecer, siempre que sea posible según la naturaleza y estructura de la empresa, la flexibilización de los calendarios laborales. Esta última cuestión fue abordada por el TJCE en 1976. El caso *Prais*⁵⁴ versa sobre una judía que, tras invocar el principio de no discriminación por religión y el artículo 9 CEDH, procedió a denunciar que los exámenes de acceso a un puesto de trabajo en el Consejo Europeo se celebraran el primer día de Pentecostés, durante el cual los judíos no tienen permitido viajar o escribir. Si bien el Tribunal dejó claro que el principio de igualdad exige que todos los candidatos se examinen en el mismo día y bajo las mismas circunstancias, este también afirmó que, en aquellos casos en los que se haya informado, con la suficiente antelación, a las instituciones comunitarias sobre las necesidades religiosas de los candidatos (lo que no ocurrió en el caso concreto), éstas tendrán el deber de evitar organizar los exámenes en las fechas controvertidas. De seguir estas premisas la legislación europea desarrollaría el principio de no discriminación conforme a las distintas necesidades y particularidades de las personas. Algo que, lejos de vulnerar el principio de igualdad, más bien lo enriquecería. Se trata, pues, de sustituir los regímenes de protección actuales, desiguales en su extensión, por unos sistemas proporcionales y plurales. En clara sintonía con el lema que identifica a la UE como una Unión «unida en la diversidad».

Por último, queda por abordar las recientes acciones del TJUE y la Comisión en nombre del principio de no discriminación. ¿Son sus actuaciones coherentes con el principio de igualdad, sustantivo y plural, promovido en estas páginas? Pues lo cierto es que no.

En efecto, las recientes resoluciones del TJUE en las que éste acepta las políticas de neutralidad moral siempre y cuando se apliquen de forma coherente y congruente, esto es, de igual forma a todos los trabajadores, promueven una visión del principio de igualdad puramente formal, que da lugar a la asimilación de una minoría religiosa en garantía de la libertad empresarial y que es contrario al conflicto social. Las minorías, la el pluralismo, y la canalización democrática del conflicto son, pues, las nociones y principios sacrificados. Precisamente los pilares básicos del constitucionalismo⁵⁵.

⁵⁴ STJUE de 27 de octubre de 1976, *Prais/Consejo*, as. C-130/75.

⁵⁵ BÖCKENFÖRDE, E.W., *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987). Trad. Esp. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

Conclusiones similares se pueden inferir de las acciones de la Comisión europea descritas *supra*. En relación con estas últimas merece la pena resaltar, además, que en su plan Antirracismo para 2020-2025, establecido dentro del marco para alcanzar una Unión de la Igualdad, la Comisión tiende a integrar la discriminación por religión como una subcategoría de discriminación racial, lo que no es del todo apropiado⁵⁶. No en vano, recuérdese que en el marco de las Naciones Unidas existe un documento dedicado a condenar la discriminación e intolerancia por motivos religiosos de forma autónoma y específica⁵⁷. Considerar a la discriminación por motivos religiosos como una subcategoría de discriminación racial deja en el aire si su prohibición se dirige, en exclusiva, a las mujeres musulmanas migrantes, y no, en cambio, a aquellas ciudadanas europeas que, voluntariamente, profesan el islam, y, por ello, son víctimas de discriminación religiosa y de género, pero no étnica.

La decisión de la Comisión de «sortear» la redacción de una estrategia para luchar contra la discriminación religiosa *per se* probablemente se deba a que el fenómeno religioso ocupa un lugar «especial» en el marco de relaciones de la UE con sus Estados, al representar aquel uno de los puntos más distintivos de su tradición constitucional y social. No obstante, la Comisión no ha vacilado, en cambio, a la hora de invocar el artículo 2 TUE contra la legislación homófoba húngara. Y ello pese a que la aplicabilidad directa de dicha provisión, como cláusula autónoma e independiente, siga siendo, a día de hoy, una de las cuestiones más discutidas por la doctrina⁵⁸. Por todo ello cabe, por lo menos plantearse, cuál hubiera sido la posición del TJUE si las controvertidas políticas de neutralidad hubiesen afectado a un trabajador en posesión de una pulsera con la bandera LGTBIQ+, en clara manifestación de su orientación sexual, y, también, aunque sea implícitamente, de su convicción o ideario político.

⁵⁶ «Existen diferentes formas de racismo, por ejemplo, el racismo contra los negros, contra los gitanos, contra los judíos y contra los asiáticos, que se unen a la religión o las convicciones en casos como el odio a los musulmanes. Todos tienen en común la realidad de que el valor de una persona se ve socavado por estereotipos basados en prejuicios. Además de a la religión o las convicciones, el racismo también puede ir unido a [...]». Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025, Bruselas, 18 de septiembre de 2020 COM (2020) 565 final, p. 2.

⁵⁷ Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 1981. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination>

⁵⁸ BONELLI, M., y CLAES, M., «Crossing the Rubicon? The Commission's use of Article 2 TEU in the infringement action on LGBTIQ+ rights in Hungary», *op. cit.* También SPIEKER, L. D., *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks*, *op. cit.*, o BARLEY K., y WEINZIERL Q., «Fulfilling the Lisbon Treaty's promise: The Article 2 TEU Values for the First time in Court». Disponible en: <https://eulawlive.com/op-ed-fulfilling-the-lisbon-treatys-promise-the-article-2-teu-values-for-the-first-time-in-court-by-katarina-barley-and-quirin-weinzierl/>.

Si se pretende, de verdad, alcanzar una Unión de la Igualdad, todas estas numerosas inconsistencias habrían de ser erradicadas. Su presencia en el contexto normativo e institucional de la Unión contraviene el contenido esencial de los valores sobre los que ésta se fundamenta, como el respeto a los derechos de las personas pertenecientes a minorías, la igualdad o el pluralismo. Para ello, eso sí, se requiere el diseño y aplicación de un marco de acción coordinado entre la Unión y los Estados. Con relación a estos últimos, ya va siendo hora de que asuman un mayor compromiso político para así extender el ámbito material de la Directiva 2000/78, como ya propuso la Comisión en 2008. Respecto al TJUE, su posición respecto a las políticas de neutralidad ejecutadas por los Estados dista de adecuarse a los mínimos sustantivos del Derecho constitucional. Éste debería, pues, por lo menos cuestionar su legitimidad en futuras resoluciones. Ello no haría otra cosa más que propugnar una Europa más plural y tolerante. En paralelo, la decisión (todavía pendiente) de aceptar la aplicabilidad directa del artículo 2 TUE en relación con el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra la legislación homófoba húngara sería un avance importante. Como también lo sería la aprobación de estrategias *soft law*, por parte de la Comisión, en contra de la discriminación por etnia, orientación/identidad sexual y motivos religiosos, en las que aquella habría de instar a los Estados, además, a realizar medidas positivas de acomodación, propias de una comunidad justa y solidaria.

Mientras este compromiso constitucional no sea sumido por todos los agentes comunitarios, la Unión de la Igualdad difícilmente dejará de ser una mera aspiración política para pasar a ser una auténtica realidad jurídico-constitucional.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

IMPORTABA QUE FUERA BALAGUER ¹: HACIA UNA HERMENÉUTICA IUSFEMINISTA DE LA CONSTITUCIÓN

RUTH RUBIO MARÍN

Cuando en su día tuve la ocasión de entrevistar a la difunta jueza Ginsburg (<https://www.youtube.com/watch?v=qRqe43iwhbw>) no pude resistirme a la pregunta: ¿qué diferencia podía hacer a fin de cuenta que hubiera mujeres entre los nueve magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos? Me ahorré la pregunta de cuál sería, a su juicio el número ideal, porque sabía que en otras ocasiones la había respondido en tono provocador: «¡nueve!», había dicho la jueza en más de una ocasión, entiendo que con la intención de asombrar y de al mismo tiempo provocar reflexión en torno al asombro. ¿Por qué durante tanto tiempo –la Corte empezó a funcionar en 1790– no hubo ni una sola mujer (la primera, la jueza O'Connor, sería nombrada por Reagan en 1981) sin que se hubiera puesto por ello su legitimidad en juego?

En su respuesta, la icónica y menuda jueza se refería a varias razones y anécdotas. Desde lo frágil y pequeña que se sentía sola, entre ocho varones grandullones después de que la única otra jueza en la Corte, O'Connor, se retirara y antes de que se unieran las juezas Kagan y Sotomayor, hasta la satisfacción que le producía que los niños y niñas que visitaban la Corte se pudieran ver «reflejados» en ella. Desde la importancia que el acceso de las mujeres

¹ El 12 de enero de 2023 publiqué en mi columna del diario.es (https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/importaba-fuera-balaguer_129_9858590.html) un artículo con el título de «Importaba que fuera Balaguer» con referencia a la disputada elección a la presidencia del Tribunal. Lo reproduzco aquí actualizado y ampliado para engordar las razones que entonces di, no tanto para regodearme en la nostalgia de lo que pudo ser y no fue, cuanto para expresar gratitud por lo que a pesar de no haber sido, está siendo y quedará.

tuvo para adecuar reglas tan triviales como las pertinentes al uso de los baños públicos hasta las reglas de etiqueta del tribunal (nótese, aún hoy Sotomayor sigue en cruzada personal contra el «manterrupting» que experimenta tratando que sus compañeros varones dejen de interrumpir a las mujeres en la Corte cuando hablan (<https://www.womennow.es/es/noticia/sonia-sotomayor-jueza-tribunal-supremo-manterrupting-hombres-interrumpen-mujeres/>). La jueza se refería también, a cómo, en algunos casos, su experiencia de vida, como mujer y como abogada feminista litigante, había contribuido de forma innegable a su forma de entender los hechos y las normas en juego, logrando a veces convencer a sus colegas varones para que adoptasen una perspectiva distinta.

El nombramiento más reciente de la presidencia del Tribunal Constitucional español, en enero de 2023, fue reñido. La disputa estaba entre dos magistrados del sector progresista, el magistrado Conde-Pumpido, que resultó finalmente escogido, y la magistrada Balaguer. De lograr la presidencia Balaguer, el Tribunal Constitucional español hubiera logrado su segunda mujer presidenta. La primera, María Emilia Casas Baamonde –la primera magistrada nombrada para el primer mandato del Tribunal en 1981– ocupó el cargo del 2004-2011. El hecho tenía su relevancia sobre todo si tenemos en cuenta que no solo la presidencia sino el Tribunal en sí ha sido principalmente un tribunal de varones a lo largo de su historia. El segundo nombramiento femenino no ocurrió sino hasta 1998 y, a partir de entonces, el Tribunal permaneció anclado en el máximo de tres de doce mujeres (tan solo el 25 %). Tuvimos que esperar a su última renovación, culminada a finales de 2022, tras un período de tensiones políticas, años de demora y legitimidad caducada para que se lograra por primera vez una representación, si no paritaria, sí al menos equilibrada en términos de género (siete varones/cinco mujeres) con las magistradas María Luisa Segoviano y Laura Díez sumándose a Concepción Espejel Jorquera, Inmaculada Montalbán Huertas y María Luisa Balaguer Callejón.

De haberse logrado, la presidencia de Balaguer hubiera representado por tanto la primera vez que la presidencia femenina coincidiera con una composición sexo-equilibrada del Tribunal pero, sobre todo, la primera vez que la persona a cargo de la presidencia fuera una que había dado muestras de priorizar de forma explícita y bien articulada la relevancia de adoptar una perspectiva de género a la hora de interpretar la Constitución. Y ello, tanto en su vida académica (por todas, Balaguer 2010, 2015) como en su labor judicial. De hecho, este fue uno de los argumentos que esgrimió la propia Balaguer para pelear la presidencia y mantener su candidatura frente a quienes la exhortaban a que renunciara a favor del varón que contaba con más apoyos dentro del ala progresista

en aras de la unidad. Curiosamente, parte del sector conservador apoyaba a Balaguer aludiendo, entre otros, su carácter conciliador y empático.

El relato se presta bien a una lectura de género. Vaya por delante que, a fecha de hoy, no he tenido el gusto de conocer personalmente a ninguno de los candidatos en contienda. Pero no deja de resultar significativo que el ala progresista le pidiera que se apartase a quien precisamente preconizaba como elemento central del mandato que aspiraba a tener la importancia de priorizar en la hermenéutica constitucional la igualdad y la perspectiva de género en vertiente sustantiva o material. Quienes sepan de la lucha por la conquista del sufragio femenino no se sorprenderán de ver a la izquierda pidiendo a la mujer y su causa que se sacrifiquen por una causa mayor. Ni tampoco a la derecha apoyando a la mujer, fundamentalmente por razones estratégicas.

En todo caso, lo cierto es que, como nos recordaba la jueza Ginsburg, tanto la composición cuasi-paritaria del Tribunal Español, como su presidencia femenina y feminista, importaban y siguen importando. E importan más allá de que la justicia se pretenda con los ojos vendados. Importan, si es que los estudios de liderazgo y psicología social están en lo cierto cuando avalan un mejor liderazgo de las mujeres por su mayor capacidad de escucha, empatía y trabajo en equipo (Chamorro-Premuzic 2020). Balaguer, por ejemplo, prometía un Tribunal más transparente y dialogante con la sociedad y los medios de comunicación lo que hubiera transformado un ente que sigue a fecha de hoy siendo bastante inescrutable. Importan, si es que queremos que el Tribunal no solo actúe de forma correcta, sino que disfrute de esa legitimidad social que flaquea cuando su composición es demasiado homogénea, no solo, pero también, en términos de género o cuando su liderazgo es inexorablemente masculino. E importa porque, como lleva tiempo afirmando la doctrina, la composición y el liderazgo históricamente masculino del Tribunal no pueden ser del todo ajenos a sus carencias interpretativas y argumentativas (Salazar, 2021c: 40) en general, y en particular, en la medida, limitada pero cierta, en que la presidencia importe (voto de calidad de la presidenta, rol de asignación de las ponencias y figura de autoridad, ¿otros?).

Mis alumnos de primero de constitucional se resisten a la idea cuando de entrada les hago la pregunta que le hice la jueza Ginsburg. Luchan por entender cómo puede importar si la justicia debe ser imparcial, ¿o no? Es solo cuando avanzamos en el curso y se familiarizan con algunas de las sentencias, por citar solo algunas históricas, que ha dictado el tribunal cuando ven de forma práctica que tal vez sí haga alguna diferencia. Sentencias dictadas por tribunales de varones como son la STC 53/1982 sobre el aborto en la que la posición jurídico-constitucional de la mujer embarazada apenas merece reflexión en el

voto de la mayoría; o la 126/1997 de los títulos nobiliarios en la que el Tribunal Constitucional le corrige la plana al Tribunal Supremo para afirmar que el orden de prelación que favorece al varón en la sucesión a los títulos nobiliarios no discrimina contra la mujer (¡el remedio vendría años después de mano de legislador!) o aún aquella (la STC 117/1994) en la que el Tribunal exhorta a Ana Obregón a quien deniega el amparo (a fin de cuenta se trata solo «de burdas alabanzas a tus cualidades físicas», mujer, ¿qué pretendes? ¡Si ya se ha visto lo que se tenía que ver!...) cuando se decide a revocar el consentimiento para que no se publiquen en la revista *Play Boy* imágenes acompañadas de comentarios que la recurrente considera degradantes, siendo así que su consentimiento inicial para la publicación de las imágenes se había limitado a la revista *Interview*, de carácter bien distinto.

Pues bien, la composición y el liderazgo importan porque los hechos son siempre interpretables, también cuando deben ser subsumidos en normas jurídicas que, por lo demás, y más aún las de naturaleza constitucional, contienen conceptos vagos o indeterminados. Importan, porque los derechos no son absolutos y además pueden entrar en colisión y para decidir si pueden ser legítimamente limitados o cual debe prevalecer hay que emitir juicios acerca de la importancia relativa de cada uno o de los intereses públicos en liza. Importan porque existen distintas teorías acerca de la interpretación constitucional y unas ponen mayor énfasis en una interpretación evolutiva y teleológica que se hace eco de los avances en materias de igualdad que reclama la sociedad en su conjunto. Importan porque desafortunadamente hubo padres, y no madres, los de la Constitución Española, mayoritaria o exclusivamente (según si por tales entendemos los ponentes que redactaron el texto o todos los que ocuparon escaños en unas cortes constituyentes en las que mujeres representaron el 5,5 % de los miembros del Congreso de los Diputados y el 2,5 % del Senado). Y en este sentido, es solo a través de la reforma constitucional –eternamente postergada pese a su urgente necesidad– (GÓMEZ 2017) y de la interpretación constitucional como cabe sumar las voces de «madres constituyentes» en la inevitable labor de integración que se le encomienda a un tribunal de esta naturaleza, siempre a mitad de camino entre lo jurídico y lo político. Importa, porque hay ya mucha ciencia que avala que esos mismos rasgos que hace que las mujeres ejerzan su liderazgo de forma distinta determinan que, con frecuencia, también juzguen de manera ligeramente distinta.

¿Cómo? Para empezar, en la apreciación de qué asuntos son los que tienen realmente suficiente trascendencia como para merecer la atención de un alto tribunal de jurisdicción y recursos limitados. Pero también en su forma de argumentación, haciendo menos uso de la abstracción y el formalismo, contextuali-

zando mejor la problemática y poniendo de relieve su dimensión estructural. Reclamando la teoría de los conocimientos situados, abrazando una lectura relacional de los derechos y la importancia de interpretar los derechos a las mujeres a la luz de los avances que los mismos han experimentado en el campo del derecho internacional. Y sobre todo, procurando que la subjetividad jurídica de la mujer no quede nunca desdibujada por una dogmática jurídica que acabe replicando los patrones de dominación que se esconden en el derecho y en la sociedad, legado del sistema patriarcal y sus ancestrales privilegios².

