ISSN: 0423-4847

Estudios de Deusto

110 Aniversario
1904-2014

Vol. 62/1 Enero-Junio 2014

Sumario

Estudios

Una revisión del concepto de imputabilidad desde las ciencias de la salud. Su compatibilidad con la regulación penal vigente
Itziar Casanueva Sanz

El sistema de control electoral en Alemania
Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo

Videovigilancia privada en lugares de acceso público y derecho a la protección de datos: el caso alemán
Ana Gude Fernández

La igualdad en la regulación constitucional de la familia, el matrimonio y los menores
Nicolás Pérez Sola

Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación
María Pérez-Ugena Coromina

La dimensión constitucional del poder presupuestario de la Unión Europea
Antonio Martín Porras Gómez

La coordinación gubernamental de las políticas europeas. Un análisis de derecho comparado sobre los miembros fundadores
Sabrina Ragone

Crisis de la representación, crisis económica e ideología alternativa: los conceptos de ruptura estática y ruptura dinámica
Alfredo Ramírez Nárdiz

El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro
Paloma Requejo Rodríguez

Las recientes medidas para la transparencia y la probidad del sistema político y administrativo español. Alcance y valoración
Joan Ridao Martín

La sede del Parlamento Europeo en Estrasburgo en entredicho. ¿El último asalto en su pugna con Bruselas?
Ana María San Miguel Osaba

Notas

Participación femenina en los consejos de administración de las empresas: una aproximación a la propuesta de Directiva de 14 de noviembre de 2012 relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en las empresas
Maoly Carrasquero Cepeda

El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres
Pablo Sánchez Molina

Espontaneidad y sencillez de la ideologia de lo justo
Manuel María Zorrilla Ruiz

Recensiones

Deusto
Facultad de Derecho

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904

Vol. 62/1 Enero-junio 2014

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Universidad de Deusto
Bilbao
2014

Estudios de Deusto

Vol. 62/1 Enero-junio 2014

Segunda época. Vol. 62/1
Desde su fundación vol. 92
(Fasc. 130)

Directores de la revista Estudios de Deusto

1ª Época*

1904-1909	Isidoro Zameza
1909-1916	Ignacio María Ibero
1916-1918	Vicente Leza
1918-1920	Matías Ibinagabeitia

2ª Época

1953-1960	Jesús María Díaz de Acebedo (secretario de redacción)
1961-1962	Jesús María Díaz de Acebedo
1963-1965	Luis María Estibález
1966-1974	Andrés Eliseo de Mañaricúa
1975-1990	Juan Churruca
1991-	Ignacio María Beobide

* Durante la 1ª Época no se nombró Director ni se constituyó Consejo de Redacción, sino que la dirección de la publicación formalmente correspondía al Rector del entonces llamado Colegio de Estudios Superiores de Deusto.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede serrealizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org <http://www.cedro.org>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - E48080 Bilbao
Correo electrónico: publicaciones@deusto.es

ISSN: 0423-4847
Depósito legal: BI-1083-2014

Impreso en España/Printed in Spain.

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:
Ignacio Mª Beobide Ezpeleta (Universidad de Deusto)

Secretario:
Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto)

Consejo de Redacción:
Danièle Alexandre (Université de Strasbourg); Iciar Basterretxea Moreno (Universidad de Deusto); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra); Lela P. Love (Cardozo Law School); Giuseppe Martinico (CEPC); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University); Demetrio Velasco Criado (Universidad de Deusto); Patrick Wautelet (Université de Liège)

Consejo Asesor:
Ricardo de Ángel Yágüez (Universidad de Deusto); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto); Vito Breda (Cardiff Law School); José Ramón Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto); Ken Fox (Hamline University); Inmaculada Herbosa (Universidad de Deusto); Miodrag Jovanovic (Universidad de Belgrado); Francisco Marcos (IE Law School); Haluk Kabaalioglu (YeditepeUniversity); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto); Martín Oudin (Université François Rabelais-Tours); Carlos Romero Rey (Tribunal Supremo); Javier Tajadura Tejada (Universidad del Pais Vasco); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto)

Administración:
Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 000 Fax: 944 139 099
e-mail: revistaestudios@deusto.es
Web: http://revista-estudios.deusto.es/

Suscripciones:
Marcial Pons Librero. Agencia de suscripciones
C/ San Sotero, 6. 28037 Madrid
e-mail: revistas@marcialpons.es
Tfno. 913 043 303 Fax: 913272367

Precios de suscripción:
Europa ..... 45 €
Número suelto ..... 25 €
IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Estudios de Deusto

Vol. 62/1 Enero-junio 2014

Sumario

Estudios

Itziar Casanueva Sanz, *Una revisión del concepto de imputabilidad desde las ciencias de la salud. Su compatibilidad con la regulación penal vigente* 15-46

Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo, *El sistema de control electoral en Alemania* 47-71

Ana Gude Fernández, *Videovigilancia privada en lugares de acceso público y derecho a la protección de datos: el caso alemán* 73-116

Nicolás Pérez Sola, *La igualdad en la regulación constitucional de la familia, el matrimonio y los menores* 117-157

María Pérez-Ugena Coromina, *Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación* 159-189

Antonio Martín Porras Gómez, *La dimensión constitucional del poder presupuestario de la Unión Europea* 191-212

Sabrina Ragone, *La coordinación gubernamental de las políticas europeas. Un análisis de derecho comparado sobre los miembros fundadores* 213-234

Alfredo Ramírez Nárdiz, *Crisis de la representación, crisis económica e ideología alternativa: los conceptos de ruptura estática y ruptura dinámica* 235-259

Paloma Requejo Rodríguez, *El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro* 261-284

Joan RIDAO MARTÍN, *Las recientes medidas para la transparencia y la probidad del sistema político y administrativo español. Alcance y valoración* 285-310

Ana María SAN MIGUEL OSABA, *La sede del Parlamento Europeo en Estrasburgo en entredicho. ¿El último asalto en su pugna con Bruselas?* 311-345

Notas

Maoly CARRASQUERO CEPEDA, *Participación femenina en los consejos de administración de las empresas: una aproximación a la propuesta de Directiva de 14 de noviembre de 2012 relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en las empresas* 349-370

Pablo SÁNCHEZ MOLINA, *El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres* 371-386

Manuel María ZORRILLA RUIZ, *Espontaneidad y sencillez de la ideología de lo justo* 387-412

Recensiones

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *Estado de partidos: participación y representación*, por Miguel Ángel Presno Linera 415-419

Lorena BACHMEIER WINTER, *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, por Jesús María González García 421-425

Estudios de Deusto

Volume 62, Issue 1, January-June 2014

Table of Contents

Studies

Itzíar Casanueva Sanz, *A review of the concept of imputability from the health sciences. Compatibility with the criminal law in force* 15-46

Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo, *The electoral control system in Germany* 47-71

Ana Gude Fernández, *Private video surveillance in places of public access and data protection right. The German case* 73-116

Nicolás Pérez Sola, *Equality in the constitutional regulation of family, marriage and minor children* 117-157

María Pérez-Ugena Coromina, *The guarantee of the right to effective judicial protection in the major systems of alternative conflict resolution: arbitration and mediation* 159-189

Antonio Martín Porras Gómez, *The constitutional dimension of the European Union budgetary power* 191-212

Sabrina Ragone, *Government coordination of EU policies: a Comparative Legal Analysis of the Founding Members* 213-234

Alfredo Ramírez Nárdiz, *Representation crisis, economic crisis and alternative ideology: the concepts of static and dynamic breaking* 235-259

Paloma Requejo Rodríguez, *The consultative referendum in Spain: critical reflections and proposals for the future* 261-284

Joan Ridao Martín, *Recent measures for transparency and political probity of de Spanish administrative and political system. scope and assessment* 285-310

Ana María San Miguel Osaba, *The seat of the European Parliament in Strasbourg into question. The final round in the dispute with Brussels?* 311-345

Notes

Maoly Carrasquero Cepeda, *Female participation on corporate boards: an approach to the proposal for a Directive of November 2012 on improving male and female balance in companies* 349-370

Pablo Sánchez Molina, *The national margin of appreciation in the decisions of the European Court of Human Rights in the cases dealing with the right to free elections* 371-386

Manuel María Zorrilla Ruiz, *The spontaneity and simplicity of the ideology of the fairness* 387-412

Book reviews

Jorge Alguacil González-Aurioles, *Estado de partidos: participación y representación*, by Miguel Ángel Presno Linera 415-419

Lorena Bachmeier Winter, *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, by Jesús María González García 421-425

Estudios

UNA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD DESDE LAS CIENCIAS DE LA SALUD. SU COMPATIBILIDAD CON LA REGULACIÓN PENAL VIGENTE[1]

Itzíar Casanueva Sanz

Sumario: 1. Introducción. 2. La imputabilidad. 2.1. *La defensa de un indeterminismo limitado en relación con el comportamiento humano. Sus implicaciones en el concepto de imputabilidad.* 2.2. *Las funciones psíquicas y el proceso volitivo.* 2.2.1. Las funciones psíquicas. 2.2.2. El proceso volitivo. 2.3. *Las «condiciones» objeto de análisis en la imputabilidad.* 2.4. *Especial referencia a los factores socioculturales.* 3. La imputabilidad en el Código Penal de 1995. Compatibilidad con el concepto de imputabilidad propuesto. 3.1. *Capacidad para comprender la ilicitud del hecho.* 3.1.1. Capacidad para comprender. 3.1.2. La ilicitud del hecho. 3.1.3. Funciones psíquicas que intervienen en el proceso de comprensión de la ilicitud del hecho. 3.2. *Capacidad para actuar conforme a esa comprensión.* 3.3. *Compatibilidad con el concepto de imputabilidad propuesto en esta investigación.* 3.4. *Algunas críticas no compartidas.*

1. INTRODUCCIÓN

La imputabilidad puede definirse, en una primera aproximación, como «aquella categoría dogmática mediante la cual se establecen las condiciones

[1] Este artículo tiene su origen en los capítulos segundo y tercero de la tesis defendida por Itzíar Casanueva Sanz el 5 de julio de 2013 en la Universidad de Deusto y titulada «La imputabilidad, el consumo de drogas y su regulación jurídico-penal. Una revisión desde las ciencias de la salud».

que debe tener un sujeto para que le sea atribuible penalmente el hecho antijurídico que ha realizado»[2].

A partir de aquí, las opiniones doctrinales sobre cuál es el fundamento y el contenido de esta categoría son muy divergentes; incluso hay preceptos del Código Penal de los cuáles se discute si afectan a esta categoría del delito o a otra[3].

Sí existe cierto consenso en considerar que la imputabilidad se refiere, al menos, a condiciones de carácter psíquico, es decir, al estado de las facultades o capacidades psíquicas del sujeto. Facultades o capacidades que son objeto directo de estudio de ciencias ajenas al Derecho como la Psicología, Psiquiatría, Psicopatología, etc., a las que, de manera genérica y sin ninguna pretensión de rigor científico se va a aludir con la expresión «ciencias de la salud» o «ciencias del comportamiento humano».

Los jueces y tribunales solicitan de manera general la opinión de peritos expertos en estas materias para poder determinar si una persona es imputable, inimputable o si su imputabilidad está disminuida pero, sin embargo, son muchos los estudios doctrinales sobre esta categoría del delito, así como sobre las circunstancias eximentes o atenuantes recogidas en el Código Penal relacionadas con la misma, que no aluden a dichas ciencias, o lo hacen sólo de manera muy somera y poco rigurosa.

Esta manera de proceder no es adecuada, puesto que los juristas poco podemos decir sobre el comportamiento humano, las facultades y capacidades psíquicas de los individuos o sus alteraciones, si no es tomando en consideración las aportaciones y conocimientos de los profesionales expertos en la materia.

Partiendo de este convencimiento, la pretensión de este artículo es revisar el concepto y contenido de la imputabilidad teniendo como punto de referencia las aportaciones y conocimientos actuales de las ciencias antes mencionadas. Esto no quiere decir que haya que trasladar automáticamente al Derecho Penal dichas contribuciones, pero sí que hay que tenerlos en cuenta y valorarlos de manera más adecuada.

La exposición que sigue se va a dividir en dos partes. En un primer momento se va a proponer un concepto de imputabilidad acorde con las exigencias que se acaban de mencionar concretando lo máximo posible cuáles son

[2] Fonseca Morales, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica. Especial referencia a su tratamiento jurisprudencial,* tesis doctoral, Granada, 2007, p. 61. Pueden verse otras definiciones en Fonseca Morales, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal*…, ob. cit., pp. 61 y ss.; Núñez Gaitán, Mª C./López Miguel, Mª J.: «Psicopatología y delincuencia. Implicaciones en el concepto de imputabilidad», *RECPC*, n. 11, 2009, http://criminet.ugr.es/recpc, ob. cit., p. 3; Orts Berenguer, E./González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General,* 3ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 305; Sánchez Yllera, I.: «Artículo 20.1º», en Vives Antón, T. S. (coord.) *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 113.

[3] Así, por ejemplo, en relación con la atenuante del art. 21.2 del Código Penal.

los aspectos relevantes en el análisis de esta categoría del delito y, en un segundo momento, se va a plantear la compatibilidad de dicho concepto con el que se desprende de la regulación penal.

2. LA IMPUTABILIDAD

En este apartado se va a ir configurando paso a paso un concepto de imputabilidad que incorpore los conocimientos actuales de las ciencias de la salud. En primer lugar, se intentará concretar cuál es el fundamento de esta categoría del delito; en segundo lugar se hará referencia a las funciones psíquicas que pueden diferenciarse en la psique humana, así como al denominado proceso volitivo. Finalmente, se integrará todo ello para ofrecer el concepto y contenido de la imputabilidad que se considera más adecuado.

2.1. *La defensa de un indeterminismo limitado en relación con el comportamiento humano. Sus implicaciones en el concepto de imputabilidad*

En esta investigación se entiende que la imputabilidad es uno de los elementos de la culpabilidad[4] de manera que cuál sea el contenido y fundamento de la imputabilidad va a depender, en gran medida, del contenido y fundamento de la culpabilidad, cuestiones estas que han sido y siguen siendo vivamente discutidas en la doctrina.

No es este el momento ni el lugar, por exceder con mucho las dimensiones de este trabajo[5], para hacer un examen exhaustivo de la evolución que

[4] De la misma opinión, entre otros: Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 581; Cuello Contreras, J./Mapelli Caffarena, B: *Curso de Derecho Penal. Parte General,* Tecnos, Madrid, 2011, p. 101; Fonseca Morales, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad…,* ob. cit., p. 40; Melendo Pardos, M: «El delito como conducta reprobable I: La imputabilidad, su exclusión y su graduación», en Gil Gil, A. *et. al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, 2011, p. 568; Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 358. Por el contrario, algunos autores mantienen que se trata de un presupuesto de la culpabilidad: Blanco Lozano, C.*: Tratado de Derecho Penal español. Tomo I. El sistema de la Parte General. Volumen 2. La estructura del delito,* Bosch, Barcelona, 2005, p. 187; Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General. Vol. III. Teoría jurídica del delito/2,* Tecnos, Madrid, 2005, p. 50. Puede verse un recorrido histórico sobre la consideración de la imputabilidad como elemento o presupuesto de la culpabilidad en Fonseca Morales, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal…*, ob. cit., pp. 36 y ss.

[5] Para hacer un análisis de la evolución que han sufrido estos conceptos a lo largo de la historia pueden consultarse, entre otros: López Barja de Quiroga, J.: «Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático», en Martínez Arrieta, A. (dir.): *Psiquiatría Criminal*

han sufrido estas categorías del delito ni de las distintas posturas existentes en la actualidad, pero sí resulta necesario una visión general de los términos en los que se plantea actualmente esta discusión.

Simplificando (quizá en exceso), se puede señalar que, en la actualidad son básicamente dos las teorías, o más bien grupos de teorías, que, en nuestra doctrina, intentan explicar el fundamento de la imputabilidad[6].

---

y comportamientos violentos, Cuadernos de Derecho Judicial, n. 8, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 16 y ss.; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.: «Imputabilidad y fines de la pena. La relación de los efectos psicológicos previstos en el art. 20 y en el art. 60 CP», en PANTOJA GARCÍA, F./BUENO ARÚS, F. (dirs.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Estudios de Derecho Judicial, n. 110, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 267 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Aspectos generales de la imputabilidad», en PANTOJA GARCÍA, F./BUENO ARÚS, F. (dirs.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Estudios de Derecho Judicial, n. 110, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 16 y ss.; GARCÍA GARCÍA, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, pp. 127 y ss.; JOSHI JUBERT, U.: *Anomalía y alteración psíquica en el Código Penal español,* Difusión jurídica, Madrid, 2009, pp. 19 y ss.; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General,* 9ª edición, Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 535 y ss.; PADILLA ALBA, H. R.: «El fundamento de la capacidad de culpabilidad: el art. 20.1º del Código Penal», en CASADO RAIGÓN, R./GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (coords.): *Personalidad y capacidad jurídica,* Vol. 2, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 949 y ss.; EL MISMO: *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de droga*, Comares, Granada, 2001, pp. 81 y ss.; PÉREZ-CURIEL CECCHINI, J.: *Tratamiento penal del drogodependiente. Análisis práctico de las eximentes y atenuantes del Código Penal de 1995,* Forum, Oviedo, 1999, pp. 54 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 401 y ss.; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General,* 6ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 177 y ss.; EL MISMO: *La imputabilidad del consumidor de drogas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 23 y ss.; URRUELA MORA, A.: *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2003, pp. 7 y ss.

[6] A estas dos orientaciones se refieren también, entre otros: CASTELLÓ NICÁS, N.: «Exención y atenuación de la responsabilidad criminal (arts. 20.1º, 20.2º, 21.1ª, 21.2ª)», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.): *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 302 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Aspectos generales de la imputabilidad», ob. cit., pp. 15 y ss.: FONSECA MORALES, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal*…, ob. cit., pp. 40 y ss.; JOSHI JUBERT, U.: *Anomalía y alteración psíquica…,* ob. cit., pp. 34 y 35; LUZÓN PEÑA, D. M.: «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret, 3/2012,* www.indret.com, pp. 8 y ss.; MARTÍN LORENZO, M.: *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 45 y ss.; SANZ MORÁN, A. J.: «Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *et. al.* (eds.): *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 147 y ss.

No obstante, algunos autores se apartan de estas dos líneas principales. A título de ejemplo, podemos citar a: BUSTOS RAMÍREZ, J. J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 437 y ss.; LOS MISMOS: *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 125 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (ed.): *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin,* Bosch, Barcelona, 1997, p. 274; GOMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Teoría de sistemas y Derecho Penal:

En primer lugar, la que podemos denominar «concepción normativa» de la culpabilidad[7] entiende este elemento del delito como un juicio de reproche o de atribución que se hace a un sujeto que lleva a cabo un hecho ilícito cuando podía haber actuado conforme al ordenamiento, es decir, tenía capacidad para haber obrado de otro modo. Esta manera de entender la culpabilidad se fundamenta en el libre albedrío, en el hecho de que las personas, en condiciones «normales», podemos actuar libremente, es decir, podemos decidir hacer una cosa u otra y actuar según lo decidido. Precisamente, es posible llevar a cabo ese reproche en el que consiste la culpabilidad porque pudiendo actuar conforme a derecho en un momento concreto, el sujeto no lo hace y «libremente» decide llevar a cabo el hecho antijurídico[8].

El segundo bloque de teorías pueden agruparse bajo la denominación de «teorías de la motivabilidad». Sus defensores consideran que el libre albedrío no existe o, al menos, es imposible demostrar empíricamente su existencia y menos aún probar que un sujeto en un momento concreto había podido actuar de otra manera, es decir que ha sido libre en relación con el hecho que se le imputa[9]. Siendo esto así, la culpabilidad no puede basarse en algo indemostrable como el libre albedrío.

---

culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho Penal», en Gómez-Jara Díez, C. (ed.): *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 386 y 427; González-rivero, P.: «Imputación jurídico-penal en estado de defecto», en López Barja de Quiroga, J./Zugaldía Espinar, J. M. (coords.): *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset-Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 263 y 264.

[7] Luzón Peña, D. M.: «Libertad,…», ob. cit., p. 8, señala que actualmente este grupo de teorías son las mayoritarias.

[8] Berdugo Gómez de la Torre, I. *et al*.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, p. 320; Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General…*, ob. cit., p. 114; Cobo del Rosal, M./Vives Antón, T.: *Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., p. 535; Landecho Velasco, C. M./Molina Blázquez, C.: *Derecho Penal español. Parte General*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 348; Orts Berenguer, E./González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., p. 301; Zugaldía Espinar, J. M.: «Delitos de acción. La culpabilidad (I)», en Zugaldía Espinar, J. M. (dir.)/Moreno-Torres Herrera, M. R. (coord.): *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 330. Un análisis detenido de la evolución de las concepciones normativas de la culpabilidad puede verse en Melendo Pardos, M.: *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas,* Comares, Granada, 2002.

[9] Son muchos los autores que recurren a la famosa argumentación de ENGISCH según la cual la única forma de comprobar esa posibilidad sería «repetir varias veces las mismas condiciones bajo las que se ha tomado una determinada decisión de voluntad y observar si ésta se repite también en todos los casos. Un experimento así es imposible porque no es posible reproducir con exactitud las mismas condiciones existentes en un momento pasado en cualquier caso, siempre habría un factor distinto: el paso del tiempo determinará en el sujeto de la decisión una acumulación de recuerdos en su mente y una serie de modificacio-

A partir de aquí reinterpretan el concepto de culpabilidad a la luz de las necesidades preventivas; el fin de las normas penales es evitar la comisión de delitos a través de su función motivadora, de manera que un sujeto será culpable si puede ser motivado por los mandatos normativos, si tiene capacidad para ser motivado, centrando el análisis en la motivabilidad, en la accesibilidad del sujeto al mandato normativo[10].

Si, como se ha señalado, la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad, el fundamento de esta última condicionará el fundamento y contenido de la primera. Así, los partidarios de un concepto normativo de culpabilidad consideran que un sujeto es imputable si en el momento de los hechos podía haber evitado la conducta, era libre para actuar de otro modo y, por el contrario, será declarado inimputable si, como consecuencia de algún tipo de afectación en sus facultades psíquicas, no gozaba de dicha libertad, de manera que lleva a cabo el hecho antijurídico sin capacidad para actuar de otro modo, sin capacidad para comprender la ilicitud de lo realizado o para actuar conforme a esa comprensión[11].

Los defensores de las teorías de la motivabilidad, por su parte, configuran la imputabilidad como la capacidad de ser motivado por las normas, considerando inimiputable al sujeto que en el momento de llevar a cabo el hecho ilícito no podía motivarse por las normas, es decir, éstas no podían desplegar sus efectos motivadores sobre él[12].

---

nes en su cuerpo que lo enfrentarían a cada nueva decisión en unas condiciones distintas». Por todos, MIR PUIG, S.: «La imputabilidad en Derecho Penal», en ORTEGA-MONASTERIO, L. *et al.*: *Psicopatología jurídica y forense,* Vol. I, PPU, Barcelona, 1991, p. 157.

[10] Defienden esta postura, entre otros autores: GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, 1979, p. 69; MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 177; MIR PUIG, S.: «La imputabilidad en Derecho Penal», ob. cit., p. 158; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., p. 350; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito,* 2ª ed., Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 295; SANZ MORÁN, A. J.: «Algunas consideraciones...», ob. cit., p. 155; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *La imputabilidad del consumidor de drogas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 73 y 74.

[11] BERDUGO DE LA TORRE, I. *et al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 320; FONSECA MORALES, G. M.: *Exención y atenuación en la responsabilidad criminal…,* ob. cit., pp. 42 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M.: *Genética, Biotecnología y Ciencias Penales*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, p. 417; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: «El Código Penal ante la enfermedad mental y la peligrosidad», *Revista del Poder Judicial*, n. 89, 2009, p. 219.

[12] FONSECA MORALES, G. M.: *Exención y atenuación en la responsabilidad criminal…,* ob. cit., pp. 42 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M.: *Genética*…, ob. cit., p. 417; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: «El Código Penal ante la enfermedad mental y la peligrosidad», ob. cit., p. 219.

Como se ha apuntado, en la base de esta diferencia de opiniones se encuentra la polémica sobre la existencia del libre albedrío y la posibilidad de fundamentar en el mismo la imputabilidad, la culpabilidad y, el última instancia, la responsabilidad penal. ¿Podemos los seres humanos elegir, decidir y actuar en función de lo decidido? O, por el contrario, ¿todas nuestras decisiones y actos se deben únicamente a la interacción de factores internos y externos sin que nuestra voluntad juegue papel alguno? ¿Quizá se puede defender una postura intermedia? Nos encontramos ante la «vieja», aunque todavía no resuelta polémica determinismo-indeterminismo.

En este trabajo se defiende[13] una libertad limitada, un «indeterminismo limitado» en relación con el actuar humano[14]. Es decir, se entiende que el

[13] Un estudio en profundidad de los argumentos sociológicos, científicos y jurídicos que se utilizan en la doctrina para decantarse a favor o en contra de la existencia del libre albedrío excede el objetivo de este artículo. Para un análisis más detenido de los mismos, pueden consultarse, entre otras, las siguientes referencias bibliográficas: CARBONELL MATEU, J. C.: «Sobre la imputabilidad en Derecho Penal español», en AAVV: *La imputabilidad en general en el Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, n. 17, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 14 y ss.*;* DEMETRIO CRESPO, E.: «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal», *InDret, 2/2011,* www.indret.com; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Aspectos generales de la imputabilidad», ob. cit., pp. 20 y 21; FÄH, L. *et al.:* «¿Un nuevo determinismo?», en BUENO ARÚS, F. *et. al.* (dirs.): *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, 2006, pp. 228 y ss.; GARCÍA GARCÍA, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., pp. 162 y ss.; HUERTAS, J. A.: «Las teorías de la motivación desde el ámbito de lo cognitivo y lo social», en PALMERO, F./MARTÍNEZ SÁNCHEZ, F. (coords.): *Motivación y emoción*, Mc Graw Hill, Madrid, 2008, pp. 79 y ss.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, M. P.: «Motivación intrínseca. Competencia, autodeterminación y control», en FERNÁNDEZ ABASCAL, E. G. *et. al.*: *Emoción y motivación. La adaptación humana. Volumen II*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 799 y ss.; JOSHI JUBERT U.: *Anomalía y alteración psíquica...*, ob. cit., pp. 61 y ss.; LANDECHO VELASCO, C. M./MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal español. Parte General*, ob. cit., pp. 350 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M.: «Libertad…», ob. cit., pp. 33 y ss.; MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal:…,* ob. cit., pp. 132 y ss., 411 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *ADPCP*, Tomo LIII, 2000, pp. 227 y ss.; MORALES PRATS, F.: «Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora», en CEREZO MIR, J. *et. al.* (eds.): *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 173 y 174; PÉREZ MANZANO, M.: «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», *InDret, 2/2011,* www.indret.com; PERIS RIERA, J. M.: «Condicionantes genéticas y responsabilidad penal: ¿Hacia un renacimiento de los planteamientos deterministas fundamentadores de la culpabilidad?», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *et. al.* (eds.): *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 94 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M.: «Genética…», ob. cit., pp. 401 y ss.; URRUELA MORA, A.: *Imputabilidad penal…,* ob. cit., pp. 56 y ss.

[14] La misma terminología, «indeterminismo limitado», utiliza también ROMEO CASABONA, C. M.: *Genética*…, ob. cit., p. 411. Algunos autores, en lugar del adjetivo «limitado», re-

comportamiento humano está condicionado por múltiples factores internos y externos pero, a pesar de ello, si las circunstancias en las que se encuentra el sujeto son normales, existe siempre la posibilidad de valorar dichos condicionamientos y decidir en un sentido u otro, es decir, de elegir y de actuar en consecuencia[15]. El comportamiento humano, por lo tanto, no está vinculado de forma inexorable al instinto ni a aconteceres científico-causales, sino que, a pesar de la existencia de factores que inciden en el mismo, el individuo ante una situación concreta, tiene un campo de juego, un marco de libertad en el cual interactúa[16]. Al afirmar que un acto es libre lo que se indica es que la decisión final no es solo consecuencia de dichos factores, sino que el propio sujeto introduce algún factor *ex novo* en él, la decisión última es suya, no está totalmente condicionada de manera causal por dichos factores[17].

---

curren a «relativo» (SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General,* ob. cit., p. 176) o «condicionado» (MANTOVANI, F.: «Libertad, responsabilidad jurídica y genes», en ARROYO ZAPATERO, L. A./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (dirs.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam,* Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha-Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1138).

[15] Se muestran partidarios de la libertad de voluntad, del «poder obrar de otro modo», de la libertad para tomar la decisión de delinquir o abstenerse de ello como esencia de la imputabilidad, entre otros, CARBONELL MATEU, J. C.: «Sobre la imputabilidad en Derecho Penal español», ob. cit., pp. 20 y 21; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Imputabilidad y nuevo Código Penal», en CEREZO MIR, J. *et. al.* (eds.): *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 301; DIÉZ RIPOLLÉS, J. L.: «Aspectos generales de la imputabilidad», ob. cit., p. 22; FÄH, L. *et al.: «*¿Un nuevo determinismo?», ob. cit., p. 236; FONSECA MORALES, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal…,* ob. cit., pp. 77 y 78; GARCÍA GARCÍA, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., p. 132; HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: «La imputabilidad en los sujetos activos de la violencia doméstica y de género (Referencia a la práctica de la prueba pericial-psiquiátrica)», *Revista General de Derecho Penal*, n. 3, 2005. www.iustel.com, p. 33; LUZÓN PEÑA, D. M.: «Libertad,…», ob. cit., pp. 5, 14, 32; PRATS CANUT, J. M.: «La culpabilidad: principio y categoría dogmática», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz,* Aranzadi, Navarra, 2001, p. 638;, QUINTERO OLIVARES G.: *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., p. 427; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General,* ob. cit., p. 179; STAMPA BRAUN, J. M.: «Culpabilidad penal y genoma humano», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (coords.): *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* Tomo I, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset-Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 900; URRUELA MORA, A.: *Imputabilidad penal…,* ob. cit., p. 23.

[16] MORALES PRATS, F.: «Precisiones conceptuales…», ob. cit., p. 174; URRUELA MORA, A.: *Imputabilidad penal…,* ob. cit., p. 71.

[17] A esta libertad se refieren LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ cuando afirman que se trata de una libertad interna libre de coacciones que impidan su ejercicio, considerando que los motivos juegan un papel importante, pero no deciden, porque si no el acto dejaría de ser libre. En *Derecho Penal español. Parte General*, ob. cit., pp. 354 y 355.

Partiendo de la definición de imputabilidad ofrecida al inicio de este artículo, podemos completarla señalando que es aquella categoría dogmática mediante la cual se establecen las condiciones que debe tener un sujeto para poder afirmar que en el momento de los hechos podía haber actuado de otro modo, era libre para actuar conforme a derecho pero libremente, voluntariamente decidió vulnerar y vulneró una norma penal. Por el contrario, un individuo será inimputable si no pudo evitar el hecho antijurídico, si no era libre para llevar a cabo un hecho distinto del ilícito realizado.

Pero esta definición no es suficiente, todavía hay que profundizar más en el concepto de imputabilidad porque, ¿a qué «condiciones» se refiere esta categoría del delito? ¿qué tipo de «condiciones» son las que deben ser analizadas? Para responder a esta pregunta es necesario dar algunos pasos más.

2.2. *Las funciones psíquicas y el proceso volitivo*

En este apartado se va a hacer referencia a las funciones psíquicas que pueden diferenciarse en la psique humana, así como al denominado «proceso volitivo» . Aunque puede parecer un extraño paréntesis en la exposición, el lector va a «descubrir» enseguida la importancia de este epígrafe y su relevancia a la hora de configurar el contenido de la imputabilidad.

2.2.1. Las funciones psíquicas

Para desarrollar este epígrafe vamos a «asomarnos» al mundo de las ciencias de la salud y, en concreto, a la Psicopatología[18] que estudia los signos y síntomas de la enfermedad mental, de los trastornos mentales, siendo la base fundamental sobre la que asentar posteriormente una categoría diagnóstica o una acción terapéutica. Esta ciencia, para llevar a cabo este estudio, diferencia y analiza separadamente las funciones psíquicas del ser humano y establece una serie de reglas y de conceptos generales sobre ellas[19].

Como señala Oros muruzabal, «la actividad psíquica es un todo, complejo pero unitario e indivisible en partes», por eso, «en verdadero rigor

[18] Algunos autores consideran que es parte de la Psicología (Gisbert Grifo, M. S. *et al.*: *Glosario de Psiquiatría Forense para médicos y juristas*, Masson, Barcelona, 1995, p. 167), otros parte de la Psiquiatría (Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado de Psiquiatría legal y forense,* 4ª ed., La Ley-Actualidad, Madrid, 2010, p. 91) y otros una ciencia en sí misma (Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañín, J. C: *Psiquiatría y Derecho: dos ciencias obligadas a entenderse. Manual de Psiquiatría Forense*, Cauce Editorial, Madrid, 1997, p. 119.).

[19] Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañín, J. C: *Psiquiatría y Derecho:…*, ob. cit., p. 119; García-Pablos de Molina, A.: *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 715; Gisbert Grifo, M. S. *et al.*: *Glosario de Psiquiatría Forense…*, ob. cit., p. 167.

científico no deberíamos dividirla, fragmentarla», porque al hacerlo «la desnaturalizamos». A pesar de ello, como indica este autor, estas divisiones y fragmentaciones se llevan a cabo por necesidades didácticas y de investigación aunque nunca se puede perder de vista que todos los procesos psíquicos están íntimamente unidos entre sí[20].

Teniendo en cuenta esta advertencia y tomando como referencia las aportaciones de la Psicopatología, se suele hacer, siguiendo un orden alfabético, la siguiente enumeración de funciones y capacidades psíquicas: la afectividad, la atención, la conciencia, la inteligencia, la memoria, el pensamiento, la percepción y la voluntad.[21]

A continuación se va a hacer una breve referencia a estas funciones cuya principal finalidad es que el lector repare en la estrecha vinculación existente entre todas ellas de modo que la alteración de una puede afectar seriamente a otra u otras[22].

---

[20] Oros Muruzabal, M.: «La voluntad», *Revista Española de Medicina Legal*, n. 70-71, enero-junio, 1992, p. 107.

[21] La mayoría de los autores consultados, si bien con algunas variaciones, siguen esta clasificación. En este sentido, pueden consultarse las referencias bibliográficas incluidas en las notas a pie de este apartado.

[22] Para profundizar en el estudio de cuáles son las alteraciones de cada una de las funciones puede consultarse, entre otros: Fuertes Rocañín, J. C./Cabrera Forneiro, J.: *La salud Mental en los Tribunales. Manual de Psiquiatría Forense y Deontología Profesional*, 2ª ed., ARÁN, Madrid, 2007, pp. 100 y ss.; Carrasco Gómez, J. J./Maza martín, J. M.: *Tratado...,* ob. cit., pp. 97 y ss.; Eguíluz Uruchurtu, I. *et al.*: «Psicopatología de la memoria», en Eguíluz Uruchurtu, I./Segarra Echebarría, R. (dirs.): *Introducción a la Psicopatología*, Ars Medica, Barcelona, 2005, pp. 55 y ss.; García Blázquez, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código Penal de 1995 (un análisis médico-legal del art. 20.1 y 20.2)*, Comares, Granada, 1997, 79 y ss.; Gisbert Grifo, M. S. *et al: Glosario de Psiquiatría Forense*…, ob. cit., p. 64; Guadilla Fernández, M. L. *et al*.: «Psicopatología de la percepción», en Eguíluz Uruchurtu, I./Segarra Echebarría, R. (dirs.): *Introducción a la Psicopatología*, Ars Medica, Barcelona, 2005, pp. 89 y ss.; Higueras Aranda, A. *et al.:* «Trastornos formales y del control del pensamiento», en Eguíluz Uruchurtu, I./Segarra Echebarría, R. (dirs.): *Introducción a la Psicopatología,* Ars Medica, Barcelona, 2005, pp. 144 y ss.; Marcó Ribé, J./Martí Tusquets, J. L.: *Psiquiatría Forense*, 2ª ed., ESPAXS, Barcelona, 2002, pp. 84 y ss.; Muñoz Domínguez, P. *et. al.*: «Psicopatología de la conciencia», en Eguíluz Uruchurtu, I./Segarra Echebarría, R. (dirs.): *Introducción a la Psicopatología*, Ars Medica, Barcelona, 2005, pp. 17 y ss.; Ojeda del Pozo, N. *et al*.: «Psicopatología de la atención», en Eguíluz Uruchurtu, I./Segarra Echebarría, R. (dirs.): *Introducción a la Psicopatología*, Ars Medica, Barcelona, 2005, pp. 76 y ss.; Portero Lazcano, G.: «La voluntad y la actividad volitiva», en Eguíluz Uruchurtu, I./Segarra Echebarría, R. (dirs.): *Introducción a la Psicopatología*, Ars Medica, Barcelona, 2005, pp. 489 y ss.; Sánchez Gómez, P. *et al*.: «Trastornos del contenido del pensamiento», en Eguíluz Uruchurtu, I./Segarra Echebarría, R. (dirs.): *Introducción a la Psicopatología*, Ars Medica, Barcelona, 2005, pp. 108 y ss.; Segarra Echebarría, R. *et al*.: «Psicopatología de la afectividad», en Eguíluz Uruchurtu, I./Segarra Echebarría, R. (dirs.): *Introducción a la Psicopatología*, Ars Medica, Barcelona, 2005, pp. 186 y ss.

a) La afectividad

La afectividad o vida afectiva es el conjunto de sentimientos, emociones, deseos, pasiones y estados de ánimo (o humor) que impregnan los actos humanos, que les dan vida y color, que inciden en nuestra forma de pensar, de comportarnos, de relacionarnos con los demás, de disfrutar, de sufrir, de amar, de odiar, de respetar, de sentir como agradable o desagradable una experiencia, etc[23].

b) La atención

La atención puede definirse como una actividad direccional sobre la que se sustentan los procesos cognitivos más complejos (conciencia, percepción, memoria,…), lo que implica que una perturbación de la primera tendrá como consecuencia alteraciones en los segundos. La atención, a su vez, suele estar modulada por los procesos emocionales y afectivos por lo que si estos últimos están alterados, también podrá verse afectada[24].

c) La conciencia

La conciencia es la función psíquica mediante la cual la persona está despierta, lúcida, vigilante, alerta, se da cuenta de las cosas que ocurren a su alrededor y las integra; asimismo, permite analizar, guardar y almacenar datos y vivencias que luego podrán ser recordados. Algunos autores la definen como la «capacidad de percibir y conocer», la «capacidad de comprender y utilizar esta información de manera eficaz»[25] y, por su complejidad, está vinculada con prácticamente todas las demás funciones psíquicas, aunque, de manera especial, con la atención y la orientación[26].

d) La inteligencia

Carrasco Gómez/Maza Martín definen la inteligencia como una función compleja gracias a la cual somos capaces de conocer e identificar cosas y personas, percibir estructuras y símbolos, anticipar las consecuencias de

[23] Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...,* ob. cit., p. 116; García García, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., p. 185; Segarra Echebarría, R. *et al.:* «Psicopatología de la afectividad», ob. cit., p. 167.