La jurisprudencia de Balaguer, con frecuencia articulada desde una voz de disidencia, es testimonio de todo ello. Balaguer disiente en el Auto 119/2018, que entiende que carece de suficiente trascendencia constitucional el recurso de amparo planteado por María del Pilar Alonso Saura contra el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial y las resoluciones posteriores que lo avalaron que otorgaron la plaza «de nombramiento discrecional y carácter gubernativo y jurisdiccional» de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia a un varón (cuyos méritos el Tribunal entiende debidamente justificados) y no a ella. Y ello, a pesar de que no quedara demostrado que la Sra. Alonso careciera de los méritos suficientes, de que constara la infrarrepresentación de la mujer en la cúpula del poder judicial y de que la necesidad de adoptar medidas para corregir la situación aparecía reflejada en normas específicas del sector.³ Disiente porque parte de la dimensión estructural de un asunto a la hora de valorar su trascendencia constitucional y por tanto entiende que el mismo ofrecía la oportunidad de valorar si podría existir un problema de discriminación sistémica o estructural de las mujeres en la carrera judicial en conexión con la discrecionalidad que preside los nombramientos de determinados puestos de la carrera judicial por parte del Consejo General del Poder Judicial y la falta de paridad entre hombres y mujeres en la cúpula del Poder Judicial.

Balaguer vuelve a disentir y a recalcar la importancia de la dimensión estructural de los asuntos que le llegan al Tribunal en su jurisprudencia sobre las distintas violencias que sufren las mujeres, como la violencia vicaria (STC 106/2022) o la violencia obstétrica en la que se centran, sin nombrarla como tal, los votos de la mayoría, de las SSTC 66/2022 y 11/2023. Ambas traen causa en el ingreso involuntario (y las intervenciones que le siguen una vez ingresada) de una mujer astu-

² Para directrices y referencias sobre cómo juzgar con perspectiva de género y feminista ver RUBIO y SALAZAR, 2024, pp. 123-135 y CÁRDENAS y SALAZAR, 2021.

³ La recurrente cita el artículo 16 LOIEMH pero también el artículo 3.1 del Reglamento del Consejo 1/2010, de 25 de febrero que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales y el Acuerdo plenario del Consejo General del Poder Judicial, de 22 de junio de 2005, sobre medidas de acción positiva en el Consejo y la carrera judicial.

riana que había tomado la decisión de dar a luz en su domicilio de Oviedo pero que, ante el riesgo de hipoxia y muerte fetales, es ingresada en contra de su voluntad a fin de practicarle un parto inducido (que finalmente no tiene lugar), sin que ninguna autoridad competente le preste previamente trámite de audiencia. En sus votos disidentes Balaguer reivindica el poder de nombrar, tan reclamado por los postulados feministas. Nombra de forma específica lo que está principalmente en juego, la autodeterminación de la mujer gestante que debe abarcar no solo el derecho a decidir si ser madre o no, sino también las condiciones del embarazo y parto, una vez recibida la información adecuada que no puede ser limitado sin una rigurosa observancia del principio de reserva de ley. Y nombra también la violencia como fenómeno estructural cuando, con su compañera Montalbán, reclama la necesidad de apartarse de todo formalismo para poner la experiencia vivencial de la demandante dentro del marco interpretativo que supone reconocer que España ha sido ya condenada en dos ocasiones por el Comité de la CEDAW en asuntos sobre este tipo de violencia⁴. «Una argumentación respetuosa con un modelo de interpretación constitucional con perspectiva feminista», afirma Balaguer, «hubiera debido partir del análisis de la noción de violencia obstétrica y ginecológica, para analizar si en este caso concurría o no una situación identificable como tal y, en caso de respuesta positiva, concluir con el reconocimiento de la lesión del artículo 14 CE, en conexión con el artículo 15 CE». Integrar, vía 10.2 CE, los instrumentos de derecho internacional, tanto *hard* como *soft*, que abordan la cuestión, hubiera contribuido de forma definitiva a este proceder⁵.

Poner los problemas dentro del contexto español y, por lo tanto, abandonar la prentesión de abstracción formalista en su abordaje también condujo a Balaguer a articular votos particulares en las SSTC 31/2018, 74/2018 y 34/2023. En ellas, contrariamente al sentir de la mayoría, la magistrada afirmó que el modelo de la coeducación para aquella financiada con fondos públicos no es simplemente una opción más entre las que el artículo 27.9 CE pone a disposición del legislador, sino que es la única compatible con los fines de la educación de acuerdo con el artículo 27.2 CE siendo la educación segregada

⁴ Dictamen de 28 de febrero de 2020 y Dictamen de 14 de julio de 2022, ambos condenando a España por violencia obstétrica, sin que mediara sentencia previa por parte del TC, al considerar este que el asunto carecía de «trascendencia constitucional». En un nuevo Dictamen del Comité, hecho público el 7 de marzo de 2023, se volvió a condenar a España ante la denuncia presentada por una mujer de 38 años que el 6 de enero de 2009 fue atendida en un hospital público de Sevilla, donde, entre otras malas prácticas, tuvo que parir por cesárea pese a no firmar el consentimiento.

⁵ Así Balaguer nos recuerda que la sentencia debía haber tomado en consideración los dictámenes del Comité CEDAW que condenaron a España en dos supuestos de violencia obstétrica, así como el informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, sobre la materia (Informe de 11 de junio de 2019, documento A/74/137).

contraria a una lectura conjunta del artículo 14 y el 9.2. Para ello nos recuerda en la STC 34/2023 que «la educación diferenciada por sexo, en el marco del sistema educativo español, que es el único en el que se puede contextualizar nuestro juicio de constitucionalidad, no es un simple modelo pedagógico sin implicaciones constitucionales y sin impacto alguno en el disfrute de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema educativo, es decir, de los niños, niñas y adolescentes de uno y otro sexo... [sino que] en nuestro entorno próximo, la opción por la educación diferenciada por sexo se asocia con un planteamiento religioso y moral en que la mujer ocupa una posición y un espacio que no es neutral». Y ya antes, en su voto particular a la STC 31/2018, «si la sociedad no funciona, en España, en espacios segregados por sexo, hay determinadas habilidades sociales, valores, capacidades y dimensiones del desarrollo de la personalidad que no pueden “aprenderse” y “entrenarse” más que si el segundo espacio de socialización, que es la escuela, reproduce esos mismos espacios mixtos, como premisa de una coeducación efectiva».

Una preocupación similar por subvertir los roles de género, y no solo por defender los derechos de la mujer, se destila en los votos particulares que ha dictado la magistrada en los asuntos sobre permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción en las SSTC 11/2018, 138/2018 y 2/2019. En ellas, nuestro Alto Tribunal vuelve a incidir en la distinta finalidad que en teoría persiguen el permiso de maternidad –protección de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio– y el de paternidad –favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Y es de nuevo el voto particular formulado por Balaguer el que incorpora una perspectiva feminista y pone en solfa la dimensión relacional de los derechos. De hecho, partiendo de los conocimientos situados, Balaguer apunta cómo las medidas garantistas de la maternidad «se erigen como una clara barrera de entrada frente a quienes están fuera y un obstáculo a la promoción de quienes están dentro, porque generarán un efecto de desincentivo en quien contrata que sólo afecta a las mujeres, y que, por lo tanto, incide en la perpetuación de la discriminación laboral». De ahí que, como bien concluye la magistrada, habría que diferenciar entre las medidas de protección del hecho biológico de la maternidad y las que están asociadas tanto a la garantía de la igualdad de trato en el mercado laboral, como a favorecer la conciliación de la vida laboral y personal que debe entenderse como relevante para mujeres y varones por igual. Hacer una lectura expansiva de lo que reclama la biología para justificar la preservación de estereotipos de género es incurrir en un indeseable e injusto «biologicismo» que perpetua la forma de entender las claves de la ciudadanía no solo de las mujeres sino también de los hombres, en vez de problematizarlos (Rubio y Salazar 2024, 47).

Interpretación en clave de género y feminista, debida contextualización, evitación de formalismos y biologicismos en el razonamiento, vindicación de los conocimientos situados, nombrar los fenómenos y abordarlos desde su dimensión estructural son algunas de esas formas diferentes de juzgar que ha reclamado Balaguer y que reclama el iusfeminismo. Pero en el voto concurrente de la sentencia del aborto que valida la LO 2/2010 (STC 44/2003) la magistrada da un paso más y nos invita a pensar no solo el método argumentativo sino la misma teoría de la interpretación de la Constitución, desde la cual formula una propuesta que hubiera permitido superar la incómoda síntesis entre el rechazo y la aceptación del precedente de la STC 53/1985 sobre la que se asienta el voto de la mayoría⁶. En su voto, Balaguer parte de una reivindicación neta de la subjetividad jurídica de la mujer embarazada para rechazar frontalmente la construcción en torno al nasciturus heredada de la STC 53/1985. Para la magistrada embrión y feto son cuerpo de la mujer y la protección de la vida humana en fase prenatal no tiene base constitucional. Por ello persecución penal de la interrupción voluntaria del embarazo debe analizarse como límite a la autodeterminación de la mujer (y tener, por tanto, carácter excepcional y residual). Desde esta óptica, la despenalización total es una opción que queda abierta al legislador y a efectos médicos bastaría con tratar la interrupción voluntaria del embarazo como cualquier procedimiento médico que exige consentimiento informado de la mujer sin que los requisitos que lo acompañen puedan presuponer la «incapacidad de la mujer para tomar decisiones libres sin tutela administrativa» ni su «falta de autonomía cognoscitiva y moral».

Para la magistrada la interpretación evolutiva que propone la mayoría no es la que realmente sirve para la resolución del caso, entre otras, por la diversidad de posturas que sobre la materia pueden defenderse a la vista tanto del derecho comparado como del marco de los derechos humanos (punto en el que incide el voto de la magistrada Espejel). Antes bien, cabría defender una interpretación netamente constructiva en este caso, y, sobre su base, el apartamiento del precedente de la sentencia 53/1985. Tal vez evolutivo–constructivista

⁶ El voto de la mayoría no acaba de romper las estrechas costuras del precedente de la STC 53/1985, como, de forma razonada, hubiera estado facultado para hacer. Así, sigue manteniendo el deber del Estado de tutelar la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido al amparo del artículo 15 CE. Y, en consecuencia, entiende que «la interrupción voluntaria del embarazo genera una tensión interpretativa en el interior de la Constitución, cuyos polos se sitúan... por una parte, en el respeto a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada (art. 10.1 CE) y su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE); y, por otra parte, en el deber del Estado de tutelar la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido. Este elemento de tensión no puede ser resuelto desde uno de sus extremos, sino, por el contrario, y como venimos señalando, a partir de una interpretación sistemática y global de los preceptos constitucionales implicados» (FJ 2, C, d).

sería la mejor forma de llamar la teoría que propone Balaguer en su voto en el que enfatiza los reclamos en torno a la autonomía reproductiva que el movimiento de mujeres lleva articulando durante décadas. A los que aduce, se podrían sumar otros argumentos en defensa de su peculiar propuesta interpretativa (Rubio y Salazar, 2024, 57-58). Entre ellos, la débil legitimidad paritaria de nuestra Constitución por la escasa representación de mujeres no solo en el momento constituyente sino a lo largo de toda su andadura moldeada por tribunales de composición mayoritariamente masculinos. Baste con recordar que la STC 53/1985 la dictaron 11 varones y una sola mujer y que, en realidad, como puso de manifiesto el voto del magistrado Tomás y Valiente, fue esta sentencia la que con una interpretación «constructiva», vino a consagrar el valor de la vida como bien supremo del orden constitucional y a anudar al mismo la protección de la vida humana en formación a pesar de que, en estricta lectura constitucional, carezca de subjetividad jurídica.

Balaguer en disidencia ha debido ser consciente de que su contribución a la teoría constitucional feminista debía consistir en ir proponiendo métodos y enfoques que solo con el tiempo, y en el mejor de los casos, se irían abriendo paso en el quehacer del Tribunal. Ciertamente es que no siempre ha estado sola y que muchas veces otras voces se han sumado a la suya en la disidencia incluso para reclamar la necesaria aplicación de la justicia en clave transversal de igualdad de género. Pero en la STC 115/2024 es ponente Balaguer y, ahora sí, con el aval mayoritario de la Sala (aunque con los votos particulares de Alcubilla y Bueso) logra sintetizar lo que seguramente será reconocido como su legado metodológico. Objeto del amparo son sendos autos dictados por Juzgados de Violencia sobre la Mujer para el cumplimiento de un régimen de visitas de acuerdo a lo establecido en una sentencia de divorcio. Lo que se le recrimina a la recurrente en amparo es que no ha motivado suficientemente a su hija para encontrarse y quedarse con su padre ni ha elegido a la persona adecuada para que lo haga porque su madre, la abuela de la niña, que es quien efectivamente se encarga de acercarla al PEF, no logra persuadirla cuando se resiste para que se quede con el padre. Lo que se dirime es si esa apreciación de incumplimiento vulnera la tutela judicial efectiva (por incumplimiento del canon reforzado de motivación artículo 24.1), siendo así que los autos no tienen en cuenta en su razonamiento que el conflicto se enmarca en un contexto de indicios de violencia de género con un procedimiento penal en curso.

Por boca de Balaguer en esta ocasión el TC otorga el amparo a la recurrente en una sentencia que invita a no anular automáticamente a la madre mediante una estereotipada apelación al interés del menor; que conmina a contextualizar a la hora de ponderar el grado de proactividad razonablemente exi-

gible a una madre y abuela en las circunstancias del caso; que subraya la dimensión relacional de los derechos al apreciar que en situaciones de violencia los jueces no pueden sin más asumir que el interés superior del menor es equivalente siempre a mantener relaciones con ambos progenitores; que afirma un principio de transversalidad de la igualdad de género en la labor interpretativa que exige una interpretación y aplicación de las normas jurídicas que busque la igualdad real entre hombres y mujeres y la ruptura con la perpetuación de los roles de género y la relevancia, a tales efectos, de las fuentes internacionales vía 10.2 CE (abarcando tanto la normativa de derecho positivo como el *soft law* de los distintos organismos internacionales que se han pronunciado sobre la materia como el Comité de la CEDAW y el Comité GREVIO, órgano de supervisión del Convenio de Estambul). Todo ello para concluir que «en el ejercicio de sus funciones los jueces deben ser muy conscientes de las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género que impactan negativamente en las mujeres que han sido víctimas, no pudiendo asumir que el interés superior del menor es equivalente siempre a mantener relaciones con ambos progenitores» (FJ3) y, sobre esa base, concluir que «requerir judicialmente a la progenitora custodia una actitud favorecedora de la realización del régimen de visitas y estancias establecido en un proceso de divorcio contencioso, o presumir en sede judicial que el interés superior del menor solo quedará preservado en un contexto en el que se favorezcan las relaciones con el padre no custodio, contraviene el canon de motivación exigido por el artículo 24.1 que es reforzado cuando quedan afectados derechos fundamentales o superiores valores de nuestro ordenamiento» (FJ4).

* * *

No resultó elegida Balaguer a la presidencia. Aun así hizo bien en resistir y dar la batalla hasta el final. Sin esa batalla puede que queda más lejos aún el momento en que la priorización de la equidad de género pase a ser la regla, y no la excepción, en la labor interpretativa del Tribunal Constitucional. Por supuesto, vemos cómo bajo la presidencia de Conde-Pumpido se está avanzando de manera lenta aunque muy reñida y vemos, sobre todo, cómo proliferan las sentencias sobre materias relacionadas con la igualdad de género con la particularidad de una ampliación de los ámbitos temáticos en los que esta se considera relevante (la reciente STC 132/2024 penetra nada menos que en el mundo cofrade). La elección de Montalbán a la vicepresidencia fue un guiño en la dirección correcta y en varias ocasiones Montalbán y Balaguer han unido sus voces no solo frente a sus colegas varones sino también frente a la voz de la magistra-

da Espejel que actúa de claro recordatorio de que no es solo el sexo de sus señorías sino también y sobre todo su compromiso con postulados feministas lo que resulta determinante en la conquista de un constitucionalismo transformador del orden de género (Rubio 2024). Con todo, se perdió una ocasión única: se alinearon los astros y a nuestro histórico «tribunal de varones» se le prestó la ocasión de plantearse de forma más radical su *modus operandi* y de hacerlo justo en el momento en el que un movimiento transnacional anti-género amenaza con revertir muchas de las conquistas recientes de mujeres y minorías sexo-genéricas, también con herramientas constitucionales (Rubio 2023).

BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2010), *Igualdad y Constitución en España*. Madrid: Tecnos.
- (2015), *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Madrid: Cátedra.
- CÁRDENAS CORDÓN, A., y SALAZAR BENÍTEZ, O. (2021), *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, Cárdenas Cordón, Alicia y Salazar Benítez, Octavio (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch.
- CHAMORRO-PREMUZIC, T. (2020) *¿Por qué tantos hombres incompetentes se convierten en líderes (y cómo evitarlo)?*, Empresa Activa.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2017). *Una Constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Madrid, Marcial Pons.
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (2021c), «La interpretación y aplicación del Derecho en clave feminista», en Cárdenas Cordón, A., y Salazar Benítez, O. (coord.), *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 34-77.
- RUBIO MARÍN, R., y BENÍTEZ SALAZAR, O. (2024), *El Orden de Género de la Constitución Española: Lecciones del Pasado y Propuestas de Reconstrucción Paritaria*, Granada: Comares.
- RUBIO MARÍN, R. (2023), «La munición constitucional del movimiento global anti-género», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 52: 233-265.
- (2024), *Constitucionalismo global y género: una batalla por la inclusión transformadora*, Valencia: Tirant lo Blanch.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL A TRAVÉS DE SUS REFORMAS

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

SUMARIO: Introducción. 1. La configuración de la Justicia constitucional por el legislador orgánico. 2. La reforma de la LOTC de 2007: la transformación del recurso de amparo. 3. De la naturaleza jurisdiccional a la naturaleza política del TC a través de sus reformas. 3.1 La reforma de 1984. 3.2 La reforma de 1985. 3.3 Las reformas de 1988 y 1999. 3.4 La reforma de 2000. 3.5 Las reformas de 2007. 3.6 La reforma de 2010. 3.7 Las reformas de 2015. 3.8 La reforma indirecta de 2022. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Cualquier mérito que se haya alcanzado a lo largo de la carrera de un jurista queda eclipsado por el hecho de ser elegido entre las 12 magistradas y magistrados que componen el Tribunal Constitucional. No hay mayor aspiración. Más aún para una constitucionalista. Como magistrada pueden ponerse en práctica las teorías constitucionales desarrolladas como investigadora. Pueden reforzarse los derechos y la dogmática analizada durante años. Pueden hacerse realidad las teorías apuntadas. Sentencia a sentencia y auto a auto pueden cambiarse las cosas y mejorarse.

Más aún como magistrada y no como magistrado. Pues en este caso el género marca ya un cambio, y supone en sí mismo un triunfo.

Con motivo de su jubilación, quisiera regalar a María Luisa Balaguer Callejón estas líneas, estas reflexiones. Y entre los diversos temas tratados a lo largo

de su carrera, creo que nada reflejaría mejor su valía para este homenaje que un análisis sobre la evolución del Tribunal Constitucional (TC) a lo largo de los 47 años de democracia. Por un lado, porque la salud del Tribunal Constitucional y los cambios en su naturaleza marcan el éxito o no de nuestro estado social democrático de derecho. Por otro lado, porque también refleja el bagaje con el que María Luisa alcanza su jubileo. Entre las líneas de la institución constitucional podrá leerse, para siempre, su trabajo y el tesón de su ciencia. A pesar de las circunstancias actuales y frente a ellas. Felicidades profesora.

1. LA CONFIGURACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL POR EL LEGISLADOR ORGÁNICO

Nuestro sistema constitucional no se configura sólo en la norma constitucional. La legislación española tiene una enorme responsabilidad en la conformación de nuestro estado. Concretamente dos normas con rango de ley comparten el honor de ser capaces de transformar nuestro régimen con una simple modificación. Se trata, por un lado, de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, 5/1985, de 19 de junio. Nuestro sistema político se configura a través de esta norma infraconstitucional tanto directa como indirectamente. Por otro lado, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tiene el honor de concretar la función de la constitución normativa, la división de poderes horizontal y vertical, la eficacia de los derechos en el sistema, el propio principio de supremacía y de legalidad, además de otros muchos elementos clave de nuestro estado social y democrático de derecho.

Con una simple modificación legislativa de estas dos normas, nuestro sistema político puede cambiar completamente.

La Ley orgánica 2/1979 del Tribunal constitucional, de 3 de octubre (LOT) representa la piedra angular del sistema constitucional español, desde su perspectiva jurídica. La Constitución Española (CE) establece un mandato al legislador para que mediante ley orgánica desarrolle el funcionamiento, el estatuto de los miembros del Tribunal constitucional, los procesos constitucionales y las condiciones para el ejercicio de las acciones procesales (artículos 165 y 81.1 CE).

Por prescripción de la norma fundamental, la ley orgánica debe desarrollar obligatoriamente determinados procedimientos: el de control de constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de ley (del artículo 161.1.a, 162.1.a y 53.1 CE); el control previo de constitucionalidad de los tratados (95.2 CE), los mecanismos para el control de las disposiciones norma-

tivas con fuerza de ley de las comunidades autónomas (153 CE) y de las disposiciones y actos sin fuerza de ley (161.2), los conflictos competenciales (161.1.c), la cuestión de inconstitucionalidad planteada por jueces y magistrados (163 CE); la legitimación activa para interponer el recurso de amparo, de constitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad (162 y 163 CE); el valor de sus sentencias (164 CE); su composición, propuesta, nombramiento, y decisión de su presidencia, así como un estatuto mínimo de los magistrados (159 y 160 CE); por último, la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo a través del recurso de amparo¹ (53.2 CE).

La reserva de los artículos 165, 161.1.d), y 162.2 CE concede una extraordinaria discrecionalidad al legislador orgánico para configurar la justicia constitucional. Y ello significa discrecionalidad para la «concreción del modelo constitucional de nuestra jurisdicción²».

El legislador orgánico «goza de una libertad de configuración que no sólo se deriva del principio democrático, sino que también está protegida a través de las diversas reservas de ley orgánica previstas en el texto constitucional respecto a esta institución³» (FJ 4 STC 66/1985). De otra parte, es también claro que, sea cual sea el lugar que la Ley orgánica de este Tribunal ocupa en el llamado bloque de la constitucionalidad, su contenido es disponible para el legislador y que, en consecuencia, dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal, puede introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales. Este margen es «muy amplio» y corresponde al legislador para «dar curso a sus opciones políticas, opciones que no están previamente programadas en la Constitución de una vez por to-

¹ No creo, en cambio, como señalan algunos autores, que el legislador orgánico pueda incluir o excluir derechos de la esfera de protección del amparo fuera de los establecidos por el propio precepto 53.2 CE, como señala, por ejemplo, MATIA PORTILLA (2009, 347): «La libertad de configuración que la Constitución ofrece al legislador orgánico puede concretarse en una restricción o ampliación de los derechos que pueden ser amparables o, incluso, de la importancia y alcance de la lesión de un mismo derecho fundamental. No sería incompatible con la Constitución, a nuestro juicio, que se excluyeran del amparo constitucional determinados derechos fundamentales o que exigiera, con carácter general, que la lesión del derecho fundamental presentara especial intensidad». Por su parte, como el propio autor señala, el inciso del artículo 53.2 CE que señala la tutela de tales derechos «en su caso» a través del recurso de amparo no significa que el legislador pueda o no determinar la existencia del procedimiento, en una lectura conjunta del Título IX de la CE y la voluntad del legislador: inciso incorporado por el Senador Angulo Montes que pretendía configurar el amparo como una alternativa al amparo judicial (*BOC* núm. 157, de 6 de octubre de 1978, p. 3478).

² STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 3 y STC 185 /2016, de 3 de noviembre, FJ 3 b).

³ STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 3.

das, como si lo único que cupiera hacer en lo sucesivo fuera desarrollar tal programa previo»⁴. «La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo; por tanto, la labor de interpretación no consiste necesariamente en cerrar el paso a otras opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas»⁵. El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución «sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece», pues «la vinculación de la ley a la Constitución es, aquí también, de carácter negativo, excluyente de toda trasgresión constitucional, pero no impositiva de una sola configuración del órgano, acabada en todos sus extremos»⁶.

Su contenido es disponible para el legislador y, dado que «la ordenación por la norma fundamental de los órganos constitucionales [no es] siempre, en todos sus extremos, exhaustiva», es susceptible de «configuración e integración por reglas de rango inferior»⁷. El legislador orgánico puede, por tanto, introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos, «tomar todas aquellas medidas que, en el marco caracterizado del pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la Norma fundamental»⁸, «sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales»⁹.

Esta libertad de configuración «no es absoluta, sino que tiene límites materiales y formales. Esto límites derivan no sólo de dichas reservas de ley orgánica, o de los restantes preceptos que integran el título IX de la Constitución, sino de una interpretación sistemática de todo el texto constitucional»¹⁰. Ello incluye, no sólo el respeto a las normas constitucionales, tanto materiales como formales¹¹, sino también la independencia y función del Tribunal¹².

Efectivamente, los límites al legislador orgánico en la configuración del TC deben respetar el «modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente»¹³ que derivan de una interpretación sistemática de todo el texto constitucional. Sus límites constitucionales no proceden «únicamente de una interpretación literal del precepto aducido en cada caso, sino del modelo de

⁴ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7. STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 3b.

⁵ STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 12. STC 191/2016, cit. FJ 3b.

⁶ STC 215/2016, de 15 de diciembre de 2016, FJ 3b.

⁷ STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 8 D.

⁸ SSTC 49/2008, FJ 4; 118/2016, FJ 1, y 185/2016, FJ 3 b).

⁹ STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 4. Véase también STC 49/2008, FJ 3; STC 118/2016, FJ 3 a).

¹⁰ STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 4.

¹¹ STC 49/2008, FJ 3; doctrina que reproduce la STC 185 /2016, FJ 3. STC 215/2016, de 15 de diciembre de 2016.

¹² STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 3.

¹³ También la STC 118/2016, de 23 de junio, FJ 3,

Tribunal Constitucional que se deriva de una interpretación conjunta de nuestra Norma Suprema y de los principios constitucionales que se proyectan sobre el mismo ¹⁴».

Tales límites son fiscalizados por el propio Tribunal constitucional, que a pesar de que limita el control de las reformas de la LOTC «a los supuestos en que existe un conflicto evidente e insalvable entre la misma y el texto constitucional ¹⁵» no debe «[d]ejar en manos del legislador orgánico la concreción [...] renunciar a controlarla no se correspondería, en efecto, con la pretensión del constituyente de crear un órgano de control de constitucionalidad con amplias competencias y de garantizar su eficacia». La doble vinculación del Tribunal Constitucional al texto constitucional y a su Ley Orgánica no «puede interpretarse en el sentido de impedir el control de constitucionalidad de nuestra ley reguladora, puesto que ello supondría rechazar la vigencia del principio de supremacía constitucional en la fase creativa del Derecho, es decir, frente al legislador ¹⁶». Pero, el alcance de este control «es exclusivamente de constitucionalidad y no político, de oportunidad o de calidad técnica ¹⁷».

Pese al control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal sobre su ley orgánica, y por tanto, «sobre sí mismo», la configuración del Tribunal Constitucional pasa por una amplia voluntad del legislador, y ésta ha ido transformándose en sus más de cuarenta años de vida. Desde su aprobación y publicación ¹⁸ la ley orgánica ha sido reformada en once ocasiones, y en alguna más de forma indirecta ¹⁹.

El análisis de las sucesivas reformas nos muestra la problemática propia sobre la configuración orgánica de la justicia constitucional y su naturaleza. Esta última, terminó de transformarse en virtud de la reforma de 2007, la reforma del recurso de amparo.

¹⁴ STC 49/2008, FJ 3.

¹⁵ Esta cita procede de la ya mencionada STC 49/2008, FJ 3. No obstante debemos atender al Voto particular formulado por la Magistrada ASÚA BATARRITA, A.: «La existencia del Tribunal Constitucional como órgano especial encargado de garantizar la supremacía de la Constitución frente al legislador es incompatible con una actuación extremadamente deferente. Un Tribunal Constitucional no se instituye para invalidar las leyes solo cuando su inconstitucionalidad sea «evidente»; pues si una ley fuera de verdad «evidentemente» inconstitucional, hay que suponer que cualquier juez ordinario sería capaz de advertirlo, sin necesidad de establecer una jurisdicción constitucional separada» STC 185/2016, de 3 de noviembre.

¹⁶ STC 215/2016, de 15 de diciembre de 2016, FJ 3.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ «BOE» núm. 239, de 5 de octubre de 1979. BOE-A-1979-23709.

¹⁹ Por ejemplo, en la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2. LA REFORMA DE LA LOTC DE 2007: LA TRANSFORMACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO

La Ley orgánica del Tribunal constitucional español fue reformada en 2007 (Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). El centro de esta modificación lo ocupó el recurso de amparo, procedimiento directo de protección de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional (TC). Con la reforma se procedió a la objetivación de las causas de admisión del recurso. Guiada por una explícita intención de reducir la carga de trabajo del Alto tribunal, sin embargo, la reforma transformó también profundamente la naturaleza y funciones de la jurisdicción constitucional española: «[e]l Tribunal Constitucional ya no será, primordialmente, como hasta ahora, un Tribunal de amparo, sino, primordialmente, un Tribunal de control de normas y de resolución de conflictos territoriales» (Aragón Reyes, 2009, 38-39).

La intención de «hacer más expedito el procedimiento de amparo» (Pérez Tremps, 2018, 255) había sido reivindicada por los presidentes del Tribunal desde hacía décadas. La LO 6/1988 articuló una primera respuesta en el artículo 50 LOTC a estas demandas introduciendo como motivo de inadmisión la «*carencia de contenido constitucional*»: inadmisión mediante providencia de la demanda por apreciarse *a limine* la inexistencia de la lesión aducida. Veinte años después se volvió a recuperar el espíritu de aquella reforma con la introducción de un nuevo requisito de admisión de la demanda: el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo del asunto por su «especial trascendencia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (art. 50.1.b LOTC).

Casi 18 años después de la reforma las estadísticas demuestran que se cumplió con el objetivo esencial. De 7210 recursos de amparo presentados por particulares contra resoluciones del Poder Judicial a lo largo de este último año (2024)²⁰, han sido admitidos a trámite 92 de ellos. Casi 5500 fueron inadmitidos precisamente por insuficiencia o falta de justificación de especial trascendencia constitucional. Analizando estos datos desde la reforma, de forma general, puede señalarse que apenas son admitidos entre el 1-1,5% de los recursos admitidos. Y que entre el 70-75% de recursos son inadmitidos direc-

²⁰ Los datos se han obtenido del avance estadístico del tercer trimestre de 2024 proporcionado por el propio Tribunal Constitucional <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/Cuadros-estadisticos.aspx>.

tamente por carencia de especial trascendencia constitucional. El dato más bajo de la serie histórica desde la aparición del Tribunal constitucional se alcanzó en el año 2018, en el que sólo el 0.95 % de las demandas de amparo fueron admitidas a trámite para su resolución (el 72,09 % de recursos planteados fueron inadmitidos por la falta de especial trascendencia constitucional). Se ha pasado de admitir entorno al 4,7 % en 1999 y 2004, por ejemplo, a una media de entre el 1-1,5 % desde la reforma de 2007. Pero, sobre todo, la reforma ha mostrado su capacidad disuasoria. Si en el año 2006 ingresaron un total de 11.471 recursos de amparo, ya en 2018 fueron 6.918, y esta cantidad se ha mantenido más o menos constante hasta los 7243 en 2024. La resolución por el Tribunal (sea por autos, providencias o sentencias) ha sido más o menos constante (entre los 6.000 y 8.000 asuntos anuales) por lo que la reforma ha tenido la virtud de reducir drásticamente los asuntos pendientes de admisión y resolución (en 2006 eran 13.883, en 2018 pasaron a ser 3.180)²¹.

Bien es cierto que el mayor número de asuntos ingresados en el Tribunal Constitucional siguen siendo recursos de amparo, 7243 recursos de amparo de un total de 7304 asuntos totales. También que el derecho fundamental invocado sigue siendo prevalentemente la tutela judicial efectiva en un 81.62 % de los recursos, por lo que su incorrecta utilización como vía a la «tercera instancia» sigue estando ahí (7200 de los recursos de este año 2024 tienen procedencia judicial).

Pese a todo, la reforma de la Ley orgánica cumplió con su cometido. Pero, y esto es lo que más nos interesa, también ha conducido a un replanteamiento sobre la naturaleza y función del recurso de amparo en nuestro sistema; y, por tanto, una transformación del TC. La doctrina se ha planteado especialmente si el TC continúa siendo, tras la reforma, un órgano de garantía de los derechos fundamentales basado en intereses legítimos individuales, destinado a restablecer o preservar los derechos fundamentales (art. 161.1.b y 162.1.b CE).

En este sentido los interrogantes se hacen ya expuestos en los primeros autos de inadmisión (Autos 188/2008, de 21 de julio, y 289/2008, de 22 de septiembre) en los que el requisito de la especial trascendencia constitucional se identifica con «algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental». Al mismo tiempo se encumbra como un requisito de orden sustantivo e insubsanable cuya carencia da lugar a la inadmisión *a limine* del recurso (Matia Portilla, 2009, 343). La carga de probar la trascendencia

²¹ Datos obtenidos de una comparativa de las Memorias anuales del Tribunal. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>.

de la demanda se deja en manos del demandante de quien se exige un «razonable esfuerzo argumental» que enlace las infracciones constitucionales denunciadas con su especial trascendencia (STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3). Además, aun cuando se argumente la trascendencia en la demanda, el TC puede considerarlo insuficiente o carente de trascendencia real, pues el requisito no se agota con su simple enunciado. No en vano, el 69,71 % de recursos de amparo desestimados en 2018 lo fueron porque el TC consideró que, pese a justificarse en la demanda, no tenían especial trascendencia o que su justificación era insuficiente. A ello hay que sumar un 12,38 % de demandas inadmitidas porque ni siquiera lo justifican. Por tanto, la vulneración del derecho es un elemento distinto y autónomo de la especial trascendencia de la demanda (sólo un 3 % de demandas son inadmitidas porque no se denuncie o no se aprecie por el Tribunal derecho vulnerado). Parece casi negligente que, en 2024, casi el 20 % de los recursos presentados sigan sin justificar suficientemente la especial trascendencia (el 3,14 % sin justificación de ningún tipo).