[24] Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañín, J. C: *Psiquiatría y Derecho:…*, ob. cit., p. 135; Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., p. 100; García Blázquez, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad….*, ob. cit., pp. 48 y ss.; Ojeda del Pozo, N. *et al.* : «Psicopatología de la atención», ob. cit., pp. 67 y 69.

[25] Marcó Ribé, J./Martí Tusquets, J. L.: *Psiquiatría Forense,* ob. cit., p. 83. Pueden verse más definiciones en Muñoz Domínguez, P. *et al.: «*Psicopatología de la conciencia», ob. cit., pp. 13 y 14.

[26] Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...,* ob. cit., p. 97; Marcó Ribé, J./Martí Tusquets, J. L.: *Psiquiatría Forense*, ob. cit., p. 87; Muñoz Domínguez, P. *et al.* : «Psicopatología de la conciencia», ob. cit., pp. 13 y 17.

una acción, recordar experiencias, organizar nuestra vida, relacionarnos con los demás, adaptarnos a situaciones nuevas, y todo ello de tal manera que sea considerado por el entorno como adecuado. La complejidad de esta función involucra a otras como la atención, la percepción, la memoria y el pensamiento[27].

Es frecuente entre los no expertos en esta materia, pretender reducir la inteligencia al clásico cociente intelectual (CI) y concluir que los sujetos que no alcanzan una cifra concreta sufren algún trastorno de dicha función, de mayor intensidad cuanto más bajo sea dicho cociente. Esta simplificación es duramente criticada por los profesionales puesto que no se corresponde con el significado y contenido de una función tan compleja como es la inteligencia[28].

e) La memoria

Esta función psíquica no consiste únicamente en la capacidad de almacenar experiencias personales en el cerebro; la memoria permite actualizar vivencias anteriores, recordarlas, hacerlas llegar y presentarlas de nuevo en la conciencia, así como grabar y fijar vivencias nuevas. Se trata de un proceso, un fenómeno complejo, que presupone una capacidad atencional por parte del sujeto, posteriormente es necesaria una fase de adquisición de la información a través de las vías sensoriales; el siguiente paso es la codificación de la información y la fase final, la recuperación o acceso a la información almacenada para hacerla consciente y, en su caso, utilizarla.

---

[27] Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., pp. 129. Otras definiciones similares pueden verse en Balsa Vidal, H./Fernández Modamio, M.: «Inteligencia», en Eguíluz Uruchurtu, I./Segarra Echebarría, R. (dirs.): *Introducción a la Psicopatología*, Ars Medica, Barcelona, 2005, pp. 257 y 280; Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañín, J. C: *Psiquiatría y Derecho:…*, ob. cit., p. 119; Gisbert Grifo, M. S. *et al.: Glosario de Psiquiatría Forense…*, ob. cit., p. 121; Marcó Ribé, J./Martí Tusquets, J. L.: *Psiquiatría Forense*, ob. cit., p. 102.

[28] Dentro de esta función psíquica se distingue un factor general o global de inteligencia (factor G) y las inteligencias «específicas» o «sectoriales» como la inteligencia matemática, técnica, científica, literaria, analítica, creativa, manual, abstracta, memorística, verbal, numérica, lógica, etc. El valor del cociente intelectual por sí solo es insuficiente para valorar esta función psíquica, siendo preciso tener en cuenta, además, el estudio global de la personalidad, la curva y desarrollo biográfico, adaptación e integración sociales, capacidad de autonomía, etc. Un trastorno de la inteligencia no es sólo un cociente intelectual por debajo de unas cifras, es un déficit de la cognición, del conocimiento, de la comprensión, de la capacidad de juicio crítico, del juicio razonador y lógico, un déficit para asociar experiencias, para formar o adaptarse a situaciones nuevas, para resolver problemas, para crear. Balsa Vidal, H./Fernández Modamio, M.: «Inteligencia», ob. cit., p. 257; Carrasco Gómez, J. J/Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., p. 129; García Blázquez, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad…,* ob. cit., pp. 59 y 60; Gisbert Grifo, M.S. *et al.: Glosario de Psiquiatría Forense…*, ob. cit., p. 121.

Algunos autores distinguen varios tipos de memoria como la verbal, visual, espacial, emocional, memoria de trabajo, memoria a corto plazo o la memoria a largo plazo y señalan que esta función psíquica está estrechamente vinculada con otras como el nivel de conciencia, el estado afectivo o la atención[29].

f) El pensamiento

El pensamiento permite la formación de conceptos, la resolución de problemas, la creación de ideas y juicios, así como relacionar ideas, razonar, integrar y organizar las sensaciones, percepciones, recuerdos y experiencias. A pesar de que el pensamiento implica la participación de prácticamente todas las funciones psíquicas, no se reduce a estas, puesto que se trata de un proceso mental de alto nivel que, si bien se asienta en procesos básicos, incluye elementos adicionales, como estrategias y reglas[30].

g) La percepción

La percepción[31] no se reduce a una simple recogida sensorial de información y a su posterior acumulación, puesto que, además de esas fases, debe existir un posterior reconocimiento y elaboración de las sensaciones, proceso este en el que interviene el conjunto de funciones mentales. Las personas no somos meros receptores de información, sino que asumimos una participación activa al seleccionar, clasificar y configurar la información objetiva que recibimos; no se trata de efectuar una lectura pasiva del mundo circundante, sino de construirlo.

Por lo tanto, la percepción no está ligada exclusivamente a los sentidos, sino que también influyen otras funciones psíquicas como la memoria, el estado afectivo o el estado de ánimo, pero, además de estas influencias que podemos llamar personales, también hay que tener presentes las influencias socioculturales (educación, contexto cultural, religión,...) que pueden modificar este proceso[32].

---

[29] Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañín, J. C: *Psiquiatría y Derecho:…*, ob. cit., p. 127; Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...,* ob. cit., p. 101; Eguíluz Uruchurtu, I. *et al*.: «Psicopatología de la memoria», ob. cit., pp. 45 y ss.; Marcó Ribé, J./Martí Tusquets, J. L.: *Psiquiatría Forense,* ob. cit., p. 100.

[30] Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañín, J. C: *Psiquiatría y Derecho:…,* ob. cit., p. 123; Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., p. 105; Gisbert Grifo, M. S. *et al. Glosario de Psiquiatría Forense…*, ob. cit., p. 157; Higueras Aranda, A. *et al.*: «Trastornos formales… », ob. cit., p. 141; Marcó Ribé, J./Martí Tusquets, J. L.: *Psiquiatría Forense*, ob. cit., p. 92; Sánchez Gómez, P. *et al.* : «Trastornos del contenido del pensamiento», ob. cit., pp. 105 y 106.

[31] Marcó Ribé, J../Martí Tusquets, J. L.: *Psiquiatría Forense,* ob. cit., p. 97, consideran más preciso decir «sensopercepción».

[32] Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañín, J. C: *Psiquiatría y Derecho:...*, ob. cit., p. 136; Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., p. 113; Guadilla Fernández, M. L. *et al*: «Psicopatología de la percepción», ob. cit., pp. 83 y ss..

h) La voluntad

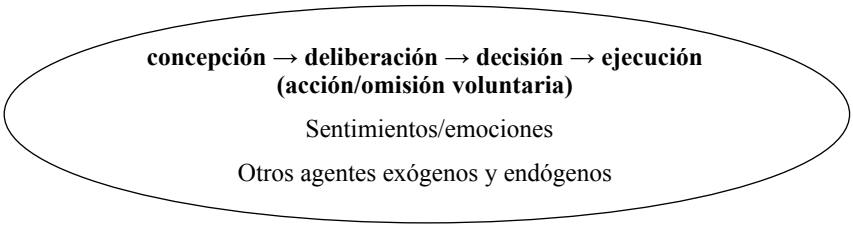
Por último, la voluntad se puede definir como la capacidad de «elegir y decidir entre caminos distintos y de actuar según la elección tomada», la capacidad de reflexionar o decidir, de elegir, de optar, de admitir o rechazar, en definitiva, de hacer posible que una idea o un deseo, se transforme en un acto voluntario[33].

En el siguiente apartado, dedicado al llamado «proceso volitivo» se volverá a hacer referencia a esta función psíquica con el objetivo de matizar los distintos significados que suele darse a la misma.

2.2.2. El proceso volitivo

Partiendo del contenido de la voluntad visto en las líneas anteriores, señalan algunos autores que se denomina «acto volitivo o voluntario» a aquel que surge como reacción a una decisión consciente, reflexiva y con sentido; la expresión del acto voluntario, afirman, es la expresión de la libertad[34].

Este acto volitivo o voluntario es la culminación del llamado «proceso volitivo», proceso por medio del cual percibimos, deliberamos, decidimos y, finalmente, llevamos a cabo lo decidido. En este proceso, por tanto, se suceden una serie de fases que, de manera muy gráfica, representa Portero Lazcano con el siguiente esquema[35]:



[33] Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., pp. 120 y 121; Gisbert Grifo, M. S. *et al.: Glosario de Psiquiatría Forense…*, ob. cit., p. 200; Oros Muruzabal, M.: «La voluntad», ob. cit., p. 109; Portero Lazcano, G.: «La voluntad y la actividad volitiva», ob. cit., p. 474.

[34] Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., pp. 120 y 121; Gisbert Grifo, M. S. *et al.: Glosario de Psiquiatría Forense…*, ob. cit., p. 200; Oros Muruzabal, M.: «La voluntad», ob. cit., p. 109.

[35] Portero Lazcano, G.: «La voluntad y la actividad volitiva», ob. cit., p. 491. Hacen una exposición similar: Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañin, J. C: *Psiquiatría y Derecho:...*, ob. cit., p. 130; Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., p. 121; Esbec Rodríguez, E./Delgado Bueno, S.: «Imputabilidad: concepto y perspectivas. La imputabilidad de los trastornos mentales», en Delgado Bueno, S. (dir.): *Psiquiatría Legal y Forense,* Vol. I, Colex, Madrid, 1994, p. 330; Gisbert Grifo, M. S. *et al.: Glosario de Psiquiatría Forense…*, ob. cit., p. 200; Oros Muruzabal, M.: «La voluntad», ob. cit., pp. 110 y ss.

En estas fases intervienen, como no podía ser de otra manera, las funciones psíquicas mencionadas en el apartado anterior, de modo que, para que dichas fases transcurran en condiciones de normalidad y pueda decirse que el acto que resulta de ellas es un acto libre, estas funciones no deben estar alteradas[36].

Debe reparar el lector en que, tal y como refleja el gráfico, los sentimientos y las emociones, es decir, la afectividad está presente en todo el proceso y tienen un papel facilitador o perturbador del mismo. Asimismo, se pone de relieve la existencia de circunstancias y agentes exógenos y endógenos que también afectan y condicionan dicho proceso[37].

En el apartado anterior se ha señalado que la voluntad se puede definir como la capacidad de «elegir y decidir entre caminos distintos y de actuar según la elección tomada». Así definida, parece difícil diferenciar esta función psíquica del proceso volitivo, tal y como se acaba de configurar.

La dificultad que se plantea al referirse a la «voluntad» es que, la mayoría de las veces, se utiliza como sinónimo de «proceso volitivo», integrando, por tanto, las demás funciones psíquicas, de manera que la alteración de cualquiera de ellas provocará, indirectamente, la de la voluntad. Pero el vocablo «voluntad» también puede utilizarse para referirse a una función psíquica diferente y separada de las demás, identificándola con el control de los impulsos y la capacidad de inhibición, es decir, con la última fase del proceso volitivo, la ejecución.

2.3. *Las «condiciones» objeto de análisis en la imputabilidad*

Al comienzo de este artículo se indicó que, en una primera aproximación, la imputabilidad puede definirse como «aquella categoría dogmática mediante la cual se establecen las condiciones que debe tener un sujeto para que le sea atribuible penalmente el hecho antijurídico que ha realizado». A esta

[36] Para profundizar en el análisis de estas fases pueden consultarse, entre otras, las siguientes referencias bibliográficas: Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañín, J. C: *Psiquiatría y Derecho:...*, ob. cit., p. 130; Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., p. 121; Esbec Rodríguez, E./Delgado Bueno, S.: «Imputabilidad: concepto y perspectivas...», ob. cit., p. 330; García Blázquez, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad…*, ob. cit., 69 y ss.; Gisbert Grifo, M. S. *et al.: Glosario de Psiquiatría Forense…*, ob. cit., p. 200; Labrador Encinas, F. J.: «El control de las conductas humanas. Por qué funcionan las conductas», en Labrador Encinas, F. J. (dir.): *Aportaciones de la psicología al ámbito jurídico,* Cuadernos de Derecho Judicial, n. 19, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 28 y ss.; Oros Muruzabal, M.: «La voluntad», ob. cit., pp. 109 y ss.; Portero Lazcano, G.: «La voluntad y la actividad volitiva», ob. cit., p. 473 y ss.

[37] García Blázquez, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad…,* ob. cit., pp. 69 y ss.; Oros Muruzabal, M.: «La voluntad», ob. cit., p. 109; Portero Lazcano, G.: «La voluntad y la actividad volitiva», ob. cit., pp. 475 y 491.

definición inicial hemos añadido que dicha atribución se fundamenta en que el sujeto pudo actuar de modo distinto a como lo hizo, es decir, era libre (relativamente) para actuar conforme a derecho, pero libremente, voluntariamente decidió vulnerar y vulneró una norma penal.

Como ya se ha señalado, la libertad que fundamenta la imputabilidad es una libertad limitada (en mayor o menor medida, dependiendo de cada persona y circunstancias concretas), por múltiples factores endógenos y exógenos que concurren en el momento de tomar una decisión o llevar a cabo una conducta, como pueden ser la herencia genética, el entorno, la edad, experiencias previas, etc.[38] Es decir, cuando afirmamos que un sujeto imputable ha actuado de manera libre, estamos diciendo que la decisión no es exclusivamente el resultado de leyes causales, sino que, en última instancia, es fruto de su voluntad. Pero, no podemos olvidar que también estamos afirmando que la libertad es limitada y, por tanto, que el sujeto ha estado condicionado por factores internos y externos y estos, en su caso, han podido influir en la decisión de llevar a cabo un hecho ilícito y en su posterior ejecución[39]. Por el contrario, si el sujeto es declarado inimputable, lo que estamos manifestando es que su decisión y/o actuación no ha sido el resultado de una voluntad libre, sino de la concurrencia de uno o varios factores que han eliminado su capacidad de autodeterminación.

En ambos casos, tanto en el supuesto de los imputables como de los inimputables se afirma la existencia de factores que condicionan la libertad de decisión y actuación. Entonces, ¿por qué unos son tan relevantes como para eliminar la imputabilidad y otros, a pesar de estar presentes, no afectan a este elemento del delito? Para responder a esta pregunta es necesario establecer un criterio que permita determinar qué factores, requisitos y condiciones hay que analizar en la imputabilidad y cuáles se considera que no afectan a la misma, a pesar de restar libertad al acto volitivo.

Como recordará el lector, en páginas precedentes se ha hecho referencia al proceso volitivo, proceso que culmina con un acto libre o voluntario, y en el cual se suceden distintas fases en las que intervienen las funciones psíquicas ya conocidas así como otros factores endógenos y exógenos.

---

[38] López Barja de Quiroga, J.: «Aproximación a la culpabilidad.... », ob. cit., p. 55; García García, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., p. 162; Joshi Jubert, U.: *Anomalía y alteración psíquica…,* ob. cit., pp. 62 y 95; Mantovani, F.: «Libertad,... », ob. cit., p. 1139; Suárez-Mira Rodríguez, C. (coord.): *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General,* ob. cit., p. 176; Urruela Mora, A.: *Imputabilidad penal…,* ob. cit., p. 71.

[39] Vencer dichos condicionantes y adoptar una decisión conforme al ordenamiento jurídico puede ser más o menos difícil dependiendo del caso concreto. Castelló Nicás, N.: «Exención y atenuación…», ob. cit., p. 306; la misma: «Artículo 20.1», en Cobo del Rosal, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, EDERSA, 1999, p. 122; la misma: *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Comares, Granada, 1997, p. 67.

Pues bien, la libertad que interesa en el análisis de la imputabilidad se refiere a la libertad (limitada) de decisión (o elección) y de ejecución, si bien, tomando como referencia el proceso volitivo, parece evidente que, para que estas fases sean libres, las anteriores, es decir, la fase de concepción y deliberación, también deben serlo. Por ese motivo el objeto de análisis en la imputabilidad debe ser la libertad del proceso volitivo concreto que ha tenido como resultado el hecho ilícito que se pretende imputar a un individuo, el proceso en sí mismo considerado, su estructura, el desarrollo adecuado de sus fases[40].

Una vez limitado el objeto del análisis de la imputabilidad a la estructura del proceso volitivo, hay que concretar cuáles son los componentes de dicha estructura, es decir, cómo se determina si la misma está alterada o no, cuáles son los parámetros a valorar.

La tesis que se sostiene en este trabajo es que los requisitos y condiciones que hay que analizar en la imputabilidad son las funciones psíquicas que intervienen en el proceso volitivo y que, como sabemos son, la afectividad, la atención, la conciencia, la inteligencia, la memoria, el pensamiento, la percepción y la voluntad. Todas ellas intervienen en dicho proceso, en una o varias fases, por lo que la alteración de cualquiera de ellas puede afectar a la estructura del mismo y, consecuentemente, a la imputabilidad[41]. Por el contrario, si el funcionamiento de las capacidades o funciones psíquicas intervinientes en el proceso volitivo es correcto, la estructura de dicho proceso no habrá sufrido alteraciones y, por lo tanto, podrá afirmarse que las fases del mismo se han sucedido de forma adecuada dando lugar a una decisión y a un acto voluntario y libre.

Si las funciones psíquicas están en perfectas condiciones, el individuo ha podido percibir adecuadamente su entorno y los estímulos, tanto endógenos como exógenos, existentes. Posteriormente, ante la duda de si llevar a cabo o no el hecho delictivo, ha podido deliberar en libertad, es decir, valorando de forma adecuada el significado del acto pretendido, los pros y contras de su decisión, las posibilidades de éxito, de fracaso, etc. En un momento ulterior este sujeto ha sido capaz de decidir en libertad sobre el acto a realizar, es decir, aunque hayan existido razones o motivos que le hayan hecho inclinarse más por una u otra opción, en lo que aquí interesa, por llevar a cabo o no el hecho ilícito, ha podido no realizarlo. Y, finalmente, si la decisión era no realizar el hecho ilícito le ha sido posible inhibir la conducta ilícita, aunque, en última instancia, no lo haya hecho.

---

[40] En sentido parecido, Díez Ripollés, J. L.: «Aspectos generales de la imputabilidad», ob. cit., pp. 23 y ss.; Martínez Garay, L.: *La imputabilidad penal:…,* ob. cit., pp. 249 y ss.

[41] En el mismo sentido Martínez GAray, L.: *La imputabilidad penal:…,* ob. cit., pp. 350 y ss

Solo si estas facultades psíquicas funcionan adecuadamente podremos concluir que la estructura del proceso volitivo que ha tenido como resultado el hecho ilícito objeto de enjuiciamiento no se ha visto alterada y, por lo tanto, el proceso volitivo así como dicho hecho ilícito, podrán calificarse de voluntarios o libres. Consecuentemente, el hecho ilícito puede serle imputado a su autor puesto que ha podido decidir libremente no llevarlo a cabo e inhibir su comisión. Lo importante no es lo que finalmente el sujeto haya decidido o realizado (el hecho ilícito), lo verdaderamente relevante es que las fases del proceso volitivo se han dado en condiciones de normalidad, sin alteraciones en las funciones psíquicas intervinientes en las mismas.

Por el contrario, si hay alguna alteración en las mencionadas funciones, la decisión no será «libre», puesto que el sujeto no ha podido percibir adecuadamente la realidad o llevar a cabo una deliberación libre, o bien no ha podido decidir en sentido contrario a la realización del hecho ilícito o inhibir la conducta que se ha decidido no realizar.

En conclusión, considero que los factores, requisitos o condiciones relevantes para el juicio de imputabilidad hacen referencia al estado de las funciones psíquicas que intervienen en el proceso volitivo en sí mismo considerado, en su estructura, es decir, a la presencia o no de alteraciones en la afectividad, la atención, la conciencia, la inteligencia, la memoria, el pensamiento, la percepción y la voluntad.

2.4. *Especial referencia a los factores socioculturales*

No suele ponerse en duda que la imputabilidad es una categoría del delito en la cual el objeto de análisis es la situación específica en la que se encuentra el sujeto concreto que ha llevado a cabo un hecho ilícito determinado; se trata de un juicio individualizado sobre dicha situación[42]. Podría parecer que la tesis aquí propuesta no respeta esta necesidad de individualización pues, como he afirmado, se reconoce que hay factores endógenos y exógenos que influyen en el individuo distintos de las funciones psíquicas que intervienen en el proceso volitivo, pero que no van a ser tenidos en cuenta en el análisis de esta categoría del delito. Es decir, habrá supuestos en los cuáles se acepte que el proceso volitivo que ha tenido como resultado la realización de un hecho ilícito ha estado condicionado por la presencia de circunstancias ajenas al estado de las funciones psíquicas del sujeto (por ejemplo, una situación económica precaria, carencias en el proceso educativo,…) y, sin embargo, ello no tenga ninguna repercusión en la imputabilidad, declarando al sujeto plenamente imputable, lo que parece contradecir la configuración de la imputabilidad como un juicio individualizado.

[42] Por todos, Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., pp. 539 y ss.

Sin perjuicio de que algunos de esos factores pueden ser tenidos en cuenta en otros elementos del delito, acepto que esta es una de las críticas que puede hacerse a la solución aquí propuesta.

En este sentido, un sector doctrinal considera que el juicio de imputabilidad no puede ignorar la existencia de factores socioculturales que condicionan nuestro comportamiento y, en lo que aquí interesa, la libertad del proceso volitivo, de modo que estos factores deben ser tenidos en cuenta, junto al estado de las funciones psíquicas del individuo, en el análisis de la imputabilidad si queremos que sea un juicio realmente individualizador que contemple la situación concreta en la que se encontraba el sujeto en el momento de llevar a cabo el hecho ilícito[43].

Entre estos factores se menciona la cultura a la que pertenece el sujeto, su educación, formación, profesión, situación económica, situación familiar, también aspectos como la emigración, el desconocimiento del idioma, la falta de integración social, el abandono juvenil, la inadaptación, la marginación, alteraciones en el proceso de socialización e incluso algunos autores consideran relevante la situación económica y el régimen político del país en el que está el individuo[44].

Estoy de acuerdo con la afirmación de que en el proceso volitivo intervienen múltiples factores endógenos y exógenos, entre ellos los socioculturales, que van a condicionar la libertad de dicho proceso pero, como ya he señalado, considero que no tienen que ser objeto de análisis en la imputabilidad, puesto que en este elemento del delito solo nos interesa el estado en el que se encuentran las funciones psíquicas que intervienen en el proceso volitivo. Si los factores socioculturales tienen reflejo en una alteración de dichas funciones, podrán influir en la imputabilidad de manera indirecta[45]; de otro modo, solo repercutirán en la responsabilidad penal del sujeto si pueden dar lugar a

[43] Díez Ripollés, J. L.: *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 2ª edición, B de F, Buenos Aires, 2007, p. 294; García Blázquez, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad…,* ob. cit., pp. 42 y ss.; Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 362; Naquira Riveros, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto y contexto situacional normal: de su objeto, contenido y relación», *CPC*, n. 55, 1995, p. 144; Suárez-Mira Rodríguez, C.: *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 79 y 97.

[44] García Blázquez, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad…*, ob. cit., pp. 42 y 43; Martínez Arrieta, A.: «Tratamiento penal de las circunstancias que reflejan una menor culpabilidad. Especial referencia a la alteración de la percepción», en Martínez Arrieta, A. (dir.): *Psiquiatría Criminal y comportamientos violentos*, Cuadernos de Derecho Judicial, n. 8, CGPJ, Madrid, 2005, p. 321; Muñoz conde, F./García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., p. 369; Naquira Riveros, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., p. 142; Padilla Alba, H. R.: «El fundamento de la capacidad de culpabilidad…», ob. cit., p. 956; el mismo: *Exención y atenuación…*, ob. cit., p. 104.

[45] En el mismo sentido, Martínez Garay, L.: *La imputabilidad penal:...,* ob. cit., p. 353.

la aplicación de alguna exención o disminución de la responsabilidad penal cuyo fundamento sea la afectación a otro elemento del delito[46], elemento que, generalmente, se ha identificado con la exigibilidad de conducta distinta[47].

La contemplación de estos factores, como señala MARTÍNEZ GARAY, obedece al «comprensible designio de realizar un juicio de culpabilidad lo más individualizado posible»[48], pero da paso a la posibilidad de que se generen situaciones de desigualdad e inseguridad[49] en la determinación de un elemento, la imputabilidad, ya de por sí difícil de estimar[50], puesto que sería prácticamente imposible hacer un catálogo cerrado de los factores socioculturales que deben ser analizados. A esta dificultad hay que añadir la que supondría determinar hasta qué punto las carencias que el sujeto tiene en el ámbito sociocultural son responsabilidad de la sociedad, del Estado o han sido, en todo o en parte, responsabilidad suya, consecuencia de decisiones y opciones libres que ha ido tomando a lo largo de su vida.

Una decisión concreta depende de tantos factores que «cae fuera de las posibilidades humanas abarcarlos, averiguar cómo han actuado en el caso concreto» [51] y, de hecho habrá factores y motivos que no consten en absoluto porque están ocultos «incluso para el propio sujeto»[52]. Es decir, una total individualización resulta, en la práctica, poco menos que imposible.

La propuesta aquí defendida, si bien no garantiza una total individualización de la situación en la que se encontraba el sujeto, sí garantiza la seguridad

[46] De la misma opinión MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal:...,* ob. cit., pp. 349 y ss. OBREGÓN GARCÍA propone considerar a estos factores elementos anteriores, posteriores o simultáneos al delito, pero sin formar parte de él, si bien, en tanto se reflejan e influyen en la infracción, contribuyen a graduar la responsabilidad, lo que, en su opinión, podría dar lugar a la aplicación de una atenuante. En *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, Madrid, Dykinson, 1998, p. 214.

[47] Aunque quizás sea este el tratamiento más adecuado, sería necesario un análisis detenido de este elemento del delito (exigibilidad de conducta distinta), análisis que excede los objetivos del presente artículo.

[48] Reconoce esta autora que es «una meta a la que tender, pero que por la propia esencia del concepto de culpabilidad jurídica nunca puede ser alcanzada completamente», luego, algunos factores necesariamente tendrán que ser dejados siempre fuera de consideración. MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal:...,* ob. cit., pp. 353 y 354.

[49] CABRERA FORNEIRO, J./FUERTES ROCAÑÍN, J. C.: *Psiquiatría y Derecho:...*, ob. cit., p. 155.

[50] MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal:...,* ob. cit., p. 350.

[51] GIMBERNAT ORDEIG, E.: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 144. También MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal:...,* ob. cit., p. 378, considera que una absoluta individualización es imposible.

[52] MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal:...,* ob. cit., p. 382.

jurídica, puesto que ofrece un catálogo cerrado y bien definido de los aspectos a analizar siempre y en todo caso en la imputabilidad. Ahora bien, lo que sí será necesario para que este criterio cumpla sus propósitos es la realización de una pericia completa y exhaustiva sobre las funciones psíquicas del sujeto en relación con el proceso volitivo concreto de que se trate, no bastando con un análisis general y superficial de las mismas.

Ello no obsta para que el informe que, en su caso, elabore el perito sí pueda contener referencias a otro tipo de factores exógenos y endógenos (entre ellos los socioculturales) que, de un modo u otro, hayan podido influir en el proceso volitivo que ha tenido como resultado el hecho ilícito objeto de enjuiciamiento. Estos podrán ser tenidos en cuenta y valorados por el órgano judicial competente para aplicar algún tipo de exención o circunstancia modificativa de la responsabilidad penal cuyo fundamento no sea la imputabilidad, para comprender mejor las circunstancias que han rodeado la comisión del hecho ilícito o para ayudarle a decidir cuál es la consecuencia jurídica más adecuada[53].

3. LA IMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. COMPATIBILIDAD CON EL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD PROPUESTO

El Código Penal vigente dispone en los artículos 20.1 y 20.2 que está exento de responsabilidad criminal el que, por sufrir una alteración o anomalía psíquica, intoxicación o síndrome de abstinencia, no pueda «comprender la ilicitud del hecho» o «actuar conforme a esa comprensión». La doctrina mayoritaria considera que de esta expresión, *a sensu contrario*, debe deducirse el contenido que el legislador ha querido dar a la imputabilidad en la legislación penal vigente; de hecho, numerosos autores definen la imputabilidad como la «capacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión»[54].

Si se acepta que el legislador define en estos preceptos cómo debe entenderse la imputabilidad en nuestro ordenamiento, la pregunta que debemos hacernos es si el concepto de imputabilidad defendido en el apartado anterior es compatible con el que se desprende del texto legal. Para responder a esta

[53] De la misma opinión MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal:…,* ob. cit., pp. 350 y ss.

[54] Por todos, HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: «La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la medicina forense en España: una respetuosa llamada «urgente» de atención», en CARBONELL MATEU, J. C. *et. al.* (coords.): *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 504; PADILLA ALBA, H. R: «Art. 20.2», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal,* Tomo II, EDERSA, Madrid, 1999, p. 254.

pregunta es necesario analizar detenidamente cuál es el contenido que hay que dar a la expresión transcrita y, posteriormente, compararlo con dicho concepto.

A continuación va a analizarse, en primer lugar, el significado de la expresión «capacidad para comprender la ilicitud del hecho», en segundo lugar, «capacidad para actuar conforme a esa comprensión» y, finalmente, se concluirá sobre la compatibilidad de estas expresiones y el concepto de imputabilidad propuesto.

3.1. *Capacidad para comprender la ilicitud del hecho*

Tradicionalmente, se ha considerado que la capacidad de comprensión dependía únicamente de la inteligencia del sujeto y se hacía referencia a ella con la expresión «elemento intelectivo» de la imputabilidad[55]. Actualmente, la opinión mayoritaria considera que no es esta la única función psíquica involucrada en el proceso de comprensión y que es más adecuado denominarlo «elemento cognitivo»[56] o «cognoscitivo»[57], añadiendo algunos autores el vocablo «-valorativo»[58].

3.1.1. Capacidad para comprender

¿Qué significa «comprender»? Según la 22ª edición del Diccionario de la RAE, comprender es «entender, alcanzar, penetrar»[59]. Entender se define como «conocer, penetrar»[60] y conocer como «entender, advertir, saber»[61].

---

[55] Por todos, URRUELA MORA, A.: *Imputabilidad penal…,* ob. cit., p. 178.

[56] CARRASCO GÓMEZ, J. J.: «Circunstancias psíquicas que modifican la imputabilidad», en AAVV: *IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales. Derecho Penal y Psiquiatría Criminal y Forense,* El Puerto de Santa María, 1998, p. 158; ORTEGA-MONASTERIO, L.: «La imputabilidad desde el punto de vista clínico», en ORTEGA-MONASTERIO, L. *et al*.: *Psicopatología Jurídica y Forense,* Vol. I, PPU, Barcelona, 1991, p. 185.

[57] FONSECA MORALES, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal…,* ob. cit., p. 31; GARCÍA GARCÍA, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., p. 131; PADILLA ALBA, H. R: «El fundamento de la capacidad de culpabilidad…», ob. cit., p. 951; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General,* ob. cit., p. 250.

[58] MARTÍNEZ ARRIETA, A.: «Tratamiento penal de las circunstancias...», ob. cit., p. 321; NAQUIRA RIVEROS, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., p. 144; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *La imputabilidad del consumidor de drogas*, ob. cit., p. 86; TORÍO LÓPEZ, Á.: «Imputabilidad general e individual en la teoría jurídica del delito», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *et. al.* (eds.): *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 1020.

[59] 22ª edición del Diccionario de la RAE. http://lema.rae.es/drae/?val=comprender.

[60] 22ª edición del Diccionario de la RAE. http://lema.rae.es/drae/?val=entender.

[61] 22ª edición del Diccionario de la RAE. http://lema.rae.es/drae/?val=conocer.

Parece pues que todos estos verbos pueden utilizarse como sinónimos y, de hecho, son numerosos los autores que al referirse a este vocablo contenido en los arts. 20.1 y 20.2 utilizan indistintamente los verbos entender, penetrar, conocer, saber, advertir, discernir, captar o aprehender[62].

Algunos de los significados de estos términos que ofrece el Diccionario mencionado se limitan a enumerar sinónimos[63], pero otros son más descriptivos y nos pueden ayudar en la tarea de dar contenido a este vocablo. Alcanzar, por ejemplo, se define como «llegar a percibir con la vista, el oído o el olfato»[64]; penetrar como «fijar en algo la atención, reparar, observar» y también «comprender el interior de alguien, o algo dificultoso»[65]; conocer es «averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas»[66] y entender «tener idea clara de las cosas»[67].

Un sector doctrinal señala que, además de conocer una realidad, para declarar a un sujeto imputable, es necesario que sea capaz de valorarla, es decir, de darse cuenta de su valor social, de poder contrastar el hecho con un marco o esquema normativo para poder calificarlo de lícito, ilícito, valioso o disvalioso[68]. Siguiendo esta tesis, consideran algunos autores más adecuado utilizar el verbo «comprender» que «conocer», porque, afirman, el primero implica una valoración no incluida en el segundo[69].

En mi opinión esta diferenciación no es necesaria pues, como acabo de señalar, se trata de términos que pueden considerarse sinónimos. Es cierto que

---

[62] Carrasco Gómez, J. J.: «Circunstancias psíquicas…», ob. cit., p. 158; Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., p. 290; Maza Martín, J. M.: «Arts. 20.1.º, 2.º y 3.º», en Conde-Pumpido Tourón, C. (dir.)/López Barja de Quiroga, J. (coord.): *Comentarios al Código Penal,* Tomo I, Bosch, Barcelona, 2007, p. 144; Orts Berenguer E./González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., p. 306; Serrano Butragueño, I.: «Art. 20», ob. cit.-, p. 364.

[63] Comprender se define como entender, alcanzar, penetrar; saber cómo conocer o tener conocimiento y alcanzar como saber, entender, comprender.

[64] 22ª edición del Diccionario de la RAE. http://lema.rae.es/drae/?val=alcanzar.

[65] 22ª edición del Diccionario de la RAE. http://lema.rae.es/drae/?val=penetrar.

[66] 22ª edición del Diccionario de la RAE. http://lema.rae.es/drae/?val=conocer.

[67] 22ª edición del Diccionario de la RAE. http://lema.rae.es/drae/?val=entender.

[68] Fonseca Morales, G. M.: *La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal,* Madrid, Dykinson, 2009, p. 48; Martínez Arrieta, A.: «Tratamiento penal de las circunstancias...», ob. cit., p. 321; Maza Martín, J. M.: «Arts. 20.1.º, 2.º y 3.º», ob. cit., p. 146; Naquira Riveros, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., p. 145; Orts Berenguer, E./González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., p. 306; Suárez-Mira Rodríguez, C (coord.): *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, ob. cit., p. 250; el mismo: *La imputabilidad del consumidor de drogas*, ob. cit., p. 89.

[69] Martínez Arrieta, A.: «Tratamiento penal de las circunstancias...», ob. cit., p. 321; Naquira Riveros, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., p. 145; Torío López, A.: «Imputabilidad general e individual...», ob. cit., p. 1019.

en los últimos años se ha extendido en la doctrina la opinión de que el término comprender implica un proceso psíquico más complejo que conocer, pero no creo que deba hacerse esta distinción. De hecho, conocer implica, como acabo de indicar, averiguar las cualidades y relaciones de las cosas y para eso es necesario valorar y contrastar. A pesar de todo y, teniendo en cuenta que el Código Penal utiliza el término comprender, puede ser adecuado utilizarlo de manera preferente, pero, insisto, sólo por este motivo, no porque describa un proceso psíquico diferenciado y más complejo que «conocer».

3.1.2. La ilicitud del hecho

El Código Penal exige, para declarar inimputable a un sujeto, que no pueda comprender «la ilicitud del hecho», expresión esta sobre cuyo significado existen opiniones divergentes en la doctrina.

En este trabajo se defiende que, para declarar a un sujeto imputable, este debe ser capaz de entender que el hecho se halla prohibido por el Derecho, que el acto es antijurídico, ilícito[70], matizando que esta exigencia se refiere a una ilicitud general, no penal, bastando con que se pueda comprender que la conducta es contraria al ordenamiento jurídico, que está prohibida y castigada[71]. No se trata, como acertadamente señala Naquira Riveros, de que el individuo sepa de forma pormenorizada si una conducta específica es injusta o no[72], sino de que el individuo pueda comprender «la norma que inspira el injusto base o rector (antijuridicidad material) soporte común a todos los delitos de un ámbito jurídico-penal determinado» [73].

Antes de finalizar este apartado hay subrayar que lo que se exige en la imputabilidad no es que efectivamente el sujeto haya comprendido que el

[70] Leganés Gómez, S.: «Enfermedad mental y delito (perspectiva jurídica y criminológica)», *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n. 76, 2010, www.laleydigital.es, p. 16; Mir Puig, S.: «La imputabilidad en Derecho Penal», ob. cit., p. 155.

[71] Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal español. Parte General…,* ob. cit., p. 52; Fonseca Morales, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal*…, ob. cit., pp. 137 y 138; Maza Martín, J. M.: «Arts. 20.1.º, 2.º y 3.º», ob. cit., p. 145.

Otras opiniones pueden verse en Fonseca Morales, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal…,* ob. cit., p. 31; García García, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., p. 132; Serrano Butragueño, I.: «Art. 20», ob. cit., p. 364

[72] Naquira Riveros, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., p. 150.

[73] Por ejemplo, en los delitos contra la vida y la salud, basta con que sea capaz de comprender que poner en peligro o destruir una vida o atentar contra la salud es ilícito; en los delitos contra la propiedad, que sea capaz de comprender que la apropiación de cosa ajena sin voluntad del dueño está prohibida; en los delitos contra la libertad sexual, que la satisfacción del impulso sexual sin la voluntad de la persona es contraria al ordenamiento, etc. Naquira Riveros, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., pp. 151 y ss.

hecho realizado está prohibido, sino que haya sido posible esta comprensión, es decir, es suficiente la capacidad de comprensión para declarar a un individuo imputable[74], basta con demostrar que las facultades psíquicas necesarias para dicha comprensión no estaban alteradas, lo que nos llevan a la siguiente cuestión: ¿cuáles son las funciones psíquicas implicadas en el proceso de compresión?

3.1.3. Funciones psíquicas que intervienen en el proceso de comprensión de la ilicitud del hecho

Como se ha señalado, ha sido frecuente relacionar la capacidad de comprensión exclusivamente con la inteligencia; sin embargo, actualmente, se considera que es necesaria la intervención de otras funciones psíquicas adicionales para poder comprender, funciones que suelen incluirse en la expresión «capacidades cognoscitivas» o «capacidades cognitivas».

«Cognoscitivo» se puede definir como «que es capaz de conocer»[75] y «cognitivo» como »perteneciente o relativo al conocimiento»[76]. Teniendo en cuenta que, como se ha indicado, conocer y comprender puede utilizarse como sinónimos, me parece correcto utilizar estas expresiones para incluir las funciones o facultades psíquicas necesarias para poder comprender la ilicitud del hecho.

Pero, ¿cuáles son esas capacidades o facultades?, es decir, de las funciones psíquicas analizadas en las páginas precedentes, ¿cuáles intervienen en este proceso de comprensión?

Señala Suárez-Mira Rodríguez que el proceso de conocimiento, de comprensión es muy complejo: comienza por la percepción de un objeto proveniente del mundo sensible que el sujeto integra con otras sensaciones y percepciones precedentes para dar un significado a lo percibido, proceso en el que intervienen junto a la percepción, la atención, la conciencia y la memoria. Pero, además, para que el sujeto comprenda la ilicitud del hecho, es necesario que pueda darse cuenta del valor social del acto realizado, de si es valioso o disvalioso, permitido o no; proceso en el que intervienen la inteligencia y el pensamiento[77].

---

[74] García García, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., p. 132; Naquira Riveros, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., pp. 145 y 146; Suárez-Mira Rodríguez, C. (coord.): *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General,* ob. cit., p. 251; Urruela Mora, A.: *Imputabilidad penal…,* ob. cit., p. 165.

[75] 22ª edición del Diccionario de la RAE. http://lema.rae.es/drae/?val=cognoscitivo.

[76] 22ª edición del Diccionario de la RAE. http://lema.rae.es/drae/?val=cognitivo.

[77] Suárez-Mira Rodríguez, C.: *La imputabilidad del consumidor de drogas*, ob. cit., p. 87. En sentido similar, Martínez Arrieta, A.: «Tratamiento penal de las circunstancias...», ob. cit., p. 321.

En sentido similar, señalan CARRASCO GÓMEZ/MAZA MARTÍN que el conocimiento es el resultado de la integración de muy diferentes e importantes funciones psíquicas, puesto que para poder llegar a conocer es preciso tener una conciencia lúcida, estar despiertos, atentos, orientados con relación a nosotros mismos y al entorno, poder percibir a través de los sentidos todo lo que nos rodea, enviar la información al cerebro, pensar, aprender y poder elaborar aquella e interpretarla, almacenarla y disponer de ella, utilizarla en un momento determinado [78].

En conclusión, se puede señalar que el proceso de conocimiento o comprensión requiere la participación de prácticamente todas las funciones psíquicas que, como se ha visto, intervienen en el proceso volitivo (atención, conciencia, inteligencia, memoria, pensamiento, percepción)[79], por lo que las perturbaciones que, en su caso, sufran las mismas, impedirán o dificultarán la comprensión de la ilicitud del hecho, lo que repercutirá en la imputabilidad del individuo que, consecuentemente, se verá anulada o disminuida.

Como seguramente ha percibido el lector, en esta enumeración falta por mencionar la afectividad y la voluntad.

En relación con la primera, hay que recordar que se trata de una función estrechamente relacionada con las demás, por lo que no hay inconveniente en considerarla incluida entre las intervinientes en el proceso de comprensión.

Por lo que respecta a la voluntad entendida en sentido estricto, es decir, no identificada con el proceso volitivo y por lo tanto integrada por el resto de funciones, sino entendida como una función psíquica diferenciada de las demás, no interviene en el proceso de comprensión de la ilicitud del hecho, por lo que su alteración no tendrá influencia en el mismo.

3.2. *Capacidad para actuar conforme a esa comprensión*

La imputabilidad, tal y como se configura en el Código Penal, no se reduce al análisis de la capacidad para comprender la ilicitud del hecho, sino que exige también que el individuo pueda actuar conforme a esa comprensión. Esta capacidad se identifica habitualmente con la voluntad o capacidad volitiva[80], si bien,

[78] CARRASCO GÓMEZ, J. J./MAZA MARTÍN, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., p. 290. En sentido similar, MAZA MARTÍN, J. M.: «Arts. 20.1.º, 2.º y 3.º», ob. cit., p. 144; RIERA TÁBOAS, A. *et. al*.: «Prueba de las causas modificadoras de la imputabilidad», en *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Cuadernos de Derecho Judicial, n. 7, CGPJ, Madrid, 2005, p. 2.

[79] También mencionan estas funciones psíquicas GARCÍA BLÁZQUEZ, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad...,* ob. cit., p. 88; MARTÍNEZ GARAY, L.: *La imputabilidad penal:...*, ob. cit., p. 361; ORTEGA-MONASTERIO, L.: «La imputabilidad desde el punto de vista clínico», ob. cit., p. 185.

[80] GARCÍA BLÁZQUEZ, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad*…, ob. cit., p. 88; GARCÍA GARCÍA, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., p. 131; MARTÍNEZ

26

actualmente, se utilizan en su lugar expresiones como capacidad de determinación o autodeterminación[81], de autoconducción[82], autocontrol[83], de autogobernarse[84] o de controlar los impulsos[85].

En la bibliografía consultada no existe una opinión unánime sobre cuál es el contenido que hay que dar a esta capacidad. Algunos autores la identifican con la aptitud para poder elegir o decidir no llevar a cabo el hecho previamente comprendido como ilícito[86], otros con la capacidad de inhibir dicho comportamiento, es decir, de llevar a cabo un hecho distinto al comprendido como ilícito[87] y, un tercer grupo incluye la capacidad de decisión o elección así como la de inhibición, debiendo concurrir ambas para entender que el individuo podía «actuar conforme a esa comprensión»[88].

Los autores mencionados en último lugar consideran que para declarar a un sujeto imputable, una vez que se ha comprobado que es capaz de comprender que el hecho que pretende realizar es ilícito, tiene que tener una «doble» capacidad. En primer lugar, tiene que ser capaz de elegir, de decidir no llevar a cabo dicho hecho, de manera que esa comprensión de la ilicitud

---

ARRIETA, A.: «Tratamiento penal de las circunstancias...», p. 322; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.): *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General,* ob. cit., p. 251; URRUELA MORA, A.: *Imputabilidad penal…,* ob. cit., p. 178.

[81] MAZA MARTÍN, J. M.: «Arts. 20.1.º, 2.º y 3.º», ob. cit., p. 135; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 569 y 570; EL MISMO: «La imputabilidad en Derecho Penal», ob. cit., p. 155; NAQUIRA RIVEROS, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., p. 151; SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: «Art. 20», ob. cit., pp. 356 y 364.

[82] SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: «El Código Penal ante la enfermedad mental...», ob. cit., p. 220.

[83] FONSECA MORALES, G. M.: *La anomalía o alteración psíquica…,* ob. cit., p. 50; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 569 y 570; EL MISMO: «La imputabilidad en Derecho Penal», ob. cit., p. 155; SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: «Art. 20», ob. cit., p. 364.

[84] FONSECA MORALES, G. M.: *La anomalía o alteración psíquica…,* ob. cit., p. 50; SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: «Art. 20», ob. cit., pp. 356 y 364.

[85] CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 110.

[86] GARCÍA GARCÍA, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., p. 135.

[87] MARTÍNEZ ARRIETA, A.: «Tratamiento penal de las circunstancias...», ob. cit., p. 323. También LUZÓN PEÑA considera que se refiere a los mecanismos inhibitorios o de control. En «Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995», en CEREZO MIR, J. *et. al. (*eds.): *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 164.

[88] MAZA MARTÍN, J. M.: «Arts. 20.1.º, 2.º y 3.º», ob. cit., p. 134; RIERA TÁBOAS, A. *et. al.:* «Prueba de las causas modificadoras de la imputabilidad», ob. cit., p. 2. En este sentido, FONSECA MORALES hace referencia a la falta de reflexión y a la incapacidad de dirigir y controlar adecuadamente la acción. En *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal…,* ob. cit., p. 139.

pueda operar como contramotivo, como elemento a valorar de forma adecuada por el sujeto en el proceso de deliberación. Y, en segundo lugar, tiene que ser capaz de inhibir, de omitir dicho comportamiento comprendido como ilícito y orientar su conducta hacia lo prescrito por las normas, capaz de llevar a cabo un comportamiento conforme a derecho, aunque finalmente haya decidido no hacerlo[89].

En mi opinión, esta postura es la más adecuada puesto que contempla las fases que, según se ha visto, configuran el proceso volitivo, el proceso que tiene como resultado un acto libre y voluntario.

Como se ha señalado en relación con la capacidad de comprender la ilicitud del hecho, para declarar a un sujeto imputable, el Código Penal no exige que este, efectivamente, haya decidido no llevar a cabo el hecho ilícito y, finalmente, no lo haya realizado, sino que basta con la posibilidad de todo ello, es decir, basta con que, en el momento de los hechos, haya tenido la capacidad de decidir y actuar en un sentido distinto a la comisión del hecho ilícito, lo que plantea la cuestión de cuáles son las funciones psíquicas que condicionan dicha capacidad.

En la bibliografía consultada suele hacerse referencia, en sentido negativo, a los supuestos en los cuales un sujeto no puede actuar conforme a la comprensión de la ilicitud del hecho, incluyendo aquellos en los cuales debido a defectos en los frenos inhibitorios, el sujeto es incapaz de dominar sus impulsos, de controlar sus acciones y de acomodar su conducta a las exigencias del orden jurídico establecido[90]; se trata de supuestos en los cuales la voluntad (entendida en sentido estricto) está alterada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que a toda actuación le preceden las fases de concepción, deliberación y decisión; que la capacidad de actuar conforme a la comprensión de la ilicitud del hecho integra la capacidad de alcanzar

[89] Fonseca Morales, G. M.: *Exención y atenuación de la responsabilidad criminal*…, ob. cit., p. 31; García García, J.: *Drogodependencias y justicia penal*, ob. cit., p. 132; Naquira Riveros, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., pp. 151 y 152; Quintero Olivares, G.: *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., p. 558.; Urruela Mora, A.: *Imputabilidad penal…,* ob. cit., p. 178.

Acertadamente señala Martínez Arrieta que se trata de dos caras de la misma moneda, puesto que la capacidad que estamos analizando se presenta con un doble contenido, en sentido positivo consiste en la capacidad de actuar conforme a la comprensión de la norma, y en sentido negativo, en la capacidad de inhibirse ante una posibilidad de actuar contra la norma. En «Tratamiento penal de las circunstancias...», ob. cit., p. 323.

[90] Carrasco Gómez, J. J./Maza Martín, J. M.: *Tratado...*, ob. cit., p. 295 y ss.; Carrasco Gómez, J. J.: «Circunstancias psíquicas…», ob. cit., p. 158; Fonseca Morales, G. M.: *La anomalía o alteración psíquicas…*, ob. cit., p. 50; Maza Martín, J. M.: «Arts. 20.1.º, 2.º y 3.º», ob. cit., p. 147; Riera Táboas, A. *et. al.*: «Prueba de las causas modificadoras de la imputabilidad», ob. cit., p. 2; Serrano Butragueño, I.: «Art. 20», ob. cit., p. 364.

dicha comprensión; y que esta capacidad, como se ha indicado antes, depende de todas las funciones que conforman el psiquismo humano excepto la voluntad, hay que concluir que la alteración de cualquiera de las funciones psíquicas a las que nos estamos refiriendo (afectividad, atención, conciencia, inteligencia, memoria, pensamiento, percepción y voluntad) va a condicionar la capacidad de actuar conforme a la comprensión de la ilicitud del hecho y, por tanto, disminuir o anular la imputabilidad del individuo.

Ya se ha señalado al comienzo de este apartado que es frecuente referirse a esta capacidad de actuar con las expresiones «elemento volitivo» de la imputabilidad o «capacidades volitivas»[91]. En mi opinión, la utilización de las mismas puede hacerse con la siguiente cautela: las facultades cognitivas o cognoscitivas, como indiqué, son las implicadas en el proceso de comprensión, y se incluyen todas las funciones psíquicas ya conocidas excepto la voluntad (en sentido estricto); si se utiliza la expresión «facultades volitivas» para referirnos a las que intervienen en la capacidad de actuar, nos estamos refiriendo a todas las funciones psíquicas conocidas, incluida la voluntad, pero no sólo a ella.

3.3. *Compatibilidad con el concepto de imputabilidad propuesto en esta investigación*

Una vez expuesto el significado de las expresiones «comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión» recogidas en los arts. 20.1 y 20.2 del CP, estamos en condiciones de analizar la compatibilidad del concepto de imputabilidad propuesto con el que se desprende del texto legal.

Según la postura defendida en este trabajo, el juicio de imputabilidad se basa en el análisis de las funciones psíquicas que intervienen en el concreto proceso volitivo que ha dado lugar al hecho ilícito que se quiere imputar a un sujeto, en el cual se suceden las fases de concepción, deliberación, decisión y ejecución. Estas funciones, como ya sabemos, son la afectividad, la atención, la conciencia, la inteligencia, la memoria, el pensamiento, la percepción y la voluntad, de manera que si ninguna de ellas está alterada, el sujeto será imputable, mientras que, si sufren algún tipo de perturbación que condicione dichas fases, el acto finalmente llevado a cabo no es plenamente libre o voluntario, y habrá que afirmar que el sujeto es inimputable o que su imputabilidad está disminuida, siempre que dicho supuesto esté recogido en la regulación penal.

El Código Penal exige, en primer lugar, que el sujeto sea capaz de comprender la ilicitud del hecho, capacidad que, como acabamos de ver, exige la intervención de todas las funciones citadas excepto la voluntad. En mi opi-

[91] Carrasco Gómez, J. J.: «Circunstancias psíquicas…», ob. cit., p. 158.

nión, este proceso de comprensión se corresponde con las fases de concepción y deliberación del proceso volitivo, fases en las cuales también intervienen todas las funciones psíquicas conocidas, salvo la voluntad, entendida en sentido estricto.

En segundo lugar, es necesario que el sujeto sea capaz de actuar conforme a esa comprensión, es decir, de decidir no llevar a cabo el hecho ilícito y de, finalmente, inhibirlo, capacidad ésta en la que intervienen todas las funciones psíquicas incluida (ahora sí) la voluntad. No creo que le cueste mucho al lector identificar el contenido de esta capacidad con las fases de deliberación y ejecución del proceso volitivo, en las cuales, como ya sabemos, también intervienen todas las funciones psíquicas.

En conclusión, podemos afirmar que el concepto de imputabilidad defendido es perfectamente compatible con el que se desprende de la regulación penal vigente. La comprensión de la ilicitud del hecho y la actuación conforme a esa comprensión se identifican con las fases del proceso volitivo y las funciones psíquicas que afectan a esas capacidades de comprensión y actuación, son las mismas que intervienen en el proceso volitivo y permiten afirmar que el acto consecuencia del mismo es libre y voluntario.

3.4. *Algunas críticas no compartidas*

En este apartado me voy a referir, de manera muy breve, a dos críticas que suelen hacerse a la redacción del Código Penal y que, después de la exposición llevada a cabo en las paginas precedentes, considero que no están justificadas.

Un amplio sector doctrinal critica la redacción de los arts. 20.1 y 20.2 del Código penal al considerar que el legislador ha reducido el análisis de la imputabilidad al examen de dos funciones psíquicas, la inteligencia y la voluntad, de manera que se desprecian otro tipo de procesos y funciones psíquicas que intervienen en la conducta humana y se desconoce que dichas funciones no actúan como módulos independientes sino como un todo[92].

[92] Cabrera Forneiro, J./Fuertes Rocañín, J. C: *Psiquiatría y Derecho*:..., ob. cit., p. 155; Carmona Salgado, C.: «Causas de inimputabilidad: alteración de la percepción», en Pantoja García, F./Bueno Arús, F. (dirs.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, Estudios de Derecho Judicial, n. 110, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 468 y 469; Castelló Nicás, N.: «Exención y atenuación…», ob. cit., p. 306; la misma: «Artículo 20.1», ob. cit., p. 122; la misma: *La imputabilidad penal del drogodependiente,* ob. cit., p. 67; Esbec Rodríguez, E./ Delgado Bueno, S.: «Imputabilidad: concepto y perspectivas...», ob. cit., p. 322; Iglesias Rio, M. A.: «La eximente de «anomalía o alteración psíquica». (Art. 20-1 CP). Una problemática abierta hacia el futuro científico», *ADPCP,* Vol. LVI, 2003, p. 162; Marcó Ribé, J./ Martí Tusquets, J. L.: *Psiquiatría Forense,* ob. cit., p. 418; Mateo Ayala, E. J.: *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalía o alteración psíquica en el Código Penal español*, Instituto de Criminología de Madrid-Editoriales de Derecho

Después de las conclusiones a la que se ha llegado a lo largo de este trabajo, es evidente que no se comparte esta crítica. En primer lugar, el legislador no ha limitado el contenido de la imputabilidad al análisis de la inteligencia y la voluntad. El Código Penal se refiere a la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, no a las funciones psíquicas intervinientes en estos procesos. Y, en segundo lugar, tal y como se interpretan aquí los arts. 20.1 y 20.2, dichas capacidades exigen la intervención de todas las funciones psíquicas en las que se divide la psique humana, no sólo la inteligencia y la voluntad[93].

La segunda crítica que quiero mencionar hace referencia al hecho de que, en opinión de algunos autores, el concepto de imputabilidad que se deduce de los citados preceptos impide tener en cuenta la influencia que los factores socioculturales pueden tener en las capacidades de comprensión y actuación de los individuos[94].

En mi opinión, la redacción del Código Penal no impide la valoración de estos factores en la imputabilidad lo que no obsta para que, tal y como se defiende en esta investigación, sea más conveniente no hacerlo.

En los procesos de comprensión y actuación, como ya se ha afirmado en más de una ocasión, inciden y tienen repercusión los factores socioculturales; la redacción del Código Penal no impide considerar que dichos factores deben ser objeto de análisis en la imputabilidad siempre que, en el caso concreto hayan impedido al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Cuestión distinta es que se opte por no dar relevancia

reunidas, Madrid, 2003, pp. 80 y 134; Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General,* ob. cit., p. 368; Portero Lazcano, G.: «Patología dual. Imputabilidad», inédito, materiales entregados en el Máster Universitario en Drogodependencias y otras adicciones, Universidad de Deusto, Bilbao, curso 2010-2011, pp. 18 y ss.; el mismo: «Valoración médico forense de la enfermedad mental», *Eguzkilore,* n. 10, 1996, p. 142; Suárez-Mira Rodríguez, C.: *La imputabilidad del consumidor de drogas*, ob. cit., p. 96.

[93] De la misma opinión, Fonseca Morales, G. M.: *La anomalía o alteración psíquica…*, ob. cit., p. 53.

[94] Caparrós Sánchez, N.: «La imputabilidad del psicópata», en Labrador, F. J. (dir.): *Aportaciones de la Psicología al ámbito jurídico,* Cuadernos de Derecho Judicial, n. 19, CGPJ, Madrid, 1994, p. 175; Díez Ripollés, J. L.: *Los elementos subjetivos del delito…*, ob. cit., p. 294; García Blázquez, M.: *Análisis médico-legal de la imputabilidad…,* ob. cit., pp. 42 y ss.; Martínez Arrieta, A.: «Tratamiento penal de las circunstancias...», ob. cit., p. 321 y ss.; Morales García, O.: «Inimputabilidad y enajenación mental», *Cuadernos Jurídicos,* n. 13, 1993, p. 68; Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 362 y ss.; Muñoz Conde, F./Heredia Martínez, F.: «La imputabilidad en la perspectiva de la actual legislación», ob. cit., p. 87; Naquira Riveros, J.: «Imputabilidad, conciencia de lo injusto...», ob. cit., pp. 142 y ss.; Padilla Alba, H. R.: «El fundamento de la capacidad de culpabilidad…», ob. cit., p. 956; el mismo: *Exención y atenuación…*, ob. cit., p. 104; Suárez-Mira Rodríguez, C.: *La imputabilidad del consumidor de drogas*, ob. cit., pp. 79 y 97.

a estos factores en este elemento del delito salvo que, indirectamente, afecten a las funciones psíquicas del sujeto, pero, repito, es la interpretación que considero más adecuada, no la única posible dada la regulación vigente.

Title: A review of the concept of imputability from the health sciences. Compatibility with the criminal law in force.

Resumen: La imputabilidad es una categoría del delito íntimamente vinculada a las capacidades o funciones psíquicas de los individuos. Siendo esto así, parece obvia la necesidad de que las aportaciones y conocimientos de las ciencias que estudian estas capacidades y funciones sean tenidas en cuenta a la hora de configurar el fundamento y contenido de esta categoría del delito. No es esta, sin embargo, la práctica común entre los penalistas que se ocupan del estudio de la misma. En este artículo se va a proponer un concepto de imputabilidad, cuyo fundamento es un indeterminismo limitado, que toma en consideración dichas aportaciones y conocimientos. Este concepto es, a su vez, compatible con el que se deduce de la regulación penal vigente.

Palabras Clave: imputabilidad, funciones psíquicas, proceso volitivo, capacidad para comprender, capacidad para actuar.

Abstract: The imputability is an element of the offence closely linked to psychic abilities and capacities of individuals. If this is so, it seems obvious the need to take into account the contribution and knowledge of sciences that study these abilities when setting the basis and content of this element. This is not, however, common practice among jurist who deal with it. This article proposes a concept of imputability which basis is a limited indeterminist that take into account such contributions and that is compatible with the concept of imputability deduced from the criminal law in force.

Key Words: imputability, psychic abilities, volitional process, capacity to understand, capacity to act.

Recibido: 14.02.2014
Aceptado: 26.05.2014

EL SISTEMA DE CONTROL ELECTORAL EN ALEMANIA

Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo

Sumario: 1. Introducción. 2. El sistema de control electoral. 2.1. *Los órganos electorales de control previo a la celebración de los comicios*. 2.1.1. En vía administrativa. 2.1.2. Por el Tribunal Constitucional Federal. 2.2. *Control a posteriori sobre la validez de las elecciones al Bundestag*. 2.2.1. Control parlamentario. 2.2.2. Control por el Tribunal Constitucional Federal. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, los procesos electorales gozan de una importancia suprema dentro del juego de la democracia, pues «constituyen un instrumento pacífico para producir relevos ordenados en la cúpula del poder que, de otro modo, requerirían de procedimientos más inestables y, probablemente, mucho más expeditivos, como una revuelta, un golpe de Estado o el asesinato del mandatario, episodios, todos ellos, por desgracia demasiado frecuentes a lo largo de la historia»[1]. Y, precisamente porque se trata de procesos que pueden desembocar en una alternancia del poder, las tensiones entre quienes lo detentan y los que aspiran a hacerlo suelen constituir el pan de cada día. Es por este motivo que se antoja fundamental la existencia de un sistema de control electoral que, desde la objetividad, analice y dé respuesta a las distintas controversias que puedan suscitarse en el marco de ese proceso[2].

[1] Pascua Mateo, F., *La Administración Electoral*, INAP, Madrid, 2007, p. 15.

[2] El mencionado autor habla en *Ibid.* de «un árbitro que genere la máxima confianza a los contendientes, tanto desde el punto de vista de su competencia técnica como, sobre todo, de su neutralidad política». Estando de acuerdo con él, nosotros añadiríamos al electorado como sujeto que busca también esa confianza. Además, y en relación con la neutralidad política, comprobaremos que, si bien ésta es totalmente deseable, la ausencia de la misma no va necesariamente en detrimento de la credibilidad del órgano de control.

Dicho lo cual, veremos que el sistema de control electoral alemán es el propio de aquellos Estados en los que la confianza en las instituciones ordinarias[3] llega hasta el punto de atribuírseles funciones de administración del proceso electoral, incluidas las de resolución de controversias entre los contrincantes. Concretamente, el artículo 41 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 encomienda a un órgano legislativo, el *Bundestag*[4], el examen sobre la validez de las elecciones generales, si bien es cierto que será el Tribunal Constitucional Federal –*Bundesverfassungsgericht*– quien se encargue de resolver de forma definitiva las apelaciones que se le puedan presentar al respecto.

Lo anterior nos lleva a hablar de un sistema mixto creado en 1948, en el que el Parlamento Federal, a través de una Comisión de Verificación Electoral[5] –o *Wahlprüfungsausschuss*– constituye la primera instancia, mientras que la segunda, y última, corresponde al Tribunal Constitucional Federal, que se encarga, como acabamos de señalar, de recibir y resolver en forma firme las posibles apelaciones sobre la validez de las elecciones generales.

Sin embargo, esta forma mixta no ha sido la tónica habitual en la historia del constitucionalismo alemán. De hecho, tanto en la Federación Alemana del Norte, desde 1867, como en el Imperio Alemán, desde 1871, se aplicó un modelo por el cual el Parlamento decidía sobre la validez de las elecciones, acentuándose la independencia del poder legislativo respecto de los otros dos poderes clásicos. No tardó este modelo en ser ampliamente criticado por la alta exposición del mismo a interferencias o influencias por parte de órganos estatales, razón por la cual la Constitución de Weimar de 1919 previó la creación de un Tribunal Electoral, con sede en el propio Parlamento Federal, que se encargara del control de las elecciones. Dicho organismo estaba integrado por dos jueces y tres miembros del Parlamento Federal, y sus decisiones no podían ser impugnadas, lo que propició su fracaso[6].

---

[3] Véase OSCE, *Federal Republik of Germany, Elections to the Federal Parliament (Bundestag) 27. September 2009. OSCE/ODHIR Needs Assessment Mission Report 15-17 july 2009*, p. 10, consultado el 12 de febrero de 2014, edición digital, http://www.osce.org/odihr/elections/germany/38397.

[4] El cual, además, decide sobre la pérdida de la condición de miembro de dicha cámara.

[5] El nombre completo empleado por el *Bundestag* en la lista de terminología parlamentaria, que ha traducido al español, es «Comisión de Verificación Electoral, Inmunidades y Reglamento» –visto en http://www.bundestag.de/service/tms_objekte/parlaments-terminologie_spanisch.pdf–.

[6] Además, y como nos recuerda Seifert, K. H., *Bundeswahlrecht*, Verlag Vahlen, München, 1976, p. 379, ese Tribunal carecía de competencia para determinar las consecuencias de la invalidez de los comicios, al contrario de lo que, como veremos, sucede con el *Bundestag*. Más sobre los antecedentes del sistema actual de control electoral en Simm, E., «La calificación de las elecciones por el Parlamento Federal alemán», en *Evolución de la Justicia Electoral en México, en Alemania y en España,* TEPJF, México, 2003, pp. 115 y 116.

De este modo, se dio paso al actual método de control, el cual, al atribuir al Parlamento la facultad de calificar inicialmente las elecciones, pone de manifiesto la confianza existente en el poder legislativo para desempeñar de manera objetiva una función tan importante como la que nos ocupa, algo que, por otra parte, sólo puede funcionar en países de contrastada calidad democrática, como en este caso Alemania.

Junto al mecanismo de control sobre la validez de las elecciones generales brevemente descrito, y al que volveremos a referirnos posteriormente, hay que apuntar la existencia de un procedimiento de control previo para la resolución de impugnaciones en relación con determinados actos electorales. Éste es llevado a cabo por una serie de órganos que, aunque en un primer momento pueden recordar a nuestras Juntas Electorales, tienen reconocido un ámbito de competencias mucho más reducido que en el caso de aquéllas.

A continuación, procederemos a desarrollar lo expuesto anteriormente, centrándonos de manera prácticamente exclusiva en el sistema de control previsto para las elecciones generales[7]. No obstante, conviene antes recordar que la configuración de Alemania como República Federal provoca que cada *Land* cuente con una normativa electoral que, aunque puede diferir en mayor o menor medida de la regulación central[8], suele inspirarse en la Ley Electoral Federal. Además, los *Länder* están obligados a respetar los principios electorales de sufragio universal, directo, libre, igual y secreto –artículo 28.1.2 de la Constitución alemana–, lo que, unido al sistema de partidos, garantiza la homogeneidad y transversalidad del sistema electoral[9]. Del mismo modo, hay que tener en cuenta que determinadas competencias que en los comicios federales son atribuidas a unos órganos, corresponderán a otros cuando las elecciones sean de distinto ámbito. Sirva a modo de ejemplo el hecho de que, en los comicios regionales, el *Bundestag*, que está facultado para calificar en primera instancia las elecciones federales, carece de potestad para examinar la validez de aquéllas, correspondiendo tal función al parlamento regional respectivo[10].

---

[7] En el caso de las elecciones a la Presidencia de la República Federal Alemana, el Jefe de Estado es elegido mediante sufragio indirecto por la Asamblea General –*Bundesversammlung*–, una convención especial constituida expresamente para ello y compuesta por los miembros del *Bundestag* y un número igual de representantes elegidos por los parlamentos de los diferentes *Länder*.

[8] Tampoco serán iguales entre sí los regímenes electorales de cada *Land*.

[9] Gómez Varela, C. V. Y Brahms Gómez, J. L., «Alemania», en Corona Nakamura, L. A. Y Miranda Camarena, A. J. (comps.), *Derecho electoral comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 31.

[10] Normalmente denominados *Landtag* –en Berlín se llama *Abgeordnetenhaus*; y en Bremen y Hamburgo, Bürgerschaft–. Un ejemplo de ello lo encontramos en Schreiber W., «Landtag, Landtagswahlrecht, Fraktionen, Opposition», en *Verfassungshandbuch Sachsen-Anhalt*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 183 a 186 y, sobre todo, en Mischak,

2. EL SISTEMA DE CONTROL ELECTORAL

2.1. *Los órganos electorales de control previo a la celebración de los comicios*

2.1.1. En vía administrativa

El artículo 8 de la Ley Electoral Federal –*Bundeswahlgesetz*– enumera los organismos electorales administrativos[11] encargados de resolver las quejas e impugnaciones en materia electoral previas a la celebración de las elecciones, variando áquellos en función del objeto de la reclamación.

Al frente de la supervisión de las elecciones federales se sitúa el Director Electoral Federal –*Bundeswahlleiter*–, designado por el Ministerio Federal del Interior[12].

Con aquél cooperan los dieciséis directores electorales de los *Länder* –*Landeswahlleiter*–, los directores electorales de distrito –*Kreiswahlleiter*–, los presidentes de las mesas electorales –*Wahlvorsteher*– y, por lo menos, un presidente electoral y un comité electoral para cada distrito electoral, con la tarea de determinar el resultado de los votos por correo[13]. Estos directores y presidentes –lógicamente, a excepción del Director Electoral Federal– son elegidos por el gobierno del *Land* en cuestión o por la autoridad designada por él[14], y presiden sus respectivos entes electorales, que son los que veremos a continuación[15].

Sin embargo, antes es preciso poner de relieve una característica singular de estos órganos electorales, como es la de la capacidad del poder ejecutivo, federal o regional, según el caso, para designar a las personas que ocuparán los puestos directivos de los mismos. Siendo de la opinión de que

---

J., *Die kommunale Wahlprüfung, Schriften zum deutschen und europäischen öffentlichen Recht*, Peter Land, Frankfurt am Main, 2008, pp. 227-288.

[11] Los cuales son, en palabras de SCHREIBER W., «Wahlkampf, Wahlrecht und Wahlverfahren», en *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, SCHNEIDER, H.P., Y ZEH, W. (dirs), Gruyter, Berlin, 1989, p. 427, los pilares fundamentales sobre los que se sustenta el proceso electoral.

[12] Y únicamente legitimado para actuar en los comicios de ese ámbito, además del de las europeas. Tradicionalmente, el puesto de Director Electoral Federal suele ocuparlo el presidente de la Oficina Federal de Estadística.

[13] El Director Electoral de Distrito decide cuántos comités se han de constituir para los votos por correo, ello con el fin de constatar el resultado de esa forma de participación electoral el mismo día de los comicios.

[14] Artículo 9.1 Ley Electoral Federal. En cuanto al segundo apartado, establece que es posible nombrar un mismo Director Electoral de Distrito para varios distritos electorales vecinos, así como formar una Comisión Electoral de Distrito conjunta, correspondiendo la decisión en ambos casos al Director Electoral del Land.

[15] Artículo 8.1 Ley Electoral Federal.

ello no es recomendable desde el punto de vista de la imagen de imparcialidad que todo árbitro electoral debe proyectar, es justo apuntar que eso no está perjudicando al correcto funcionamiento de la Administración electoral alemana[16].

Sea como fuere, y en cuanto al sistema de resolución de las impugnaciones, en la cúspide se encuentra la Comisión Electoral Federal –*Bundeswahlausschuss*–, compuesta, por un lado, por el mencionado Director Electoral Federal, que la preside, y otros ocho miembros del *Bundestag*, nombrados por aquél a propuesta de la Cámara Baja, teniéndose en cuenta la representación existente en la misma –artículo 9.2 de la Ley Electoral Federal–. Pero además, y en virtud de la modificación obrada sobre dicho precepto en 2012[17], a esos nueve integrantes se unen dos magistrados del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo –*Bundesverwaltungsgericht*–, que serán igualmente nombrados por el Director Electoral Federal a propuesta del Presidente de dicho Tribunal.

Por su parte, cada *Land* cuenta con una Comisión Electoral del Land –*Landeswahlausschuss*–. En cuanto a su composición, éstas se encuentran integradas por el Director Electoral del Land como presidente y seis vocales nombrados por él entre personas titulares del derecho de sufragio, así como por dos magistrados del Tribunal Contencioso-Administrativo de cada Land –*Oberverwaltungsgericht*–[18]. El nombramiento de los miembros de procedencia judicial corresponde igualmente al Director Electoral del Land a propuesta del Presidente de dicho Tribunal.

De esta forma, las reticencias ya apuntadas en relación con la capacidad del correspondiente ejecutivo para designar al Director Electoral Federal o al Director Electoral del Land quedan parcialmente neutralizadas con la presencia de dos jueces, pues ésta contribuye en gran medida a reforzar la imparcialidad de los órganos de control electoral.

Además, cada distrito electoral dispone de una Comisión Electoral de Distrito –*Kreiswahlausschuss*– compuesta, además de por el Director Electoral del Distrito –*Kreiswahlleiter*– correspondiente, que será quien la presida, por seis vocales nombrados por él entre aquellas personas que cuenten con derecho a voto.