Los votos particulares de los primeros autos dan prueba del debate interno del Tribunal en torno a esta cuestión. Como señala González Beilfus, lo que originó tales diferencias «fueron sobre todo las discrepancias entre los propios magistrados sobre el papel que cabía otorgar a la lesión aducida, que para algunos no podía dejar de atenderse por una insuficiente justificación de su especial trascendencia constitucional» (González Beilfus, 2016, 351).

Ha habido dos momentos clave en la aplicación de la reforma. El primero lo constituye la Sentencia 155/2009, de 25 de junio, en la que se desarrollaron los criterios para valorar la especial trascendencia constitucional de las demandas (FJ2). Las cuestiones planteadas, según las indicaciones del propio TC, adquieren trascendencia ante la carencia o cambio de doctrina del Tribunal constitucional; surgimiento de nuevas realidades sociales, cambios normativos o jurisprudencia internacional al respecto; vulneración legal del derecho; incumplimiento general, negativa de acatamiento o interpretación lesiva por la justicia ordinaria de la doctrina del TC; o la repercusión social, política o económica del asunto.

No aparece, ni en el texto de la reforma ni en las indicaciones de la jurisprudencia la gravedad o notoriedad de la lesión aducida como motivo de admisión, como sí sucede en otros sistemas de protección donde se han emprendido reformas similares, como Alemania. La gravedad de una determinada violación no la hace automáticamente trascendente. En otros términos, no siempre comporta una especial trascendencia constitucional la vulneración probada de derechos (STC 146/2016, FJ 3) por muy grave que sea.

El segundo hito de la reforma lo constituye la Sentencia del TEDH *Rodríguez Antón* de 2015 en la que se «exige [...] que el Tribunal Constitucional [...] explicite su [doctrina] en los asuntos declarados admisibles con el fin de garantizar una buena administración de la justicia» (apartado 46). Desde entonces el TC se ha limitado, en la mayoría de los casos a indicar exclusivamente cuál de las causas de la STC 155/2009 convierte el asunto en trascendente, sin mayor abundamiento. Además, el TC se ha negado a «definir en negativo el contenido y alcance de este requisito a los efectos de un disciplinamiento de la conducta futura de los demandantes de amparo» (STC 172/2016, de 17 de octubre, FJ 2). Sólo en situaciones excepcionales ha decidido adoptar decisiones de inadmisión en forma de auto para poder exponer las razones que justifican dicha posición. La regla general es que inadmita mediante providencia en la que se limita a «especificar el requisito incumplido» (art. 50.3 LOTC) lo que *a contrario* ha sido interpretado como «la ausencia de exigencia de motivación de las decisiones de inadmisión» (ATC 53/2017, de 19 de abril de 2017, FJ1;).

La doctrina ha considerado, en un principio, que la vulneración del derecho ha seguido siendo esencial para el TC a la hora de admitir o no las demandas. La práctica «ha estado muy influida por la verosimilitud de la lesión aducida, que, como se ha visto, ha condicionado la aplicación de la doctrina sobre la carga de justificar dicha trascendencia, así como sobre su contenido material» (González Beilfus, 2016, 352; Carrillo, 2018, 650). Sin embargo, más recientemente hay quien considera que, desde la intervención del TEDH, el TC «ha pasado a examinar ante todo, la especial trascendencia constitucional, y si no concurre este requisito, no pasa a analizar si existe vulneración de derecho fundamental» (cfr. Tenorio Sánchez, 2018, 719). Es cierto, es perfectamente posible que una demanda contenga una violación notoria y grave de derechos fundamentales por los poderes públicos, pero sin que el TC aprecie necesidad de cambio doctrinal, incumplimiento manifiesto y reiterado por los tribunales, inconstitucionalidad de la ley, o repercusión social, política o económica (algo que concreta en los recursos de amparo parlamentarios), la demanda no será admitida.

En mi opinión, no entrar a valorar la lesión aducida, independientemente del «esfuerzo argumental» de vincularla a los requisitos establecidos en 2009, quiebra la lógica procesal de la propia doctrina del TC sobre la tutela judicial efectiva, pues «en la lógica del sistema procesal constitucional [...] las alegaciones relativas al fondo y las alegaciones relativas a la forma no siempre son absolutamente autónomas» (FJ2. ATC 13 de septiembre de 2017).

En efecto, como sabemos la doctrina del TC en este sentido, si bien ha considerado tradicionalmente que el derecho a la tutela judicial efectiva «puede

satisfacerse igualmente con una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia», por el contrario, ha subrayado igualmente que el razonamiento «también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos, debiendo ponderarse en ese juicio de proporcionalidad, de una parte, los fines que ha de preservar la resolución cuestionada, y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican» (STC 148/2016, de 19 de septiembre de 2016, FJ3; STC 49/2016, de 14 de marzo, FJ 3). Pero esta ponderación entre los fines del amparo y los intereses en juego en el caso concreto no existen en las providencias de inadmisión, tampoco se ha observado hasta la fecha en los autos de inadmisión, y en las sentencias se limita a señalar qué causa de las de la STC 2009 se consideran para su admisión. Como se ha dicho, no se pondera tampoco en negativo.

Teniendo en cuenta que el amparo es un recurso extraordinario y subsidiario, la naturaleza de los intereses en juego que pretenden protegerse debería exigir un especial cuidado en la ponderación de éstos. Y ello inevitablemente debería entrañar tener particularmente en cuenta la intensidad de la vulneración del derecho, so pena de desnaturalizar por completo no ya la naturaleza del recurso, sino la propia lógica del sistema de garantías constitucionales.

El TC ha aplicado, hasta la fecha, una lógica propia de los recursos ordinarios. Como el propio Tribunal ha señalado, es cierto que el «derecho a acceder a los recursos», contrariamente al «derecho a acceder a la jurisdicción», no nace de la Constitución sino que se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ex artículo 24.1 CE correspondiendo al ámbito de libertad del legislador procesal la regulación de los recursos procedentes en cada caso, o que éstos no existan, salvo en materia penal. El principio *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase de acceso a la jurisdicción, que al utilizar los recursos procesales (STC 166/2016, de 6 de octubre de 2016. FJ 8). Pero el recurso de amparo, contrariamente a los recursos ordinarios, sí nace directamente de la norma fundamental. Sin reforma de la Constitución la tutela subjetiva sigue siendo consustancial al recurso de amparo (Fernández Farres, 2007, 11). Por ello se debería exigir un esfuerzo argumental superior al TC, al menos, en razón de la posible vulneración del derecho o de la ponderación de intereses.

Como ha señalado Carrillo, la jurisdicción constitucional en un sistema de control concentrado debe disponer de «la posibilidad de hacer valer su condición de supremo intérprete de la Constitución a través del recurso de amparo, en los supuestos que ella misma seleccione» pero cuando la relevancia del caso así lo exija, «no ha de excluir la tutela subjetiva» (Carrillo, 2018, 650). Que la

tutela subjetiva sea el elemento detonante de la selección del caso, o sea un efecto subsidiario depende, en mi opinión, de la voluntad particular y la enorme discrecionalidad que la reforma permite al TC (Aragón Reyes, 2009, 19).

Esta discrecionalidad sin mayor exigencia de argumentación o ponderación en la inadmisión por parte del TC, termina por ser una contradicción. El Alto Tribunal inadmite demandas de amparo al considerar que «no basta para entender cumplida esa exigencia afirmar que el recurso posee especial trascendencia constitucional mediante la mera cita de alguno de los supuestos enunciados en la STC 155/2009, FJ 2, desprovista de los imprescindibles razonamientos específicos dirigidos a justificar de qué modo concurren esos concretos supuestos de especial trascendencia constitucional invocados en la demanda». En cambio, según parece, sí basta para admitir o inadmitir la demanda por parte del TC la mera mención a estos supuestos, sin la obligación de una mayor argumentación «pedagógica» (véase la STC 146/2016, FJ 3).

El TC no predica con el ejemplo. Véase un ejemplo de hasta dónde llega la omnipotencia del TC en la determinación de la admisión del recurso. Como sabemos, una vez inadmitida mediante providencia la demanda por carencia de trascendencia sólo el Ministerio Fiscal se encuentra legitimado para solicitar la revisión de la inadmisión a trámite del recurso de amparo, para recurrir la providencia de inadmisión ante el propio TC. En el ATC 8/2017, de 18 de enero, se resolvió un recurso de súplica del Ministerio Fiscal, en el que consideraba éste que del fondo de la argumentación de la demanda se desprendía que el recurso sí debería considerarse objetivamente trascendental. El TC zanja el recurso de la siguiente forma: «corresponde a este Tribunal apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional». Nada más y nada menos. Ni tan siquiera un debate de fondo de la argumentación sobre la especial trascendencia de la demanda, abierta en súplica por el Ministerio fiscal, requiere de una definición en negativo de ésta.

La doctrina 2009 ha dado lugar a un conjunto de casos objetivos y tasados, y aquellos que dejan margen a la argumentación son una potestad discrecional del TC. Los motivos objetivables son aquellos comprobables mediante el análisis jurídico técnico. Entre ellos: un cambio doctrinal producido por una nueva normativa, la eventual vulneración normativa del derecho, o incluso los casos en los que la vulneración del derecho se produce por la actividad judicial, como la vulneración por la negativa al acatamiento de la doctrina del TC, la reiterada interpretación jurisprudencial de la ley de modo incorrecto, el incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional. La existencia de resoluciones judiciales contradictorias, si bien deja un margen discrecional

cuantitativo (cuántos incumplimientos son necesarios para que se considere trascendente) podría ser evaluable o argumentable también con un análisis técnico. Los demás casos pueden tener una mayor carga subjetiva: infinitamente más complejo es objetivar las causas de admisión o inadmisión derivados de la repercusión social o económica o sus consecuencias políticas generales, la ausencia de doctrina constitucional, la necesidad de aclaración o el cambio doctrinal consecuencia de un proceso de reflexión interna. Estos últimos ámbitos en los que requieren de un importante esfuerzo argumental constituyen, para el TC, una potestad discrecional de admisión del tribunal. De hecho, en 2024, sólo 5 de las demandas de amparo admitidas esgrimían como motivo de trascendencia la repercusión social, política o económica del asunto. 31 asuntos se admitieron por necesidad de cambios de doctrina del TC (ausencia de doctrina –13–, aclaración o cambio como consecuencia tanto de un proceso de reflexión interna –12– como de un cambio normativo –6–) y otros 31 por un eventual origen normativo de la vulneración.

De ello se desprende en mi opinión una conclusión nada desdeñable. El TC es el máximo intérprete de la Constitución, no cabe duda, ahora reforzada su posición institucional con algunos elementos de la reforma (Art. 4 de la LO 6/2007). Y en esta función el TC ha definido su naturaleza como órgano político-constitucional adquiriendo un relevante rol político en detrimento del jurisdiccional. O al menos, lo ha buscado.

La libertad de la que dispone el legislador para configurar la justicia constitucional en nuestro país ha desembocado en un cambio en la naturaleza del TC o, al menos, en una concesión de mayor relevancia en el ámbito de decisión política en detrimento del estrictamente jurisdiccional. La coyuntura del Estado constitucional y las crisis políticas han conducido a un reforzamiento del poder ejecutivo de dirección política, en detrimento de los parlamentarismos. E igualmente la fragmentación del escenario parlamentario ha terminado de transformar los mecanismos de gobernabilidad. Y, en mi opinión, parece que el legislador ha querido que sea ahí donde cumpla su función el TC, hacia formas destinadas a resolver crisis de poder o gobernabilidad en detrimento de su función jurisdiccional.

Esta conclusión no es un hecho aislado. A menudo el legislador ha reformado la LOTC para resolver cuestiones de naturaleza política. Para «utilizar» al TC como acicate legitimador de una determinada actuación política. Y ello se puede observar en cada una de las grandes reformas de la ley orgánica. Todas han venido insufladas de un momento de crisis de política. Y esto es algo que puede ser legítimo. Sobre todo si volvemos a los primeros párrafos de este escrito y observamos el amplio margen de configuración que el constituyente

cedió al legislador. Pero quizás sea un elemento más de deslegitimación de la jurisdicción constitucional para los tiempos que corren. Esperemos no tener que lamentar esta costumbre.

3. DE LA NATURALEZA JURISDICCIONAL A LA NATURALEZA POLÍTICA DEL TC A TRAVÉS DE SUS REFORMAS

No en vano, en el siglo XVIII ya advertía HAMILTON en *El Federalista* de las perplejidades del control de constitucionalidad de la ley por parte de los tribunales:

«La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta. El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido

Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la úl-

tima de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten; y se comprende fácilmente que, debido a la variedad de controversias que surgen de los extravíos y de la maldad humana, la compilación de dichos precedentes crecerá inevitablemente hasta alcanzar un volumen considerable, y que para conocerlos adecuadamente será preciso un estudio laborioso y dilatado»²².

Hamilton señala en este texto las dos cuestiones, a mi entender, esenciales en la comprensión de la aplicación de la reforma. Por un lado, las relaciones entre la jurisdicción constitucional y los demás poderes; su superioridad «política» que, de existir, se justificaría en la naturaleza constituida de los poderes del estado y la originalidad de la norma suprema. En segundo lugar, la necesidad de fiscalizar el poder de quien en última instancia controla la actuación del resto de poderes, en este caso, en garantía de los derechos.

Un somero análisis de las reformas de la LOTC desde su creación puede conducirnos a plantear cierto esquema de la lógica seguida por el legislador orgánico en la configuración de la justicia constitucional. Y este análisis, al parecer, continúa situando a la justicia constitucional en el mismo escenario: la concreción de su superioridad frente al resto de órganos constitucionales y los problemas de su politización.

Como se verá, el análisis parte de una clara delimitación entre los ámbitos jurisdiccional y de discrecionalidad política, pero las sucesivas crisis de gobernabilidad han terminado por atribuir al TC un papel dentro del Estado constitucional que nos remite a las mismas dudas de los orígenes de la justicia constitucional.

3.1 La reforma de 1984

La reforma de 1984 (LO 8/1984, de 26 de diciembre) tuvo por finalidad regular los recursos de objeción de conciencia y su régimen penal²³. La refor-

²² *El Federalista* discute este tema en su párrafo 78. El Federalista HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY, J.

²³ L.O. 8/1984, 26 diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 28 diciembre).

ma derogó el artículo 45 de la LOTC de 1979 que planteaba una especialidad sobre el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30 CE. El derecho a la objeción podía recurrirse en amparo, no una vez que se hubieran agotado las vías judiciales precedentes o todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, sino por el mero carácter ejecutivo de la resolución que imponía la obligación de prestar el servicio militar (al concluir la vía administrativa)²⁴. La reforma es el resultado de la STC 15/1982 de 23 de abril, en la que dada la interpretación conjunta de los artículos 30.2 y 53.2, define la objeción de conciencia como un derecho constitucionalmente reconocido al que el segundo de los artículos citados otorga la protección del recurso de amparo, lo que lo equipara, a los solos efectos de dicho recurso, en su tratamiento jurídico constitucional con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión «la Ley regulará» del artículo 30.2 que la necesidad de la *interpositio legislatoris*, no para reconocer, sino para “regular” el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia, como el propio texto indica. Pues no en vano, «la consagración constitucional de un derecho no es bastante para crear por sí misma recursos inexistentes»²⁵.

De ahí, añade la citada Sentencia, que «la objeción de conciencia exija para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el artículo 30.2 de la Constitución, con las debidas garantías, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud» (FJ 7).

La legislación de desarrollo del precepto dio lugar entonces a un importante número de quejas ante el Defensor del Pueblo contra esta reforma y contra la ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, por no tener la categoría de Ley Orgánica.

La respuesta del TC es de sobra conocida: «los derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el artículo 81.1 de la Norma suprema son los comprendidos en la Sección 1.ª, Capítulo Segundo, Título I, de su Texto, exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo

²⁴ Artículo 45.1 y 2 El recurso de amparo constitucional contra las violaciones del derecho a la objeción de conciencia sólo podrá interponerse una vez que sea ejecutiva la resolución que impone la obligación de prestar el servicio militar. El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída.

²⁵ STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3.

directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo), pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en “constituyente permanente” con la proliferación de Leyes Orgánicas²⁶».

Lo que me interesa destacar de esta afirmación es que, al margen del contenido concreto de la reforma, las implicaciones de las mismas y de la jurisprudencia del TC conceden una mayor discrecionalidad al legislador, a los poderes del Estado, frente a la normatividad constitucional. Ampliándose el margen dejado a éste para delimitar los derechos y sus formas de garantía. Se concede mayor espacio a la discrecionalidad política frente a lo que supondría conceder eficacia absoluta a un derecho constitucional, resituando el rol del legislador y favoreciendo la gobernabilidad.

De esta afirmación, y de la segunda reforma que exponremos a continuación, deriva una comprensión del TC como órgano estrictamente de naturaleza jurisdiccional, distinguiéndose del ámbito de decisión política. Ámbito que corresponde al legislador.

3.2 La reforma de 1985

La LO 4/1985, de 7 junio, por la que se deroga el Capítulo II del Título VI de la LOTC tuvo mayores connotaciones para lo que pretendemos plantear en este homenaje. Con la nueva reforma, una vez aprobados gran parte de los Estatutos de autonomía, se suprimió el recurso previo de inconstitucionalidad de leyes orgánicas y Estatutos autonómicos.