[16] En España, y aunque no la consideramos como integrante de la Administración electoral, sólo la Oficina del Censo Electoral se incardina en el Instituto Nacional de Estadística, organismo autónomo perteneciente al Ministerio de Economía y Hacienda y cuyo presidente coincidirá con el de aquélla. A la composición de la Administración electoral nos hemos referido en una monografía de próxima publicación, titulada «La Junta Electoral Central».

[17] Concretamente, la reforma se aprueba el 12 de julio de 2012, vía artículo 1 Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen –BWahlRSchVG–.

[18] También en este caso la inclusión de jueces es producto de la reforma del artículo 9.2 Ley Electoral Federal.

Centrándonos en la forma de elección de los miembros de los organismos electorales ya citados, y en la línea de lo ya señalado en relación con la Comisión Electoral Federal, el artículo 4.2 del Reglamento Electoral Federal –*Bundeswahlordnung*– establece que la designación de los vocales de los diferentes organismos electorales habrá de llevarse a cabo por los partidos políticos en un orden de prioridad que se corresponderá con los resultados obtenidos por ellos, en el ámbito territorial de que se trate, en las últimas elecciones generales[19].

En cuanto a las mesas electorales –*Wahlvorstände*–[20], cada una de ellas se halla constituida por un presidente de mesa, su representante, y por un número de vocales nombrados por aquél, entre personas con derecho a voto, que oscilará ente los tres y los siete –artículo 9.2 Ley Electoral Federal–.

Respecto a la actividad tanto de las comisiones como de las mesas electorales, el artículo 10.1 de la misma norma establece que actuarán, deliberarán y resolverán en sesión pública, señalando, además, que, mientras la citada ley no disponga otra cosa, en las votaciones de dichos órganos las decisiones se adoptan por mayoría simple, correspondiendo al presidente el voto de calidad en caso de empate. Además, los miembros de los órganos electorales, sus representantes y secretarios están obligados a ejercer de forma imparcial sus cargos, y guardar secreto sobre los asuntos que conozcan en sus actividades oficiales.

Por último, cabe señalar que el artículo 9.3 de la Ley Electoral Federal establece la prohibición de ser miembro de más de un órgano electoral.

a) Actos susceptibles de impugnación

En período electoral, sólo determinadas cuestiones pueden ser objeto de reclamación en vía administrativa.

1. Censo electoral: en virtud del artículo 22 del Reglamento Electoral Federal, cabe la posibilidad de impugnar las listas del censo electoral ante la autoridad municipal pertinente –*Gemeindebehörde*[21]–, la cual deberá pronunciarse no más tarde del décimo día anterior al de la celebración de los comicios. Contra su resolución podrá interponerse, en el plazo de dos días desde la misma, recurso ante el Director Electoral de Distrito correspondiente, quien tendrá

[19] Tal y como se pone de manifiesto en OSCE, *Federal Republic of Germany, Elections to the Federal Parliament (Bundestag) 22 September 2013. OSCE/ODIHR Needs Assessment Mission Report 15 july 2013*, p. 8, consultado el 6 de marzo de 2014, edición digital, http://www.osce.org/odihr/elections/103583, los partidos políticos entrevistados por esta organización consideran beneficiosa su participación en esas comisiones, afirmando estar, en general, satisfechos con la actuación de la Administración electoral en los distintos niveles.

[20] Una por cada colegio electoral –*Wahlbezirk*–.

[21] Que son los alcaldes –*Bürgemeister*–.

de plazo para resolver hasta el cuarto día anterior a las elecciones, adquiriendo dicha decisión un carácter firme, sin perjuicio de lo que se pueda señalar en un hipotético proceso de revisión de las elecciones –*Wahlprüfungsverfahren*–.

2. Papeletas electorales: según el artículo 31 del mismo Reglamento, en caso de rechazo de papeletas electorales, cabe la interposición de un recurso ante la autoridad municipal oportuna, que, también en este caso, deberá pronunciarse, como tarde, el décimo día anterior a las elecciones. Contra su resolución cabe, en el plazo de dos días, de nuevo recurso ante el Director Electoral de Distrito correspondiente, el cual habrá de resolver, a más tardar, el cuarto día antes de la celebración de los comicios. Los plazos señalados para la emisión de una resolución, tanto por parte de la pertinente autoridad municipal como del Director Electoral de Distrito, sólo serán exigibles cuando la reclamación inicial se hubiera interpuesto antes del duodécimo día anterior a la celebración de las elecciones.

3. Candidaturas directas[22]: el artículo 35 del Reglamento Electoral Federal establece que el Director Electoral de Distrito anotará todas las candidaturas de distrito propuestas, indicando el día de su presentación e incluso la hora de la misma en caso de que se produzca los últimos días del plazo establecido al efecto, enviando una copia de la inscripción tanto al Director Electoral del Land como al Director Electoral Federal. A continuación, examinará si dichas propuestas están completas y si se atienen a lo establecido tanto en la Ley Electoral Federal como en el Reglamento Electoral Federal[23].

Asimismo, y en virtud del artículo 35.3 de dicho Reglamento, en relación con el artículo 25.4 de la Ley Electoral Federal, que atribuye a la Comisión Electoral de Distrito la potestad para eliminar las candidaturas viciadas, ésta deberá acordar de inmediato cuál será la resolución que emita el Director Electoral de Distrito al respecto. A tal efecto, éste presentará ante aquélla todas las candidaturas propuestas, informándole de las conclusiones por él alcanzadas como consecuencia de su examen previo[24], y tras la sesión, enviará el acta de la misma al Director Electoral del Land y al Director Electoral Federal, informándoles detalladamente de las decisiones adoptadas[25].

[22] El sistema electoral alemán es mixto –modelo de «representación proporcional personalizada»–, de manera que la papeleta se divide en dos partes. A la izquierda se sitúan las casillas para elegir a un diputado por distrito electoral, mientras que a la derecha se elige, no a un candidato concreto, sino a un partido político. De esta forma, se combina la elección directa de candidatos por distritos electorales con un sistema de representación proporcional.

[23] El artículo 35.2 de esta última norma determina que, en caso de que el Director Electoral de Distrito tenga conocimiento de la inscripción de un mismo candidato en su distrito y en otro diferente, aquél deberá poner dicha circunstancia en conocimiento de su homólogo en el otro distrito.

[24] Artículo 36.2 del Reglamento Electoral Federal.

[25] Artículo 36.7 del Reglamento Electoral Federal.

En caso de que alguna candidatura sea rechazada, el artículo 37 del Reglamento Electoral Federal prevé la posibilidad de interponer un recurso ante la propia Comisión Electoral de Distrito en cuestión, siendo su decisión igualmente recurrible ante la Comisión Electoral del Land –el plazo es de tres días desde el pronunciamiento de aquélla–[26].

4. Listas regionales: el artículo 40 del Reglamento Electoral Federal confiere al Director Electoral del Land la potestad de examinar si las listas regionales están completas y si cumplen los requisitos establecidos tanto en la Ley Electoral Federal como en aquel Reglamento. Antes de proceder al estudio de su validez, el Director Electoral del Land anotará en cada una de ellas el día en que su inscripción haya tenido lugar. Además, hará constar la hora si la presentación tuvo lugar en los últimos días del plazo determinado para ello, debiendo enviar, en cualquier caso, una copia con las solicitudes de inscripción al Director Electoral Federal[27].

En el supuesto de que exista algún vicio en las listas, el artículo 40.3 del Reglamento Electoral Federal obliga a una aplicación análoga del artículo 35.3 de la misma norma, de manera que la Comisión Electoral del Land deberá determinar de forma inmediata cuál será la resolución que emita el Director de la misma. Para ello, éste pondrá a disposición de dicha Comisión la lista con todas las candidaturas presentadas, indicándole las conclusiones extraídas tras examinarlas[28]. Una vez celebrada la sesión y tomada una decisión, el Director Electoral del Land enviará al Director Electoral Federal una copia del acta de la sesión, adjuntándole la documentación pertinente[29]. En caso de querer impugnar decisiones adoptadas por alguna Comisión Electoral del Land, deberá hacerse ante la Comisión Electoral Federal en el plazo de tres días[30].

El Director Electoral del Land tiene la obligación de poner en conocimiento del Director Electoral Federal todos los recursos presentados contra las resoluciones de la Comisión Electoral del Land en cuestión, debiendo, además, actuar de conformidad con las instrucciones que éste le proporcione. A continuación, el Director Electoral Federal convoca una sesión para resolver la impugnación, encargándose de transmitir la decisión adoptada por la Comisión Electoral Federal[31].

---

[26] Artículo 26.2 de la Ley Electoral Federal.

[27] El artículo 40.2 del Reglamento Electoral Federal prescribe que, en caso de que un Director Electoral del *Land* tenga conocimiento de la inscripción de un mismo candidato en las listas regionales del *Land* en el que ejerce sus competencias y en las de otro diferente, aquél deberá poner dicha circunstancia en conocimiento del otro Director Electoral del Land.

[28] Primer inciso del artículo 41.2 del Reglamento Electoral Federal, en relación con el artículo 36.2 de la misma norma.

[29] Artículo 41.2 del Reglamento Electoral Federal, segundo inciso.

[30] Artículo 28.2 de la Ley Electoral Federal.

[31] Artículo 42 del Reglamento Electoral Federal.

Dicho lo cual, comprobamos que la temática sobre la que deben versar las impugnaciones en vía administrativa antes de las elecciones se encuentra muy acotada. A este respecto, tanto las autoridades electorales como las judiciales han entendido tradicionalmente que, dada la perentoriedad del plazo existente entre la convocatoria de las elecciones y su celebración, sería imposible que, con el fin de evitar consecuencias negativas en la organización del proceso electoral, aquéllas dieran respuesta a tiempo a todas las reclamaciones e impugnaciones que se les presentaran[32], razón por la cual se estableció ese filtro.

Sin embargo, y tomando como referencia el modelo español[33], vemos que es factible ampliar la posibilidad de impugnación a algún otro supuesto –como, por ejemplo, a los actos de los medios de comunicación de titularidad pública– sin que ello afecte al correcto funcionamiento del sistema. Así lo entendió la misión de la OSCE en 2009, al señalar que, tanto las comisiones electorales de los diferentes *Länder*, como las de los distritos, recibieron un número relativamente bajo de reclamaciones –entre ellas, algunas sobre el registro de candidatos y de listas regionales, interpuestas ante la correspondiente Comisión Electoral del Land y ante la Comisión Electoral Federal, respectivamente–, siendo todas tramitadas y resueltas con celeridad[34].

2.1.2. Por el Tribunal Constitucional Federal

Pues bien, aunque los supuestos en los que cabe interponer recurso administrativo antes de las elecciones no han variado, existe una importante novedad introducida tras la entrada en vigor del nuevo artículo 18 (4a) de la Ley Electoral Federal[35]. Y es que, desde entonces, frente a la decisión de la Comisión Electoral Federal en relación con la ininterrumpida representación parlamentaria de los partidos políticos –artículo 18.4,

[32] Visto en OSCE, *Bundesrepublik Deutschland, Wahl zum deutschen Bundestag 27. September 2009. Bericht der OSZE/ODIHR–Wahlbewertungsmission (Election Assessment Mission) 14. Dezember 2009*, p. 22, consultado el 7 de marzo de 2014, edición digital, http://www.osce.org/de/odihr/elections/germany/40879. Igualmente contrario a dicha ampliación se muestra Roth, G., «Subjektiver Wahlrechtsschutz und seine Beschränkungen durch das Wahlprüfungsverfahren», en *Der verfaßte Rechtsstaat*, Müller, Heidelberg, 1998, pág, 54.

[33] Del artículo 21.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General –LOREG– se desprende que todos los actos electorales son susceptibles de ser recurridos en vía administrativa, salvo cuando la ley electoral «prevea un procedimiento específico de revisión judicial».

[34] OSCE, *Bundesrepublik Deutschland, Wahl zum deutschen Bundestag 27. September. Bericht der OSZE/ODIHR–Wahlbewertungsmission (Election Assessment Mission)…*, op. cit., p. 24.

[35] Modificación de 19 de julio de 2012.

apartado 1, número 1 de la Ley Electoral Federal[36]– y con el reconocimiento de una formación como partido de cara a las elecciones –artículo 18.4, apartado 1, número 2 de la misma norma–, cabe la interposición de un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal, cuando antes no era posible. Además, este nuevo precepto viene a complementar la reforma constitucional obrada mediante la redacción del nuevo artículo 93.1 número 4c de la Constitución alemana, el cual dispone que el Tribunal Constitucional Federal se pronunciará sobre los recursos interpuestos por las entidades políticas contra su no reconocimiento como partido político de cara a las elecciones al *Bundestag*.

Pues bien, esta novedad se nos antoja importantísima, pues lo más conveniente es que la cuestión acerca de la capacidad de una formación para presentarse a unas elecciones quede zanjada antes de la celebración de los comicios, y así lo ha entendido, por fin, el legislador alemán.

En definitiva, con las modificaciones introducidas se ha puesto fin a la imposibilidad que existía hasta ahora de recurrir las decisiones administrativas adoptadas en esos temas, abriéndose, al mismo tiempo, la vía para acudir al Tribunal Constitucional antes de la celebración de los comicios. No obstante, consideramos insuficiente dicha modificación, pues sería conveniente que también fueran recurribles ante los tribunales las resoluciones relativas a las listas regionales o las candidaturas directas, algo que no parece posible en virtud de la legislación vigente[37].

2.2. *Control a posteriori sobre la validez de las elecciones al Bundestag*

2.2.1. Control parlamentario

Como ya señalamos, el artículo 41.1 de la Ley Fundamental de Bonn atribuye a la Cámara Baja el control sobre la validez de las elecciones generales. Dicho procedimiento se encuentra regulado en la Ley de Control Electoral –*Wahlprüfungsgesetz*–, cuyo artículo 1.1 dispone nuevamente que la competencia para pronunciarse sobre la validez o no de las elecciones parlamentarias corresponde al propio *Bundestag*, que determinará, en su caso, las consecuen-

[36] La relevancia de este precepto estriba en el hecho de que los partidos políticos que desde las anteriores elecciones hayan contado con al menos cinco escaños en el *Bundestag* o en un *Landtag* –Parlamento regional– de forma ininterrumpida, podrán presentar sus candidaturas directas y sus listas regionales sin necesidad de autorización especial ni de firmas de apoyo.

[37] En esa línea, OSCE, *Federal Republic of Germany, Elections to the Federal Parliament (Bundestag) 22. September 2013. OSCE/ODIHR Election Expert Team Final Report 16 December 2013*, consultado el 5 de marzo de 2014, edición digital, http://www.osce.org/odihr/elections/109518, pp. 9 y 10. En contra, Roth, «Subjektiver Wahlrechtsschutz…», *op. cit*., pp. 54 y 55.

cias de esa invalidez[38]. Todo ello, sin perjuicio del recurso que contra las resoluciones de aquél cabe interponer ante el Tribunal Constitucional Federal –artículo 41.2 de la Constitución alemana y artículo 13.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal –*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*–.

Asimismo, como consecuencia de la reforma del citado artículo 1 de la Ley de Control Electoral[39], a la facultad examinadora de la validez de las elecciones del *Bundestag* se le ha de sumar su capacidad para resolver los recursos relativos a la vulneración de ciertos derechos durante la preparación y la celebración de esos comicios, siempre y cuando sean susceptibles del control electoral del artículo 41 de la Carta Magna[40]. Esos derechos serán, principalmente, los de sufragio activo y pasivo previstos en el artículo 38.2 de la misma Norma[41], siendo la decisión de la Cámara Baja igualmente recurrible ante el Tribunal Constitucional Federal, en virtud de los citados artículos 41.2 de la Constitución alemana y 13.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

Dentro del *Bundestag*, la labor decisoria se encuentra *de facto* delegada en la ya aludida Comisión de Verificación Electoral[42], pese a que el artículo 3.1 de la Ley de Control Electoral solamente señala que dicho organismo «prepara» la decisión del *Bundestag*[43]. A este respecto, y en virtud del artículo 13.1 de la misma norma, la propuesta de resolución realizada por aquélla deberá ser aprobada por mayoría simple de la Cámara Baja, siendo habitual que el Tribunal Constitucional Federal respalde el criterio adoptado[44].

---

[38] Artículo 1.2 de la misma norma.

[39] De 19 de julio de 2012.

[40] Por su parte, el apartado segundo de ese artículo 41 establece que, en caso de que se declaren inválidas unas elecciones, deberán señalarse las consecuencias derivadas de ello. A ello hay que añadir, a raíz de la reforma de 12 de julio de 2012, que, cuando durante la preparación o celebración de las elecciones se vulneren los derechos de una persona o de un determinado grupo de personas, el *Bundestag* deberá reconocer dicha violación aunque las elecciones no hayan sido invalidadas.

[41] Tal y como se señala en el proyecto de Ley para la mejora de la protección de derechos en el ámbito electoral –*Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen*–, que dio lugar a la reforma electoral.

[42] Órgano que, como ya apuntamos y nos vuelve a recordar Zeh, W., «Das Auschußsystem im Bundestag», en *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Schneider, H. P., y Zeh, W. (dirs), Gruyter, Berlín, 1989, p. 1096, es creado, además de para calificar las elecciones, para todo lo relativo a la inmunidad y reglamento interno del *Bundestag*.

[43] Rauber, D. N., *Wahlprüfung in Deutschland: materiell-rechtliche Maßstäbe für die Wahlprüfung bei Parlamentswahlen und Wahlen auf kommunaler Ebene*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 44.

[44] De hecho, tal y como queda puesto de manifiesto en OSCE, *Federal Republic of Germany, Elections to the Federal Parliament (Bundestag) 22. September 2013. OSCE/ODIHR Election Expert Team Final Report…*, op. cit., p. 11, el Tribunal Constitucional Federal nunca ha dictado resolución alguna en relación con la asignación de escaños, si

Ahora bien, en caso de que la decisión final de la Comisión de Verificación Electoral no tenga lugar en tiempo razonable[45], se podrá prescindir de esta primera instancia y acudir al Tribunal Constitucional Federal[46]. Es importante señalar que, cuando exista alguna duda acerca de la constitucionalidad de cualquier norma electoral, la hipotética declaración de inconstitucionalidad de la misma no le corresponde ni al *Bundestag* ni a su organismo electoral específico, sino al Tribunal Constitucional Federal[47].

En cuanto a su composición[48], y según el artículo 3 de la Ley de Control Electoral, aquella Comisión se encuentra integrada por nueve diputados elegidos por el pleno, nueve sustitutos de los primeros y un asesor por cada grupo parlamentario representado en ella, no siendo estos últimos considerados miembros de la misma. Además, cabe la posibilidad de que una comisión compuesta por miembros de diferentes grupos parlamentarios sin representación en la Comisión de Verificación Electoral nombre a un nuevo integrante de la misma, el cual únicamente gozará de funciones de asesoramiento[49]. En cuanto a la designación del presidente y de su sustituto, será elegido por mayoría simple de entre sus miembros, deshaciendo un hipotético empate el integrante de mayor antigüedad[50].

Por otro lado, para que dicho órgano pueda aprobar las decisiones que luego serán promulgadas por el *Bundestag*, y susceptibles, a su vez, de ser recurridas ante el Tribunal Constitucional Federal, se exige mayoría simple y un quórum de constitución de la mitad de sus integrantes[51].

---

bien, en ocasiones, ha recomendado al *Bundestag* la revisión de ciertas previsiones legales en relación con los derechos electorales.

[45] Como señala HORN, H. D., «Muß die Wahlprüfung Sache des Bundestages sein?: überlegungen zu einer überfälligen Revision», en *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee,* Müller, Heidelberg, 2007, pp. 424 y 425, ni la Constitución ni la WahlPrG establecen un plazo dentro del cual el *Bundestag* debe pronunciarse, llegando en la práctica a tardar más de un año en hacerlo. MEYER, H., «Der Überhang und anderes Unterhaltsame aus Anlaß der Bundestagswahl», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, núm 77, 1994, p. 353, tacha de «escándalo para un Estado de Derecho» la regulación jurídica y aplicación práctica del procedimiento de calificación electoral previsto en el artículo 41 GG. Más en HOPPE, W., «Die Wahlprüfungsverfahren durch den Bundestag (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG)– ein «Wahlprüfungsvehinderungsverfahren?»», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, nº. 111, 1996, pp. 344 a 347.

[46] ROTH, G., «Zur Durchsetzung der Wahlrechtsgrundsätze vor dem Bundesverfassungsgericht», en *Deutsches Verwaltungsblatt,* nº. 113, Heymann, Köln, 1998, p. 215.

[47] SIMM, «La calificación de las elecciones…» en *op. cit.,* p. 119.

[48] Que será reflejo de la representación existente en el *Bundestag.*

[49] Artículo 3.2 de la Ley de Control Electoral. Sobre esto, véase LINDNER, R., en OROZCO-HENRÍQUEZ, J., (dir.), *Electoral Justice: The International IDEA Handbook,* International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2010, p. 71.

[50] Artículo 3.3 de la Ley de Control Electoral.

[51] Artículo 4 de la Ley de Control Electoral.

Respecto a la duración del mandato de los miembros de este órgano electoral especial del *Bundestag*, su coincidencia con la de la legislatura puede dar lugar a una situación controvertida, en tanto en cuanto los nuevos miembros de aquélla deberán decidir sobre la legalidad de unas elecciones que son las mismas que les han aupado a los puestos que ostentan. Así, no sería descartable la aparición de conflictos de intereses que impidieran la objetividad de la decisión a tomar, minando por consiguiente la confianza en el sistema de control electoral[52].

No obstante, es importante recordar que la regulación llevada a cabo por la Ley de Control Electoral en cuanto a la permanencia en el cargo de los miembros de la Comisión de Verificación Electoral es más proteccionista que la prevista en el artículo 57.2 del Reglamento del *Bundestag* para los integrantes de las distintas comisiones de esa cámara. Y ello, porque dicho precepto, además de prever el nombramiento de los miembros de las comisiones del *Bundestag* y de sus sustitutos a cargo de los grupos parlamentarios, reserva a estos últimos un derecho a revocar tal nombramiento, algo que no ocurre en el caso de los integrantes de aquella Junta[53].

En cuanto a la legitimación para acudir a ella, el artículo 2.2 de la Ley de Control Electoral determina que podrá hacerlo cualquier persona o grupo de personas con derecho a voto[54], así como cualquier Director Electoral del Land, el Director Electoral Federal –cuando exista un interés público en la calificación de los comicios–[55], e incluso el Presidente del *Bundestag*[56], dentro de los dos meses posteriores a la celebración de las elecciones[57]. Y, para

[52] OSCE, *Bundesrepublik Deutschland, Wahl zum deutschen Bundestag 27. September 2009. Bericht der OSZE/ODIHR–Wahlbewertungsmission (Election Assessment Mission)…*, *op. cit.*, p. 23.

[53] RAUBER., *Wahlprüfung in Deutschland: materiell-rechtliche...*, *op. cit.*, p. 45.

[54] Como señala SEIFERT, *Bundeswahlrecht, op. cit.*, p. 382, se incluyen a los partidos políticos, no así a los grupos parlamentarios.

[55] *Ibid.*

[56] Pensado fundamentalmente para las impugnaciones relativas a los mandatos –como apuntamos ya en la nota al pie número cuatro, el *Bundestag* decide también sobre la pérdida de la condición de parlamentario–.

[57] Tal y como se apunta en OSCE, *Federal Republic of Germany, Elections to the Federal Parliament (Bundestag) 22. September 2013. OSCE/ODIHR Election Expert Team Final Report…*, op. cit., pp. 10 y 11, la razón que esgrimen las autoridades para no permitir la impugnación de las elecciones con anterioridad a su celebración estriba en que, de ser eso posible, habría de suspenderse todo el proceso electoral hasta que se hubiera resuelto el recurso en cuestión, no siendo ello ni razonable ni proporcional. Y es que, sin ir más lejos, el *Bundestag* tardó dos años en resolver las 163 reclamaciones interpuestas ante él en relación con las elecciones de 2009. Sobre el objeto de las mismas, véase DEUTSCHER BUNDESTAG, *Ausschuss für Wahlprüfung, Inmunität und Geschäftsordnung. Bilanz der Tätigkeit des 1. Ausschusses. 17. Wahlperiode (2009-2013)*, p. 11, consultado el 13 de marzo de 2014, edición digital, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschues-

poder presentar una impugnación tanto ante la Comisión de Verificación Electoral como ante el Tribunal Constitucional Federal, es imprescindible para su estimación precisar el error electoral en cuestión[58].

2.2.2. *Control por el Tribunal Constitucional Federal*

Teniendo en cuenta la desconfianza que podría generar dicho control parlamentario, la Constitución de 1949 reserva a un órgano neutral e independiente la decisión final sobre la validez o no de los comicios, compensándose el «error» cometido al atribuir, en primera instancia, dicha competencia al *Bundestag*[59]. Así, tal y como acabamos de ver, la decisión de la Comisión de Verificación Electoral podrá ser recurrida ante el Tribunal Constitucional Federal, encargándose del asunto, según el artículo 14.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, su Sala segunda[60], la cual decidirá si la decisión adoptada por aquel organismo parlamentario es correcta o no. En este sentido, no cabrá la posibilidad de incluir en el recurso motivos de impugnación no apuntados en el interpuesto ante la citada Comisión[61].

En cuanto a los sujetos legitimados para recurrir la decisión del *Bundestag* ante el Tribunal Constitucional Federal, ya sea acerca de la validez de las elecciones generales o sobre la vulneración de derechos aludida, podrá hacerlo un grupo parlamentario, una décima parte de los diputados, así como un particular o grupo de personas. Hasta hace bien poco, para la presentación de un recurso por parte de un individuo –a diferencia de ahora, los colectivos carecían de tal facultad–, era necesaria la presentación de cien firmas de personas con derecho a voto. Sin embargo, dicha exigencia fue eliminada tras la reforma del artículo 48.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, como consecuencia, a su vez, de la modificación del artículo 1.1 de la Ley de Control Electoral, el cual, como se ha dicho, autoriza al *Bundestag* a pronun-

---

se18/a01/Downloads/Bilanz_des_1__Ausschusses_17__WP.pdf. Por otra parte, el informe OSCE, *Federal Republic of Germany, Elections to the Federal Parliament (Bundestag) 22 September 2013. OSCE/ODIHR Needs Assessment Mission Report…*, *op. cit.*, p. 8, critica el hecho de que no se publicaran todos los documentos relacionados con esos recursos, con lo que ello conlleva desde el punto de vista de la transparencia.

[58] SIMM, «La calificación de las elecciones…» *op. cit.,* p. 118.

[59] ISENSEE, J., «Zwischen Amtsethos und Parteibindung», en *Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache,* Zeitschrift für Parlamentsfragen, nº. 31, Westdeutscherverlag, Wiesbaden, 2000, p. 421.

[60] Como establece el artículo 2 de la misma norma, el Tribunal Constitucional Federal está compuesto por dieciséis magistrados, los cuales se hallan divididos en dos salas a partes iguales.

[61] SEIFERT, K. H., Y HÖMIG, D., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 1991, p. 253.

ciarse no sólo sobre la validez de las elecciones sino también sobre la vulneración de determinados derechos[62].

Sobre la valoración que nos merece la exigencia del apoyo de terceras personas para poder impugnar, varía en función de si nos referimos al tiempo anterior a la modificación del artículo 1.1 de la Ley de Control Electoral[63] o al momento actual, en el que el objeto de la reclamación puede ser ya un derecho individual. En cuanto al primero, la misión de la OSCE ya había sugerido en 2009 la necesidad de modificar la regla en cuestión, al entender que la potestad de un particular para recurrir a la justicia no debía depender del apoyo de terceros[64]. Sin embargo, en nuestra opinión, si bien es cierto que el hecho de requerir esas cien firmas podía ser considerado como un obstáculo para la eficacia del derecho de impugnación, no ocurría tal cosa en ese contexto, ya que lo que había de dirimirse no era la supuesta violación del derecho de un particular sino la legalidad de las elecciones en sí[65]. Ello sin perjuicio de que, aunque de manera indirecta, la vertiente subjetiva de este derecho también se viera protegida, si bien en menor medida[66].

---

[62] Por su parte, el también modificado artículo 48.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal dispone que, si del examen de un recurso interpuesto por una persona o un grupo de personas con derecho a voto resulta que ha habido vulneración de sus derechos, el Tribunal Constitucional deberá apreciar dicho extremo pese a que no invalide las elecciones.

[63] Sobre ello también habla ROTH, «Subjektiver Wahlrechtsschutz…», *op. cit*., p. 56. Como apunta SEIFERT, *Bundeswahlrecht,* op. cit., p. 76, no están legitimados para ello los partidos políticos.

[64] OSCE, *Bundesrepublik Deutschland, Wahl zum deutschen Bundestag 27. September 2009. Bericht der OSZE/ODIHR–Wahlbewertungsmission (Election Assessment Mission)…*, op. cit., p. 23.

[65] Es decir, la protección del derecho objetivo. En el mismo sentido, MISCHAK, J., *Die kommunale Wahlprüfung…,* op. cit., p. 273.

[66] SCHREIBER, W., «Das Bundesverfassungsgericht als Wahlprüfungsgericht: eine Analyse der jüngeren Wahlprüfungsrechtlichen Spruchpraxis zu Wahlen zum Deutschen Bundestag», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, nº. 125, 2010, Köln, p. 611. En esa línea, HORN, «Muß die Wahlprüfung...?», *op. cit*., p. 427; MEYER, H., «Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung», en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, Müller, Heidelberg, 2005, p. 597; ROTH, «Subjektiver Wahlrechtsschutz…», *op. cit*., pp. 63 a 68; SEIFERT, *Bundeswahlrecht, op. cit*., p. 77; y SIMM, «La calificación de las elecciones…», *op. cit.,* p. 119, quien entiende que la verdadera función de la calificación de las elecciones, no es la de «proteger los derechos subjetivos del elector, de los candidatos, o de los partidos», sino que únicamente se trata del «derecho objetivo electoral de asegurar la integración del Parlamento en una forma legal». Por su parte, MISCHAK, J., *Die kommunale Wahlprüfung...,* op. cit., pp. 271 y 272, ya discrepaba antes de la reforma, apuntando que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional había roto ya, a este respecto, con su posicionamiento tradicional, de manera que el objetivo no era sólo la protección del derecho subjetivo de sufragio.

De esta forma, era más que probable que, si efectivamente el proceso electoral no se había desarrollado dentro de la legalidad, dichas dudas las mantuviera una pluralidad de personas y no sólo un ciudadano, por lo que la obtención de cien firmas adicionales no debía suponer mayor inconveniente de cara a la impugnación de los comicios[67]. Asimismo, dicho requisito evitaba un uso abusivo de este mecanismo de control por parte de cualquier ciudadano que pudiera estar simplemente descontento con la orientación ideológica de la formación política ganadora. En otras palabras, constituía un filtro que evitaba la acumulación de trabajo para el *Bundestag* y el Tribunal Constitucional Federal en relación con unas impugnaciones, las relativas a la legalidad de las elecciones, que es fundamental que sean resueltas a la mayor brevedad posible.

En la actualidad, sin embargo, el razonamiento anterior no es del todo válido. Y ello porque, como acabamos de adelantar, tras la modificación de los artículos 1 de la Ley de Control Electoral y 48 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, también determinados derechos subjetivos son objeto de protección tanto por parte del *Bundestag* como del Tribunal Constitucional Federal. Por este motivo, la exigencia de esas firmas para el reconocimiento del mismo se antojaría excesiva a todas luces, no en cambio en relación con la calificación de las elecciones, donde esa restricción habría podido seguir siendo muy útil de cara a la prevención de una utilización excesiva de esta vía de impugnación de los comicios.

Una vez descrito el sistema de control de las elecciones generales, es de recibo preguntarse acerca de la conveniencia o no del mismo[68]. Pues bien, nosotros entendemos que se corre el riesgo de que el Parlamento carezca de la imparcialidad necesaria para llevar a cabo, por un lado, un control de los requisitos objetivos de legalidad del proceso electoral y, por otro, una adecuada protección de los derechos tanto de los votantes como de los partidos políticos[69]. Por esta razón, estamos con quien afirma que, aunque ésta no es una cuestión nueva, la necesidad de darle una respuesta ha crecido notablemente con el paso del tiempo[70].

---

[67] De forma parecida se pronuncia MISCHAK, J., *Die kommunale Wahlprüfung…, op. cit.,* p. 273.

[68] SIMM, «La calificación de las elecciones…» *op. cit.,* p. 116, pertenece al sector doctrinal minoritario que entiende que la forma actual de calificación de elecciones satisface las exigencias presentes».

[69] ISENSEE, «Zwischen Amtsethos…», *op. cit*., p. 402 y ss. Sobre la neutralidad en la calificación de los comicios, SCHULTE, M., Y ZEH, W., «Der Auschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung», en SCHNEIDER, H. P. Y ZEH, W. (dir.) *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Gruyter, Berlín, 1989, pp. 1165 y 1166.

[70] HORN, H. D., «Muß die Wahlprüfung Sache des Bundestages sein?: überlegungen zu einer überfälligen Revision», *op. cit.*, p. 423, quien se pregunta sobre la conveniencia de reformar el artículo 41 de la Constitución alemana –el cual establece, como ya se ha

Un argumento esgrimido a favor del cambio, que sigue la línea de lo apuntado anteriormente, y con el que estamos totalmente de acuerdo, se refiere al hecho de que este control parlamentario establecido en la Constitución choca frontalmente con el principio *nemox iudex in causa*, por el cual un juez no podrá tomar parte en un proceso en el que tenga intereses personales[71]. A este respecto, aunque nos hallemos fuera del ámbito judicial[72] y como ya hemos sostenido antes, un parlamentario no debería participar en la calificación de unos comicios cuyo resultado puede apartarle del cargo que ocupa, dado que la valoración que hará de aquéllos es susceptible de verse influenciada por intereses personales y partidistas[73]. Y, por ello, hay autores que entienden que la atribución de la facultad de decisión al *Bundestag* convierte en previsible su pronunciamiento acerca de la validez de las elecciones[74], pues se suelen desestimar todas las impugnaciones electorales presentadas ante la Cámara Baja[75].

Sobre las posibles alternativas a este modelo, HORN realiza una muy interesante exposición de las distintas opciones a seguir. En concreto, nos recuerda cómo un sector doctrinal aboga por traspasar la potestad de calificación de las elecciones a órganos judiciales[76]. No obstante, continúa, volver al modelo instaurado en la República de Weimar –el Tribunal Electoral ya descrito, compuesto por dos jueces y tres parlamentarios– no es una opción, en tanto en cuanto atribuir a un órgano mixto la decisión última sobre la validez de las elecciones iría en contra de lo establecido en el artículo 92 de la Constitución alemana, el cual establece que la potestad jurisdiccional corresponde únicamente a los jueces. De la misma forma, crear al abrigo del

dicho en más de una ocasión, que el control de las elecciones recae en el Bundestag– con el objetivo de poner fin a la crítica descrita.

[71] *Ibid.* En el mismo sentido se pronuncia ISENSEE, «Zwischen Amtsethos…», *op. cit.*, p. 420.

[72] Aunque, como vemos en *Ibid.*, el proceso que sigue la Comisión de Verificación Electoral para realizar la propuesta de decisión del *Bundestag* acerca de la calificación de las elecciones ha sido configurado de tal manera que se asemeja a un proceso judicial. En el mismo sentido, KRETSCHMER, G., «Walhprüfung», en *Parlaments*recht und Parlamentspraxis, dir. SCHNEIDER, H.P., y ZEH, W., Gruyter, Berlín, 1989, p. 441.

[73] Teniendo en cuenta esta circunstancia es entendible la gran demora por parte del *Bundestag* a la hora de pronunciarse al respecto, y así lo entiende ISENSEE, «Zwischen Amtsethos…», *op. cit.*, p. 421, al preguntarse «¿por qué deberían darse prisa los diputados?».

[74] HORN, «Muß die Wahlprüfung...?», *op. cit.*, p. 424; e ISENSEE, «Zwischen Amtsethos…», *op. cit.*, p. 420.

[75] Al respecto, *Ibid.*, y OSCE, *Bundesrepublik Deutschland, Wahl zum deutschen Bundestag 27. September 2009. Bericht der OSZE/ODIHR–Wahlbewertungsmission (Election Assessment Mission)…*, *op. cit.*, p. 23.

[76] HORN, «Muß die Wahlprüfung…?», *op. cit.,* p. 435. En esa línea, señala que el hecho de que esta propuesta no haya tenido éxito hasta el momento no es motivo para pensar que no es necesario despojar al Parlamento de tal competencia, estableciendo un sistema más acorde con un Estado democrático como es el alemán.

artículo 101.2[77] de dicha Norma un tribunal especial fuera del ámbito del Tribunal Constitucional Federal contradiría el principio por el cual dicho órgano ostenta la competencia para conocer de los asuntos estatales. En cuanto a la posibilidad de que dicho tribunal especial estuviera compuesto sólo por miembros del Tribunal Constitucional Federal, también sería de dudosa legalidad en el sentido de que chocaría con la estructura unitaria de dicho órgano y con el principio de dedicación exclusiva de los magistrados que lo integran[78].

Por otra parte, la hipotética atribución al Presidente de la República de la potestad de calificar en primera instancia las elecciones exigiría la reforma de la Constitución, concretamente del primer inciso del artículo 41.1[79]. Del mismo modo, habría que modificar el artículo 41.2 de la Carta Magna, de manera que contra la decisión del Jefe de Estado cupiera la interposición de un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal[80].

Según una parte de la doctrina alemana, la solución pasaría por acabar con el «control en dos niveles» existente en la actualidad y atribuir la facultad de calificación electoral, en exclusiva, al Tribunal Constitucional Federal, opción que es descartada debido a la gran carga de trabajo que padece[81]. No en vano, en 1997 se creó una comisión con el objetivo de proponer soluciones a la pérdida de funcionalidad que dicho órgano sufría como consecuencia de su saturación, señalándose la posibilidad, e incluso conveniencia, de restringir los supuestos en los que cabe acudir a él[82]. Concretamente, aquélla defendió la supresión de la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional Federal las decisiones dictadas por los órganos judiciales de los *Länder*[83] en relación con la validez o no de las elecciones regionales.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en las primeras ocasiones en las que se pronunció[84], reconoció su legitimación para conocer de los recursos interpuestos contra las decisiones dictadas por los diferentes órganos de los *Länder* en materia electoral, siempre y cuando lo que se estuviera dilucidando fuera si el resultado de las elecciones había sido consecuencia o no de la

[77] Dicho precepto viene a decir que los tribunales especiales sólo podrán ser creados mediante ley.

[78] HORN, «Muß die Wahlprüfung...?», *op. cit*., p. 435.

[79] El segundo, aún quedando intacto, atribuiría a dicho Presidente la facultad de decidir sobre todo lo relativo a la pérdida de la condición de miembro del *Bundestag*.

[80] HORN, «Muß die Wahlprüfung...?», *op. cit*., p. 436.

[81] *Ibid.*

[82] BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht der Komission*, Verlag, Bonn, 1998, pp. 124 a 126.

[83] Los *Landesverfassungsgerichte y Landeswahlprüfungsgerichte*.

[84] En Sentencia de 11 de octubre de 1972 –BverfGE 34, 81–, corroborada por Sentencia de 12 de diciembre de 1991 –BverfGE 85, 148–.

vulneración del derecho a la igualdad –en este caso, universalidad e igualdad del derecho de sufragio–, reconocido en el artículo 3.1 de la Constitución alemana. De esta forma, y a excepción del artículo 38[85] de la misma Norma, aplicable únicamente a las elecciones federales y europeas, ninguno de los demás preceptos constitucionales relativos al voto directo, libre y secreto[86] sería susceptible de ser invocado como motivo de recurso ante el Tribunal Constitucional, quedando, por tanto, muy limitada la posibilidad de impugnar el resultado de unas elecciones generales ante el Tribunal Constitucional Federal.

Por este motivo, la citada comisión propuso atribuir en exclusiva a los tribunales constitucionales de cada *Land* la decisión definitiva sobre la validez o no de los comicios celebrados en ese ámbito, de manera que se pudiera denunciar cualquier tipo de vulneración del derecho de sufragio –y no sólo la relativa a la igualdad–, y que la potestad del Tribunal Constitucional Federal quedara limitada al control normativo y a la resolución de impugnaciones contra normas electorales de los *Länder*. Pues bien, entendemos que esa idea fue respaldada por dicho Tribunal, el cual, en Sentencia de 16 de julio de 1998[87], comenzó señalando que, pese a que el artículo 38 de la Constitución alemana no es, como ya se ha dicho, aplicable a las elecciones de los *Länder*, su artículo 28 sí declara que los principios fundamentales relativos al carácter universal, directo, libre, igualitario y secreto del voto se encuentran igualmente vigentes en aquéllas, añadiendo que dicha prescripción debe ser respetada en las diferentes regulaciones electorales que se lleven a cabo en el ámbito regional y municipal. Sin embargo, y esto es clave, el Tribunal Constitucional Federal añadió que, pese a lo dicho, el segundo inciso del artículo 28.1 de la Norma Fundamental en ningún caso habilita a los particulares a interponer un recurso ante él.

Asimismo, dispuso en su fallo que, en atención a la autonomía de la que gozan los *Länder*, y en contraposición a lo tradicionalmente sostenido por su jurisprudencia, se restringe la utilización del artículo 3.1 de la Constitución alemana como vía para acudir al Tribunal Constitucional Federal. De esta forma, y en virtud del ya mencionado artículo 28.1 de dicha Norma, parece claro que cada *Land* será exclusivamente competente para resolver las impugnaciones que se puedan presentar contra la validez de unas elecciones municipales o regionales. Y, en el segundo párrafo del fallo, se establece que sólo cabrá acudir al Tribunal Constitucional Federal cuando en el *Land* en cuestión no se haya abierto ninguna vía de impugnación, en cuyo caso, aquél actuará de forma subsidiaria.

[85] Dicho precepto dispone que los miembros del Bundestag serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igualitario y secreto.

[86] Características de ese derecho igualmente mencionadas en el artículo 28 GG, dirigido a los *Länder*.

[87] BVerfGE 99,17.

Dicho lo cual, y dejando a un lado esta sentencia que puede gustar más o menos, de lo que no cabe duda es que resulta aconsejable despojar al poder legislativo, de una vez por todas, de la potestad calificadora de las elecciones, atribuyéndola al poder judicial, tal y como sucede en nuestro país[88]. De esta forma, no se arrebataría al Tribunal Constitucional su condición de instancia definitiva en este asunto y todo lo relativo a la calificación de los comicios quedaría en manos de órganos jurisdiccionales ordinarios y constitucionales. El objetivo de ello no es otro que lograr la mayor neutralidad posible a la hora de adoptar una decisión tan trascendental como es la relativa a la validez o no de unos comicios. Además, con el establecimiento de un procedimiento preferente y sumario, podría ponerse fin al gran inconveniente que suele acompañar a todo proceso judicial, el de su enorme dilación[89].

3. CONCLUSIONES

I. La forma en que se encuentra configurado el sistema de control electoral vigente en Alemania responde a la gran confianza existente en el buen hacer de sus instituciones ordinarias, pues éstas ostentan facultades de resolución de determinadas reclamaciones que puedan presentarse en el marco de dicho proceso.

Centrándose el presente trabajo en el modelo de control de elecciones aplicable a las elecciones generales, es preciso apuntar que cada *Land* cuenta con un régimen que, pese a las diferencias más o menos relevantes que puedan existir con respecto a la regulación central, suele estar inspirado en la Ley Electoral Federal. Asimismo, no debe perderse de vista el hecho de que estos *Länder* se encuentran en la obligación de respetar los principios electorales de sufragio universal, directo, libre, igual y secreto del artículo 28.1.2 de la Constitución alemana, algo que, unido al sistema de partidos vigente, asegura el carácter homogéneo y transversal del sistema electoral.

II.I. En cuanto al modelo de control electoral previo a la celebración de las elecciones, en la cúspide se halla la Comisión Electoral Federal, compuesta por el Director Electoral Federal como Presidente, ocho miembros del *Bundestag* y dos magistrados del Tribunal Federal Contencioso-Administrativo. Asimismo, cada *Land* cuenta con su propia Comisión Electoral, integra-

[88] Sin perjuicio, claro, de las garantías electorales de la jurisdicción constitucional previstas en los artículos 49.3 y 114.2 LOREG.

[89] Y es que, como afirma HORN, «Muß die Wahlprüfung...?», *op. cit*., p. 437, «sólo el Derecho rápido es buen Derecho». En este sentido, ROTH, «Subjektiver Wahlrechtsschutz…», *op. cit*., p. 55 apunta que tal demora afecta a la eficacia del derecho subjetivo a voto, en el sentido de que, si la impugnación electoral es exitosa, la reparación del daño será únicamente *ex nunc*. Y así, cuanto más se dilate el examen de la validez de los comicios, mayor será la desconfianza en los mismos.

da por el Director Electoral del Land, que la preside, seis vocales nombrados por él y dos magistrados del Tribunal Contencioso-Administrativo del propio *Land*, constituyendo la incorporación de estos dos miembros del Poder Judicial, como la de los dos anteriores, un importante reforzamiento de las garantías relativas al proceso electoral. A continuación está la Comisión Electoral de Distrito, compuesta por el Director Electoral de Distrito correspondiente y seis vocales nombrados por él. A todos estos órganos se suman las mesas electorales, cada una de las cuales está compuesta por un presidente de mesa, su representante, y por un número de vocales nombrados por aquél, entre personas con derecho a voto, que oscilará ente los tres y los siete. Por último, y con la misión de determinar el resultado del voto por correo, intervienen, al menos, un Presidente Electoral y un Comité Electoral por cada distrito electoral –artículo 9.2 de la Ley Electoral Federal–.

Dicho lo cual, sorprende el hecho de que todos estos directores y presidentes sean designados directa o indirectamente por autoridades gubernativas, en claro contraste con lo que sucede en nuestro país, donde el Gobierno en ningún caso puede designar a miembros de la Administración electoral –entendiendo que la Oficina del Censo Electoral no forma parte de la misma–. Pero también hay que destacar la incorporación, al estilo de lo que sucede en España, de personas procedentes de la carrera judicial tanto a la Comisión Electoral Federal como a la Comisión Electoral de cada Land, algo inédito hasta la reforma electoral alemana de 12 julio de 2012, y que contribuye a fortalecer la imagen de objetividad e imparcialidad de esos órganos.

II.II. Respecto a los actos susceptibles de recurso antes de la celebración de los comicios, y refiriéndonos, en primer lugar, a la vía administrativa, el abanico de opciones es muy reducido. En concreto, únicamente son impugnables los actos relativos al censo, así como a las papeletas electorales, las candidaturas directas, y las listas regionales –artículos 22, 31, 35 y 40 del Reglamento Electoral Federal, respectivamente– Por ello, somos de la opinión de que sería aconsejable extender a otras materias esa posibilidad –por ejemplo, en relación con los actos de los medios de comunicación de titularidad pública–, no teniendo por qué implicar ello una carga excesiva para el sistema.

En segundo término, y en cuanto a los recursos ante el Tribunal Constitucional Federal, la tradicional imposibilidad de impugnar decisiones y actos de la Administración electoral contrarios a la ley ha sido subsanada, al menos en parte. Y ello, porque la reforma electoral de 2012 introdujo el recurso ante el Alto Tribunal contra las decisiones de la Comisión Electoral Federal, en relación con la exigencia de representación ininterrumpida de los partidos políticos del artículo 18.4, apartado 1, número 1 de la Ley Electoral Federal; y con respecto al reconocimiento de una formación como partido de cara a

las elecciones –artículo 18.4, apartado 1, número 2 de la misma norma–. Esta última posibilidad también fue prevista mediante la reforma del artículo 93.1 número 4c de la Ley Fundamental de Bonn, obrada ese mismo año.

Pues bien, pese a este avance significativo, somos de la opinión de que la lista de actos y decisiones recurribles ante los tribunales también requiere de una ampliación, por ejemplo, en relación con las decisiones relativas a la aceptación o rechazo de las listas regionales y de las candidaturas directas.

III. Refiriéndonos ahora a las garantías *a posteriori*, el examen sobre la validez de las elecciones corresponde al *Bundestag* –que delega tal labor en la Comisión de Verificación Electoral– sin perjuicio, eso sí, de que sus decisiones puedan ser recurridas ante el Tribunal Constitucional Federal, que resuelve de forma definitiva –artículo 41 de la Constitución alemana–. A este respecto, el objeto de control ha dejado de ser estrictamente objetivo, y es que, a la posibilidad de impugnar los comicios ante aquélla, primero, y posteriormente, ante el Tribunal Constitucional Federal, se ha añadido la opción de denunciar ante los mismos órganos la vulneración de ciertos derechos durante la preparación y la celebración de dichas elecciones. Por eso, la eliminación en 2012 de la exigencia de acompañar con cien firmas el recurso contra la decisión del *Bundestag* nos parece acertada, si bien únicamente en relación con los recursos contra la vulneración de derechos, pues entendemos que dicho requisito constituía un filtro muy útil cuando la reclamación se refería a la validez de los comicios.

En relación con este sistema de control en dos niveles, ya hemos expresado nuestro desacuerdo con el hecho de que sea el *Bundestag*, órgano con evidentes intereses directos en el asunto, quien en primer lugar deba pronunciarse al respecto, por mucho que la decisión definitiva le corresponda al Tribunal Constitucional Federal.

Un último reproche a realizar es el relativo a la gran dilación en el tiempo que tras las elecciones sufre la tramitación de los recursos, tanto por parte de la Comisión de Verificación Electoral como del Tribunal Constitucional Federal. Y es que, de ser estimado alguno de los recursos interpuestos con posterioridad a las elecciones, no quedaría más remedio que declarar la invalidez de las mismas y convocar unas nuevas para subsanar los vicios observados.

Sea como fuere, y pese a que el sistema de control alemán tiene, a nuestro modo de ver, y como acabamos de señalar, aspectos que deberían ser modificados, es preciso reconocer que su correcto funcionamiento en la práctica está fuera de toda duda. Y en este sentido, tanto la opinión pública alemana como la gran mayoría de los partidos políticos poseen una plena confianza en el correcto proceder de los principales órganos electorales apreciados, por su buena organización, transparencia y eficiencia.

4. BIBLIOGRAFÍA

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht der Komission*, Verlag, Bonn, 1998.

DEUTSCHER BUNDESTAG, *Ausschuss für Wahlprüfung, Inmunität und Geschäftsordnung. Bilanz der Tätigkeit des 1. Ausschusses. 17. Wahlperiode (2009-2013)*, pág. 11, consultado el 13 de marzo de 2014, edición digital, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a01/Downloads/Bilanz_des_1__Ausschusses_17__WP.pdf.

GÓMEZ VARELA, C. V. Y BRAHMS GÓMEZ, J. L., «Alemania», en CORONA NAKAMURA, L. A. Y MIRANDA CAMARENA, A. J. (comps.) *Derecho electoral comparado*, Marcial Pons, Madrid, 2012 págs. 21-50.

HOPPE, W., «Die Wahlprüfungsverfahren durch den Bundestag (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 GG)- ein «Wahlprüfungsvehinderungsverfahren»?», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 111, 1996, págs. 344-347.

HORN, H.D., «Muß die Wahlprüfung Sache des Bundestages sein?: überlegungen zu einer überfälligen Revision», en *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee,* Müller, Heidelberg, 2007, págs. 423-439.

ISENSEE, J., «Zwischen Amtsethos und Parteibindung», en *Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache,* Zeitschrift für Parlamentsfragen, núm. 31, Westdeutscherverlag, Wiesbaden, 2000, págs. 402-424.

KRETSCHMER, G., «Walhprüfung», en *Parlaments*recht und Parlamentspraxis, dir. Schneider, H.P., y Zeh, W., Gruyter, Berlín, 1989, págs. 441-465.

LINDNER, R., en OROZCO-HENRÍQUEZ, J., (dir.), *Electoral Justice: The International IDEA Handbook,* International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2010.

MEYER, H., «Der Überhang und anderes Unterhaltsame aus Anlaß der Bundestagswahl», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, núm 77, 1994, págs. 312-362.

——— «Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung», en *Handbuch des Staatsrechts*, vol. III, Müller, Heidelberg, 2005, págs. 543-603.

MISCHAK, J., *Die kommunale Wahlprüfung, Schriften zum deutschen und europäischen öffentlichen Recht*, Peter Land, Frankfurt am Main, 2008.

OSCE, *Federal Republik of Germany, Elections to the Federal Parliament (Bundestag) 27. September 2009. OSCE/ODHIR Needs Assessment Mission Report 15-17 july 2009*, pág. 10, edición digital, http://www.osce.org/odihr/elections/germany/38397.

——— *Bundesrepublik Deutschland, Wahl zum deutschen Bundestag 27. September 2009. Bericht der OSZE/ODIHR-Wahlbewertungsmission (Election Assessment Mission) 14. Dezember 2009*, edición digital, http://www.osce.org/de/odihr/elections/germany/40879.

——— *Federal Republic of Germany, Elections to the Federal Parliament (Bundestag) 22 September 2013. OSCE/ODIHR Needs Assessment Mission Report 15 july 2013*, edición digital, http://www.osce.org/odihr/elections/103583.

——— *Federal Republic of Germany, Elections to the Federal Parliament (Bundestag) 22. September 2013. OSCE/ODIHR Election Expert Team Final Report 16 December 2013*, edición digital, http://www.osce.org/odihr/elections/109518.

PASCUA MATEO, F., *La Administración Electoral*, INAP, Madrid, 2007.

RAUBER, D. N., *Wahlprüfung in Deutschland: materiell-rechtliche Maßstäbe für die Wahlprüfung bei Parlamentswahlen und Wahlen auf kommunaler Ebene*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

ROTH, G., «Subjektiver Wahlrechtsschutz und seine Beschränkungen durch das Wahlprüfungsverfahren», en *Der verfaßte Rechtsstaat*, Müller, Heidelberg, 1998, págs. 54-68.

——— «Zur Durchsetzung der Wahlrechtsgrundsätze vor dem Bundesverfassungsgericht», en *Deutsches Verwaltungsblatt,* núm. 113, Heymann, Köln, 1998, págs. 214-219.

SCHREIBER W., «Wahlkampf, Wahlrecht und Wahlverfahren», en *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, dir. Schneider, H.P., y Zeh, W., Gruyter, Berlin, 1989, págs. 401-440.

——— «Das Bundesverfassungsgericht als Wahlprüfungsgericht: eine Analyse der jüngeren Wahlprüfungsrechtlichen Spruchpraxis zu Wahlen zum Deutschen Bundestag», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 125, 2010, Köln, págs. 609-618.

——— «Landtag, Landtagswahlrecht, Fraktionen, Opposition», en *Verfassungshandbuch Sachsen-Anhalt*, Nomos, Baden-Baden, 2004, págs. 152-202.

SEIFERT, K. H., *Bundeswahlrecht*, Verlag Vahlen, München, 1976.

SEIFERT, K. H., Y HÖMIG, D., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 1991.

SCHULTE, M., Y ZEH, W., «Der Auschuß für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung» en SCHNEIDER, H. P. y ZEH, W. (dir.) *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Gruyter, Berlín, 1989, págs. 1161-1181.

SIMM, E., «La calificación de las elecciones por el Parlamento Federal alemán», en *Evolución de la Justicia Electoral en México, en Alemania y en España,* TEPJF, México, 2003, págs. 115-122.

ZEH, W., «Das Auschußsystem im Bundestag», en *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, dir. Schneider, H.P., y Zeh, W., Gruyter, Berlín, 1989, págs. 1087-1102.

TITLE: The electoral control system in Germany

RESUMEN: Los procesos electorales desempeñan un papel fundamental en el funcionamiento de cualquier Estado democrático, pues es a través de ellos como se hace posible la alternancia en el poder. En este sentido, y teniendo en cuenta que la lucha por alcanzar tal objetivo suele dar lugar a tensiones y controversias, se antoja primordial la existencia de un sistema de control electoral que vele por el correcto desarrollo de los comicios, dando respuesta a las impugnaciones que por distintos motivos puedan presentarse. El presente trabajo se centra en el modelo de control instaurado en Alemania, principalmente para las elecciones federales, caracterizándose por poseer una configuración propia de aquéllos Estados en los que existe una gran confianza en el correcto proceder de las instituciones ordinarias.

PALABRAS CLAVE: democracia, elecciones, derechos fundamentales, control.

Abstract: Electoral processes play a key role in the functioning of any democratic State, because it is through them that the alternation of power is possible. In this sense, and considering that the pursuit of this goal often leads to tensions and disputes, a system of electoral control to ensure the proper conduct of the elections seems to be essential responding to challenges that for various reasons may arise. This work focuses on the control model introduced in Germany, mainly for the federal elections, characterized by having their own settings for those States in which there is great confidence in the correct behavior of ordinary institutions.

Keywords: democracy, elections, fundamental rights, control.

Recibido: 26.03.2014
Aceptado: 26.05.2014

VIDEOVIGILANCIA PRIVADA EN LUGARES DE ACCESO PÚBLICO Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS: EL CASO ALEMÁN

Ana Gude Fernández

Sumario: 1. Seguridad versus libertad: la videovigilancia. 2. Algunos apuntes acerca de la videovigilancia en Inglaterra y Alemania. 3. El objeto de estudio. 4. Marco jurídico europeo de la videovigilancia. 5. El § 6b de la ley federal de protección de datos. 5.1. *Introducción.* 5.2. *Regulación actual*. 5.3. *Ámbito de aplicación*. 5.3.1. Condiciones de la observación. 5.3.2. Lugar público. 5.3.3. Equipos ópticos electrónicos. 5.3.4. Supuestos excluidos. 6. Licitud de la observación. 7. Ponderación de los intereses en juego. 8. Obligación de señalización. 9. Obligación de comunicación. 10. Tratamiento y utilización de los datos. 11. Control previo. 12. Obligación de cancelación de los datos. 13. Derecho de los länder. 14. Conclusiones.

1. SEGURIDAD VERSUS LIBERTAD: LA VIDEOVIGILANCIA

La libertad y la seguridad son bienes constitucionales de primer orden en la medida que constituyen un presupuesto indispensable para el efectivo disfrute y cumplimiento de todos los demás. Los textos constitucionales y las declaraciones de derechos afirman que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad, sin embargo, se trata de un principio de no fácil realización. En la práctica se presentan como un binomio en constante tensión[1], en donde siempre es necesario sacrificar en mayor o menor medida una de sus partes.

Los dos derechos constitucionales en juego deben ser ponderados con el fin de buscar un equilibrio entre ellos para lograr que los medios utilizados para su tutela no causen un deterioro al propio Estado. Estas valoraciones se

[1] Franklin, B. «Quien limita la libertad para ganar seguridad, perderá al final ambas».

han de realizar, en primer término, por el legislador, que debe pronunciarse necesariamente a propósito de las técnicas que puedan suponer una restricción de derechos. A continuación, los jueces y el órgano administrativo autorizante, intervendrán con un importante papel, enjuiciando la adecuación de las medidas potencialmente limitativas.

En la actualidad, el uso de las modernas tecnologías y, en particular, la aplicación de los sistemas de videovigilancia para garantizar la seguridad han contribuido a la prevención y persecución del delito, pero al mismo tiempo, no cabe duda de que han sido una fuente generadora de problemas: sus indudables ventajas han supuesto en muchos casos un sacrificio excesivo de no pocos derechos y libertades[2].

La captación y/o el tratamiento de imágenes con fines de observación es una práctica muy extendida en nuestra sociedad y se ha convertido en una alternativa clara a la vigilancia humana durante las 24 horas, que hoy resulta imposible de mantener por el elevado coste económico que supondría. El desarrollo de la electrónica y con ella de los sistemas de control ha permitido la instalación de cámaras en múltiples ámbitos o eventos, como son, por ejemplo, los lugares dedicados al transporte público; las concentraciones multitudinarias, los encuentros deportivos o las grandes manifestaciones; los locales dedicados a exposiciones de mercancías o de objetos de gran valor económico; las grandes superficies comerciales, etc.

La prevención de incidentes junto con la seguridad han sido dos de los principales objetivos que se pretenden alcanzar con el emplazamiento de estos equipos técnicos, cuyas imágenes pueden ser observadas en directo pero cada vez más son analizadas por un *software* especializado. Los empresarios acuden también a estos nuevos métodos para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones y deberes laborales. Finalidades todas ellas dignas de protección jurídica pero que obviamente han de satisfacerse cumpliendo requisitos legales estrictos.

El pueblo otorga a sus representantes un mandato para que garanticen la seguridad y deposita su confianza para que las medidas adoptadas no se apliquen en detrimento de los derechos y libertades tutelados por la ley. Las autoridades han de asumir la responsabilidad de controlar la utilización transparente de los instrumentos empleados para garantizar la seguridad. ¿Derecho a la seguridad, derecho a la protección de la vida privada?. ¿Hay alguna prioridad?. ¿Uno se impone al otro?. En teoría, los ciudadanos deberían poder gozar de ambos bienes jurídicos en una sociedad democrática, de la forma en que se tutela tanto por los ordenamientos nacionales e internacionales sin tener que optar por uno de ellos[3].

---

[2] Sobre este tema, vid. el artículo de ROGGAN, F., «Die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, nº 20, 2001, pp. 134 y ss.

[3] MARCUS, M., «El desafío: conciliar el uso de la videovigilancia y las libertades individuales», *Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática*

El derecho a la intimidad no tiene que desaparecer en cuanto salimos de nuestros domicilios. Nadie discute que sea posible la existencia de un mismo nivel de privacidad en la calle que en la habitación de una casa, sin embargo parece lógico que también podamos disfrutar de ella cuando realizamos nuestras actividades en la vía pública. Por sus propias características, la videovigilancia de estos espacios atenta contra este derecho de la personalidad, porque somos observados de forma constante cada vez que paseamos por la calle o accedemos a uno de esos locales vigilados.

Las cámaras nos impiden conservar nuestro anonimato y nos convierten en visibles para el ojo atento de otros particulares o incluso del propio Estado. Ser examinados por una cámara, que en muchas ocasiones conserva una copia de la grabación, no es lo mismo que ser contemplados por una persona. En el primer caso, la vigilancia es con carácter general más prolongada, más intensa, más detallada. No permite interrogar a la persona que se encuentra detrás, y en consecuencia, es difícil para nosotros saber cómo responder a ese seguimiento o decidir qué podemos hacer al respecto. Desconocemos qué imágenes obtenidas por las cámaras se conservarán o quién tiene acceso a ellas, tampoco, en consecuencia, podemos tener la certeza de que no sean malinterpretadas o utilizadas de modo inaceptable[4].

El filósofo y criminólogo Andrew von Hirsch ha descrito de manera muy gráfica lo que representa ser examinado a través de un sistema de videovigilancia: «es como desarrollar nuestras actividades en un lugar con un espejo, uno sabe que nos están observando detrás de él, pero no necesariamente disponemos de la información de quiénes son o qué están buscando los que están del otro lado»[5]. Además de constituir una obvia intrusión en la esfera privada, debido a la incertidumbre que su utilización genera plantean una grave amenaza a nuestra intimidad en el espacio público. Por eso, algunas personas sienten inseguridad y modifican su forma de actuar[6], no porque crean que estén haciendo algo malo sino porque no desean llamar la atención o correr el riesgo de que sus acciones sean malinterpretadas. En este sentido Giovanni Buttarelli, Supervisor adjunto europeo de Protección de datos, ha advertido que: «Ser observado cambia el modo de comportarse.

---

y responsable de la videovigilancia, p. 15. En http://cctvcharter.eu/fileadmin/efus/CCTV_minisite_fichier/Publication/CCTV_Publication_ES.pdf

[4] Good, B. J., «Videovigilancia y derechos humanos», *Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*, p. 30. En http://cctvcharter.eu/fileadmin/efus/CCTV_minisite_fichier/Publication/CCTV_Publication_ES.pdf

[5] Good, B. J., «Videovigilancia y derechos humanos» *op. cit.* (nota 4), pp. 30-31.

[6] Según Zöller la inseguridad acerca del porqué y del cuando alguien va a ser observado conduce a una parte de la población a sufrir una especie de miedo a la videovigilancia (*Überwachungsdruck*). En Zöller, M. A., «Möglichkeiten und Grenzen polizeilicher Videoüberwachung», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, nº 24, 2005, p. 1238.

Por cierto, cuando somos contemplados muchos de nosotros censuramos lo que decimos o lo que hacemos y ciertamente tal es el efecto de una vigilancia continua y generalizada. Saber que cada movimiento y que cada gesto está controlado por una cámara puede tener un impacto psicológico y cambiar nuestro comportamiento, lo cual constituye una intrusión en nuestra privacidad»[7].

Por ello, y a la vista de todas estas consideraciones, los expertos en la materia han llegado a la conclusión de que tanto los operadores como los administradores de los sistemas de vídeo deben garantizar que la vigilancia del espacio público no anule el derecho a la intimidad, ni modifique completamente el modo en que la gente disfruta del mismo, lo que se traduce en el cumplimiento de los siguientes requisisitos. En primer lugar, es esencial que cada sistema sea utilizado conforme a las restricciones que impone el ordenamiento jurídico, realizando todos los esfuerzos necesarios para evitar abusos en la utilización de las cámaras. En segundo lugar, es preciso que estos instrumentos sólo se empleen para los objetivos inicialmente previstos, evitando de este modo el fenómeno de *function creep* (desvío gradual de la función inicial). Finalmente, es necesario actuar con los sistemas de modo abierto y transparente, de manera que sus operadores o usuarios respondan directamente al público[8]. No cabe duda de que la instalación de las cámaras de vigilancia en el espacio público puede generar consecuencias negativas en la vida privada de las personas. Sin embargo, si existiese una legislación adecuada, garantizadora de los derechos de los afectados, se podría disminuir la pérdida de intimidad, al mismo tiempo que se alcanzaría una vigilancia lícita y eficaz de los lugares de acceso público[9].

En realidad, la conciliación entre seguridad y libertad está lejos de ser algo obvio. La libertad es un derecho «débil» que se relativiza fácilmente de cara a la problemática de la inseguridad. La videovigilancia es una tecnología que suscita muchos interrogantes: ¿Qué se puede filmar?. ¿Hay un derecho a la vida privada en el espacio publico?; y en caso afirmativo ¿cómo proteger este derecho?. ¿Es posible evitar la discriminacion de algunos grupos y de qué forma se puede poner esta herramienta de vigilancia a disposición de toda la población?. ¿Qué hacer para que la videovigilancia funcione y cuando recurrir a otros instrumentos?. ¿De qué manera se puede utilizar la videovigilancia con los ciudadanos como herramienta para prevenir la criminalidad y garantizar la tranquilidad pública?[10].

---

[7] Good, B. J., «Videovigilancia y derechos humanos», *op. cit*. (nota 4), p. 30.

[8] Good, B. J., «Videovigilancia y derechos humanos», *op. cit*. (nota 4), p. 31.

[9] Good, B. J., «Videovigilancia y derechos humanos», *op. cit.* (nota 4), pp. 27-30.

[10] Marcus, M., «El desafío: conciliar el uso de la videovigilancia y las libertades individuales», *op. cit*. (nota 3), p. 16.

2. ALGUNOS APUNTES ACERCA DE LA VIDEOVIGILANCIA EN INGLATERRA Y ALEMANIA

Las videocámaras se encuentran dispersas en pueblos y ciudades de todo el mundo para la contemplación del espacio público y privado. En los últimos veinte años se han vuelto cada vez más frecuentes. Aunque su expansión representa una tendencia internacional a partir de los años noventa, es cierto también que existen notables diferencias entre los países, incluso dentro del viejo continente. Francia, Alemania, Austria[11], Holanda e Italia tardaron tiempo en adoptar estas técnicas de imagen cuya utilización lideró de manera indiscutible el Reino Unido.

Las primeras cámaras se introdujeron en Inglaterra en los años 60 para el control del tráfico, garantizar la seguridad de los centros comerciales, supervisar las manifestaciones políticas y sobre todo, luchar contra la delincuencia. El número de delitos se había incrementado de forma progresiva a partir de los años sesenta. Las estrictas medidas policiales adoptadas durante el gobierno de Margareth Thatcher (1979-1990) no eran suficientes para reducir la delincuencia. En 1972 se contabilizaron alrededor de 1,7 millones de delitos; en 1981, 3 millones; en 1996, 5 millones y en el año 2002 alrededor de 5,8. También Escocia vivió un fenómeno muy parecido de aumento de infracciones penales. En este contexto de grave inseguridad ciudadana se generó una especie de consenso nacional: los distintos partidos y también los medios de comunicación social reivindicaron la necesidad de introducir nuevas armas de lucha contra la delincuencia.

Los sistemas de videovigilancia[12] se convirtieron en la alternativa adecuada y de manera sorprendentemente rápida se extendieron por todo el país. Dos factores explican principalmente este fénomeno. Por un lado, la ausencia de una regulación jurídica en el campo de la videovigilancia. La Ley de Protección de datos del Reino Unido, de 1984, se aplicó únicamente al procesamiento digital y dejó de lado los sistemas analógicos que eran los que con mayor frecuencia se instalaban los primeros años. Es más, la sobre el Orden público y la Justicia criminal, de 1994, autorizó explícitamente la incorporación de «equipos para registrar imágenes visuales de eventos en cualquier lugar del país», aquí porque, además, estaban exentos de pagar las licencias costosas del sistema por cable. El marco regulatorio no fue modificado hasta muy tarde. La implementación de la Directiva sobre la Protección de datos de la Unión europea, no se produjo hasta 1998, a través de la modernización del

[11] KNIEPERT, T., sostiene que Alemania y Austria son los países europeos más críticos con la videovigilancia. *Videoüberwachung im öffentlichen Raum*, Regensburg, 2010, p. 17. En http://www.sebastianbartsch.de/data/Bachelorarbeiten/Video%C3%BCberwachung%20im%20%C3%B6ffentlichen%20Raum.pdf

[12] HEMPEL, L., «Zwischen globalen Trend und Nationaler Varianz», *Polizeitlicher Videoüberwachung öffentlicher Raüme*, Duncker&Humblot, Berlin, 2007, pp. 17 y ss.

Acta, y hasta el año 2000 no se incluyó el Convenio europeo de Derechos humanos en el Acta de Derechos humanos nacional.

Por otro lado, dos sucesos acontecidos en el país con una enorme repercusión mediática contribuyeron de manera notable al desarrollo de estas técnicas: el secuestro de James Bulger, en julio de 1993, y unos atentados que años más tarde, pero en ese mismo mes, se llevaron a cabo en algunos medios de transporte público en la ciudad de Londres.

El primer hecho tuvo lugar en 1993. James Bulger era un niño de 2 años que fue torturado y posteriormente asesinado en la vía del tren por otros dos menores de 9 años. Gracias a las imágenes suministradas por el sistema de circuito cerrado de televisión la policía pudo aclarar el crimen, lo que generó entre la población una corriente de opinión favorable a estos sistemas de vigilancia.

El segundo acontecimiento muy posterior en el tiempo sucedió en 2005. Unos terroristas suicidas ejecutaron atentados simultáneos en varios vagones del metro y en un autobús en el centro de la capital de Inglaterra. 56 víctimas mortales y más de 700 heridos fue el resultado de esta masacre. La identidad de los terroristas se averiguó gracias a los documentos que llevaban consigo y a su ADN, pero tanto la ejecución de su actuación como su preparación fueron esclarecidos a través de las imágenes suministradas por las 2.500 cámaras situadas en el centro de Londres.

El Gobierno conservador de Jhon Major (1990-1997) informó que el Ministerio del interior dedicaría dos millones de libras para instalar sistemas de videovigilancia en los centros de las ciudades. En palabras de Michael Howard, en aquel momento Secretario de Estado: «La videovigilancia atrapa delincuentes. Reconoce los delitos, identifica los autores de los mismos y ayuda a enjuiciar a los culpables. La expansión de esta tecnología tiene como consecuencia que más centros de ciudades, zonas de compras, centros de tiendas y parques son un lugar prohibido para los criminales. […] Videovigilancia es un maravillosos complemento de la Policía»[13].

En la década que transcurre entre 1992 y 2002 el Gobierno Central a través del City Challenge Competition y de su programa para reducir la criminalidad invirtió cuantiosas sumas de dinero para la expansión de estos instrumentos de observación[14]. Hoy, en la mayoría de las ciudades británicas, si no en todas, sus centros están cubiertos por cámaras. No es fácil afirmar con

[13] Galdon Clavell, G., *Per què la videovigilancia? Seguretat, tecnologia i politiques urbanes* (tesis doctoral), 2012, p. 25. En http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/96653/ggc1de1.pdf;jsessionid=28248FA32BD4F363864C560B2E9BF597.tdx2?sequence=1

[14] Squires, P., «Los sistemas de videovigilancia: lecciones útiles de una cultura útil de la vigilancia», *Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia*, p. 37. En http://cctvcharter.eu/fileadmin/efus/CCTV_minisite_fichier/Publication/CCTV_Publication_ES.pdf

precisión cuántas hay, aunque se sabe que el Centro de Gestión y de Control de la Policía puede tener acceso a 60.000. A título ilustrativo, solo en el aeropuerto londinense de Heathrow se pueden encontrar alrededor de 3.000.

Desde hace algún tiempo la videotécnica se está utilizando también para gestionar los grandes acontecimientos deportivos, sobre todo los partidos de fútbol, en donde ha demostrado ser una herramienta eficaz y estratégica para suprimir la violencia en los estadios y sus inmediaciones. El público británico se ha acostumbrado tanto a la utilización de estos instrumentos que a menudo son los propios ciudadanos los que reclaman su colocación.

En definitiva, en el Reino Unido la vigilancia a través de videocámaras, como se ha venido afirmando, encontró en los años noventa del siglo XX un terreno propicio para su expansión: un Ejecutivo que promocionaba su instalación con recursos financieros y organizativos; unos medios de comunicación partidarios y una opinión pública en general favorable; una tradición jurídica que desconocía el concepto de la esfera privada; y finalmente la necesidad de las administraciones locales de dar un nuevo impulso a los centros urbanos en declive como espacios comerciales atractivos y seguros para el consumidor[15]. Es importante señalar, sin embargo, que desde hace unos años, algunas voces se han alzado para cuestionar la pertinencia de la política de «videovigilancia total» y para extraer algunas conclusiones de la experiencia hasta ahora acumulada.