Su supresión entrañó, como es obvio, la continuación del debate sobre la resistencia de los parámetros constitucionales frente a la actividad legislativa. Pero particularmente el debate sobre el valor de la LOTC y su disponibilidad por el legislador orgánico. Como señalan los recurrentes de la STC 66/1985, de 23 de mayo (segundo antecedente) «[l]a aprobación por el Poder Legislativo de la proposición de Ley impugnada ha supuesto una violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, al concluir en una supresión del recurso previo de inconstitucionalidad que contraría el llamado bloque de constitucionalidad²⁷. De este modo, una mayoría política ocasional ha venido a contrariar lo

²⁶ STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2. Con referencias a las SSTC 76/1983, de 5 de agosto y 6/1982, de 22 de febrero.

²⁷ Debe señalarse que para los recurrentes la LOTC debía ostentar un «mayor valor» que el resto de leyes orgánicas dada su interposición entre la Constitución y las normas con rango de ley. Segundo antecedente de la STC.

dispuesto en el artículo 1 de la [LOT], quebrantando el acuerdo constitucional y propiciando una reforma encubierta de la Constitución, que habrá de privar a las minorías de sus garantías. Al mismo tiempo, esta misma decisión legislativa deja sin salvaguarda a todos los ciudadanos contra actos inconstitucionales irreparables, con lo que se viene, igualmente, a vulnerar la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución)²⁸».

La propia LO de reforma en su exposición de motivos argumentaba la necesidad de «de impedir el obstruccionismo legislativo practicado por la minoría parlamentaria [...], lo que no permite la plena conformación de la voluntad del Órgano Parlamentario».

El TC negará que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 C.E tenga aplicación a situaciones en las que no hay una vulneración concreta de la Constitución, ni cuando el fin perseguido por la Ley es «constitucionalmente inadecuado, o cuando hay una desproporción entre el fin que se persigue y los medios establecidos para alcanzarlo»²⁹. Marcando una inicial diferencia entre la oportunidad política y la constitucionalidad jurídica.

El recurso previo no es una «institución [...] destinada a asegurar la protección judicial de los ciudadanos que se sientan efectivamente lesionados en sus derechos fundamentales, sino a resolver en esta jurisdicción las diferencias existentes entre órganos constitucionales (o partes de ellos)³⁰». Por ello, el TC terminará de desmarcarse de posibles ámbitos de decisión estrictamente política pues: «los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad, que si bien puede ser cuestionada por quien entienda sus derechos vulnerados por aquéllos o éstas [...], obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad. Esta presunción es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad. Como el legislador está vinculado por la Constitución la constatación de que la Ley la ha infringido destruye la presunción y priva de todo valor a la Ley, pero mientras tal constatación no se haya producido, toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución»³¹.

²⁸ Segundo antecedente de la citada STC.

²⁹ STC 66/1985, de 23 de mayo. FJ 1.

³⁰ *Ibidem*. FJ 2.

³¹ STC 66/1985, de 23 de mayo. FJ 3.

El TC, en el análisis de las reformas de la LOTC, constata hasta entonces un amplio margen y una rígida separación entre las funciones de la ‘jurisdicción’ constitucional y la gobernabilidad o discrecionalidad política.

3.3 Las reformas de 1988 y 1999

Ya se ha expuesto en la segunda parte de este texto el sentido y alcance de la L.O. 6/1988, de 9 junio, por la que se modifican los artículos 50 y 86 de la LOTC. La introducción de la apreciación de la «carencia de contenido constitucional» como motivo de inadmisión *a limine* del recurso de amparo.

Por ello, el sentido de esta reforma se justifica del mismo modo que el resto de este capítulo homenaje a la magistrada Balaguer.

De mayor enjundia para lo que tratamos de exponer en este análisis es la reforma producida por la L.O. 7/1999, de 21 abril. Su sentido fue la introducción de la competencia del TC para resolver conflictos en materia de autonomía local impugnados por los entes locales frente a aquellas leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que pudieran no resultar respetuosas de dicha autonomía.

Queremos ver en este sentido el comienzo de una nueva deriva de las reformas del TC hacia el ámbito «estrictamente» de oportunidad política, que podría traducirse, según pretendemos apuntar, en un rol de garante de la gobernabilidad del Alto Tribunal. Puede ser gratuito, o no, afirmar que en el intervalo hubo un cambio de gobierno. La alternancia hizo su aparición en las instituciones legislativas y ejecutivas después de 14 años de mayorías. Puede ser gratuito, o no, afirmar que el juego democrático de la alternativa política extendió su campo de juego a otros órganos constitucionales.

En este sentido, el nuevo procedimiento abre una vía para la defensa específica de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional que le permitirá desarrollar la interpretación de la garantía constitucional de tal autonomía en el marco de la distribución territorial del poder. Pero dentro de esta finalidad plausible podríamos poner en duda dos aspectos.

En primer lugar, por economía procesal se hace imperativo que la legitimación de los entes locales para iniciar un conflicto constitucional en defensa de la autonomía local sea verdaderamente representativa, y por ello no puede referirse a los entes locales aisladamente considerados (son 8132 los municipios españoles que podrían presentar un recurso, por ello se exige, como sabemos, un mínimo de afectados en proporción al total de municipios y de su población). Pero también es cierto que la ‘suficiencia de representatividad’ se

puede leer en otros términos distintos, alejados de la lógica que requiere un mero control de constitucionalidad. Que el planteamiento de un recurso dependa de que se vean afectados un número determinado de municipios con una población determinada podría dar a entender que lo que hay detrás del recurso no es la constitucionalidad o no de una ley que invade competencias locales sino, tal vez, la enjundia del asunto para la gobernabilidad ordinaria. En realidad, si una ley es declarada inconstitucional, lo será tanto si afecta a un solo municipio como si afecta a un número más elevado³².

Y no puede pasarse por alto que cabía también la posibilidad de que las entidades locales alegasen la inconstitucionalidad de normas con rango de ley que menoscabaran su autonomía constitucionalmente garantizada ante la jurisdicción ordinaria; aunque ello, como declaró el propio TC, no se hubiese acompañado inicialmente con la atribución «de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de Ley³³». Es decir, existían ya mecanismos de garantía constitucional de la autonomía local (mejores o peores), si bien se hacían depender de eventuales cuestiones de inconstitucionalidad.

Llama también la atención el artículo 75 quinqués 6 de la LOTC que señala que la aceptación de la vulneración de la autonomía local exigirá el planteamiento de una auto cuestión de inconstitucionalidad y una segunda sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley autonómica o estatal, lo que supone una doble intervención del TC³⁴. Sobre todo, cuando la argumentación sobre el respeto o no de la autonomía local por el legislador es extraordinariamente amplia, pues la Constitución poco aporta sobre el contenido del autogobierno local. Como se señala en la STC 240/2006, de 20 de julio: «el canon que este Tribunal deberá aplicar para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local promovidos frente a Leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (arts. 137, 140 y 141 CE) que establecen ese “contenido mínimo” que protege la garantía institucional y que hemos considerado definitorios de “los elementos esenciales” o del “núcleo primario” del autogobierno de los entes locales territoriales»³⁵.

³² Un ejemplo lo encontramos en la aceptación del conflicto planteado por la Ciudad autónoma de Ceuta en la STC 240/2006, 20 de abril.

³³ SSTC 31/1981, de 28 julio, FJ 5; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 1.

³⁴ «La declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 ss.».

³⁵ FJ 6.

El procedimiento creado con la reforma, en definitiva, presentó todo tipo de dudas sobre su verdadera naturaleza: control de constitucionalidad, conflicto competencial, declarativo, etc. (IBÁÑEZ MACÍAS, 2000: 179). Pero lo cierto es que se abrió la sede del TC a una nueva lógica política, aunque escasamente operativa.

3.4 La reforma de 2000

Tras las dudas que suscita la reforma de 1999, el legislador orgánico parece volver a la senda de la configuración del TC como auténtica jurisdicción constitucional, exonerándole del ámbito propio de la oportunidad política con la LO 1/2000, 7 enero. La reforma tiene lugar en el ámbito de los conflictos competenciales entre Estado y Comunidades autónomas. Con ella se amplía el plazo para que las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas³⁶ reúnan a representantes de ambas Administraciones en orden de intercambiar información y poder llegar a acuerdos que solucionen conflictos competenciales y que devengan en una pacífica aplicación de la normativa propia de cada Administración, dentro de un marco de lealtad institucional. Como señala la Exposición de motivos, la reforma permite que los acuerdos adoptados en dichas Comisiones Bilaterales, en orden a evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, se comuniquen al Tribunal Constitucional, con el fin de ampliar el plazo del recurso de inconstitucionalidad, a efectos de que se abra un período mayor, de manera que pueda producirse un acuerdo, que evite el posible recurso.

Con esta medida se amplían e intensifican los lazos de colaboración y entendimiento entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el intento de «buscar entre todos, dentro del respectivo e indispensable marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad³⁷». Por tanto, de lo que se trata es de ampliar el plazo de tres meses, previsto en el artículo 33 de la LOTC para interponer el recurso de inconstitucionalidad, cuando exista un previo acuerdo entre las dos Administraciones que permita solucionar los problemas de constitucionalidad que presenta una norma con rango de ley, ampliando este plazo en otros seis meses, tiempo que se estima como necesario para llevar a efecto un acuerdo.

³⁶ A las que se refiere el artículo 5.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁷ STC 13/1992, F. J. 7, entre otras.

Debe leerse esta reforma dentro de una especie de «ley del péndulo» en la configuración legislativa del TC. Iniciando en una comprensión del Tribunal como órgano supremo de la jurisdicción constitucional, se oscila entre su configuración jurisdiccional, como auténtico tribunal, y su configuración político constitucional o árbitro de la gobernabilidad, como se observa con reformas como la de 1999. En esta ocasión, se puede entender que se repliega de nuevo al tribunal desde el ámbito propio de la política y los acuerdos hacia su carácter originario de tribunal de conflictos jurídicos.

3.5 La reforma de 2007

No nos detendremos de nuevo en las implicaciones de objetivación de la LO 6/2007, de 24 de mayo, sólo recordemos que lo que tratamos de exponer está directamente relacionado con la objetivación del recurso de amparo y los inmensos poderes de discrecionalidad que atribuye al TC para determinar qué vulneraciones de derechos entrañan o no una especial trascendencia constitucional por sus derivaciones políticas, económicas o sociales.

No obstante, merece la pena destacar, que la reforma de 2007 fue la primera LO de reforma de la LOTC que no suscitó consenso suficiente, si bien es verdad que no en base a la objetivación del recurso de amparo, sino en relación a la propuesta autonómica de los magistrados del TC designados por el Senado. Esto se demuestra en el hecho de que, por primera vez, se interpuso recurso de constitucionalidad contra la ley orgánica de reforma. Esta será una constante a partir de ahora. Como señala el TC en la STC 49/2008, de 9 de abril, «al dirigirse contra unos preceptos que reforman la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el presente recurso nos sitúa ante la tesitura de controlar la única Ley a la que, como señala el artículo 1.1 LOTC, estamos íntegramente sometidos. Ni la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, ni sus sucesivas reformas (Leyes Orgánicas 8/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril; y 1/2000, de 7 de enero) han sido impugnadas a través de ningún proceso de control de constitucionalidad, aunque en el segundo caso el proyecto de reforma sí fue recurrido preventivamente por la vía del extinto artículo 79 LOTC, dando lugar a la STC 66/1985, de 23 de mayo. Pero al no haberse impugnado directamente ninguna de dichas Leyes Orgánicas ni ninguna de las normas del mismo rango que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 161.1 d) CE, afectan a las competencias del Tribunal, debemos plantearnos preliminarmente si resulta posible y, en su caso, con

qué alcance, controlar la constitucionalidad de la Ley Orgánica que regula al Tribunal Constitucional»³⁸.

3.6 La reforma de 2010

En el año 2010 se produjeron dos reformas. Nos detendremos particularmente en la segunda de ellas.

En primer lugar, la reforma emprendida por la LO1/2010, de 19 de febrero, amplió la competencia del TC para conocer de recursos contra las normas forales reguladoras de los distintos impuestos en el País Vasco, cuyo rango específico impedía su conocimiento por el Tribunal contrastando abiertamente con las normas fiscales del Estado, que tienen rango de ley y, por lo tanto, remediando el «déficit de protección de la foralidad que resulta de la falta de legitimación de las instituciones forales para acudir al Tribunal Constitucional en los supuestos en que el legislador, estatal o autonómico, invada» el espacio que la CE y el Estatuto vasco les reserva³⁹.

De mayor calado, para nuestra exposición, es la LO 8/2010, de 4 de noviembre, que reforma tanto la LOREG como la LOTC. La importancia no es tanto por su contenido material, sino por el contexto histórico político en el que se produce. Con la reforma se trata de dar respuesta a un particular problema de configuración del TC. Dado que, como decimos, puede observarse una progresiva politización de las competencias del TC y de su poder discrecional, el nombramiento y elección de magistrados se encuentra inserto en una particular lucha por su «control».

En este sentido resulta particularmente intensa la situación política surgida tras la reforma de los estatutos de autonomía de segunda generación que, como sabemos, puede ser considerada el epicentro del conflicto provocado por el independentismo catalán. No en vano, la STC 31/2010, de 28 de junio, suscitó los primeros pronunciamientos políticos de deslegitimación del Tribunal. Debe recordarse el contexto en el que se publicó la sentencia. La renovación del TC llevaba años bloqueada en el Senado, como mecanismo de ‘control’ y presión sobre la sentencia. De los 12 componentes del Alto Tribunal, el magistrado Pablo Pérez Tremps fue recusado, cuatro magistrados –la presidenta del TC, María Emilia Casas, el vicepresidente, Guillermo Jiménez, y los magistrados Vicente Conde y Jorge Rodríguez-Zapata– se encontraban con el mandato caducado des-

³⁸ Ver FJ 1.

³⁹ Ver preámbulo de la LO de reforma.

de 2007, a lo que se suma la vacante de dos años provocada por el fallecimiento de Roberto García Calvo, cuya renovación correspondía al Congreso.

Una situación insólita que da muestras de la complejidad y, sobre todo, de la relevancia política de la Sentencia y del Tribunal en aquel momento.

Ante esta coyuntura se propuso la reforma de la LOTC, que disponía: «las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del periodo para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase. Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación» (art. 16.5 LOTC).

Peregrinamente por entonces, la reforma no suscitó recurso alguno, dado que ya había una postura clara del TC en la materia, en virtud de la STC 49/2008, de 9 de abril, en relación a las reformas producidas, en virtud de la LO 6/2007, sobre la propuesta por las asambleas legislativas de las CC.AA de los magistrados designados por el cupo del Senado. En esta ocasión, indirectamente, el TC declarará la constitucionalidad tanto de la prórroga de los mandatos del Presidente y del Vicepresidente como de la fijación de que la elección de ambos cargos deba hacerse inmediatamente después de producida cada renovación por tercios de los Magistrados.

3.7 Las reformas de 2015

La repercusión de la Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña desencadenó, en mi opinión, la reforma definitiva de la naturaleza del TC para su configuración como órgano de garantía de la gobernabilidad. Así la LO 12/2015, de 22 de septiembre, reintrodujo el recurso previo de inconstitucionalidad para los proyectos de leyes orgánicas de estatutos de autonomía y sus modificaciones. La reforma ya había sido planteada con anterioridad por el Consejo de Estado, en su informe sobre las reformas de la Constitución española emitido en 2006: «este control a posteriori tal vez no resulte el más adecuado para fuentes normativas que, como los Estatutos, subordinados a la Constitución, ocupan bajo ella el más elevado lugar en la jerarquía ordinamental. Para librarlos de la sospecha de inconstitucionalidad y, a fortiori, de la acusación explícita de incurrir en ella, podría considerarse la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad». Y como la Exposición de motivos de la LO afirma, se realiza «para evitar el cuestionamiento constitucional e institucional y vertebrar con rigor jurídico y cohesión social el Estado».

La derogación de este control previo, en los primeros años de vigencia de la Constitución, y su reintroducción daría para varias monografías. Baste con señalar que los problemas a los que se enfrentó entonces el TC eran bien distintos de los de la primera reforma. En el pasado el TC ejerció como constructor del principio de constitucionalidad y la supremacía, midiendo y distinguiendo la esfera normativa de la política en la recién estrenada democracia constitucional. La función del parlamento y la función de la justicia constitucional. Los primeros compases fueron dirigidos a distinguir ambas esferas. Ahora, se hacía imperioso vincularlas para resolver las crisis de gobierno y legitimar las decisiones parlamentarias.

Sin duda alguna, la segunda reforma llevada a cabo en el año 2015 fue igualmente impulsada por la hecatombe derivada de la Sentencia del Estatuto de Cataluña. Se trata de la LO 15/2015, de 16 de octubre, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho y que dio lugar a dos pronunciamientos del TC: STC 185/2016, de 3 de noviembre, y la STC 215/2016, de 15 de diciembre.

El poder político, ante una de las crisis más graves de la historia democrática (el *proceso catalán*) hizo recaer en el TC el cometido de hacer ejecutar sus propias sentencias, concediéndole poder incluso para imponer multas por su incumplimiento, pero, sobre todo, eximiendo de responsabilidad al poder ejecutivo.

Como resumen de la reflexión generada en torno a ambas reformas valgan las alegaciones del Abogado del Estado en la segunda sentencia indicada: «[e]n este sentido, afirma que el Tribunal es un órgano de carácter jurisdiccional, el único en su orden, no un órgano político. Otra cosa es que sus decisiones tengan consecuencias políticas, pero tales consecuencias no son exclusivas de las decisiones del Tribunal Constitucional. Esto es precisamente lo que confunde el recurrente, esas consecuencias políticas de las resoluciones judiciales con los conflictos puramente políticos no sujetos a control por parámetros de constitucionalidad siempre que los actores actúen por los cauces procedimentales adecuados. Cuestión distinta es que el conflicto político exceda de ese ámbito e incida en la regulación constitucional por vulneración de la misma, ya que en este momento se transforma en un conflicto jurídico con consecuencias políticas, ámbito éste de los órganos jurisdiccionales y, en concreto, de este Tribunal como supremo intérprete de la Constitución y garante de su efectividad⁴⁰.