Los británicos están llevando a cabo una reflexión sobre sus sistemas y el modo de utilizarlos. El rápido despliegue de una tecnología aún poco contrastada hizo que se cometieran numerosos errores. La videovigilancia creció a gran velocidad en el entorno británico, bastante más de lo razonable si se tiene en cuenta la falta de pruebas de su eficacia o repercusión. Aparentemente su uso no parecía reducir demasiado los índices de criminalidad de las zonas en las que se había implantado. Sin embargo se crearon unas expectativas muy poco realistas impulsadas por una alianza integrada por entusiastas policías, agentes comerciales del sector de la seguridad y ciudadanos atemorizados. Estaban convencidos de que la videotécnica podía resolver muchos de los problemas de delincuencia y desorden a los que se tenían que enfrentar en los espacios públicos. Como se informó en un estudio del Ministerio del Interior británico llevado a cabo en el 2005: «Los sucesivos Gobiernos exageraron las bondades como respuesta ideal al problema del crimen. Pocos de los que deseaban hacerse con una porción de los fondos disponibles consideraron necesario demostrar la eficacia de la videovigilancia, y sin embargo, casi nunca estuvo del todo claro por qué ésta constituía la mejor arma para luchar contra el crimen en circunstancias particulares»[16].

---

[15] Arzoz Santisteban, X., *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, eds. IVAP, Civitas y Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 24.

[16] Squires, P., «Los sistemas de videovigilancia: lecciones útiles de una cultura útil de la vigilancia», *op. cit*., p. 38.

Mike Neville, director de un departamento en Scotland Yard, realizó una critica severa los resultados conseguidos en Londres mediante estos sistemas de vigilancia calificándolos de «fiasco». A pesar de la intensa utilización de estos métodos, –1 cámara por cada 14 personas– sólo el 3% de los robos que se cometen en sus calles se esclarecen gracias a su ayuda[17]. El actual Viceprimer Ministro, Nick Clegg, anunció que el Gobierno preparará una nueva ley de protección de los derechos fundamentales. En una conferencia de prensa del 19 de mayo de 2010 declaró: «Este Gobierno pondrá un término a esta cultura de intrusión en la vida privada de sus ciudadanos. Es inaceptable que personas que respetan la ley sean tratadas como si tuvieran algo que esconder… La videovigilancia será objeto de leyes específicas…»[18].

Alemania, el país cuya regulación de la videovigilancia vamos a analizar en este trabajo, no fue tan precoz en el empleo de estas técnicas de reproducción de imagen ni tampoco ha experimentado una expansión tan rápida y creciente. La cultura tan arraigada existente de garantía de los derechos fundamentales, en general, y de tutela de los datos personales en particular, han impedido su crecimiento ilimitado, las amargas experiencias del pasado quizás hayan conducido a que la legislación alemana haya concedido una especial atención a la temática de la protección de datos. A lo largo de la historia las experiencias acumuladas por el pueblo germano con el empleo de las videocámaras con finalidad de seguridad pública han tenido naturaleza muy diferente.

Tanto bajo la dictadura del nacionalsocialismo como en la DDR, el uso de los aparatos de reproducción de sonido e imagen constituía una práctica común. El espionaje y la denuncia eran en los dos puntales en los que se apoyaba el poder[19]. De manera obsesiva los partidos y el Estado pugnaban por mantener el control sobre la población. En el ámbito público se utilizaban para vigilar a sus enemigos, es decir, a los periodistas del Este, a los defensores de los derechos, a los manifestantes y a todas las personas, en general, críticas con el régimen. Los sistemas de videocámaras eran odiados y temidos por una gran parte del pueblo alemán. Muchos ciudadanos no confiaban en poder hablar abierta y libremente en sus propias casas porque incluso allí eran espiados. Los más beligerantes con el Gobierno tenían pinchados sus teléfonos lo que suponía un atentado muy grave contra su privacidad. La película *La vida de los otros* ilustra de forma clara la situación sufrida en aquellos años en la RDA.

---

[17] Frentz, C., «Staatliche Videoüberwachung im Kreuzverhör», en *Forum*, nº 298, 2010, p. 7.

[18] Marcus, M., «El desafío: Conciliar el uso de la videovigilancia y las libertades individuales», *op. cit.,* p. 14.

[19] Masing, J., «Herausforderungen des Datenschutzes», en *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 65, 2012, p. 2305.

Plazas, estaciones e importantes puntos del centro de la parte este de Berlín eran observados a través de numerosas cámaras. Desde mediados de 1989, el séptimo día de cada mes miles de personas se reunían en la *Alexanderplatz* para manifestarse en contra de la manipulación electoral. El material conseguido en este tipo de actos era muy útil para el Ministerio para la Seguridad pública (STASI) y para la Policía pues suministraba información imprescindible para sus archivos. Según la versión oficial el objetivo de las cámaras era el control del tráfico sin embargo la población en general sabía cuáles eran sus auténticos fines[20]. No es extraño por tanto que el empleo de las videocámaras en lugares de acceso público y privado tuviera en la Alemania del Este connotaciones tan negativas.

Estas mismas técnicas años más tarde eran empleadas con una finalidad completamente diferente. El 31 de julio de 2006 en los trenes regionales de Hamm y Koblenza se colocaron diversos artefactos que no llegaron a explotar. Estos hechos constituyeron un eslabón más de la cadena de atentados que se habían iniciado en Nueva York y se habían repetido en Europa en grandes capitales como Madrid o Londres. Gracias a la videovigilancia fueron identificados en Alemania en la estación de tren de Colonia los responsables de la instalación de las bombas. El éxito de las pesquisas policiales fue debido básicamente al análisis de las imágenes de vídeo. Por eso no puede extrañar que en las encuestas realizadas en agosto de ese mismo año, el 80% de los ciudadanos germanos se mostrasen favorables al incremento de estas medidas de vigilancia en trenes y autobuses frente a un 17% que expresaban su oposición. Recibían estos métodos el aplauso y respaldo de la mayoría de la opinión pública porque habían contribuido de forma notable al esclarecimiento de sucesos violentos muy graves[21].

La reacción de la población en general a la introducción de estas medidas es en líneas generales positiva. Existen sin embargo algunos reparos. Por un lado, se teme un abuso de la videotécnica por parte de los funcionarios, especialmente en la selección de los objetos videovigilados; o una discriminatoria, desproporcionada vigilancia de grupos marginales. Por otro lado, las crecientes posibilidades de observación técnica así como el almacenaje de datos y sus aplicaciones, generan una cierta inquietud entre los ciudadanos frente a un Estado vigilante o ante la aparición de lo que se conoce como personas de cristal (*gläsernen Menschen*)[22].

---

[20] ZILKENS, M., «Videoüberwachung. Eine rechtliche Bestandsaufnahme», *Datenschutz und Datensicherheit*, nº 31, 2007, pp. 279-280.

[21] ABATE, C., «Präventive und repressive Videoüberwachung öffentlicher Plätze», *Datenschutz und Datensicherheit*, nº 7, 2011, pp. 453-454. El autor en este artículo realiza una breve reflexión acerca de la utilidad de la videovigilancia como medio represivo y disuasor de la comisión de delitos en lugares públicos.

[22] La expresión personas de cristal (*gläsernen Menschen)* fue utilizada por primera vez en los años 20 para denominar el modelo anatómico humano elaborado en material de

3. EL OBJETO DE ESTUDIO

En este trabajo vamos a centrarnos en la regulación de la videovigilancia privada en lugares de acceso público en el derecho alemán desde la perspectiva del derecho a la protección de datos. Este país ha sido uno de los pioneros en la creación de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa. Las amargas experiencias del pasado son probablemente la causa de que se haya otorgado una especial atención a este derecho[23]. Su contenido, en líneas generales, consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que habilita a la persona para decidir cuáles de ellos deben proporcionarse a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, permitiendo también al titular de los mismos saber quién los posee y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estas facultades de disposición y control sobre los datos personales, constituyen el núcleo central del derecho fundamental y se concretan jurídicamente en la potestad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los mismos, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de ellos y a qué uso los está sometiendo, y, por otro, el poder oponerse a esas dos operaciones**.**

La videovigilancia es el clásico ejemplo del conflicto entre la técnica de la vigilancia y el derecho a la autodeterminación informativa: los afectados no saben, quién y qué se esconde detrás de la cámara de observación.

Nos centraremos, pues, seguidamente en el análisis del § 6b BDSG (*Bundesdatenschutzgesetz*)[24] y la jurisprudencia que con motivo del mismo ha sido dictada por las diferentes instancias judiciales alemanas.

4. MARCO JURÍDICO EUROPEO DE LA VIDEOVIGILANCIA

Antes de adentrarnos en el examen del caso alemán conviene sin embargo, realizar una breve descripción de los principios fundamentales existentes a nivel europeo en el ámbito de la tutela de derechos y libertades fundamentales que afectan también –como no podía ser de otra manera– a la protección de datos de naturaleza personal, más concretamente los obtenidos a través de las operaciones de videovigilancia.

---

plástico transparente por el museo alemán de higiene. Desde hace algunos años este término se emplea sobre todo como metáfora de la protección de datos, sirve para denominar negativamente a las nuevas técnicas de observación así como al creciente interés de los Estados en obtener información sobre sus ciudadanos.

[23] Masing. J., «Herausforderungen des Datenschutzes», *Neue Juristische Wochenschrift,* nº 2305, 2012, p. 2306.

[24] Ley federal de protección de datos.

Con carácter general el Convenio europeo para la Protección de los Derechos humanos y Libertades fundamentales adoptó el Marco jurídico de la vídeovigilancia en Europa disponiendo en su artículo 8 el derecho a la intimidad de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia[25].

El Convenio nº 108/1981 del Consejo de Europa sobre la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, ratificado por 40 Estados europeos (España entre ellos), constituye el primer instrumento internacional cuyo objetivo principal es sentar las normas mínimas para proteger a las personas de los abusos que pudieran producirse en este ámbito. Este Convenio se aplica por igual a los sectores público y privado y establece una serie de principios generales referidos a la recopilación, el tratamiento y la comunicación de datos de carácter personal por parte de las nuevas tecnologías de la información. Las actividades de videovigilancia entran dentro de su ámbito, en la medida en que implican el tratamiento de este tipo de datos, según lo define la Convención n° 108, y el Comité de Consulta que ha considerado que las voces y las imágenes deben concebirse como datos de carácter personal cuando suministran información sobre una persona facilitando su identificación incluso aunque sea indirectamente[26].

Las normas jurídicas que en él se contienen hacen hincapié en cuestiones de diversa naturaleza: el carácter lícito y leal de la recopilación y el tratamiento automatizado de los datos personales, las finalidades legítimas de la grabación y del registro, la limitación de la conservación de estas imágenes a un plazo estrictamente necesario, el carácter adecuado y no excesivo del sistema respecto a los objetivos que se persiguen, así como la pertinencia de los datos y la obligación de actualizarlos. El Convenio proscribe el tratamiento de datos «sensibles» (relativos a las características raciales, a las opiniones politicas, a la salud, a la religion, a la vida sexual), y garantiza, asimismo, el derecho que tienen las personas a conocer la información sobre ellas almacenada y de exigir, en su caso, las rectificaciones que sean precisas.

---

[25] Artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos: Derecho al respeto de la vida privada y familiar: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. 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 constituye 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 la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás».

[26] Lim, L., «Marco jurídico de la videovigilancia en Europa», *Ciudadanos, ciudades y videovigilancia. Hacia una utilización democrática y responsable de la videovigilancia,* p. 90. En http://cctvcharter.eu/fileadmin/efus/CCTV_minisite_fichier/Publication/CCTV_Publication_ES.pdf

También el Tribunal europeo de Derechos humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los límites de las garantias en materia de videovigilancia. Así ha manifestado que la revelación y publicación en los medios de comunicación, en el marco de campañas de lucha contra el crimen, de imágenes obtenidas a través de sistemas de videovigilancia emplazados en la vía pública, y a espaldas de la persona filmada, violan el artículo 8.43 del Convenio.

En esta misma línea, con el afán de sentar un marco jurídico más específico para las operaciones de videovigilancia, y después de haber observado «con inquietud que las leyes nacionales están lejos de ser homogéneas en la materia», la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa adoptó el 25 de enero de 2008 la resolución n°1604. A través de ella se pide formalmente a los Estados miembros integrantes de este órgano europeo la aplicación conjunta de los «principios directivos para la protección de las personas respecto a la recopilación y el tratamiento de datos a través de la videovigilancia». Se trata de doce principios que retoman y trasladan a la videotécnica las directrices que los instrumentos del Consejo ha afirmado, insistiendo singularmente en las siguientes condiciones: una utilización pertinente, adecuada y no excesiva respecto a la finalidad que se persigue; evitar que los datos recopilados sean indexados, comparados y conservados sin necesidad; no efectuar una videovigilancia si el tratamiento de los mismos puede producir una discriminación contra algunos individuos o grupos de individuos, por razón de su opinión política, de sus convicciones religiosas, de su vida sexual, de sus caracteristicas raciales o étnicas; informar claramente y de forma adecuada a las personas indicando la finalidad del sistema y la identidad de los responsables; garantizar el ejercicio del derecho de consultar sus imágenes y grabaciones; y por último, proteger la seguridad e integridad de todos los afectados a través de toda medida técnica y organizativa necesaria[27].

Asimismo el Consejo de Europa anima a sus miembros a prever en su legislación nacional las disposiciones que definen las restricciones técnicas, destinadas a limitar la instalación de estos equipos en función del lugar que se deba vigilar y de las zonas privadas que se han de excluir del ámbito de la videovigilancia; exige la utilización de un *software* adecuado para la codificación criptográfica de los vídeos y la creación de vías de actuación jurídica en caso de que se alegue una utilización abusiva de estas técnicas de imagen. De igual manera la Asamblea parlamentaria considera necesario que se adopten lo antes posible una señalización y un texto de acompañamiento uniformes y que éstos sean utilizados por los Estados miembros y, en último lugar, destaca, la necesidad de continuar en el futuro con la reflexión sobre el tema de la videovigilancia a la vista de los progresos técnicos constantes que tienen lugar en este sector.

[27] Lim, L., «Marco jurídico de la videovigilancia en Europa», *op. cit.* (nota 26), p. 92.

Entre el resto de textos europeos dignos de ser citados aplicables a las actividades de videovigilancia hay que citar la Carta de Derechos fundamentales de la Unión europea. Esta proclamación solemne, adoptada el 7 de diciembre de 2000, ha sido mencionada en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en un precepto sobre los derechos fundamentales. El artículo 7 de la Carta dispone, primero, que «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada y familiar, su domicilio y sus comunicaciones». A continuación, el artículo 8, garantiza el derecho a la protección de los datos de carácter personal que le incumben, indicando además, que deben ser tratados lealmente, con fines determinados, y sobre la base del consentimiento de la persona respectiva, o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, estableciendo además el derecho de toda persona a consultar los datos registrados que le conciernen y a obtener su eventual rectificación, estando sometido el respeto de estas reglas al control por parte de una autoridad independiente.

Más concretamente es el Supervisor europeo de Protección de datos (CEPD), desde un posición independiente, quien se encarga de velar por el respeto de todas estas reglas, controlando los tratamientos de datos de carácter personal que llevan a cabo las instituciones europeas. Este órgano ha publicado el 17 de marzo de 2010 un conjunto de líneas directrices sobre la videovigilancia destinadas a las instituciones y organismos europeos en donde se incluyen una serie de recomendaciones prácticas. De hecho, destacan el concepto de *privacy by design*, según el cual las medidas técnicas de precaución que permiten proteger mejor los datos de caracter personal y la vida privada de las personas filmadas, deben estar incorporadas, desde la etapa inicial de diseño, en las características tecnológicas de los sistemas de vigilancia.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo europeo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de personas físicas respecto al tratamiento de los datos de carácter personal y a la libre circulación constituye el instrumento jurídico que ha hecho suyo la Unión europea para establecer sus principios de tutela. Sobre la base de este texto, los Estados miembros han elaborado sus respectivas legislaciones nacionales sobre tutela de datos. En principio, la Directiva incluye los sistemas de videovigilancia, dado que se aplica a toda información, comprendiendo aquélla en forma de sonido e imágenes, referida a una persona teniendo en cuenta todos los medios que pueden ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona con el fin de conseguir su identificación.

En efecto, las imágenes y sonidos atribuidos a personas físicas se consideran como datos de carácter personal, aún cuando las imágenes sean empleadas en el marco de la videovigilancia, e incluso si no están asociadas a los datos de identidad de la persona; en los casos que no correspondan a personas cuyo rostro ha sido filmado, y contenga otra clase de información

(por ejemplo, el número de la placa con la matrícula de su vehículo). Hay que señalar sin embargo que la videovigilancia de los lugares públicos solo parcialmente se contiene en la Directiva 95/46, en la medida en que no incluye el tratamiento de los datos en forma de sonidos y de imágenes, con una finalidad de seguridad pública, defensa, seguridad del Estado, para el ejercicio de sus funciones en el ámbito del derecho penal, o para otras tareas que no entren en el campo del derecho comunitario. Por lo demás, la Directiva no afecta al tratamiento efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

A nivel europeo, el grupo de autoridades nacionales de protección de datos (conocido como «Grupo del Artículo 29» o «G29», o «GTA») ha precisado en una resolución de 2004[28] la interpretación de las disposiciones de la Directiva n° 95/46. Esta resolución destaca la necesidad de que las instituciones respectivas de los Estados miembros lleven a cabo una evaluación general de la videovigilancia para «evitar que una proliferación excesiva de los sistemas de adquisición de imágenes en lugares públicos y privados no implique una restricción injustificada de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos», que tuviera como efecto volver a los ciudadanos «masivamente identificables en muchos lugares públicos y privados». También subraya la necesidad de acometer una valoración de la evolución de las técnicas de videovigilancia, con el fin de evitar que el desarrollo de *software* de reconocimiento del rostro de las personas y de la detección/previsión del comportamiento «no conlleve el paso masivo e inconsiderado hacia una vigilancia de tipo dinámico-preventiva»[29].

5. EL § 6B DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

5.1. *Introducción*

En el año 2003 se incorpora a la Ley federal de Protección de datos (en adelante BDSG) el § 6b[30]. La utilización cada vez con mayor frecuencia de los sistemas de videotécnica en los lugares de acceso público hacía necesario un precepto como éste. Los instrumentos jurídicos privados de tutela de la propia imagen distribuidos por los diversos sectores del ordenamiento no establecían suficientes mecanismos para la defensa del derecho citado.

[28] Dictamen 4/2004 relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, adoptado el 11 de febrero de 2004.

[29] Lim, L., «Marco jurídico de la videovigilancia en Europa», *op. cit.* (nota 26), p. 95.

[30] Ley Federal Alemana sobre Protección de Datos o Bundesdatenschutzgesetz, de 27 de enero de 1977 (Bundesgesetzblatt,1977, I, p. 201) entró en vigor el 1 de enero de 1978. Fue modificada por primera vez el 20 de diciembre de 1990 (Bundesgesetzblatt, 1990, I, pp. 2954 y 2955) y entró en vigor el 1 de junio de 1991.

En el ámbito privado no se conocía ninguna regulación concreta sobre videovigilancia. Algunos aspectos aislados se contemplaban en el § 22f KUG (*Kunsturhebergesetzes*)[31] o Ley de Protección del patrimonio de 9 de enero de 1907. Las imágenes solo podían ser difundidas o hechas públicas si se contaba con la autorización de los que en ellas aparecían, excluyéndose únicamente de este régimen:

– Imágenes de la historia contemporánea.
– Imágenes en las que las personas son algo accesorio.
– Imágenes de reuniones o algo similar en las que se encontraban personas que hubieran participado. Y por último,
– imágenes con fines artísticos.

Los que vulnerando estas reglas difundían o difunden las imágenes –pues el precepto está aun vigente, ya que la KUG no ha sido derogada por el § 6b BDSG– serán según el § 24 KUG objeto de responsabilidad penal.

Los partidos políticos, las organizaciones económicas, la Administración pública, así como las asociaciones de ciudadanos y los responsables de este ámbito, insistían en la necesidad de incluir en la Ley federal de protección de datos un precepto como éste[32]. Su incorporación tras algunas vacilaciones iniciales tenía un doble objetivo: por un lado, adaptar, el derecho alemán al derecho europeo y por otro, ajustar la BDSG al avance y desarrollo técnico[33]. El 23 de mayo de 2001 entró en vigor.

El proceso de redacción del § 6b BDSG no estuvo exento de polémica. Se debatió de manera prolongada, si el apartado primero del precepto debía prever un minucioso catálogo de requisitos o si, por el contrario, era más oportuno que contuviera una regulación más genérica[34]. Finalmente el legislador optó por la incorporación de una norma abierta con la intención de que en el futuro y a la vista de la experiencia se procediese a su revisión, introduciendo las novedades adaptándola a la realidad práctica. En la actualidad, no obstante, la doctrina reivindica que sería conveniente una nueva Ley de Protección de datos debido básicamente a dos razones. Primero, a que las suce-

[31] Ley de protección del patrimonio, de 9 de septiembre de 1965 (*Bundesgesetzblatt*, 1965, I, p. 1273).

[32] WEICHERT, T., «Private Videoüberwachung un Datenschutzrecht», en *Detektiv-Kurier*, nº 4, 2001, p. 9.

[33] BIZER, J., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», en SPIROS, S. (ed.), *Nomos Kommentar. Bundesdatenschutzgesetz*, 6ª edición, Nomos, Frankfurt am Main, 2006, pp. 583-585.

[34] GOLA, P. Y SCHOMERUS, R., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *Bundesdatenschutzgesetz*, Rn 1-5, 10ª edición, 2010, München. En J:\Gola-Schomerus, BDSG § 6b Rn_ 1 - 5 - beck-online.mht. La abreviatura Rn hace referencia al margen del texto, que aparece numerado en muchas publicaciones alemanas.

sivas reformas han convertido a la BDSG en una norma muy poco clara para el público en general y de utilidad práctica escasa para los juristas. Segundo, a que la ley se ha quedado obsoleta y no se adecua en su conjunto a los avances de la técnica. La importancia creciente que ha cobrado Internet en los últimos tiempos en el campo del tratamiento de datos debería, según los expertos, reflejarse en el contenido de la norma ofreciendo respuestas acordes con los problemas que plantea esta nueva realidad. En este sentido la doctrina tiene muchas dudas acerca de si esta norma garantiza de forma eficiente los derechos de las personas afectadas por la videovigilancia[35]. Tras el análisis legal y jurisprudencial que efectuamos sobre este tema en el derecho alemán intentaremos responder esta cuestión.

5.2. *Regulación actual*

El § 6b de la BDSG queda redactado como sigue:

> «(Observación de lugares de acceso público mediante dispositivos óptico-electrónicos)
>
> (1) La observación de lugares de acceso público mediante dispositivos óptico-electrónicos (videovigilancia) únicamente será lícita si es necesaria
>
> 1. para el cumplimiento de funciones de entidades públicas,
> 2. para el ejercicio de las facultades de policía dentro de los edificios o
> 3. para la salvaguarda de intereses legítimos con fines concretamente establecidos y no existen elementos que permitan suponer que prevalecen intereses dignos de protección de los afectados.
>
> (2) La práctica de la observación y la entidad responsable habrán de hacerse reconocibles a través de medidas idóneas.
>
> (3) El tratamiento o utilización de datos recogidos mediante la observación a que se refiere el párrafo 1º serán lícitos si son necesarios para la finalidad prevista y no existen elementos que permitan suponer que prevalecen intereses dignos de protección del interesado. Los datos en cuestión únicamente podrán tratarse o utilizarse para fines distintos en tanto ello sea necesario para evitar peligros para la seguridad estatal y pública y para perseguir delitos.
>
> (4) En caso de que los datos recogidos mediante la videovigilancia se adscriban a una persona determinada, ésta habrá de ser informada sobre el tratamiento o la utilización de dichos datos con arreglo a lo establecido en los §§ 19 a y 33.

[35] Wedde, P., «Videoüberwachung. § 6b», en Daübler W., Klebe, T., Wedde, P., Weichert, T. (eds.), en *Bundesdatenschutzgesetz. Kompaktkommentar zum BDSG*, 3ª edición, p. 235.

(5) Los datos se cancelarán tan pronto como dejen de ser necesarios para la finalidad prevista o existan intereses dignos de protección del interesado contrarios a la conservación de la ulterior grabación»[36].

Las legislaciones de protección de datos de los diferentes Estados alemanes contienen normas de contenido muy similar[37] a la que aquí se transcribe a nivel federal, únicamente existen discrepancias menores en concretos aspectos de la regulación relativos, por ejemplo a la obligación de información[38] o a la autorización de almacenamiento de datos con finalidad de prueba[39].

5.3. *Ámbito de aplicación del § 6b BDSG*

5.3.1. Condiciones de la observación

El § 6b BDSG tiene por objeto la observación de lugares de acceso público a través de equipos ópticos-electrónicos tanto si se efectúa en los organismos públicos en el sentido expresado por los § 1 II nº 1 y nº 2 BDSG como en los no públicos en los términos del § 1 II nº 3 de la BDSG siendo su finalidad básica la de proteger los derechos de la personalidad de los afectados por la utilización de las videocámaras. Analizamos en consecuencia, en primer lugar, qué debe entenderse por observación; en segundo lugar, cuáles son los lugares de acceso público a que se refiere el precepto; y, por último, qué se incluye bajo la expresión de equipos ópticos electrónicos.

La videovigilancia puede ser definida como aquella actividad que tiene como principal finalidad la colocación de una videocámara, fija o móvil[40], para la vigilancia de un espacio o de personas.

El legislador utiliza en el apartado primero del precepto que ahora analizamos el término «beobachten», que puede ser traducido como observación. Esta actividad deberá realizarse durante un considerable período de tiempo porque la simple emisión de una imagen aislada mediante el empleo de estas cámaras de filmación no puede recibir esa calificación.

En la mayoría de las ocasiones la vigilancia a través de la videotécnica se efectúa por razones de seguridad aunque pudieran existir otros motivos,

[36] La traducción del § 6b de la BDSG al castellano es de la autora del artículo.

[37] Un precepto similar al § 6b de la BDSG podemos encontrarlo en las diferentes leyes de protección de datos de los *Länder*. Baviera (Art. 21a), Berlin (§ 31b), Brandenburgo (§ 33c), Bremen (§ 20b), Mecklenburgo-Pomerania Occidental (§ 37), Renania del Norte-Westfalia (§ 29b), Renania Palatinado (§ 34), Sarre (§ 34), Sajonia (§ 33), Sajonia-Anhalt (§ 30) y Schleswig-Holstein (§ 20).

[38] § 20 II de la Ley de Protección de Datos del *Land* Schleswig-Holstein.

[39] § 29b II de la Ley de Protección de Datos del *Land* Renania del Norte-Westfalia.

[40] Wedde, P., «Videoüberwachung. § 6b», *op. cit*. (nota 32), pág 238.

como por ejemplo, para satisfacción de la simple curiosidad, para efectuar un control laboral o simplemente con fines publicitarios, etc. En todo caso el legislador ha definido la videovigilancia en la BDSG como la observación de los lugares de acceso público con equipos ópticos electrónicos.

La norma distingue entre observación a la que alude en el apartado primero y la recogida en la forma de tratamiento o utilización a la que se refiere el apartado tercero. Un sector de la doctrina entiende que la observación sin almacenamiento de imágenes es suficiente para la aplicación del § 6b, tanto si se trata de una actuación pasiva como activa dirigida a un concreto fin u objetivo. Según los autores que se encuentran en esta línea de pensamiento es irrelevante para cumplir con el requisto de la observación si existe únicamente una intención por parte del autor de efectuar estas operaciones o si la recogida, el almacenamiento o la transmisión de las imágenes se materializan de forma efectiva. La norma no establece nada más al respecto, a diferencia por ejemplo de lo que sucede con el § 3 III BDSG que sí prevé esta distinción. En contra de esta opinión, un grupo de autores consideran que la obtención de datos personales es un requisito imprescindible para poder acudir al § 6b I BDSG y de hecho existe una remisión a lo previsto en el § 1 II nº 3 BDSG[41].

En ningún caso puede la observación focalizarse en una persona concreta, aunque sí se permite por parte de la norma que el lugar público sea filmado de manera que posibilite la identificación de las personas que allí se encuentren, pues de no ser así, la videovigilancia no tendría sentido. Lo que, por otro lado, sí se establece a nivel legal es la obligación de emplear técnicas que posibiliten, tal y como establece el § 3 BDSG, el anonimato. El diseño y la selección de los sistemas de tratamiento de datos deberá efectuarse teniendo en cuenta los principios de no recogida, tratamiento o utilización de datos personales o si es preciso hacerlo con el menor número de ellos posible. En particular se recurrirá a anonimizar y a pseudoanonimizar en la medida en que ello sea necesario y el despliegue de medios sea proporcional a la finalidad protectora prevista.

5.3.2. Lugar público

El § 6b BDSG permite la videovigilancia de lugares públicos. Pero, ¿qué debe entenderse a estos efectos?

El término «lugar público»[42] no ha sido definido de manera general en el derecho alemán, variando su significado dependiendo de la rama del derecho de que se trate.

[41] Lang, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum*, Dr. Kovač, Hamburg, 2008, p. 272.

[42] Huff, M. W., «Videoüberwachung im öffentlichen und privaten Bereich. Eine Zwischenbilanz», *Jus*, nº 10, 2005, p. 897.

Con carácter general, lugar público es el espacio al que cualquier persona tiene derecho a acceder y derecho a utilizar, en contraposición con los privados, en los cuales su entrada está restringida, generalmente por criterios de propiedad privada, reserva estatal, etc. Resulta irrelevante si se trata de un local abierto o cerrado, o si el propietario es un particular o un ente público. Son, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, lugares públicos, las calles, las plazas, las zonas de paseo, las gasolineras, los negocios, los supermercados, las galerías comerciales, los restaurantes, los internets-cafés, los bancos, las piscinas y bibliotecas, así como las estaciones de tren o de metro. Su naturaleza pública no varía si para poder acceder a ellos es preciso cumplir con ciertos requisitos, como puede ser alcanzar la mayoría de edad o respetar un determinado horario de apertura.

La calificación de los accesos a los edificios de viviendas varía dependiendo de las circunstancias del caso. En principio, como únicamente sus habitantes y visitantes disfrutan del correspondiente derecho de entrada y salida, se calificarían como privados. Por el contrario, si se encuentran formando parte de un camino de acceso público y no dentro de uno de tránsito limitado, tendrían naturaleza pública.

Las escaleras de las casas y las entradas de los edificios de utilización mixta, es decir, los que se sitúan en viviendas privadas y locales de uso público, se incluyen dentro de los lugares de acceso público. Comparten esta misma categoría las consultas médicas, los bufetes de abogados, los salones de estética o los negocios, aunque en todos ellos el carácter público quedaría limitado a los horarios de consulta o de apertura de los mismos, al igual que sucede con los centros comerciales, los negocios o los bancos[43].

Los espacios en los que para acceder se requiere la compra de un billete o una entrada también tienen la consideración de públicos, por ejemplo, los teatros, los casinos, los cines, los museos, los estadios de fútbol, los parques de atracciones, etc. en contraposición a las viviendas, los complejos residenciales, los jardines privados, los recintos empresariales, las oficinas, los locales de empresas, etc. Todos ellos son de carácter privado[44].

Existen un conjunto de lugares díficiles de clasificar como privados o públicos a los efectos de la instalación de la videovigilancia. Ni el texto de la BDSG ni tampoco la justificación contenida en su proyecto contribuyen a esclarecer la naturaleza de los mismos. Estaríamos hablando, por ejemplo, de las zonas en las que se encuentran los cajeros de los bancos y las cajas de ahorro a las que únicamente se puede acceder fuera del horario laboral a través de una tarjeta de crédito o de cliente[45].

[43] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), p. 15.
[44] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), p. 16.
[45] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), p. 242.

Especialmente problemático resulta también el tratamiento de aquellas superficies en donde los empleados están afectados por la videovigilancia de lugar público, como ocurre, por ejemplo, con las gasolineras, las tiendas, las estaciones o las salas de juego. De acuerdo con lo que establece la BDSG, los lugares de trabajo no entran dentro del ámbito de aplicación de esta ley ni tampoco los datos de los trabajadores. Sin embargo, es cierto también que si en estos emplazamientos concurre al mismo tiempo la característica de locales de acceso público hay que aplicarles el § 6b I BDSG, de manera continuada o bien de forma temporal vinculándolo al horario de apertura al público. La situación puede complicarse todavía más si dentro de un mismo local o lugar de trabajo es preciso, a su vez, hacer distinciones o diferenciaciones de régimen. Si a a los espacios únicamente puede acceder el personal y no los clientes como ocurre con los habitáculos en los que se encuentran las cajas, las cabinas o los mostradores, no puede aplicárseles lo dispuesto en el § 6b BDSG. Pero si se trata de estancias abiertas al público, en donde la videovigilancia alcanza tanto a los empleados como a los clientes, como acontece por ejemplo, con el salón de una cafetería, les afectaría este régimen. No debe planificarse para ellos una total vigilancia sino que el empresario tendrá que preocuparse por la instalación de un sistema que restrinja lo menos posible los derechos de la personalidad de sus empleados. En casos aislados incluso los servicios de videotécnica podrían ser sustituidos por vigilantes que desarrollasen esta función[46].

Si el lugar de trabajo no es de acceso público no se aplica de ninguna forma el precepto que estamos examinando. La intensidad de la injerencia provocada por la videovigilancia cuando nos encontramos con espacios de estas características es mucho mayor que si estamos ante un lugar de acceso público. El círculo de personas vigiladas en los puestos de trabajo no es anónimo sino todo lo contrario, previsible y conocido por el empresario que decide la colocación de estas cámaras. La presión que se ejerce sobre los trabajadores a través estos sistemas es muy superior a la recibida por el público en general en otros espacios públicos como son las gasolineras, los centros comerciales, los transportes públicos, etc. En estos últimos la observación suele ser superficial y por un corto espacio de tiempo. Por el contrario, en el local de trabajo la observación dura más horas y potencialmente se repite cada día sin olvidar además que el trabajador no puede evitar la estancia vigilada ni tampoco dispone de la posibilidad de alejarse de ella[47].

El autor de la BDSG en su exposición de motivos advierte que sería conveniente que una ley específica de protección de datos de los trabajadores

[46] Lang, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), pp. 242-243.

[47] Wedde, P., «Videoüberwachung. § 6b», *op. cit.* (nota 35), p. 239.

contemplase un precepto similar al § 6b. Hoy, transcurridos doce años esta ley, todavía no ha sido aprobada.

5.3.3. Equipos ópticos electrónicos

Por último la norma examinada dispone que la observación se realizará a través de equipos ópticos-electrónicos. La característica fundamental de estos aparatos es que transforman la luz en una señal eléctrica, razón por la cual se incluyen aquí todo tipo de cámaras y equipamientos electrónicos que pudieran ser utilizadas con fines de observación[48]. La norma afecta principalmente a las videocámaras y a las cámaras *webs*, pero también a los móviles cuando en los lugares públicos se toman imágenes y se transmiten o los *iphone* con los que se graban videos y despúes se cuelgan en plataformas de Internet, como por ejemplo *you tube*[49].

Con el término «videovigilancia» se hace referencia a una amplia gama de sistemas a través de cámaras con soluciones técnicas diferentes y que están en permanente desarrollo. Las videocrámaras están básicamente integradas, por un elemento de captación de la imagen (por ejemplo, una cámara), uno de visualización (por ejemplo, una pantalla) y uno de almacenamiento (por ejemplo, un disco duro). Para que lo registrado sea utilizada de forma inmediata o en un momento posterior, debe ser transmitido al elemento de visualización o al de almacenamiento respectivamente.

Es indiferente para el derecho de protección de datos que las videocámaras sean análogicas o digitales. En un principio no estaba muy claro, como consecuencia de la anacrónica regulación en la BSDG, si las imágenes y las copias podían ser clasificadas como datos si no eran digitales, pues se entendía que esta característica constituía un requisito imprescindible para la aplicación del régimen de la protección de datos. En la actualidad el término datos se maneja en sentido amplio, quedando comprendido dentro de él toda información sobre aspectos personales o elementos objetivos de una persona física identificada o identificable (el interesado) incluyéndose, por tanto, aquí también los ficheros no automatizados[50]. Igualmente resulta irrelevante para la aplicación del precepto si se trata de una cámara fija o móvil o cuál es la técnica por ésta empleada (*zomm*, posibilidad de valoración, forma de almacenamiento, en red, etc.).

No existe en la literatura jurídica germana ningún acuerdo acerca de qué aparatos junto con las videocámaras deben ser catalogados como equipamientos óptico-electrónicos. Para unos autores forman parte de este grupo

[48] WEDDE, P., «Videoüberwachung. § 6b», *op. cit.* (nota 35), p. 239.

[49] WEDDE, P., «Videoüberwachung. § 6b», *op. cit.* (nota 35), p. 238.

[50] WEICHERT, T., «Private Videoüberwachung und Datenschutzrecht», *op. cit.* (nota 32), p. 10.

las videocámaras y *webcams* pero no otras cámaras como prismáticos o cámaras de fotos que disponen también de funciones electrónicas. Sin embargo otro sector doctrinal sostiene que dentro de este grupo se ha de incluir cualquier aparato siempre que sea apto para realizar una función electrónica[51].

En este contexto nos planteamos si las cámaras de imitación, también denominadas *dummys,* entrarían dentro del círculo de aplicación de la norma en cuestión. Estos aparatos no se basan ni en el procedimiento óptico-electrónico ni permiten realizar una observación con el sentido y finalidad que el § 6b BDSG exige por lo tanto lo más lógico es que sean excluidos[52].

Las diversas modalidades técnicas de videovigilancia han sido ordenadas de menor a mayor, atendiendo al grado de injerencia en los derechos fundamentales del siguiente modo:

– en la posición inferior de la tabla estaría la simple observación física de un espacio por una persona que controla uno o varios monitores,
– a continuación, se encontraría la observación con grabación simultánea de imágenes panórámicas;
– el siguiente lugar en la tabla lo ocuparían los sistemas que permiten la individualización de las personas contempladas a través del *zoom* de pantalla o la ampliación posterior de la imagen;
– por último, encontraríamos los sistemas inteligentes de videovigilancia cuya misión es el reconocimiento facial de la voz o la matrícula de los vehículos e incluso un seguimiento del sospechoso por un área relativamente extensa[53].

La BDSG no resuelve con la claridad necesaria si las restricciones previstas en el § 1 II nº 3 BDSG son aplicables a los entes no públicos y en caso de que lo fueran, en qué medida.

---

[51] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), pp. 246-247.

[52] Los autores discuten acerca de si el precepto es de aplicación a las cámaras de imitación. Los partidarios de su inclusión sostienen que en la definición contenida en la BDSG no se hace referencia a la idoneidad del aparato electrónico para realizar la videovigilancia mientras que en la BAG si se alude a ello de modo expreso. Según esta norma el aparato de videovigilancia es un equipamiento técnico que posibilita el control del comportamento y el rendimento de los trabajadores. SEIFER, B., «Videoüberwachung im künftigen Beschäftigtendatenschutzrecht», *Datenschutz und Datensicherheit*, n° 2, 2011, p. 101.

[53] ARZOV SANTISTEBAN, X., «Videovigilancia y libertades», en ETXEBARRIA GURIDI, E Y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (coordinadores), *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 156.

5.3.4. *Supuestos excluidos*

La BDSG prevé dos supuestos de videovigilancia de lugares de acceso público que quedan excluidos del régimen general previsto en el § 6b incluido en el Capítulo titulado «Disposiciones generales y comunes». Se trata en primer lugar de los sistemas de videotécnica instalados y utilizados por agencias y empresas con finalidad periodística y en segundo lugar de los desarrollados como actividad exclusivamente privada o familiar.

Por lo que se refiere a los primeros, el § 41 de la Ley contiene una reglamentación especial para ellos. Los Estados federados habrán de establecer en su legislación que cuando la recogida, tratamiento y utilización de datos personales sea efectuada por empresas o auxiliares del sector periodístico con fines exclusivamente periodísticos y redaccionales o literarios, se aplicarán disposiciones acordes con lo establecido en parágrafos propios de la Ley, incluyendo una disposición en materia de responsabilidad referida a las mismas.

Si la recogida, el tratamiento o la utilización de datos personales con carácter periodístico y redaccional tiene como responsable a la *Deutsche Welle* (Canal alemán)[54] e implica la publicación de réplicas o rectificaciones, éstas se unirán a los datos registrados y se conservarán por el mismo espacio de tiempo que dichos datos.

Si un reportaje de la mencionada cadena de radio y televisión supone una intromisión en los derechos de la personalidad, la persona afectada podrá exigir que se le informe sobre los datos registrados que hayan servido de base a la investigación en cuestión. La información podrá denegarse previa ponderación de los intereses en juego únicamente en dos supuestos. Primero, si los datos permiten identificar a personas que participen o hayan participado profesionalmente como periodistas en la elaboración, producción o difusión de emisiones de radioteledifusión; o al remitente o responsable de servicios, documentos o comunicaciones para la parte redaccional. Y segundo, si el suministro de los datos investigados u obtenidos de otro modo perjudicaría la función periodística de la *Deutsche Welle* por la exploración del material informativo disponible.

El segundo supuesto que queda fuera del ámbito de aplicación del § 6b BDSG es la videovigilancia desarrollada como actividad exclusivamente privada o familiar. En estos casos es preciso examinar para valorar la finalidad de la observación y de la grabación las circunstancias en las que se produce. Si de acuerdo con lo que dispone el § 1 II n° 3 BDSG estas actividadades tienen una naturaleza exclusivamente privada o familiar quedarían excluidas del régimen común mientras que si su dedicación fuera sólo parcial[55] se regirían por el mismo.

[54] En el § 41 BDSG se contiene una referencia específica a la Deutsche Welle.

[55] El § 1 II nº 3 de la BDSG emplea el término «ausschlieβlich» que significa exclusivamente, de ahí que la doctrina interprete que si la dedicación a las actividades privadas

Tanto si se trata de grabaciones con fines familiares como privados las cámaras deberán limitarse a operar en los lugares donde se desarrollan estas actividades. En consecuencia no tiene entrada aquí el § 6b BDSG que se prevé expresamente para «lugares de acceso público» en donde estos sistemas de vigilancia se instalan en la mayoría de los supuestos por razones de seguridad, bien para disuadir a posibles delincuentes de la comisión de delitos o bien para conservar las pruebas en los casos de comisión de algún acto o hecho ilícito[56].

La filmación de un lugar de acceso público para obtener pruebas de un comportamiento no ajustado a derecho de un tercero con la intención de proteger la posterior persecución jurídica del mismo sobrepasa el ámbito de las actividades exclusivamente privadas y familiares. Con el aseguramiento de la prueba se persigue retener a una persona que normalmente no pertenece al círculo privado o familiar para el caso de que se plantee una denuncia o una reclamación civil ya sea por los afectados o bien de las correspondientes instituciones. La tutela de las pruebas se encuentra fuera las actividades privadas o familiares y forma parte del ámbito del § 6b de la BDSG[57].

6. LICITUD DE LA OBSERVACIÓN

Como antes señalábamos, el § 6b I BDSG regula únicamente la videovigilancia u observación de lugares de acceso público mediante dispositivos ópticos electrónicos, actividad ésta que debe ser diferenciada del tratamiento, almacenamiento, transmisión así como de la utilización de los datos personales. Los requisitos legales de estas operaciones están previstos en el mismo parágrafo de la BDSG, pero en otros apartados (III, IV y V), a los que nos referiremos en otro lugar de este trabajo.

Lo que ahora en concreto vamos a examinar, es el § 6b II BDSG, en él se describen tres diferentes supuestos en los cuales la videovigilancia privada en lugar de acceso público es considerada conforme a derecho.

El primero se refiere a su establecimiento para el cumplimiento de funciones de las entidades públicas; el segundo, cuando tiene como finalidad el ejercicio de facultades de policía dentro de los edificios (o para garantizar el *Hausrecht*); y en último y tercer lugar, su objetivo consiste en salvaguardar intereses legítimos cuyos fines han de ser establecidos de manera específica.

---

y familiares se hace sólo parcialmente resulte de aplicación el § 6b de la BDSG. Bizer, J., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *op. cit*., p. 588.

[56] Bizer, J., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *op. cit.* (nota 55), p. 588.

[57] Bizer, J., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen»», *op. cit.* (nota 55), p. 589.

En el primer caso el legislador entiende que la observación es lícita siempre que sea para cumplir con las tareas que les son encomendadas a los organismos públicos y que serían las que se deducen de lo previsto en la Constitución, las leyes, los reglamentos y el resto de las normas jurídicas. La función no tiene que ser satisfecha por completo a través del recurso a estos medios técnicos sino que es suficiente con que represente una contribución o colaboración a su ejecución. Este supuesto está pensado para garantizar, por un lado, la seguridad de las autoridades federales y por otro, para tutelar la conservación de las instalaciones y obras públicas, por ejemplo, para la vigilancia de diques y puentes con objetivos de seguridad o incluso evitar posibles catástrofes. A nivel estatal, los *Länder* disponen de normas similares para los entes públicos que han sido aprobadas en ocasiones con anterioridad a la norma federal, sin embargo, ni en este ámbito ni a nivel estatal existe un precepto equivalente para los entes no públicos. Este trabajo tiene por objeto el análisis de la videovigilancia privada en lugares de acceso público por lo tanto no vamos a detenernos más en el examen de este primer supuesto.

El segundo objetivo lícito que pueder perseguirse con la videovigilancia, es la salvaguarda del *Hausrecht*[58], que podría traducirse como el ejercicio de las facultades de policía dentro de los edificios, bien por parte de los propietarios o bien por los responsables de los mismos y que aquí, a diferencia de lo que ocurría con el caso anterior, se prevé tanto para los organismos públicos como para los no públicos[59].

El derecho de policía en el ámbito del derecho público se regula por normas de derecho administrativo aunque su contenido no es diferente al que pueda tener en el ámbito civil o penal. Se podría definir como la facultad que le corresponde al propietario o responsable de un recinto de decidir quién puede acceder a él y a quien es posible expulsar para mantener el orden dentro del mismo. La titularidad de este derecho corresponde a una o varias personas y permite a las que la ostentan adoptar todas las medidas que consideren oportunas para la tutela tanto del lugar como de las personas que en su interior se encuentran así como también de efectuar lo necesario para impedir el acceso de las no autorizadas. Su ámbito de protección comprende el interior y exterior de los edificios incluyendo los lugares de acceso a los mismos e incluso también a los vehículos.

La finalidad con la que se implementa la videovigilancia en estos casos tiene una doble naturaleza. Por un lado, preventiva, dirigida a evitar la comisión de cualquier delito como puede ser el de robo, hurto, daño en las cosas

[58] Sobre el *Hausrecht* vid.: ZIEGLER, J., «Das Hausrecht als Rechtsfertigung einer Videoüberwachung», *Datenschutz und Datensicherheit*, nº 27, 2003, pp. 337-340.

[59] GOLA, P. Y SCHOMERUS, R., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *op. cit.*, Rn 16. En J:\Gola-Schomerus, BDSG § 6b Rn_ 14 - 18 - beck-online.mht.

o la realización de posibles destrozos en viviendas, negocios, etc. Por otro lado, represiva, orientada a la obtención de pruebas para perseguir e incriminar a los autores de los delitos. Por ejemplo, en los supuestos en que las videocámaras se instalan en un banco o en un aparcamiento no sólo tienen el efecto disuasor frente al delito sino también garantizador del material de prueba para el caso de que se produzca una tentativa o se llegue a cometer el hecho delictivo. No cabe duda de que en algunas ocasiones la presencia de videovigilancia en estos lugares favorece más que perjudica a las víctimas de los hechos ilícitos sobre todo cuando las imágenes obtenidas por las cámaras son almacenadas. Los mismos efectos beneficiosos producen estos sistemas en los cajeros automáticos en los que en muchas ocasiones se utilizan tarjetas de crédito falsas o se llevan a cabo atracos. La práctica demuestra que estos sistemas técnicos han sido efectivos en todos estos lugares. Ahora bien su colocación deberá realizarse de la forma que menos limite o restrinja los derechos de los afectados. Sería ilícito, como así consideró el Tribunal superior de Berlín en una sentencia de 26 de junio de 2002, un sistema de videocámaras que permitiera a los habitantes del edificio poder controlar a los visitantes a través de la presencia de monitores en las viviendas[60].

La doctrina parte de la afirmación de que la ubicación de videovigilancia es legal siempre que no vaya más allá de los límites espaciales del *Hausrecht*. En consecuencia no debería invocarse este derecho para grabar mediante cámaras objetos o locales que se encuentran emplazados en lugares colindantes a un camino público. Los autores distinguen aquí entre el ámbito local de tutela del derecho que finaliza en la propia finca y el alcance espacial de las acciones lícitas para su defensa. En la mayoría de las ocasiones es al titular de la finca al que le corresponde fijar la extensión de la videotécnica más allá de los límites de su terreno. Se trata sobre todo de una cuestión de necesidad y de adecuación de la medida adoptada para garantizar el derecho. Este derecho de morada o *Hausrecht* ampara, por ejemplo, la vigilancia frente a posibles daños en un lugar de acceso o en la pared de una casa que se sitúa en los lindes de un terreno público. Pero no sucede lo mismo si se quisisiera captar la imagen de visitantes no deseados en terrenos colindantes con los límites de un camino público. Esa finalidad no está protegida por el derecho invocado[61].

Con anterioridad a la entrada en vigor del § 6b BDSG, el Tribunal supremo alemán manifestó en alguna de sus sentencias que el *Hausrecht* solo en casos extremos permite al ocupante de una vivienda que necesite defenderse frente a injerencias que sufre del exterior, la observación de un camino y la grabación de imágenes de los que por él circulan. Los ataques a los derechos

[60] *Datenschutz und Datensicherheit*, nº 2002, p. 633.

[61] Lang, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), pp. 285-286. Bizer, J., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *op. cit.* (nota 35), p. 592.

de la personalidad han de ser justificados en cada caso concreto siendo necesario realizar una valoración atendiendo a las circunstancias y a los intereses en juego de las partes implicadas en el asunto. Según el Tribunal, la grabación de imágenes puede ser legal si se producen graves ataques en los derechos de los responsables o en la esfera inmediata de la vivienda y no existe ningún otro medio para proceder a su reparación. Si las circunstancias son otras no existe en opinión del juzgador ningún motivo para obligar a que los que circulan por un camino de acceso público tengan que soportar que capten su imagen lo que constituye una manifestación concreta de sus derechos de la personalidad[62].

A partir de la promulgación del § 6b BDSG, la jurisprudencia del Tribunal supremo experimentó un cambio notable con respecto al tratamiento jurídico de los lugares de acceso público mostrándose mucho más permisiva con los sistemas de videovigilancia . Recientemente se ha pronunciado este Tribunal en una sentencia de 8 de abril de 2011 acerca de la implementación de unas cámaras en la entrada de una vivienda. Se activaban automáticamente cada vez que sonaba el timbre, transmitían una imagen con una duración de aproximadamente un minuto sin producirse ningún almacenamiento posterior. El Supremo consideró conforme a derecho la colocación de la cámara en este espacio de acceso público, porque tenía como objetivo salvaguardar el *Hausrecht* del propietario y no existía otro medio técnico menos invasivo con los derechos de los viandantes para lograrlo. No apreció tampoco la existencia de otros intereses preponderantes que debían ser tomados en consideración. Las imágenes obtenidas se utilizaban de manera temporalmente limitada y restringida, únicamente para que el propietario pudiera identificar a los visitantes de la casa y así poder autorizar o impedir su entrada. Por otro lado, la posibilidad de que el sistema de vídeo pudiera ser manipulado por un experto para conseguir, como afirmaban los demandantes, una vigilancia permanente o continua, no podía considerarse, en opinión del Tribunal, como constitutivo de extorsión o perjuicio para los derechos de los afectados[63].

En la práctica, los sistemas de videovigilancia que se encuentran en los locales de negocio no se colocan por los propietarios ni por los titulares de la explotación sino por los servicios de seguridad privada. La responsabilidad desde el punto de vista de la protección de datos tras la firma del correspondiente contrato es asumida por la empresa de vigilancia que será la encargada del tratamiento de los mismos. El régimen jurídico en estos casos es, por tanto, completamente diferente a cuando existe una delegación por parte del

[62] HOEREN, T., *Videoüberwachung und Rechte. Grenzen der Videoüberwachung im privaten und öffentlichen Raum,* Stuttgart, 2010, p. 8. En htp: www.stiftungaktuell.de

[63] En http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=10e3cc86e4da38d781acf2fe545c7569&nr=56316&pos=2&anz=

titular del negocio hacia la empresa de seguridad, en donde, según el § 11 BDSG, es el dueño del negocio el que permanece como responsable[64].

La tercera causa que justifica el empleo de las cámaras de grabación es la salvaguarda de intereses legítimos de fines específicamente previstos y se orienta fundamentalmente a los organismos no públicos.

La expresión utilizada en el § 6b III BDSG «salvaguardar los intereses legítimos» ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina que la ha calificado como innecesariamente amplia. En ella se encuentran comprendidas desde un punto de vista general todas las finalidades jurídicamente admisibles que deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución pues todas las injerencias en los derechos fundamentales han de ser legítimas. El legislador consciente de que la expresión empleada era demasiado genérica intentó corregirla disponiendo que los fines tienen que ser descritos de manera concreta. Sin embargo, al no haberse regulado el cuándo, el dónde y a quién le corresponde la verificación de estos objetivos, la indeterminación existente no fue eliminada[65].

El establecimiento de este requisito –de especificación de los fines– no permite resolver el problema porque con su inclusión no se está limitando el amplio abanico de finalidades ni tampoco su posterior determinación. De lo que no cabe duda es de que mientras que la previsión de los fines de la videovigilancia sea una tarea que se le encomiende al organismo responsable de su implementación (empresa de seguridad o titular del espacio o local de acceso público) y no a una tercera entidad independiente el problema se mantiene. Si, por el contrario, se hubiera introducido una obligación de comunicación de esta actividad a una autoridad de control tendría que ser ésta la encargada de examinar la plausibilidad de los fines y no existiría, en consecuencia, la posibilidad de cambiarlos discrecionalmente por el responsable de la videovigilancia, como en mayoría de las ocasiones viene sucediendo en la práctica[66].

Según adelantábamos en otro lugar de este trabajo, en la vida cotidiana la mayoría de las cámaras se colocan por motivos de seguridad pero pudiera hacerse por otras causas como por ejemplo para efectuar un control laboral. Como principio general el emplazamiento en estos espacios de cámaras ocultas es ilegal. El establecimiento de videocámaras de forma secreta pudiera ser legal si el empresario tiene sospechas fundadas de que alguno de sus trabajadores está realizando actuaciones ilícitas y se han agotado los otros medios disponibles menos lesivos con los derechos de la personalidad

[64] Lang, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), p. 286.

[65] Lang, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), pp. 287-288.

[66] *Begründung zur Beschlussempfhelung des Innenausschusses, BT-Drs*, 14/5793, p. 61. En http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/057/1405793.pdf

para averiguar lo sucedido. En este caso el carácter inevitable de la videovigilancia la convierte en una medida lícita de investigación como así lo ha manifestado el Tribunal laboral de Friburgo en una sentencia de 7 de diciembre de 2004[67].

En cualquier caso, la necesidad de tener que recurrir a la videotécnica debe justificarse de forma objetiva sin poder atenderse exclusivamente al interés subjetivo del organismo responsable de su implementación. Los requisitos de cumplimiento no son muy estrictos, sino que basta para poder emplazar las cámaras de seguridad con la existencia de una situación de peligro abstracto que deberá ser fácilmente demostrable en situaciones que según la experiencia son típicamente arriesgadas[68].

La exigencia de probar el peligro no impide lógicamente ni a los dueños ni tampoco a los responsables de la gestión de un centro comercial o supermercado recién construido, invocando el § 6b I n° 3 BDSG, instalar cámaras de vídeo con la finalidad de evitar –si los actos ilícitos no han sido perpetrados– y perseguir delitos patrimoniales. Como la experiencia enseña que en estos lugares con frecuencia se cometen infracciones no se exige ninguna otra prueba adicional. Lo mismo ocurre en aquellos casos en que los sistemas de videovigilancia se colocan en edificios para evitar destrozos provocados por grafiteros. No es necesario que los propietarios de las casas o sus vecinos hayan sido víctimas de este tipo de actuaciones sino que basta únicamente con que exista una alta probabilidad de que puedan producirse. Lugares potencialmente amenazados por delitos como los de hurto, robo o daño en las cosas, se encuentran, por ejemplo, en los cajeros automáticos, en las cajas de seguridad situadas en las estaciones de tren, en los andenes y en los espacios exteriores de algunos edificios. También en los centros comerciales, en los supermercados alejados de lugares transitables o en los negocios difícilmente visibles así como en los accesos a grandes tiendas, a las casas de viviendas o a las parcelas aparecen estos escenarios de riesgo[69].

Las cámaras pueden introducirse para perseguir otros objetivos diferentes a los de seguridad. Lo que ocurre es que en muchas ocasiones estos motivos no tienen entidad suficiente para justificar el recurso a la videotécnica. Por ejemplo, razones comerciales no bastan por sí mismas, no son apropiadas, ni suficientes para permitir el empleo de la videovigilancia y en consecuencia para provocar una intromisión en los derechos de la personalidad de posibles afectados. Si una empresa quiere utilizar con fines publicitarios imágenes de sus locales de venta o de otros espacios de acceso público, como puede ser la

[67] *Bundesdatenschutzgesetz*. 41 Lieferung der Gesamtdokumentation, Juli, 2006, págs 1-4.

[68] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), p. 289.

[69] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), pp. 289-290.

parte frontal de sus escaparates o la sala de una discoteca, deberá proteger el derecho a la intimidad de las personas que allí se encuentran –si no han dado su consentimiento para la distribución de su imagen– a través del empleo de tecnología que no impiden su identificación.

Especialmente problemático en la práctica es el empleo de videocámaras en lugares de acceso público, por diversión, como *hobby* o por satisfacción simplemente de la curiosidad. Todas estas razones podrían ser catalogadas como intereses no lucrativos y por sí mismos no bastarían para justificar las injerencias en el derecho a la autodeterminación informativa de los posibles afectados que se pudieran derivar del empleo de la videotécnica en estos casos.

La videovigilancia a tenor de lo previsto en el § 6b I nº 3 será lícita cuando con carácter previo a su puesta en funcionamiento se describan los fines de la misma y éstos no se vean modificados con posterioridad. El empleo de expresiones de carácter general como *Gefahrenabwehr* (defensa frente al peligro) o *Verfolgung von Straβtat*e (persecución de los delitos) para expresar los objetivos perseguidos con la instalación de las cámaras no se consideran, conforme a derecho por ser demasiado genéricas. Los fines no tienen que ser formulados por escrito sino que puede hacerse de formas diferente[70] pues el § 28 I nº 2 BDSG así lo posibilita. En cualquier caso la voluntad del legislador es clara: la forma empleada para determinar los objetivos de la videotécnica ha de ser apropiada para la emisión del juicio de necesidad, cuya valoración será mucho más fácil si los mencionados fines se encuentran convenientemente descritos en un documento *ad hoc*[71].

La licitud de las videocámaras, según lo establecido en el § 6b BDSG, se hace depender de que la videovigilancia sea necesaria, es decir adecuada para lograr los objetivos fijados previamente y no exista otro medio igual de efectivo que pudiera limitar en menor medida el derecho a la audoterminación informativa de los afectados por ella. Por tanto el empleo de estos sistemas no será legítimo cuando puedan alcanzarse a través de otros instrumentos menos invasivos los mismos fines. La seguridad de un local en ocasiones se puede garantizar por otros medios sin tener que acudir a la grabación de imágenes, por ejemplo, reformándolo simplemente para mejorar su iluminación, o contratando a personal para que custodie sus accesos. En todos estos supuestos también el aspecto económico debe ser tomado en consideración

[70] Duhr, E.; Naujok, H.; Peter, M. y Seiffert, E., «Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft, Erlaüterungen und praktische Hinweise zu § 1 bis 11», *Datenssicherheit und Datenschutz*, 2002, p. 28. Duhr, E.; Naujok, H.; Peter, M.; Seiffert, E., «Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft, Erlaüterungen und praktische Hinweise zu § 27 bis 46», *Datenssicherheit und Datenschutz*, 2003, p. 7.

[71] «Begrundung zur Beschlussempfehlung des Innenauschusses», *BT-Drs*, 14/5793, p. 61.

porque a los propietarios de los inmuebles no se les puede exigir el desembolso de una ingente suma de dinero para garantizar su seguridad.

Resulta muy ilustrativo en este sentido la sentencia del Tribunal de Berlín centro, de 18 de abril de 2003, en la que el órgano juzgador se pronunció acerca de la licitud de un sistema de videovigilancia emplazado en los exteriores de un conocido centro de compras de la capital alemana, el *Kulturkaufhaus* Dussmann. En concreto el pronunciamiento se refiere a los sistemas de vigilancia situados en las arcadas de uno de los frentes del edificio, a los ubicados en la pared exterior y al colocado a un metro de distancia de la vía pública.

Las cámaras se colocan por el propietario del inmueble para la observación y registro de imágenes con la finalidad de tutelar la seguridad de los clientes, evitando posibles robos o atracos, así como también con el objetivo de proteger la integridad del edificio frente a grafitos, o daños en los escaparates por arañazos, rotura de cristales, etc. El demandante en este caso es un periodista que debido a su profesión frecuenta el centro de Berlín, y afirma que pasa al año por delante del centro comercial una media de 70 a 80 veces en horario diurno y de 5 a 6 veces en horario nocturno.

En la sentencia se planteó, primero, si el pasillo con arcos del *Kulturkaufhaus* Dussmann en el que se emplazaron las cámaras, es simplemente un lugar de paso o si por el contrario era utilizado de forma espontánea para la comunicación y conversación por parte de los viandantes. Si se trataba de esta segunda opción el nivel de protección que se le debía dispensar al lugar citado tendría el más alto por ser aquí en donde las personas conversaban o se relacionaban. El órgano judicial sin embargo entendió, primero que no se trataba de un sitio adecuado para permanecer durante largo tiempo por encontrarse en el medio de una vía de paso. Y asimismo, consideró, en segundo lugar, que el derecho a la autodeterminación informativa del recurrente no resultaba afectado por la presencia de estas cámaras. Según el Juzgador, el demandante en ningún momento afirmó realizar ese tramo del camino a pié y en todo caso aunque así fuera, sostuvo que no era posible a través de las imágenes obtenidas por la videocámara una identificación de las personas que regularmente por allí transitaban por la distancia que generalmente mantenían al pasar por delante de la fachada del edificio.

El Tribunal consideró la posibilidad de incorporar personal al centro comercial para que lo vigilase las 24 horas pero inmediatamente descartó esta solución debido a los elevados costes económicos que ello supondría habida cuenta de que la observación debía ser continuada y de que se trataba de un edificio de gran tamaño y complejidad. Asimismo, estimó el Juzgador que la videovigilancia establecida fundamentalmente en este caso para la persecución de los delitos y la reclamación de posibles daños difícilmente podía ser sustituida por la observación efectuada a través el ojo humano. Según el Tribunal de Berlín esta última no es tan efectiva como la vigilancia de una

cámara que en ningún caso se puede equivocar y dispone además de medios que le permiten la identificación de la autoría de los hechos[72].

Con carácter general, el juicio de necesidad de tener que recurrir a la videovigilancia ha de realizarse de acuerdo con las prescripciones generales que se contienen en la ley. De este modo, el diseño y la selección de los sistemas de tratamiento de datos se guiará por el principio de no recogida, tratamiento o utilización de los mismos o en caso hacerlo por el del menor número posible en el sentido expresado por el § 3a de la BDSG. Asimismo la observación mediante cámaras tendrá que limitarse tanto espacial como objetivamente. Esto implica que durante una continuada observación la función del *zoom* no debe permanecer activada constantemente sino ocasionalmente, es decir, deberá ponerse en funcionamiento a través de impulsos concretos como ocurre, por ejemplo, con los sistemas de videos que se incorporan a los porteros automáticos. Igualmente debe renunciarse a las genéricas y amplias grabaciones cuando existen otras alternativas que conducen a los mismos resultados, en concreto no son necesarios los sistemas que permiten que las imágenes puedan ser transmitidas a través de Internet o Intranet.

Estas exigencias deben ser especialmente respetadas cuando en el local de acceso público se encuentran también en puestos de trabajo, pues el empresario garantizará a los trabajadores a través del acondicionamiento del sistema que van a permanecer ciertos ámbitos situados fuera del control de observación de los aparatos de videovigilancia.

7. PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN JUEGO

La videovigilancia será lícita, de acuerdo con lo que establece el apartado primero del § 6b BDSG, si es necesaria, en primer lugar; y en segundo lugar, si no hay elementos que permitan suponer que existen intereses dignos de protección que deban prevalecer derivados del derecho a la autodeterminación informativa de las personas observadas.

Los derechos de los sujetos pasivos no se entenderán lesionados si, como consecuencia de la cualidad de la grabación, no es posible su identificación. Por ejemplo, las grabaciones que se efectúan en las plazas privadas del parking de una vivienda a través de un circuito cerrado de televisión no plantean ningún conflicto porque generalmente la resolución de las cámaras es de tan baja calidad que ni la identificación de las personas ni tampoco las de las matrículas de los vehículos es posible[73].

---

[72] *Bundesdatenschutzgesetz Dokumentation*. 38 Lieferung der Gesamtdokumentation, Juli, 2005, pp. 1-8. *Datenschutz und Datensicherheit*, 2004, págs 309-312. *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrech*t 2004, pp. 531-534.

[73] WEDDE, P., «Videoüberwachung. § 6b», *op. cit.,* p. 244.

En la actualidad, sin embargo, los problemas derivados de la reproducción de vídeos se multiplican porque los modernos sistemas de videovigilancia poseen una resolución cada vez mayor, lo que representa una amenaza constante para los derechos de la personalidad.

De acuerdo con el § 3 I BDSG, los afectados por estos procedimientos no son solo las personas fácilmente identificables sino también todas aquéllas que pueden serlo a través de una información adicional. Las razones para proteger sus derechos tienen que existir realmente y basarse en hechos comprobables aunque no se requiere su prueba. Las sospechas especulativas no son sin embargo suficientes.

La tutela de los intereses de los afectados prevalece cuando el objetivo de las cámaras es la vigilancia de una persona aislada o en los supuestos en que los afectados no pueden apartarse del lugar objeto de la observación. Son ilegales, por ejemplo, las cámaras en los vestuarios o en los aseos aunque sea con la finalidad de prevenir robos, hurtos u otros actos violentos.

Por regla general la injerencia en los derechos de la personalidad a través de la observación no es tan intensa como en los casos de registro o transmisión de imágenes. De igual manera que la continua y permanente vigilancia de un lugar que los afectados no pueden abandonar supone un atentado más grave para los derechos de la personalidad que si es temporal y está circunscrita a concretos espacios del lugar observado. Por ejemplo puede suceder que todos los coches, trenes y vagones de metro de una empresa de transporte estén equipados con videocámaras y no exista posibilidad alguna de sortearlas porque en la mayoría de los casos el transporte de personas de cercanías e incluso el de largos trayectos se encuentra en régimen de monopolio. Los pasajeros dependen regularmente de su utilización y no tienen la posibilidad de acudir a otros medios de locomoción. En estas situaciones, según la opinión de algunas autoridades de vigilancia y una parte de la doctrina jurídica, existen suficientes motivos para entender que los intereses de los afectados deben prevalecer sobre todo si en estos transportes no existen zonas fuera de la mirada de las cámaras, por ejemplo, en alguno de los vagones del metro, del tren o en una parte del autobús[74].

La permanente vigilancia en una entrada o salida de un edificio o de un local es legalmente permisible, si aún cuando existe iluminación y controles, siguen produciéndose daños y desperfectos. Con carácter general es necesario realizar una ponderación de los intereses en juego objeto de protección constitucional que pudieran resultar afectados por la observación en cada caso concreto examinando todas y cada una de las circunstancias y de los derechos en juego. El registro de las imágenes solo podrá llevarse a cabo de manera excepcional según el Tribunal Supremo alemán cuando se producen agresiones graves a los derechos de los responsables, algo así como ataques

[74] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), p. 301.

a su persona o al ámbito directo de la vivienda que no podían ser reparados de otra forma. Un supuesto típico en este contexto se plantea cuando determinados espacios o establecimientos están especialmente amenazados, por ejemplo, la entrada de un edificio en la que se ha cometido más de un acto violento. En estos casos pasarán a un segundo plano los intereses de los afectados, al contrario de lo que sucede con las imágenes que pudieran ser obtenidas en los aseos o en las consultas de un médico en donde en ningún caso ocurre esto[75].

La necesidad de ser protegido frente a las cámaras en los lugares públicos varía dependiendo del lugar de que se trate. La literatura jurídica diferencia entre ámbitos en los cuales el desarrollo de la personalidad o la garantía de los derechos de la libertad tienen una gran relevancia de otros en que posee mucha menor importancia. Dentro del primer grupo se encuentran, por ejemplo, las salas de espera de los medios de transporte, los restaurantes, los parques de atracciones o los lugares de entretenimiento, en los que las personas se comunican, comen, beben o simplemente se relajan. Los observados por la videovigilancia en estos lugares deben ser objeto de mayor protección que los que se encuentran en otros espacios en los cuales el desarrollo de la personalidad o la garantía de los derechos no es tan típica, como sucede, por ejemplo, en los lugares de tránsito, en las antesalas de los bancos, en las gasolineras o en los mostradores de los locales comerciales[76].

En este sentido resulta muy ejemplificativo el siguiente caso que ha sido resuelto por el Tribunal de trabajo de Hamburgo en la sentencia de 22 de abril de 2008[77]. El asunto es el siguiente: el dueño de una cadena de cafeterías la citada ciudad alemana decidió instalar en sus locales sistemas de videovigilancia. Las cámaras se repartían por todas las salas en las que se ubicaban los mostradores y las estanterías con mercancías en las cuales los clientes solicitaban sus consumiciones y efectuaban sus pagos, también se instalaron cámaras en los lugares de reunión, es decir en donde los clientes se sentaban a charlar y a disfrutar de sus consumiciones. El demandante del caso, cliente habitual de estos locales, entendió que se vulneraba su derecho a la autodeterminación informativa reconocido en el artículo 2 de la Constitución alemana por la presencia constante de videocámaras en los espacios equipados con mesas y solicitó su retirada.

El demandado que disfrutaba indiscutiblemente del derecho de morada en todas sus cafeterías, invocó para su defensa en este caso particular la doble finalidad de la videovigilancia. Por un lado, preventiva, para evitar la comisión de robos y sustracciones que se pudieran cometer por parte de los clien-

[75] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), p. 301.

[76] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum, op. cit.* (nota 41), p. 305.

[77] *Bundesdatenschutzgesetz Dokumentation*. 47 Lieferung der Gesamtdokumentation. Juni 2009, pp. 1-5.

tes en sus locales; y, por otro, represiva, con el objetivo de asegurar las pruebas que pudieran ser de utilidad en aras a la persecución de los delitos. La videovigilancia, según manifestó el Tribunal, era el instrumento adecuado para alcanzar los objetivos regulados en el § 6b I BDSG. A su juicio no existía ningún otro medio menos invasivo con el que el demandado pudiera tutelar sus intereses. La contratación de personal de seguridad se descartaba por el elevado gasto que ello podría suponer. Por lo que se refería a la persecución del delito, según entendió el Juzgador, resultaba evidente que la declaración de un vigilante como testigo ocular no era tan efectiva como la grabación de una cámara. Mientras que el ojo humano se podía equivocar en alguna ocasión la videocámara no cometía este tipo de errores.

Los intereses que se encontraban en juego en este conflicto eran, por una parte, los derivados del derecho fundamental a la autodeterminación informativa reconocido el artículo 2.1º de la Constitución germana, y por otra, los del demandado, que eran los derechos fundamentales al desarrollo libre de la profesión y el derecho de propiedad de la empresa previstos en los artículos 12 y 14, respectivamente, del mismo Texto legal.

El Tribunal consideró que era necesario diferenciar en este supuesto entre los lugares en los que se encontraban los mostradores y las estanterías con las mercancías de aquellos otros en los que tranquilamente se reunían los clientes para charlar y disfrutar de sus consumiciones. En los segundos, el derecho a la autodeterminación informativa invocado por el reclamante garantizaba que cada uno pudiera moverse públicamente de manera libre sin el temor de ser objeto de videovigilancia, debiendo prevalecer en estos lugares teniendo en cuenta las circunstancias y las características de los mismos los intereses del reclamante. En líneas generales, a jucio del Tribunal, la necesidad de protección en los lugares en donde existe un mayor riesgo de que se produzcan robos o cualquier tipo de sustracción es más alto que en aquellos espacios en donde se ubican las mercancías y los mostradores de atención al público. Es aquí en donde se justificaba y admite la inclusión de sistemas de videovigilancia mientras que en los lugares de reunión en donde los clientes conversan y disfrutan de sus consumiciones no existe ningún peligro y por tanto no tiene sentido la colocación de estos sistemas. Para finalizar el Juzgador añadió, que por ser habitáculos en donde los clientes permanecen una gran parte observados de forma continua pueden verse amenazados gravemente sus derechos de la personalidad.

8. OBLIGACIÓN DE SEÑALIZACIÓN

El § 6b II BDSG prevé que tanto la instalación de videocámaras como del órgano responsable de las mismas en un determinado lugar deberán darse a conocer a través de medidas idóneas. Su existencia se hará notar o bien a través de señales en varios idiomas –en caso de probable presencia de ciudadanos

extranjeros, como sucede, por ejemplo, en los aeropuertos o en las estaciones de tren– o bien, mediante pictogramas que suelen ser claros y de fácil comprensión. Es a estos últimos a los que se recurre en la generalidad de las ocasiones.

El organismo encargado de las videocámaras al que asimismo le corresponderá garantizar los derechos de los afectados aparecerá claramente indicado, figurando el nombre y la dirección completa no siendo suficiente únicamente con el apartado postal. Un modo podría ser: «Este edificio es videovigilado por la empresa x. Si tienen alguna pregunta dirijanse por favor a …». El mismo objetivo de transparencia perseguido por la ley se logra también en aquellos casos en los que aunque no existen señales anunciadoras de la videovigilancia figura cuál es el organismo responsable[78].

El Tribunal laboral de Frankfurt en una sentencia de 25 de enero de 2006 rechazó la aportación al proceso de unas imágenes captadas por unas videocámaras. El empresario, dueño de un local de venta de bebidas, había instalado el sistema de videovigilancia sin ponerlo en conocimiento de sus trabajadores. El Juzgador consideró que trataba de una medida ilícita y, en consecuencia, no valoró el material obtenido por las cámaras[79].