La respuesta del TC tuvo que argumentar que los instrumentos de sanción por el incumplimiento de sus decisiones, de las que ahora se dotaba a través de la reforma de la LOTC, no desnaturalizaban ni un ápice su naturaleza

⁴⁰ STC 215/2016, de 15 de diciembre. Antecedente 8.

jurisdiccional: «[e]l Tribunal Constitucional ha sido configurado en el texto constitucional como un verdadero órgano jurisdiccional que tiene conferido en exclusiva el ejercicio de la jurisdicción constitucional, de modo que, en cuanto cualidad inherente a la función de administrar justicia, también de la justicia constitucional, ha de postularse del Tribunal la titularidad de una de las potestades en que el ejercicio de la jurisdicción consiste, cual es la de la ejecución de sus resoluciones, pues quien juzga ha de tener la potestad de obligar al cumplimiento de sus decisiones⁴¹». (art. 1.1 LOTC)» (FJ 9).

3.8 La reforma indirecta de 2022

Esta no fue una reforma directa de la LOTC. Pero indirectamente se reformó el procedimiento de elección de los magistrados mediante la modificación de la LOPJ. Con cambio de gobierno mediante, la paulatina normalización de la situación catalana que había mantenido ocupado al TC desde el 2012 (De Miguel Bárcena, 2018, 133) a lo largo de 10 años hasta la definitiva validación de las sentencias del Tribunal Supremo a los líderes del *Procés* con las diez denegaciones de amparo⁴², y la declaración de un estado de alarma por la pandemia del COVID-19, terminaron de convertir al TC en el terreno de juego de la política nacional. De ahí que los bloqueos a la renovación de los magistrados, especialmente por parte del centro derecha, se haya convertido en una dinámica frecuente cuando no logra el Gobierno.

Durante más de medio año, la mayoría conservadora en el Consejo General del Poder Judicial se ha hecho valer para bloquear la renovación de los dos magistrados que este órgano elige por mandato constitucional. Impidiendo a su vez la elección de los magistrados que correspondía al Gobierno (de entenderse que la renovación debía realizarse por terceras partes). Esta estrategia política ha provocado una situación que marcará la historia del Tribunal Constitucional por representar el culmen de su politización.

En el año 2021, por LO 4/2021, de 29 de marzo se modificó la LOPJ para impedir que el CGPJ, una vez caducado su mandato, pudiese realizar determinadas funciones (como la designación de determinados puestos vacantes). La LO establecía la imposibilidad de que, sin renovación del CGPJ, éste pudiese designar a los nuevos magistrados del TC. «Es decir, el nuevo régimen que la

⁴¹ STC 215/2016, de 15 de diciembre. FJ 6 b).

⁴² SSTC 91/2021, de 22 de abril; 106/2021, de 11 de mayo; 121/2021, de 2 de junio; 122/2021, de 11 de mayo; 184/2021, de 28 de octubre; 46/2022, de 24 de marzo; 45/2022, de 23 de marzo; y 47/2022, de 24 de marzo.

Ley Orgánica 4/2021 establece para el Consejo General del Poder Judicial cuando este pasa a estar en funciones no contempla la facultad de nombrar a los dos Magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde designar, lo que abocaría a esperar a la renovación del Consejo para dicha designación⁴³. Sin embargo, la estrategia de presión para la renovación del CGPJ no tuvo resultados y condujo a más de cinco años de bloqueo institucional.

El Auto del TC 177/2022, de 19 de diciembre de 2022, admitió a trámite el recurso de amparo presentado por el Partido Popular y suspendió cautelarísimamente *inaudita parte*, la tramitación parlamentaria de una nueva proposición de ley orgánica de transposición de directivas europeas (;?!?). Durante la tramitación parlamentaria se habían admitido dos enmiendas de última hora a la proposición de ley que pretendían modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Con estas modificaciones se trató de ejercer de nuevo presión sobre el partido de la oposición para la renovación de los órganos constitucionales. Dos enmiendas que, como alegaban los recurrentes, no guardaban relación material con la proposición de ley: «conexión de homogeneidad». Las enmiendas pretendían desbloquear la renovación del TC (e indirectamente del CGPJ) que desde el mes de junio de 2022 mantenía a cuatro magistrados del ala conservadora con el mandato caducado.

En estas enmiendas se pretendía cambiar el quorum y la mayoría necesaria en el CGPJ para proponer la renovación de los dos magistrados cuando hubiese transcurrido el tiempo establecido (transcurrido el plazo no sería necesaria la mayoría de $\frac{3}{5}$ para nombrar nuevos candidatos, sino que serían designados los dos que obtuvieran un mayor número de votos) y mediante modificación de la LOTC se permitía al Gobierno renovar los magistrados del TC que le correspondían independientemente de la renovación por parte del CGPJ. A ello se añadía la supresión de la competencia del propio TC para verificar la idoneidad de los nombramientos de magistrados. Para poner sobre la mesa todas las piezas debe también añadirse que el CGPJ tenía a su vez su mandato caducado (cinco años caducado) por bloqueo del propio Partido Popular y con mayoría conservadora.

El TC afirmará en el auto: «La expresa voluntad del constituyente sitúa al Tribunal Constitucional como garante último del equilibrio de poderes constitucionalmente establecido, incluyendo por tanto la posibilidad de limitar la capacidad de actuación del legislador cuando este exceda de los márgenes constitucionales, siempre según la interpretación que de los mismos haga, en

⁴³ Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

el ejercicio de su irrenunciable responsabilidad constitucional, este tribunal [...] De modo que “dejar en manos del legislador orgánico la concreción [del modelo constitucional de nuestra jurisdicción] y renunciar a controlarla no se correspondería, en efecto, con la pretensión del constituyente de crear un órgano de control de constitucionalidad con amplias competencias y de garantizar su eficacia”. En suma, la doble vinculación del Tribunal Constitucional al texto constitucional y a su ley orgánica no “puede interpretarse en el sentido de impedir el control de constitucionalidad de nuestra ley reguladora, puesto que ello supondría rechazar la vigencia del principio de supremacía constitucional en la fase creativa del Derecho, es decir, frente al legislador”. [...] las enmiendas núm. 61 y 62 afecta indubitadamente al bloque de la constitucionalidad, en cuanto están en juego las reglas de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional y se modifica el sistema mismo de renovación establecido en el artículo 159.3 CE y consecuentemente, la propia jurisdicción constitucional que este tribunal, pieza esencial de toda la estructura constitucional, está llamado a preservar, como expresamente dispone el artículo 4.1 LOTC⁴⁴.»

Y de manera contundente, el TC expresará el papel que debe jugar en el control del juego político entre mayorías y minorías. La justicia constitucional estará llamada, no ya a controlar la constitucionalidad de la ley, sino a garantizar la posición de las minorías parlamentarias: «Una de las formas en que la confrontación entre posiciones mayoritarias y minoritarias ha llegado a la jurisdicción constitucional ha sido [...] a través del planteamiento de recursos de amparo parlamentarios (art. 42 LOTC), por parte de los grupos minoritarios, frente a las decisiones adoptadas por los órganos parlamentarios, cuando estas han sido consideradas como restrictivas de los derechos de participación política de los integrantes de aquellos grupos. En todas las ocasiones, la doctrina constitucional ha puesto de relieve la necesidad de asegurar el adecuado ejercicio de la función de representación política de las minorías parlamentarias en la oposición, pues el respeto a la posición y los derechos de las minorías actúa como elemento constitutivo del propio sistema, que legitima su propio funcionamiento. Sin respeto a los derechos de las minorías políticas no hay modo de preservar el pluralismo propio del Estado democrático (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5)»⁴⁵.

El impacto de la Situación condujo a la propuesta de una nueva Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Con ella se dea

⁴⁴ ATC 177/2022, de 19 de diciembre. FJ5

⁴⁵ *Ibidem*. FJ 7.

una vuelta de tuerca a la presión sobre el CGPJ para la renovación de los magistrados del TC. Para evitar las dificultades en la renovación de los órganos constitucionales durante el *impasse* de renovación de otros órganos como el CGPJ, se modifica la LOPJ para deshacer la anterior reforma de 2021: para re-introducir entre las facultades conferidas al Consejo General del Poder Judicial en funciones la de nombrar a los dos Magistrados del Tribunal Constitucional que, en los términos previstos en el citado artículo 599 de la misma norma, le corresponde designar. Concretamente se establece un plazo máximo al CGPJ para la renovación del TC: «La propuesta de nombramiento, por mayoría de tres quintos, de los dos Magistrados del Tribunal Constitucional cuya designación corresponde al Consejo General del Poder Judicial, que tendrá que realizarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde el día siguiente al vencimiento del mandato anterior».

Por todo ello, se aprueba la presente Ley Orgánica de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Una vez más, la batalla política se trasladará a la sede de Domenico Scarlatti, con la presentación del Recurso de inconstitucionalidad núm. 6914-2022 por parte del Partido Popular contra la Ley Orgánica 8/2022, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, en noviembre de 2022, un mes antes de que se procediera a la renovación del CGPJ y del TC.

El espectáculo mayúsculo por el control del Tribunal constitucional como órgano de legitimación de las políticas y como «elemento ordinario» de gobierno llegará a Europa. En junio de 2023 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenará a España, y de forma implícita al TC, por no admitir a trámite el recurso de amparo que en 2021 habían presentado seis magistrados de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria por considerar vulnerado su derecho a la participación en el proceso de selección de miembros del CGPJ, y particularmente el artículo 6 del CEDH, debido a la inacción del Parlamento español y la politización del órgano de gobierno de los jueces⁴⁶.

Por auto del TC de 22 de octubre de 2024⁴⁷ la Sala segunda del TC declara finalmente «la desaparición sobrevenida del objeto del proceso, sin que quepa apreciar la pervivencia de la controversia de fondo» toda vez que el Congreso de los Diputados y el Senado procedieron a renovar el CGPJ. Esta-

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 2023, Caso *Lorenzo Bragado And Others V. Spain*. ECLI:CE:ECHR:2023:0622JUD005319321.
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-225331%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-225331%22]}).

⁴⁷ Véase la nota informativa del TC 100/2024.

mos pendientes de ver qué ocurre con el anterior recurso de inconstitucionalidad de esta última reforma de la LOPJ.

4. CONCLUSIONES

Se ha pretendido en este texto, en primer lugar, celebrar la jubilación de la maestra Balaguer, magistrada del TC, contribuyendo a su merecido homenaje. En segundo lugar, incitar a una reflexión o, si se quiere, más bien provocarla. Por supuesto no hay un motivo en el legislador orgánico distinto del de la mejora del TC y, me consta, que en la mayoría de las reformas se ha movido por la expresa petición del Tribunal constitucional y con su venia.

Pero ello no impide observar que, en conjunto, las reformas del TC lo desplazan a lo largo de la delgada línea que diferencia su naturaleza política de su función jurisdiccional. Como señaló Zagrebelsky, el TC tiene un «rostro jánico» que lo sitúa, al igual que la norma constitucional, entre el mundo de la política y el mundo jurídico (Cfr. Zagrebelsky, 2014, 10). El análisis de las reformas de la LOTC puede realizarse desde una premisa que trate de abundar en este aspecto. Si el TC se dota de funciones y de una configuración que refuerce su actuación jurisdiccional o si, por el contrario, se amplía el campo de la discrecionalidad y su participación en conflictos enmarcados en la discrecionalidad dejada a la política y el gobierno, la disposición de la justicia constitucional se transforma y, por ende, la configuración del propio estado también lo hace.

Es inevitable que la actuación jurisdiccional del Tribunal tenga connotaciones o consecuencias políticas. Es inevitable en el marco de una Constitución normativa repleta de disposiciones de contenido axiológico, principios, derechos... Pero lo que sí es evitable es utilizar la discrecionalidad dejada al legislador orgánico en la configuración de la LOTC en momentos de urgencia, en el devenir de las crisis de gobierno.

Debemos plantearnos si el futuro de la justicia constitucional se encuentra en el arbitraje en medio de las crisis del sistema, de los desgobiernos, en la decisión trascendental que debe ser tomada para recuperar el cauce de lo jurídico en momentos de excepcionalidad. Hasta ahora la respuesta era clara y tanto el ámbito de lo político como de lo jurisdiccional requerían de argumentaciones densas para mantenerse en su sitio o justificar sus deslices.

En medio del cambio se presenta la definitiva reforma del recurso de amparo, dejando atrás aquel tiempo de la función pedagógica de las sentencias del TC como guía jurisdiccional en la garantía de los derechos. Un síntoma de la madurez de nuestro sistema. Pero la reforma aparece en un momento en el que

cada vez más se exige del TC la resolución del conflicto político y de las crisis de gobernabilidad.

Puede entonces decirse que se disuelve la última versión del Tribunal de tutela para dar paso al Tribunal de control (Aragón Reyes, 2009, 16) o al «Tribunal de arbitraje constitucional». Lo que debe analizarse es hasta dónde llega esta función de control y, sobre todo, sino se ha transformado la jurisdicción constitucional en órgano subsidiario y extraordinario de solución del desgobierno.

El concepto indeterminado de especial trascendencia constitucional es el paso definitivo para cristalizar este escenario, y lo demuestra que encajan a la perfección en él todos y cada uno de los recursos (de todo tipo, no sólo de amparo) interpuestos en la crisis del *procés*, de la estructura territorial del Estado, y de los gobiernos en funciones.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAGÓN REYES, M. (2009). «La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, 11-43.
- CARRILLO, M. (2018). «El Tribunal Constitucional. Un balance de cuarenta años», *Revista de Derecho político*, n. 101, 633-660.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2018). «El proceso soberanista ante el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 113, 133-166.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007) «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 8, 11-62.
- GONZÁLEZ BEILFUS, M. (2016). «La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 107, 352 ss.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A. (2000), «Sobre el conflicto constitucional en defensa de la autonomía local», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 59, 179-218.
- MATÍA PORTILLA, F. J. (2009). «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 86, 343-368.
- PÉREZ TREMP, P. (2018). «La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre «morir de éxito» o «vivir en el fracaso» *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 41, 253-270.
- TENORIO SÁNCHEZ, P. J. (2018). «¿Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?», *Revista de Derecho político*, n. 101, 719 ss.
- ZAGREBELSKY, G. (2014) *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid, Trotta, 2014.

EL VOTO PARTICULAR Y LAS POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS DEL DERECHO: ANÁLISIS DE ALGUNAS DISCREPANCIAS INTERPRETATIVAS

M.^a DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
de la Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Sobre la seguridad jurídica. 2. Sobre el principio de taxatividad. 3. Sobre el principio de legalidad penal y de tipicidad en relación con la seguridad jurídica.

1. SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica es certeza y previsibilidad. En palabras de nuestro más Alto Tribunal la seguridad jurídica «es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, e interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.» (STC 27/1981, FJ 10). La seguridad jurídica se regula en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 9.3 CE¹. Sobre este principio la jurisprudencia del Tribunal Constitucio-

¹ Sobre la seguridad jurídica puede verse las aportaciones de Balaguer Callejón, M. L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997. Y su trabajo, «La interpretación de las normas y la posibilidad de una sola respuesta correcta», en Morodo, R., y Vega, P. de (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tomo II, Servicio de

nal ha podido pronunciarse particularmente la profesora y magistrada M.^a Luisa Balaguer que ha dejado su impronta jurídica y su pensamiento en numerosas sentencias en las que ha participado como ponente o en las que ha expresado su voto particular. En su labor científica ha considerado sobre la claridad y precisión de la norma que esa claridad es una obligación para el legislador, pero también se ha analizado desde el punto de vista del aplicador del derecho. Así, apunta la Magistrada que la claridad de la norma también reduce la discrecionalidad de la interpretación por los órganos jurisdiccionales. Si se desarrollan técnicas de producción normativa con un lenguaje jurídico, y los preceptos son más claros y precisos, la labor de interpretación del juez se verá reforzada y ello coadyuva a la seguridad jurídica también².

En la jurisprudencia más reciente, encontramos el voto particular a la STC 172/2020, en la que el TC analiza el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en relación con el principio de taxatividad (art. 25.1 CE). Esta sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC). Se plantea la posible inconstitucionalidad del artículo 36.23 de la LOPSC, en conexión con el artículo 19.2 LOPSC, por vulneración del derecho a la información amparado por el artículo 20.1.d) CE, y de los principios de taxatividad (art. 25.1 CE) y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al resultar imposible para el ciudadano medio saber si su conducta encaja o no en el tipo sancionador descrito (poner en riesgo el éxito de una operación policial o la seguridad del agente o su familia) (STC 172/2020, FJ 5). El TC parte de su doctrina sobre la potestad sancionadora de la administración y, en concreto, sobre los principios de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE) y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dada su conexión. En cuanto a la potestad sancionadora de la administración pública

publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense/Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2000, pp. 683-702. Otra bibliografía interesante se puede consultar en PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, 2.^a edición abril 1994, Barcelona, BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, LÓPEZ GUERRA, L., «Notas sobre el principio de seguridad jurídica», en Morodo, R., y Vega, P. de (dirs.), *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tomo II, UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, (mayo-agosto 2006), CASTILLO BLANCO, F. A., «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», *Documentación Administrativa*, n.º 263-264 (mayo-diciembre 2002), PALMA FERNÁNDEZ, J. L., *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, LAUROBA LACASA, M. E., «El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho», *Louisiana Law Review*, Volume 63, Number 4, Summer 2003, MEZQUITA DEL CACHO, J. L. *Seguridad jurídica y sistema cautelar para su protección preventiva en la esfera privada/Teoría de la seguridad jurídica*, Bosch, Barcelona, 1989.

² Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, op. cit., pp. 94-96.

el TC manifiesta su reiterada doctrina (SSTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2; 77/1983, de 3 de octubre, FJ 3, y 42/1987, de 7 de abril, FJ 2), respeto a que «la administración pública en el ejercicio de su potestad sancionadora está sujeta tanto a los principios sustantivos derivados del artículo 25.1 CE –considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado»–, «si bien con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24.2 CE y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE, en tanto sean compatibles con su propia naturaleza» (SSTC 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, y 145/2011, de 26 de septiembre, FFJJ 3 y 4, y las allí citadas)» [STC 172/2020, FJ 5,b)]³.

El TC considera que el principio de taxatividad o *lex certa* es garantía material del principio de legalidad penal, e implica «la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones» (STC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4, y las sentencias allí citadas)», conectando el TC el principio de taxatividad con el principio de seguridad jurídica exigiendo al legislador el «máximo esfuerzo posible» en la definición de los tipos penales, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8), «lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2)». Aunque ello no impide al legislador usar conceptos jurídicos indeterminados siempre que permitan prever con seguridad las conductas tipificadas (STC 172/2020, FJ 5, c)⁴.

El principio de tipicidad en relación con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se traduce en «la necesidad de que la administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria. En otros términos, el principio de tipicidad exige no solo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango regla-

³ CABELLO, M.^a D., *La seguridad jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 132-133.

⁴ *Ibidem*, p. 133.

mentario, cuál es la cobertura legal de la misma, excepción hecha de aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida» (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2) [STC 172/2020, FJ 5, c)].

En el FJ 6 se analiza la impugnación del artículo 37.1 LOPSC en relación con el artículo 30.3 LOPSC alegando los recurrentes que estos artículos regulan «una restricción desproporcionada del derecho de reunión en una sociedad democrática», ya que se puede sancionar simplemente por tomar la vía pública en una concentración pacífica espontánea o que no haya sido previamente comunicada. Y, además, «esta solución colisionaría con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto al tratamiento a las manifestaciones pacíficas no comunicadas». Argumenta el TC que lo que se está sancionando son «las manifestaciones o reuniones no comunicadas; las comunicadas que no se ajustan al contenido comunicado o a las modificaciones introducidas por la autoridad competente y las prohibidas por la autoridad gubernativa». Pero la sanción se «se fundamenta en hechos objetivos y fácilmente constatables que ofrecen certeza a los ciudadanos para conocer de antemano el ámbito proscrito, alejándose de formulaciones abiertas, vagas o imprecisas, por lo que satisface el canon de la previsibilidad (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, y STEDH de 15 de octubre de 2015, caso Kudrevičius y otros c. Lituania, § 108 y 109). Por ello, concluye el TC que «ningún reproche de inconstitucionalidad cabe hacer al tipo infractor del artículo 37.1 LOPSC» (STC 172/2020, FJ 6 D) a))⁵.

El propio Tribunal resume su doctrina sobre el principio de legalidad en el FJ 6, F b) donde dice que «el principio de legalidad que tutela el artículo 25 CE contiene una garantía formal –que protege la libertad estableciendo como necesario que el núcleo de la conducta sancionable se prevea en norma con rango legal– y una garantía material –que impone que las infracciones se definan de modo que resulte previsible el ámbito prohibido en aras del principio de seguridad jurídica– (por todas, SSTC 166/2012, de 1 de octubre, FJ 5, y 34/2013, de 14 de febrero, FJ 19)».

Analiza el TC en este FJ 6, F b), la posible inconstitucionalidad del artículo 37.7, párrafo segundo LOPSC, que sanciona la «ocupación de la vía pública» por una persona o grupo de personas en dos casos: i) por infracción de lo dispuesto por la ley y ii) contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Alegando los recurrentes la vulneración de los principios de legalidad (art. 25 CE) y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

⁵ *Ibidem*, pp. 133-134.

Diferencia, así, el TC entre la garantía formal y la garantía material del principio de legalidad. Y considera que el precepto impugnado salva la garantía formal ya que «determina los elementos esenciales de la conducta antijurídica», definiendo «la conducta infractora como (a) la ocupación de la vía pública siempre que (b) con ella se altere la seguridad ciudadana en alguna de las modalidades indicadas en el artículo 4 LOPSC». Pero en cuanto a la garantía material del principio de legalidad considera que es necesario que se defina la conducta infractora con la suficiente precisión como para que sea previsible el ámbito de lo prohibido. Y permite en la determinación del tipo infractor la colaboración de la norma reglamentaria, pero salvaguardando la seguridad jurídica (STC 172/2020, FJ 6 b)). Sin embargo, concluye el TC que en este caso el supuesto es distinto, porque la LOPSC remite expresamente a la ley. Argumenta el TC que «El párrafo segundo del artículo 37.7 LOPSC prevé que solo será sancionable la ocupación de la vía pública «con infracción de lo dispuesto en la ley», término este último que alude a que la norma remitida debe tener rango de ley. Se trata de una norma sancionadora en blanco, cuyo núcleo esencial de prohibición se encuentra en la misma y que queda completado con la referencia a otras normas que deben tener rango legal, pues la colaboración normativa con la predeterminación suficiente del tipo infractor que garantice el principio de seguridad jurídica debe hallarse necesariamente en una disposición legal, con exclusión de los reglamentos que la desarrollen, lo que se lleva al fallo» [STC 172/2020, FJ 6 F b)]. Efectivamente, el TC en el punto 2.º del fallo salva la constitucionalidad del artículo 37.7 siempre que se interprete en el sentido establecido en este FJ 6 F)⁶.

Sobre esta STC 172/2020 la Magistrada M.^a Luisa Balaguer formula Voto Particular donde expresa su posición discrepante. Considera que «buena parte de los preceptos objeto de este recurso de inconstitucionalidad, no observan la exigencia constitucional de limitar los derechos desde el cumplimiento de los principios de seguridad jurídica, legalidad y proporcionalidad. Bien porque no formula de forma completa y acabada el juicio de proporcionalidad [en relación con los artículos 20.2 –fundamento jurídico 4–; 36.2 –fundamento jurídico 6 C) c)–; 37.1 –fundamento jurídico 6 D)–]; o porque desarrolla una interpretación conforme en el marco del derecho administrativo sancionador que elude la sujeción al principio de taxatividad, y genera mucha más inseguridad jurídica que la que intenta combatir, además de provocar un efecto de desaliento claro en relación con el ejercicio del derecho fundamental (arts. 37.3 –fun-

⁶ *Ibidem*, pp. 134-135.

damento jurídico 6 E)–; 37.7 –fundamento jurídico 6 F)–; y disposición final primera –fundamento jurídico 8–)» (VP de la STC 172/2020)⁷.

Con respecto a las manifestaciones espontáneas se razona en el Voto que la garantía de la seguridad pública no justifica, por falta de proporcionalidad, que «en el supuesto de tratarse de una reunión pacífica y sin armas, pueda llegar a considerarse una infracción el hecho de que la manifestación no haya sido comunicada en tiempo y forma, o el hecho de que transcurra por un itinerario distinto al anunciado previamente, o distinto al marcado en la comunicación de la Subdelegación del Gobierno». Solo sería sancionable, lo es de hecho, la perturbación de la seguridad ciudadana (art. 36.1 LOPSC); la provocación de desórdenes (art. 36.3 LOPSC); o la perturbación del desarrollo de una manifestación lícita (art. 36.8 LOPSC). «Pero si se sanciona la celebración de una reunión pacífica, en la que no se produce alteración alguna del orden público, ni más molestia que la derivada del mero hecho de que se esté celebrando una manifestación, entonces lo que se está sancionando es la falta de comunicación, y la finalidad, entonces, no puede ser la preservación de la seguridad ciudadana, de modo que hay una evidente desconexión entre el fin declarado y la medida adoptada de la que se deriva la falta de proporcionalidad de la medida limitativa de derechos» (VP punto 1. b) de la STC 172/2020).

En relación con el artículo 37.7 LOPSC, coincide el voto particular con la doctrina expuesta por el TC, aunque discrepa de la conclusión ya que el TC no aprecia vulneración de los principios de taxatividad y seguridad jurídica, pero la Magistrada Balaguer sí considera afectados estos principios (VP punto 1. c) de la STC 172/2020). Ya que «si bien las sentencias interpretativas son resultado de la aplicación de los principios de conservación de la ley y de interpretación conforme a la Constitución, pueden no ser siempre compatibles con la garantía de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, tratándose de derecho sancionador, con las garantías de tipicidad y taxatividad (legalidad sancionadora art. 25.1 CE). Por lo que el Tribunal debería haber aplicado en este caso la máxima de que, si la interpretación introduce un grado de complejidad en la aplicación de la norma mayor que la derivada de la propia norma, es porque, evidentemente, la interpretación conforme es más bien reconstrucción de la norma y, por tanto, la norma impugnada seguramente era incompatible con el parámetro de control» (VP punto 1. c) de la STC 172/2020)⁸.

Con respecto al artículo 37.7 LOPSC considera la Magistrada BALAGUER que «este precepto presenta un claro vicio de falta de taxatividad, y la

⁷ *Ibidem*, pp. 135-136.

⁸ *Ibidem*, 136-137.

interpretación conforme que realiza la sentencia no lo supera, sino que ahonda en él. Porque no se concreta qué ha de entenderse por «ocupación», si habría de concurrir violencia o intimidación, o bastaría con la simple presencia simultánea de personas en tal espacio común, incluso de forma totalmente pacífica. Este precepto podría aplicarse a una acampada reivindicativa, a la instalación de mesas de petición de firmas en una plaza pública sin cobertura legal o contra la orden de la autoridad en aplicación de la ley, o a la instalación de una persona sin domicilio en la calle para pasar la noche, pasando por otro número indefinido de situaciones que no se concretan» (VP punto 1. c) de la STC 172/2020). Coincide con el Tribunal en su afirmación de que las limitaciones a los derechos fundamentales deben ser interpretadas con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a los mismos, pero discrepa en la conclusión del TC, al considerar que el tipo infractor no satisface ni el principio de taxatividad ni el de seguridad jurídica. Estaríamos ante una norma penal en blanco y además al estar sancionada la conducta también por las ordenanzas municipales se produciría una doble sanción «sobre quienes ocupan el espacio público en defensa de intereses propios o, en la mayoría de los casos, colectivos, y sobre sectores de población excluidos, a los que se sigue colocando bajo el espectro de la vulneración de la ley por el mero hecho de estar en un lugar en el que el resto de la sociedad no quiere verlos, y a los que se somete a sanciones que difícilmente van a poder afrontar. El resultado es la deslegitimación de estas personas y de la forma en que abordan sus reivindicaciones, banalizando así la importancia de ser tomadas en cuenta por los poderes públicos» (VP punto 1. c) de la STC 172/2020)⁹.

2. SOBRE EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

En la jurisprudencia más reciente tiene ocasión el TC de pronunciarse, también, sobre el principio de taxatividad. Así, en la STC 14/2021, de 28 de enero, se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que plantea el Tribunal Supremo con relación al artículo 153.1¹⁰ de la LO 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general en relación con los artículos 53 y 50.4 del mismo cuerpo legal. La cuestión de inconstitucionalidad surge por la duda de cómo debe interpretarse este precepto en aquellos casos en que la infracción del de-

⁹ *Ibidem*, p. 137.

¹⁰ Artículo 153.1 LOREG: «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».

recho electoral se lleva a cabo por el director de un medio de comunicación en un proceso electoral en el que en el día de reflexión se publica una entrevista a una candidata de un partido político sin la obligada observancia de respetar la jornada de reflexión.

La Junta Electoral Central sancionó con una multa de 1000 euros al director de un periódico de cobertura nacional, por publicar esa entrevista, invocando el artículo 153.1 LOREG que establece la posibilidad de imponer esa sanción a quienes realizaran o difundieran propaganda electoral durante la jornada de reflexión de las elecciones autonómicas de Cataluña. La sanción se justificaba en la aplicación del artículo 53 LOREG que prohibía la publicación de noticias, publicidad o cualquier acto electoral en el día de reflexión, que se consideraba ilegal por no respetar el clima de sosiego y tranquilidad que exige el voto en un proceso electoral.

La denuncia presentada por un representante del Partido Popular se dirigía contra el partido político Ciutadans-Partido de la Ciudadanía, el 20 de diciembre de 2017, en la jornada de reflexión previa a la celebración el 21 de diciembre de las elecciones al Parlamento de Cataluña del año 2017.

En esa entrevista aparecía la portada junto a una fotografía de la persona entrevistada. La parte dispositiva de la resolución sancionadora declaraba que el director del periódico había incurrido en la infracción tipificada en el artículo 153 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, por incumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 53 de dicha Ley, consistente en la publicación el día 20 de diciembre de 2017, jornada de reflexión en las elecciones al Parlamento de Cataluña, de una entrevista a la candidata de esa formación política.

El Tribunal Supremo plantea una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional con respecto al artículo 153.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, en relación con los artículos 53.1 y 50.4 de la propia LOREG y los artículos 34 y 39 de Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta, por infracción de la garantía que deriva del mandato de taxatividad de las infracciones y determinación de las sanciones del artículo 25.1 CE y por vulneración autónoma del principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE.

Y la justificación que el TS realiza sobre esa pregunta será que de acuerdo con el artículo 153.1 LOREG que dice que: «Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente ley que no constituya delito será sancionada por la junta electoral competente». Estas infracciones de las normas obligatorias establecidas en la ley electoral no se refieren a delitos sino a meras faltas, cuya sanción puede imponer la misma Junta Electoral y entre ellas las

previstas en el artículo 53.1. LOREG cuando dispone en su artículo que no puede difundirse propaganda electoral ni realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que ésta haya legalmente terminado.

Por su parte el artículo 50.4 LOREG dice lo que la norma entiende por campaña electoral el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios.

Finalmente, la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta establece en el artículo 34 que al frente de toda publicación periódica o agencia informativa, en cuanto medio de información, habrá un director, al que corresponderá la orientación, y la determinación de su contenido, así como la representación ante las autoridades y tribunales en las materias de su competencia. Lo que de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta determina que el director es responsable de cuantas infracciones se cometan a través del medio informativo a su cargo, con independencia de las responsabilidades de orden penal o civil que puedan recaer sobre otras personas de acuerdo con la legislación vigente.

El Tribunal que plantea la cuestión argumenta cuatro causas de inconstitucionalidad: La posible inconstitucionalidad del artículo 153.1 LOREG 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 (artículo 9.3 CE).

En contraste con el contenido del artículo 25.1 CE, la remisión que realiza el artículo 153.1 LOREG a aquellos otros preceptos de la propia Ley Orgánica del régimen electoral general que establecen normas obligatorias precisas para integrar el tipo legal de infracción administrativa que regula, se puede considerar correcta pues no puede entenderse que la técnica de la remisión que efectúa el precepto legal cuestionado, impida conocer las conductas sancionables, que serían aquellas referidas al incumplimiento de las obligaciones a que vienen sujetos los ciudadanos o los partidos políticos en el ámbito electoral.

El tipo penal previsto en el artículo 153.1 LOREG permite el conocimiento previo de las conductas sancionables, lo que cumple con las exigencias constitucionales porque no hay inconveniente en que una norma de rango legal contenga remisiones dentro de la propia norma, pues lo relevante es que quede suficientemente determinada la conducta antijurídica. Esta remisión de la LOREG se hace desde un rango normativo adecuado dada su naturaleza de ley orgánica, pero esto no significa que se cumpla además y esto es lo que se cuestiona, el principio de taxatividad del artículo 153.1 LOREG. Para ello, es necesario examinar también la suficiencia en la predeterminación de las obliga-

ciones a las que queda obligado el sujeto que pueda incurrir en ese tipo penal. (STC 14/2021, F.J. 3).

Y lo que debe hacer el Tribunal Constitucional es determinar si existe una falta de taxatividad en la concreción de quienes son los autores de las infracciones de esa norma, Y en ese sentido el TC desestima la impugnación realizada porque considera que el precepto legal es lo suficientemente concreto en su determinación (STC 14/2021, FJ 4).

La sentencia cuenta con dos votos particulares, uno de ellos concurrente firmado por dos magistrados y otro disidente.

En el voto disidente la magistrada Balaguer considera que la Ley Orgánica del régimen electoral general «incurre, efectivamente, en la indeterminación en sus normas sancionadoras que denuncia el Tribunal Supremo, en la medida en que contiene unas definiciones excesivamente vagas, y, además, no incluye una previsión expresa en cuanto a las actuaciones que se realicen bajo el amparo de la libertad de información del artículo 20.1 d) CE, ni en relación con los sujetos que lleven a cabo esas actuaciones en ejercicio de aquel derecho fundamental». Esa indeterminación se reconoce en la propia sentencia, aunque no se considera grave, y en el voto se valora de manera justamente contraria porque en la medida en que se traduzca en una restricción del ejercicio de un derecho fundamental incurre en inconstitucionalidad, porque este derecho solo puede verse limitado en los términos del artículo 20.4 CE. El artículo 53 LOREG, impide que pueda difundirse propaganda electoral o realizarse acto alguno de campaña electoral una vez que esta haya legalmente terminado. Esta prohibición que en la generalidad de los casos no presentaría ninguna particularidad, en un supuesto como el juzgado en el que el objeto es analizar el ejercicio de un derecho de información exige contemplar el artículo 20.1 d) en el que se ha de tener en cuenta que el derecho a la libertad de información tiene una consideración aparejada que es la garantía de esa institución en relación con el pluralismo político que recoge el artículo 1.1 CE y del que el artículo 20 CE es una garantía constitucional.

La circunstancia de que la libertad informativa se contemple en relación con el final de una campaña electoral no es intrascendente, sino que reviste al precepto enjuiciado de características propias, como de la necesidad de efectuar una ponderación entre los derechos fundamentales, el derecho de información y el derecho del art. 23 CE a participar en la elección de los representantes. Esto obligaría al Tribunal a plantearse, si la propaganda electoral, o la campaña electoral que queda prohibida a las organizaciones y partidos políticos en la jornada de reflexión obliga también a los medios de comunicación y en qué sentido y con qué límites. Porque queda fuera de duda que es una limi-

tación de los derechos informativos y esto exige un análisis de la proporcionalidad de las medidas legales restrictivas a los medios de comunicación y a los periodistas, con particular referencia como en este caso al director de un medio informativo.

Para discernir la cuestión ha de acudirse a la conexión con lo previsto en el artículo 153.1 LOREG, que ha permitido sancionar publicaciones realizadas en la jornada de reflexión y, en concreto, la publicación de una entrevista con una candidata en dicha jornada. La sentencia afirma que los destinatarios de la prohibición son todos, al tener como propósito crear un marco de serenidad en las horas inmediatamente anteriores a la votación, para que aflore la verdadera voluntad política del elector. Nada hay en la Ley Orgánica del régimen electoral general que permita sustentar tal afirmación, pero la sentencia acude para dirimir esa cuestión a la Ley de prensa e imprenta de 1966. Y en el voto se critica que se acuda a una ley de la dictadura para delimitar el derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20.1 d) CE, en lo que se refiere a la función del director de un periódico.

Y el voto considera que con ello «se degrada un derecho fundamental que es uno de los logros más esenciales de nuestra Constitución, y esencial en el sistema democrático, al contribuir a la formación de una opinión pública libre y ser garantía del pluralismo político. Valores que, como fácilmente se comprende, no encuentran relación alguna en la Ley de 1966, que tiende a controlar la prensa y a convertirla en una institución al servicio del Estado, por más que en la última época del franquismo cobrara fuerza un movimiento periodístico más crítico con el régimen, cuya lucha obtuvo el fruto de ver reconocida la libertad de información como un derecho fundamental dotado de la mayor protección en el texto constitucional».

Pero yendo al tema de la seguridad jurídica, y de las exigencias del artículo 25.1 CE, el voto dice que contra del criterio sustentado por la mayoría, la Ley Orgánica del régimen electoral general incurre, efectivamente, en la indeterminación. Y ello porque contiene unas definiciones excesivamente vagas, porque no incluye una previsión expresa en cuanto a las actuaciones que se realicen bajo el amparo de la libertad de información del artículo 20.1 d) CE, ni en relación con los sujetos que lleven a cabo esas actuaciones en ejercicio de aquel derecho fundamental. Esa indeterminación es grave y debe considerarse contraria al artículo 9.3 CE en la medida en que constituye una restricción del ejercicio de un derecho fundamental como es el art. 20 CE.

El voto no cuestiona la constitucionalidad del artículo 53 LOREG, sino únicamente la interpretación que se la da en ese caso concreto por la mayoría que aprueba la sentencia y se refiere solamente a la jornada de reflexión y su

falta de adecuación a la realidad de hoy en donde la información que se emite por los agentes de los medios no es susceptible de control político porque excede de los límites nacionales. Pero no considera inconstitucional la norma. El principio de seguridad jurídica está comprometido siempre que de la norma no se pueda deducir claramente un sentido al menos que de fijeza y taxatividad a su contenido. Si no es así no cabe hablar de seguridad jurídica, porque los efectos que se producen estarán viciados de inconstitucionalidad ¹¹.

En 2022 hay otras importantes sentencias sobre recursos de amparo presentados por personas condenadas por el procés. La STC 45/2022 condensa esa jurisprudencia y contiene un voto particular de M.^a Luisa Balaguer sobre el principio de tipicidad, entre otros temas, y la seguridad jurídica que reproduce parte del voto particular de la STC 91/2021, de 22 de abril, a la que remite.

3. SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y DE TIPICIDAD EN RELACIÓN CON LA SEGURIDAD JURÍDICA

La STC 91/2021, de 22 de abril, conoce del recurso de amparo presentado por el Sr. Turull, se plantean diversas cuestiones jurídicas, y una de ellas es el principio de legalidad penal y la tipicidad en relación con la seguridad jurídica. La Magistrada Balaguer formula voto particular, conjunto con D. Antonio Xiol Ríos, donde ambos expresan con profundidad y rigor su pensamiento jurídico, con argumentos técnico-jurídicos, en torno a la seguridad jurídica, y la protección, también, de los derechos fundamentales como fundamento del orden público y la paz social en un Estado de Derecho, y analizando la jurisprudencia del TJUE.

El voto particular reconoce la labor jurídica del Pleno, pero «se expresa con la intención de poner de manifiesto la posibilidad, técnica también, de formular un juicio distinto sobre la proporcionalidad de las penas impuestas, más acorde con una interpretación abierta del principio de legalidad y en sintonía con la que está presente en el ámbito de la cultura jurídica común de los países de la Unión Europea. Una visión del principio de legalidad que encuentra su articulación óptima en la preservación del Estado de Derecho».

El principal desacuerdo es con el análisis del derecho a la legalidad sancionadora y el principio de proporcionalidad penal. Planteando, «una visión más flexible del principio de legalidad penal. Flexibilidad que, a su vez, asociamos a una perspectiva en la que la defensa del Estado de Derecho y de los principios

¹¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 138-142.

asociados a esta noción básica de las democracias modernas deben conjugarse con una protección y garantía de los derechos fundamentales incluso de quienes no comparten la misma visión del respeto al Estado de Derecho». Lo que debería haber llevado a una sentencia estimatoria. (punto 1 del VP).

Razona el punto 2 del VP sobre el derecho a la legalidad penal que tendría las siguientes garantías: «(i) el principio de taxatividad en la configuración legal del delito de sedición; (ii) el principio de prohibición de interpretación extensiva o analógica en la aplicación judicial del delito de sedición; (iii) el principio de proporcionalidad penal en la configuración legal del delito de sedición; y (iv) el principio de proporcionalidad penal en la cuantificación de la pena en el momento judicial de su aplicación».

En lo que aquí interesa el punto I del Voto particular se versa «Sobre el cumplimiento del principio de taxatividad en la configuración legal del delito de sedición». Concluyendo que, «si bien la configuración legal del delito de sedición supera a nuestro juicio el estándar constitucional establecido por el principio de taxatividad, interesa resaltar, por su trascendencia respecto de la aplicación de otras garantías del derecho a la legalidad penal, la presencia de rasgos de relativa incertidumbre para el ciudadano potencial autor de este delito derivados de (i) la alta presencia de elementos normativos en su configuración legal, (ii) la muy limitada posibilidad de que se pudieran aprehender dichos elementos a partir de una previa labor complementaria de la jurisprudencia y (iii) la íntima conexión que mantiene en su umbral superior de gravedad con el delito de rebelión y en su umbral inferior con otros delitos contra el orden público». (VP punto 6).

En el año 2023 el Tribunal falla dos importantes sentencias sobre la eutanasia y el aborto a las que formula Voto particular M.^a Luisa Balaguer expresando su discrepancia con el Pleno. Son la STC 44/2023 de 9 de mayo, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por setenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Y la STC 94/2023, de 12 de septiembre, que conoce de un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por más de cincuenta diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, en su integridad, por los vicios de inconstitucionalidad de carácter formal inherentes a su tramitación y, subsidiariamente, por los vicios materiales o de fondo que presenta el régimen jurídico configurado por la Ley Orgánica recurrida.

En la STC 44/2023, el voto particular de M.^a Luisa Balaguer hace referencia a la seguridad jurídica como la única que puede justificar un cambio de jurisprudencia. Así se expresa que «No debe olvidarse que nuestro sistema de justicia constitucional, que se inscribe dentro del modelo continental, no sujeta al Tribunal Constitucional al respeto a sus propios precedentes, como sucede en el modelo anglosajón. En nuestro caso, el Tribunal puede cambiar de criterio y solo razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de refuerzo de su propia legitimidad de ejercicio le exigen justificar el cambio de criterio. Y ese cambio es posible siempre, pero se ve particularmente justificado cuando los cambios normativos y contextuales, el progreso cultural y el avance en el reconocimiento de derechos fundamentales permitan desarrollar argumentos nuevos comprensibles y aceptables en y por una sociedad cambiante». (punto 1 del VP).

Se razona en el Voto que en esta sentencia el Tribunal parte del precedente de la STC 53/1985, considerando que la vida prenatal es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 (STC 53/1985, FFJJ 5 y 7) razón por la cual en el examen de constitucionalidad aparece constantemente la idea, también presente en la sentencia de 1985, del conflicto entre valores constitucionales. [...] la sentencia, condicionada sin duda por el contenido de las alegaciones de la demanda, asume parte de los presupuestos argumentativos del año 1985, formula una teoría de los límites del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo que no comparto y termina realizando un juicio de ponderación que no deja de considerar equiparables realidades que en absoluto lo son. Su planteamiento se aparta de los razonamientos efectuados por el Tribunal Constitucional del año 1985 en el sentido que inmediatamente expongo. (punto 1 del VP).

Para M.^a Luisa Balaguer el centro del razonamiento sería la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo en un marco jurídico laico. Sin embargo, la sentencia plantea un conflicto de intereses entre un derecho de la mujer a interrumpir el embarazo, y asegurar la defensa de la vida prenatal entendida como bien constitucionalmente protegido.

Frente a esta posición de la sentencia el planteamiento del Voto «da un paso más», porque entiende «que no hay derechos constitucionales en conflicto, en la medida en que el embrión y el feto son parte del cuerpo de la mujer y son la libertad (art. 17.1. CE) de esta, su dignidad (art. 10.1 CE), su integridad física y moral (art. 15.1 CE), su facultad para configurar su proyecto de maternidad (art. 18 CE), y su salud sexual y reproductiva (art. 43 CE), los únicos elementos con soporte constitucional expreso, en tanto que la mujer es titular plena de todos estos derechos reconocidos en la Constitución. La proclamación de la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido puede y debe ser reconsiderada, por cuanto se

trata de una formulación jurisprudencial perfectamente revisable. Sin negar que el nasciturus pueda ser considerado como un bien jurídico digno de protección penal, a ello me referiré más adelante, puede cuestionarse la cobertura constitucional de su protección, de modo que sea la libre disposición de la mujer embarazada el eje constitucional que marque la argumentación relativa al diseño legal de la interrupción voluntaria del embarazo. Si adoptamos este paradigma interpretativo, radicalmente distinto, entonces podemos salir de la lógica discursiva del conflicto de valores constitucionales». (punto 2 del VP).

CONCLUSIONES

Primera: La seguridad jurídica en el pensamiento de M.^a Luisa Balaguer ocupa un papel central, y ha podido desarrollar su posición en torno a la necesidad de certeza, de claridad en la ley, de exclusión de ambigüedades, y sobre todo en relación con la tipicidad y el principio de taxatividad, argumentando la conexión de esa certeza, esa seguridad con el Estado de Derecho y la necesaria defensa de los derechos fundamentales.

Segunda: La seguridad jurídica como certeza del ordenamiento, y cómo garantía de la ciudadanía, no sólo debe predicarse de la ley, de su correcta, clara y precisa redacción, sino también de los aplicadores del Derecho. La labor hermeneútica del juez debe tender a alcanzar esa seguridad jurídica como principio reconocido constitucionalmente, que conecta con la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

Tercera: La seguridad jurídica es un elemento esencial del ordenamiento jurídico, del Derecho, y ella se satisface cuando no sólo la norma es clara y precisa en su redacción, evitando la incertidumbre de redacciones ambiguas, que dejen en una situación de indefensión al ciudadano, y que llevan a una importante labor de los jueces, de la jurisprudencia para acotar delimitar y precisar el sentido de la norma, en una labor interpretativa donde obviamente también se debe integrar la satisfacción del principio de seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Fuentes del Derecho*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.
 - *La interpretación de las normas y la posibilidad de una sola respuesta correcta*, Morodo, R., y VEGA, P. de (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho cons-*

- titucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tomo II, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense/Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2000, pp. 683-702.
- CABELLO FERNÁNDEZ, M. D., *La seguridad jurídica*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- CASTILLO BLANCO, F. A., «El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho», *Documentación Administrativa*, núm. 263-264 (mayo-diciembre 2002).
- LAUROBA LACASA, M. E., «El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho», *Louisiana Law Review*, Volume 63, Number 4, Summer 2003.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Notas sobre el principio de seguridad jurídica», en Morodo, R., y Vega, P. de (dirs.), *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tomo II.
- MEZQUITA DEL CACHO, J. L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar para su protección preventiva en la esfera privada/Teoría de la seguridad jurídica*, Bosch, Barcelona, 1989.
- PALMA FERNÁNDEZ, J. L., *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- PÉREZ LUÑO, A.-E., *La seguridad jurídica*, Ariel Derecho, 2.^a edición abril 1994, Barcelona.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 28, (mayo-agosto 2006).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADAS

- STC 18/1981, de 8 de junio.
STC 27/1981, de 20 de julio.
STC 77/1983, de 3 de octubre.
STC 42/1987, de 7 de abril.
STC 169/2001, de 16 de julio.
STC 197/2004, de 15 de noviembre.
STC 104/2009, de 4 de mayo.
STC 145/2011, de 26 de septiembre.
STC 166/2012, de 1 de octubre.
STC 34/2013, de 14 de febrero.
STC 145/2013, de 11 de julio.
STC 185/2014, de 6 de noviembre.
STC 172/2020, de 19 de noviembre.
STC 14/2021, de 3 de marzo.

STC 91/2021, de 22 de abril.

STC 45/2022, de 23 de marzo.

STC 44/2023 de 9 de mayo.

STC 94/2023, de 12 de septiembre.

Colección Derecho Constitucional Europeo

Directora:

**Francisco Balaguer Callejón
y Yolanda Gómez Sánchez**

Títulos publicados:

1. Estudios sobre Derecho Constitucional Español,
Comparado y Europeo
**Francisco Balaguer Callejón, Carlos
Vidal Prado y Cristina Elías Méndez**
(Coordinadores)
2. La Constitución económica de la Unión Europea
**Xabier Arzoz Santisteban, Miguel Azpitarte
Sánchez y Tomás de la Quadra-Salcedo Janini**
3. Constitucionalismo: diálogos intergeneracionales
entre España e Italia. Dos volúmenes
**Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel
Lozano, Silvia Romboli, Giacomo Palombino**

Los *Estudios sobre jurisdicción constitucional, derechos fundamentales e igualdad* son una obra colectiva de más de cincuenta profesoras y profesores de Derecho Constitucional, que ofrecen a través de ellos un homenaje a la magistrada del Tribunal Constitucional y catedrática de Derecho Constitucional María Luisa Balaguer Callejón. Su trayectoria personal y su obra han sido la inspiración de unos textos en los que se abre un diálogo con sus trabajos académicos, con las sentencias en las que ha participado como ponente y con sus votos particulares, que ofrecen argumentos alternativos en la interpretación jurisdiccional de la Constitución Española de 1978. En el centro de la reflexión compartida que se contiene en este libro, está la lucha por los derechos fundamentales y por la igualdad, que ha sido la motivación esencial de la extraordinaria labor de María Luisa Balaguer Callejón como jurista.

Francisco Balaguer Callejón
Carmen Calvo Poyato
Carlos de Cabo Martín
Gregorio Cámara Villar
Enrique Guillén López
Juan Francisco Sánchez Barrilao
Miguel Azpitarte Sánchez
Itziar Gómez Fernández
Antonio Torres del Moral
Antonio Arroyo Gil
Manuel Aragón Reyes
Juan Fernando López Aguilar
José Antonio Montilla Martos
José María Porras Ramírez
Pedro Tenorio Sánchez
Rafael Naranjo de la Cruz
Antonia Navas Castillo
Mercedes Iglesias Báez
Amalia Balaguer Pérez
Marta León Alonso
Javier Sierra Rodríguez
Eloísa Pérez Conchillo
María Dolores Requena de Torre
Luis Fernando Martínez Quevedo
Pedro J. González Trevijano
Enrique Arnaldo Alcubilla

Yolanda Gómez Sánchez
Ángela Figueruelo Burrieza
María Salvador Martínez
Laura Nuño Gómez
Asunción Ventura Franch
Ana Aba Catoira
Adoración Galera Victoria
Ana Marrades Puig
Silvia Soriano Moreno
Leyre Burguera Ameave
Miguel José Arjona Sánchez
Giacomo Palombino
Daniela Dobre
Marta Lucena Pérez
Amalia Lozano España
Paloma Biglino Campos
Carlos Vidal Prado
Cristina Elías Méndez
Argelia Queralt Jiménez
María Concepción Pérez Villalobos
Antonio Javier Trujillo
María Nieves Saldaña
Rosa Iannaccone
Andrea Garrido Raya
Ruth Rubio Marín
Augusto Aguilar Calahorro
M.^a Dolores Cabello Fernández