Ahora bien, es cierto también que en ocasiones se prevén excepciones a esta obligación de señalización de la videotécnica prevista en la Ley federal de Protección de datos. El Tribunal del *Land* de Berlín en una sentencia de 18 de noviembre de 2010 consideró que en este supuesto la instalación de videovigilancia de manera secreta era conforme con la Constitución. El empresario se encontraba en una situación que fue definida como de legítima defensa. Tenía sospechas fundadas de que sus trabajadores habían cometido algunos delitos en horario laboral, y el empleo de otros instrumentos de investigación menos agresivos con los derechos de sus empleados para averiguar lo sucedido no había tenido éxito. La videovigilancia era el único medio disponible a su alcance para resolver sus dudas. El Juzgador, a la vista de las circunstancias del caso, entendió que se trataba de una medida lícita aún cuando la presencia de cámaras no estaba señalizada[80].

9. OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN

Según establece el § 6b IV BDSG, cuando los datos recogidos mediante videovigilancia se adscriban a una persona determinada, ésta habrá de ser

[78] Gola, P. Y Schomerus, R., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *op. cit.,* Rn 27. En J:\Gola-Schomerus, BDSG § 6b Rn_24 - 28a - beck-online.mht.

[79] *Bundesdatenschutzgesetz. Dokumentation.* 43 Lieferung Gesamtdokumentation. November, 2007, págs 1-6.

[80] *Bundesdatenschutzgesetz Dokumentation*. 51 Lieferung der Gesamtdokumentation. April, 2011, pp. 1-4.

informada sobre el tratamiento o la utilización de los mismos. Los preceptos en los que se regula esta cuestión son el § 19a y el § 33 de la norma citada. El primero contempla el tratamiento de datos por parte de las entidades públicas, y el segundo –que es el que aquí nos interesa– regula esta materia cuando los órganos responsables son las empresas y las entidades no públicas.

El § 33 BDSG dispone que cuando se registren por primera vez datos personales para fines propios sin el conocimiento del interesado, habrá de comunicársele a éste el registro, el tipo de datos, la finalidad de la recogida, el tratamiento o utilización de los mismos y la identidad de la entidad responsable. Si se registrasen comercialmente a efectos de transmisión desconociéndolo el interesado será informado de la primera transmisión y también de qué clase de datos se trata.

En el mismo precepto se recogen una serie de supuestos en los que la comunicación al interesado no será obligatoria: si éste tiene noticia del registro o de la transmisión por otra vía; cuando los datos no pueden cancelarse o están destinados exclusivamente a garantizar la seguridad o el control de su protección y una comunicación requiriese un despliegue de medios extraordinario; en los supuestos en que los datos deben mantenerse en secreto en virtud de una disposición legal o por su naturaleza el registro o la transmisión de los mismos están expresamente previstos por ley; en los casos en los que el registro o la transmisión son necesarios para fines de investigación científica y la comunicación exigiera un despliegue de medios desproporcionado; en aquellas situaciones en que la entidad pública competente ha constatado frente a la entidad responsable que la publicación de los datos pudiera poner en peligro la seguridad o el orden públicos o perjudicar de otro modo el bien de la Federación o de un Estado federado; y por último, cuando los datos están registrados para fines propios y comercialmente resulta desproporcionada su transmisión y comunicación por la gran cantidad de casos afectados.

10. TRATAMIENTO Y UTILIZACIÓN DE LOS DATOS

La recogida, el tratamiento y la utilización de datos personales solo serán lícitos cuando se autorice o disponga legalmente o bien en los casos en los que el interesado haya manifestado su consentimiento. Los audiodatos no se incluyen dentro de este régimen porque, evidentemente, no se puede acceder a ellos a través de la observación sino a través de otros aparatos que no aparecen previstos en el precepto en cuestión[81].

La necesidad de acudir a estas técnicas deberá juzgarse teniendo en cuenta los mismos criterios que en el caso de la observación, es decir, habrá de valorarse si la recogida, el tratamiento o la utilización de los datos personales

[81] LANG, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum*, *op. cit.* (nota 41), p. 321.

son imprescindibles para alcanzar los fines previstos y si no existen otros medios más apropiados y menos restrictivos con el derecho a la autodeterminación informativa de los afectados. No es necesario para poder acudir al tratamiento y utilización de los datos que sean indispensables para la consecución del objetivo perseguido pero sí que habrá que plantearse llegado el caso si basta con otros procedimientos menos invasivos, como por ejemplo la observación para lograr los mismos fines[82].

De acuerdo con lo dispuesto por el precepto estas actividades de tratamiento y utilización de datos son conformes a derecho, primero, si son necesarias para la finalidad prevista que deberá establecerse inicialmente desde el mismo momento en que se acuerda la instalación de la videovigilancia. En caso de producirse una modificación posterior de la adscripción prevista ésta será considerada ilegal. En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que no existan otros elementos que permitan suponer que hay intereses dignos de protección del interesado preponderantes. Su presencia no es necesario que sea demostrada pero tampoco basta con la simple incertidumbre acerca de su posible existencia[83]. En casos de duda o sospecha deberá decidirse a favor del afectado para dejar a salvo su derecho a la autonomía personal.

Las tareas de tratamiento y utilización de los datos personales son posibles si se cuenta con autorización del interesado. Únicamente su intervención no será necesaria, primero, si así lo prevé o permite una disposición legal; segundo, si la tarea administrativa específica o la finalidad comercial requiere una recogida de datos recurriendo a otras personas o entidades; y tercero, si el tener que recurrir al afectado supusiera un despliegue de medios desproporcionado y no existiesen otros elementos que permitan suponer que se están perjudicando intereses diversos que deban ser tomados en consideración[84].

Los datos obtenidos a través de la observación únicamente podrán tratarse o utilizarse por regla general con la finalidad originaria con la que la videovigilancia fue instalada. La ruptura de estos objetivos únicamente será posible en tanto sea necesario, por un lado, para evitar peligros para la seguridad estatal y pública y por otro, para la persecución de los delitos. Por ejemplo, las imágenes de vídeo obtenidas en un centro comercial solo serán enviadas y posteriorme examinadas si tras haberse cometido un delito se pudieran encontrar en ellas algún tipo de indicio acerca del posible autor[85].

La valoración de la necesidad se realiza teniendo en cuenta los mismos principios que se aplican para la observación. Es decir, habrá que examinar si el registro, comunicación, tratamiento o utilización de los datos personales

[82] Lang, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum*, *op. cit.* (nota 41), p. 322.
[83] Wedde, P., «Videoüberwachung. § 6b», *op. cit.* (nota 35), p. 246.
[84] § 6b III BDSG.
[85] Wedde, P., «Videoüberwachung. § 6b», *op. cit.* (nota 35), p. 247.

para las finalidades previstas es necesario y si no existen otros intereses que deban ser objeto de una protección mayor. Por ejemplo, en los taxis, autobuses, trenes y metros, una observación directa de todos los pasajeros no es posible. Por eso los datos han de ser almacenados al igual que sucede también en otros ámbitos como por ejemplo, gasolineras o cajeros automáticos de bancos en donde es necesario el empleo de estas técnicas.

11. CONTROL PREVIO

Si los procesos de tratamiento automatizado de datos revisten riesgos especiales para los derechos y libertades de los interesados serán objeto de un control previo[86]y el encargado de efectuarlo es el delegado para la protección de datos. Nos estamos refiriendo aquí, por ejemplo, a camáras de videovigilancia que son orientables y disponen de una alta resolución para la captación de las imágenes, o a *webcams* que efectúan descargas en Internet. Únicamente no se efectuará este control previo si existe una obligación legal; si media consentimiento del interesado; o en último lugar, en aquellas ocasiones en las que la recogida, tratamiento o utilización de las imágenes se efectúan para fines contractuales o cuasicontractuales con el interesado[87].

12. OBLIGACIÓN DE CANCELACIÓN DE LOS DATOS

Según la BDSG los datos se cancelarán tan pronto como dejen de ser necesarios para la finalidad prevista o existan intereses dignos de protección contrarios a su conservación.

En el ámbito de la videovigilancia cuando se habla de «datos» se está refiriendo a datos personales almacenados. Esto se deduce de la sistemática y del concepto legal de suprimir contenido en la BDSG en donde se define esta acción como la cancelación de los datos personales registrados (§ 3 IV n° 5 BDSG). Esta operación debería estar protegida través de una técnica automática y de un sistema manual que únicamente fuera posible activar en una situación de peligro sobrevenida. Nos referimos a datos que han sido clasificados, incluidos o conservados sobre un soporte al objeto de tratarlos o utilizarlos nuevamente[88].

De acuerdo con el tenor literal del § 6b V BDSG, los datos serán cancelados. Primero, cuando dejan de ser necesarios para la finalidad prevista tanto

[86] § 4d V BDSG.

[87] GOLA, P. Y SCHOMERUS, R., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *op. cit.*, Rn 9. En J:\Gola-Schomerus, BDSG § 6b Rn_ 8 - 9 - beck-online.mht.

[88] BIZER, J., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *op. cit.* (nota 33), pp. 602-603.

si ésta se ha cumplido o no y ya no son necesarios. Segundo, si existen intereses dignos de protección contrarios a la conservación de la grabación misma. En el primer caso puede o no haberse producido el almacenamiento de los datos mientras que en el segundo supuesto esta operación siempre se ha producido y es preciso proceder a la supresión de los mismos de modo inmediato aun cuando pudieran ser útiles para alcanzar otros objetivos[89]. La doctrina entiende que para su cancelación no es preciso que concurrran las dos circunstancias sino que basta con una de ellas. Puede ocurrir que atendiendo al primer presupuesto sea necesario conservar los datos y por el contrario haya que proceder a eliminarlos en aplicación de la segunda condición. Sería posible, por ejemplo, que en un procedimiento de investigación y persecución de un ilícito no se desarrollase ágilmente dentro de los plazos razonables y de esa forma la cancelación de demorase de manera desproporcionada[90].

El precepto no establece con carácter general un tiempo concreto para la eliminación de los datos. Deberá fijarse teniendo en cuenta, por un lado, la finalidad perseguida con la grabación y por otro, la proporcionalidad, a la vista de los intereses de los afectados. En consecuencia, la licitud de la duración es muy diferente dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto.

Cuando se instala videovigilancia en los taxis para evitar robos, se entiende que 24 horas son suficientes para el almacenamiento de las imágenes; en tranvías y buses, la media se sitúa entre 24 y 48 horas respectivamente; tiempos que puede variar dependiendo del *Land* de que se trate; y en el caso del metro la media gira en torno a las 24 horas. En los centros comerciales se considera que 2 días como mínimo son necesarios aunque es cierto también que el tamaño del negocio es un factor a considerar porque en las grandes superficies es más difícil detectar si se han producido daños o se ha cometido alguna sustracción. En el caso de los cajeros automáticos puede ser necesario un almacenamiento de los datos durante semanas o incluso, en algunos casos, durante meses, para que la videovigilancia pueda cumplir con la finalidad prevista[91].

13. DERECHO DE LOS LÄNDER

Los *Länder* de Baviera (§ 21a), Berlín (§ 31b), Brandenburgo (§ 33c), Bremen (§ 20b), Mecklemburgo-Pomerania Occidental (§ 37), Renania del Norte-Westfalia (§ 29b), Renania-Palatinado (§ 34), Sarre (§ 34), Sajonia (§ 33), Sajonia-Anhalt (§ 30) y Schleswig-Holstein (§ 20) han incluido en sus leyes de protección de datos una norma relativa a la videovigilancia cuyo

[89] Wedde, P., «Videoüberwachung. § 6b», *op. cit*. (nota 35), p. 248.

[90] «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *op. cit*., p. 603.

[91] Lang, M., *Private Videoüberwachung im öffentlichen Raum*, *op. cit.* (nota 41), p. 330.

contenido coincide básicamente con el previsto en § 6b de la BDSG a nivel federal[92]. Las diferencias de regulación existentes entre el nivel federal y estatal son mínimas. En Berlín, por ejemplo, la Ley ha establecido excepciones a la obligación de comunicación de los datos personales (§ 31 b 4 3). El § 29b II DSG[93] de Renania del Norte-Westfalia dispone que los datos grabados a través de videovigilancia únicamente pueden ser almacenados en caso de que exista algún peligro. Por lo que se refiere a la obligación de cancelación, en Bremen los datos grabados son borrados, como más tarde, en 24 horas (§ 20b V), en Renania Palatinado serán eliminados de inmediato (§ 34 V) mientras que Mecklemburgo-Pomerania Occidental (§ 37 II) y Schleswig-Holstein (§ 20 II) tienen un plazo más amplio para su supresión: siete días[94].

14. CONCLUSIONES

La aplicación de los sistemas de videovigilancia para garantizar la seguridad ha contribuido a la prevención y persecución del delito, pero, al mismo tiempo, ha sido una fuente generadora de problemas, en la medida en que ha supuesto, en muchos casos, un sacrificio excesivo de derechos y libertades como el derecho a la intimidad o a la protección de datos.

La legislación alemana se ha preocupado de regular con gran detalle la videovigilancia pública, es decir, la efectuada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ámbito en el que existen numerosas disposiciones legales y pronunciamientos jurisprudenciales, tanto del Tribunal Constitucional como de los jueces y tribunales ordinarios, así como abundantes estudios doctrinales que se han ocupado con profusión del tema. Por el contrario, en el caso de la videovigilancia privada en espacios de acceso público, a pesar de su enorme expansión en los últimos años, la normativa es escasa y sorprende igualmente la poca atención que le ha prestado la literatura especializada.

La regulación legal de la videovigilancia privada en los lugares de acceso público se aborda fundamentalmente, en el derecho alemán, desde la perspectiva del derecho a la autodeterminación informativa. Tanto en el ámbito federal como en el estatal las leyes de protección de datos contienen un precepto específico dedicado a su previsión normativa. En el § 6b BDSG se recogen los principios generales del derecho a la protección de datos en materia

[92] En los parágrafos que aparecen vinculados a los distintos Länder es en donde se contiene la regulación sobre videovigilancia en las Leyes de Protección de datos de estos Estados alemanes.

[93] *Datenschutzgesetz* o Ley de Protección de Datos de 9 de mayo de 2000 de Renania del Norte-Westfalia (Gesetz und Veordnungsblatt, p. 452).

[94] GOLA, P. y SCHOMERUS, R., «§ 6b Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen», *op. cit.*, Rn 34. En J:\Gola-Schomerus, BDSG § 6b Rn_ 34 - beck-online.mht.

de videovigilancia: su definición, los supuestos en que se entiende conforme a derecho, la obligación de señalización y los principios que se han de seguir en los casos de tratamiento y utilización de los datos personales obtenidos. Todavía existen, sin embargo, importantes cuestiones que no han quedado resueltas en el ámbito legal, lo que provoca dudas sobre el régimen jurídico aplicable. Así, el § 6b BDSG regula la videovigilancia en lugares de acceso público, pero no define cuáles son, qué características tienen que reunir ni qué ocurre con aquellas estancias que poseen una naturaleza mixta, esto es, que se encuentran a caballo entre el carácter privado y el público. Tampoco se precisa qué otros aparatos tecnológicos (además de las videocámaras) deben ser catalogados como equipamientos óptico-electrónicos, ni si tienen el mismo tratamiento legal que aquéllas.

Tras analizar los supuestos en que según el § 6b BDSG es lícita la videovigilancia en los lugares de acceso público se han descrito los principales problemas que se plantean con su aplicación práctica. En primer lugar, son difíciles de precisar los límites del *Hausrecht o* facultades de policía que les corresponden a los propietarios de los locales o a los responsables de los mismos. Es dudoso, por ejemplo, si se pueden grabar objetos o espacios que se encuentran colindantes a un camino público o a personas que circulan por él. En segundo lugar y por lo que se refiere al supuesto de la salvaguarda de intereses legítimos de fines específicamente previstos, existe una laguna legal en la regulación de las circunstancias y las competencias para la verificación de los objetivos.

Con carácter general, la licitud de las videocámaras se hace depender tanto de que la videovigilancia sea necesaria, es decir adecuada para lograr los objetivos fijados previamente, como de que no exista otro medio igual de efectivo que pudiera limitar en menor medida el derecho a la audotermina-ción informativa de los afectados por ella.

Los jueces y tribunales ordinarios tienen un importante papel porque son los encargados de efectuar, si se produce algún conflicto, un juicio de ponderación en cada caso concreto, valorando si deben prevalecer los derechos de los afectados o el derecho del titular del local o espacio de acceso público a instalar estos instrumentos audiovisuales. En dicho juicio se toman diversos criterios en consideración, como son, por ejemplo, la temporalidad o el carácter permanente de la observación, si las cámaras son fijas o móviles, la calidad de resolución de las imágenes captadas por ellas, la zona concreta de ubicación de las mismas, los espacios prohibidos a la videovigilancia, etc.

Los Tribunales han excepcionado la obligación de señalización de los aparatos de grabación de la imagen en los casos en que existen sospechas por parte del empresario acerca de conductas ilícitas procedentes de sus empleados y no existen otros instrumentos de investigación menos agresivos con los derechos de los trabajadores para averiguar lo sucedido. En todo caso cuando las imágenes recogidas mediante videovigilancia se adscriban a una persona

determinada, ésta habrá de ser informada sobre el tratamiento o la utilización de las mismas.

El § 6b BDSG tambien establece la necesidad de que se proceda a una valoración de si la recogida, el tratamiento o la utilización de los datos personales son imprescindibles para alcanzar los fines previstos y no existen otros instrumentos más apropiados y menos restrictivos con el derecho a la autodeterminación informativa de los afectados. Las tareas de procesamiento de datos son posibles sin consentimiento del afectado, primero, si así lo prevé o permite una disposición legal; segundo, si la tarea administrativa específica o la finalidad comercial requiere una recogida de datos acudiendo a otras personas o entidades; y tercero, si el tener que acudir al afectado supusiera un despliegue de medios desproporcionado y no existiesen otros elementos que permitan suponer que se están perjudicando intereses diversos que deban ser tomados en consideración.

Por último, los datos obtenidos a través de la observación por videovigilancia únicamente podrán tratarse o utilizarse con la finalidad originaria con la que la que aquella fue instalada. La ruptura de estos objetivos únicamente será posible en tanto sea necesario, por un lado, para evitar peligros para la seguridad estatal y pública y por otro, para la persecución de los delitos. El precepto no establece con carácter general un tiempo determinado para la supresión de los datos sino que deberá fijarse teniendo en cuenta, de una parte, la finalidad perseguida con la grabación y la proporcionalidad, a la vista de los intereses de los afectados. Su cancelación se producirá, primero, cuando dejen de ser necesarios para los objetivos tanto si éstos se han cumplido o no. Segundo, si existen intereses dignos de protección contrarios a la conservación de la grabación misma. La doctrina entiende que para que se supriman las imágenes no es preciso que concurrran los dos requisitos sino que basta con uno de ellos, puede suceder que atendiendo al primer presupuesto sea necesario conservar los datos y por el contrario haya que proceder a eliminarlos en aplicación de la segunda condición o al revés. Sería posible, por ejemplo, que un procedimiento de investigación y persecución de un ilícito no se desarrollase ágilmente dentro de los plazos razonables y de esa forma la cancelación de demorase de manera desproporcionada. En consecuencia, el período de almacenamiento de las imágenes grabadas es muy diverso dependiendo de las circunstancias del supuesto concreto.

TITTLE: Private video surveillance in places of public access and data protection right. The German case.

SUMMARY: This work tries to offer an analysis of the regulation of privacy video surveillance in places of public access in the German Law from the point of view of data protection right. The central core of this study is the examination of the paragraph 6b of the federal Law of data protection

and of the jurisprudence dictated on this question in which does not forget the most important doctrinal reflections on the topic either.

Key words: Freedom, Security, Video Surveillance, Fundammental rigths, Data protection right, Privacy right.

Resumen: Este trabajo tiene por objeto el examen de la regulación de la videovigilancia privada en los lugares de acceso público en el derecho alemán desde la perspectiva del derecho a la protección de datos. El análisis del parágrafo 6b de la Ley federal de protección de datos y de la jurisprudencia dictada sobre esta materia constituyen el núcleo central de este estudio en el que tampoco se olvidan las reflexiones doctrinales más importantes sobre el tema.

Palabras clave: Libertad, seguridad, videovigilancia, derechos fundamentales, derecho a la protección de datos, derecho a la intimidad.

Recibido: 21.03.2014
Aceptado: 26.05.2014

LA IGUALDAD EN LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y LOS MENORES

Nicolás Pérez Sola

Sumario: 1. El significado constitucional de las nociones de familia y matrimonio. La constitucionalidad del matrimonio homosexual y su encaje en nuestro ordenamiento sobre el derecho de familia. 1.1. *Cuestiones de capacidad*. 1.2. *La intervención del Encargado del Registro Civil y el alcance del control sobre los contrayentes en los supuestos de matrimonio de complacencia*. 1.3. *Concepto constitucional del matrimonio*. 1.4. *Las Uniones de Hecho.* 1.4.1. La igualdad ante la ley. 1.4.2. Posibles efectos en caso de crisis. 2. La adopción llevada a cabo por las parejas homosexuales a la luz de la STC 198/2012. 3. Algunos problemas específicos relativos a la investigación de la paternidad. 3.1. *La revelación de la identidad del donante a efectos de la determinación legal de la filiación: un tratamiento normativo diferenciado susceptible de conculcar el principio de igualdad ante la Ley*. 3.2. *La impugnación de la paternidad (art. 136.1 CC) y la regulación de la legitimación del progenitor biológico para reclamar la filiación no matrimonial, cuando falta la posesión de estado (art. 133 CC).* 4. La intromisión del legislador en asuntos personalísimos concernientes al menor. 4.1. *La interrupción voluntaria del embarazo de la menor de 16 y 17 años*. 4.2. *La atribución de la facultad de decidir sobre la educación a recibir por el menor.*

1. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LAS NOCIONES DE FAMILIA Y MATRIMONIO. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y SU ENCAJE EN NUESTRO ORDENAMIENTO SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA

El punto de partida no es otro que el examen de la regulación constitucional, así como su interpretación y efectos desde la perspectiva de la jurispruden-

cia constitucional, en relación con aquellas cuestiones básicas del derecho de familia que han sido objeto de regulación en la norma fundamental del Estado: las nociones constitucionales de matrimonio (art. 32, CE) y familia (art. 39), y las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas. En primer término para reconocer, bajo el prisma del principio de igualdad y la prohibición de discriminación (arts. 9.2 y 14, CE), las consecuencias que tiene esa recepción, tanto respecto del significado en sí mismo del concepto (matrimonio) como de las relaciones internas (entre cónyuges); así como los efectos jurídicos comparativos con otras modalidades de unión conyugal o familiar. En segundo lugar, es necesario examinar el contenido y alcance que para el TC deriva de los mandatos que encomiendan a los poderes públicos la protección de la unidad familiar y en general, y especialmente de una parte de sus miembros (menores).

El marco constitucional en el que tiene su encuadre el matrimonio así como otras formas de familia, impone necesariamente la igualdad entre las personas que las configuran, con una protección especial al superior interés del menor, pero dejando al legislador un amplio margen para la regulación específica del matrimonio como, en su caso, de otras formas de convivencia. Por tanto, compete al legislador la regulación del matrimonio como de otras formas de familia no matrimonial, como las uniones de hecho, y sus posibles efectos jurídicos.

El artículo 32 de la CE contiene un enunciado bastante explícito a priori, en el que se reconoce un derecho constitucional al que, sin embargo, no se le puede otorgar la categoría de «fundamental», ya que carece de posibilidades de ser invocado en un amparo constitucional o un amparo judicial preferente y sumario.

El objeto de ese derecho no resulta en principio controvertido, tanto en lo referido a sus titulares como respecto de su significado básico: el matrimonio del hombre y de la mujer, junto a la «plena igualdad jurídica» de los miembros que componen esta institución jurídica. Así pues, nada se especifica de partida sobre una posible fórmula alternativa de matrimonio formada por personas del mismo sexo.

La intención del constituyente se centró más bien en enfatizar –como finalidad primordial– la necesidad de asegurar el equilibrio, desde un punto de vista jurídico, entre los cónyuges que lo componen; sin que en aquel momento se plantease reflexión alguna en orden a determinar la necesidad de garantizar la naturaleza heterosexual de aquéllos.

Por tanto, dentro del marco constitucional, el legislador que dispone de un amplio margen ha llevado a cabo la regulación en el Código Civil de los derechos y obligaciones de los cónyuges, los supuestos de ruptura del matrimonio así como las relaciones paterno-filiales. Con posterioridad se ha avanzado la regulación matrimonial entre parejas homosexuales, si bien la actual regulación no acota otras posibles reformas ulteriores con consecuencias para las relaciones familiares y sus miembros.

Para configurar el matrimonio, el Código Civil contiene prohibiciones expresas para contraerlo, y, en su caso, dispensas en algunos supuestos. Además, el consentimiento –elemento esencial en el matrimonio–, puede ser otorgado en supuestos equívocos frente a la exigencia de libertad en su otorgamiento. Es por ello que puede ser relevante plantear algunas cuestiones relativas a la capacidad para contraer el matrimonio.

1.1. *Cuestiones de capacidad*

Por cuanto se refiere a la regulación inicial del matrimonio en el Código Civil, hemos de recordar que el legislador expresamente ha previsto la imposibilidad de contraer matrimonio a los menores de edad no emancipados, los que estén ligados con vínculo matrimonial (art. 46 CC), así como quienes resulten afectados por las previsiones de parentesco determinadas en el art. 47.1 y 2 CC, al igual que «los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos» (art. 47.3 CC). Pudiera dudarse de la oportunidad de los límites marcados por el legislador en los dos primeros apartados de este último precepto[1]. Ahora bien, al objeto de realizar un contraste de constitucionalidad sobre el tercer supuesto de esta norma, podemos encontrarnos ante una previsión que tendría difícil acomodo constitucional, ya que se hace depender la imposibilidad de ejercer el derecho de contraer matrimonio a la preexistencia de una condena como «autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge». La incorporación como límite al ejercicio del derecho de una condena previa por muerte dolosa del cónyuge podría constituir una previsión inconstitucional, en la medida en que genera una discriminación que puede entrar en colisión con el «contenido esencial» de ese derecho constitucional (art. 53.1, CE), además de que no obedece, o al menos resulta bastante discutible desde el punto de vista de la aplicación de un test de proporcionalidad sobre la limitación al ejercicio del derecho a contraer matrimonio, resultante del bien jurídico que se pretende proteger con dicha prohibición.

Por otra parte, el conjunto de prohibiciones relativas al derecho a contraer matrimonio son a continuación objeto de excepciones, cuando menos discutibles, de modo diverso a tenor de lo preceptuado en el artículo 48 CC. En primer lugar, puede no ser apropiado otorgar al Ministro de Justicia la dispensa en el caso de la prohibición por muerte dolosa para poder contraer matrimonio, no estamos en un supuesto de indulto sino de una causa impeditiva del ejercicio de un derecho constitucional; ni el legislador ha precisado qué circunstancias podrían concurrir para que procediese la misma, más allá

[1] La dispensa de impedimento de parentesco puede tener lugar cuando exista «una convivencia prolongada y voluntaria entre tío y sobrina (…) pueda ser tal fuente de afecto que llegue a la affectio maritalis», RDGN 18 de octubre de 1995.

de indicar esta posibilidad a instancia de parte (art. 48.1 CC). Se otorga así a la Administración una suerte de discrecionalidad para apreciar dicha dispensa, cuando en un Estado de Derecho corresponde siempre a los órganos jurisdiccionales acordar la limitación o suspensión del ejercicio de derechos.

Aunque pudiera resultar inicialmente más comprensible otorgar al Juez de Primera Instancia la facultad de dispensar «los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de catorce años», la invocación a la «justa causa» –concepto jurídico obviamente indeterminado a priori– sitúa al órgano jurisdiccional ante un margen de discrecionalidad posiblemente excesivo para apreciar la misma, con el riesgo que a tal efecto se puede derivar de dejar el ejercicio del derecho a contraer el matrimonio a la apreciación de la concurrencia de la citada causa, interpretable de forma heterogénea por el órgano jurisdiccional[2].

1.2. *La intervención del Encargado del Registro Civil y el alcance del control sobre los contrayentes en los supuestos de matrimonio de complacencia*

Aun cuando tiene un carácter secundario en esta materia, existe otra prohibición de contraer matrimonio en la que hemos de reparar; nos referimos al matrimonio de complacencia, que encierra una suerte de presunción de intención evidente de cometer un fraude de ley para la consecución de otros objetivos: la regularización del inmigrante en situación administrativa irregular, la obtención del permiso de residencia, la reagrupación familiar, etc. Recuérdese que «la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta» (art. 45.2 CC). Produce además la confusión de dos planos inicialmente diversos, la situación administrativa del inmigrante y su control conforme al ordenamiento vigente y, por otro lado, el ejercicio de un derecho reconocido al hombre y a la mujer, sin restricción alguna a la nacionalidad de los mismos. Además, las competencias otorgadas a los Encargados del Registro Civil posibilitan llevar a cabo un procedimiento cuasi inquisitorial a los futuros contrayentes al objeto de conocer la veracidad de sus intenciones[3]. En este sentido baste recordar la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General

[2] La apreciación de la justa causa se produce oído el menor y sus padres en el trámite de audiencia. Atendiendo a la casuística puede apreciarse la justa causa a tenor de la existencia de un embarazo, la ausencia de consentimiento de los padres, la falta de recursos económicos, la edad del menor que viva independientemente alcanzados los 17 años, en suma atendiendo al «nivel de madurez del menor».

[3] «es necesario que el Encargado del Registro alcance un convencimiento o convicción plena en el sentido de concluir la veracidad del conjunto de la prueba de las audiencias practicadas con un juicio conclusivo de probabilidad cualificada en grado de certeza moral plena sobre la veracidad del hecho de haber mediado un consentimiento simulado, descartando los casos de mera verosimilitud y los de duda o simple probabilidad».

de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia. La cuestión que suscita esta regulación no es otra que la naturaleza del control de la autorización del matrimonio que más allá de los datos que se puedan obtener durante la investigación o informaciones que procedan de documentos a los que se pueda acceder, se basará en las declaraciones de los interesados o de terceras personas. Cabe preguntarse ¿cuál es el límite legal a la celebración del matrimonio de complacencia? Esto es, ¿existen límites constitucionales a los posibles controles estatales a la hora de celebrar el matrimonio?

Estamos ante una regulación del ejercicio del derecho a contraer matrimonio pensada para procesos de regularización de una situación administrativa sujeta a la ley de extranjería y no exclusivamente para el ejercicio de dicho derecho en el ámbito civil. Por tanto, cabe preguntarse si ¿el estatuto jurídico del extranjero regulado por la ley de extranjería incide en la capacidad para ejercer el derecho a contraer matrimonio? En tal caso, la consideración administrativa de extranjero irregular, a tenor de la vigente legislación en extranjería, constituiría un obstáculo al libre ejercicio del derecho a contraer matrimonio con una persona de nacionalidad española. No obstante hemos de recordar la estrecha relación entre el libre desarrollo de la personalidad reconocido en el marco constitucional y la voluntad de contraer matrimonio. Por tanto, el debate no estaría tanto en el ámbito de la titularidad de los derechos de los extranjeros en nuestro país, como en la constatación de la veracidad de la voluntad de contraer matrimonio manifestada por estos. El control que ha de realizar el Encargado del Registro Civil, esencialmente a través de la entrevista de los contrayentes y los datos e información que éstos puedan aportar respectivamente de ambos futuros contrayentes ¿en qué medida no constituye una intromisión en derechos fundamentales de los futuros contrayentes? La protección constitucional del derecho a la intimidad (art. 18 CE) alcanza a todas las personas más allá de su carácter nacional o extranjero y puede quedar en precario en el interrogatorio previo para determinar el consentimiento matrimonial. La cláusula de orden público podría argüirse como justificación de la prohibición de los matrimonios poligámicos, pero no así en el caso de aquellos en los que uno de los contrayentes es extranjero y carece de residencia legal.

Evidentemente la intervención del encargado del Registro debe dirigirse a conocer la voluntad real de los contrayentes y su encaje en el marco normativo. El derecho a la vida en familia y la intimidad familiar se contiene expresamente para los extranjeros residentes en el artículo 16 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. A partir de aquí, la misión encomendada al encargado del Registro civil es la de constatar la autenticidad de la voluntad de contraer matrimonio, sin interés ajeno al estricto marco contemplado en los artículos 67 y 68 CC. Pero constatar la simulación de la voluntad, de la intencionalidad o conveniencia del matrimonio, es decir que no concurre un verdadero consentimiento matrimonial, requiere más allá de la deducción tras la entrevista, de una

presunción a partir de determinados aspectos o circunstancia de las que ya se ha ocupado el legislador comunitario al objeto de impedir los matrimonios de conveniencia[4]. Por tanto, en ausencia de una prueba concluyente de la voluntad de simulación, parecería en principio más adecuado llevar a cabo la inscripción en el registro del matrimonio interesado.

En cualquier caso, siempre conforme a lo previsto en el Código Civil cabe instar la nulidad de dicho matrimonio, bien por el Ministerio Fiscal, bien por el contrayente que hubiera sufrido el engaño, incluso por tercero que hiciese valer un interés legítimo. En efecto, será nulo «cualquiera que sea la forma de su celebración el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial» (art 73.1 CC), y así un consentimiento simulado supone una voluntad matrimonial inexistente en la que la voluntad expresada no se corresponde con la interna. Obviamente las consecuencias que se derivan de la consideración de la celebración de matrimonio fraudulento conllevará la retirada, revocación o no renovación del permiso de residencia o la autorización de residencia por causa de matrimonio del nacional del país tercero. Es por ello que la referida Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pivota, de un lado en la consideración de «derecho fundamental de la persona al matrimonio» y de otro, en el impedimento del fraude legislativo tanto en el ámbito del derecho público como en la esfera del derecho privado, siempre que quede constatado el vicio en el consentimiento.

1.3. *Concepto constitucional del matrimonio*

Aun cuando en el primer párrafo del artículo 32 CE se reconoce el derecho a contraer matrimonio «con plena igualdad jurídica», es el mandato al legislador para que lleve a cabo la regulación de «las formas de matrimonio» lo que debe recabar nuestra atención. Inicialmente, como es sabido, la regulación del matrimonio se contiene en el Código Civil, si bien el legislador ha introducido una novedosa regulación de los matrimonios homosexuales en virtud de la Ley 13/2005. No existe, sin embargo, una regulación estatal de las uniones de hecho, pero sí normas autonómicas que han recogido diversos aspectos relativos a efectos jurídicos que se pudieran derivar de su inscripción en registros autonómicos[5].

[4] Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos. Entre otros no mantenimiento de la vida en común, el hecho de que los contrayentes no se hubieran conocido con antelación, no compartan una lengua que les permita la comunicación, existan antecedentes en alguno de ellos respecto de matrimonios fraudulentos o irregularidades en materia de residencia.

[5] Desde 1998 (Ley 10/1998, sobre Uniones Estables de Pareja, en Cataluña) hasta hoy se han aprobado normas sobre parejas de hecho en diversas Comunidades Autónomas

Pero frente a este modelo tradicional o «histórico» de matrimonio, la realidad social ha demostrado la expansión de una fórmula diferencial, basada en la unión de personas del mismo sexo[6].

La primera cuestión que se puede avanzar se debería centrar en dilucidar si se trata de relaciones sustancialmente diferentes en un plano jurídico, que merecen por tanto un tratamiento normativo asimismo diverso.

En todo caso, y al margen de distinciones esencialmente conceptuales entre posibles formas matrimoniales o modelos de familia, la idea central que sugiere de forma imperativa el texto constitucional, como ya se ha apuntado, es la de la igualdad entre el hombre y la mujer en el seno de aquellas instituciones de derecho privado.

Tradicionalmente ha sido objeto de atención tanto por parte del legislador como por la jurisprudencia (constitucional y ordinaria) la consideración diferente del matrimonio y la unión de hecho a través de la convivencia «more uxorio», junto con el reconocimiento expreso de la capacidad de elección de las personas de distinto sexo respecto del ejercicio del derecho a contraer matrimonio.

La realidad normativa que introduce la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio, va a permitir la posibilidad de contraer matrimonio a personas del mismo sexo, en atención principalmente al cambio socio-cultural que se ha producido en nuestra sociedad en los últimos años.

La doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) suministra un primer argumentario sobre algunos de los problemas que plantean la proyección sobre el ordenamiento de las nociones constitucionales de familia y matrimonio.

La configuración del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)[7], cuyo contenido es más amplio que el del reconocido constitucionalmente de la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), va a tener una rele-

(Aragón, Baleares, Navarra, Andalucía, Valencia, Madrid, Asturias, Andalucía, Canarias). Esta legislación autonómica se ha amparado en competencias que podríamos denominar como «colaterales» (orientación y planificación familiar) a la materia legislación civil, atribución exclusiva del Estado (art. 149-1.8, CE), salvo en aquellas Comunidades donde existan regímenes forales.

[6] «el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independiente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales»(STS 12 de mayo de 2011).

[7] «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 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 entre otras para la seguridad nacional, pública, de los bienes, la defensa del orden, etc».

vancia incuestionable en nuestro ordenamiento interno y jurisprudencia. Desde fecha temprana el TEDH llevó a cabo una interpretación de la familia incompatible con una diferenciación jurídica sustancial entre familia legítima e ilegítima, abordando además toda una serie de cuestiones relativas al procedimiento para determinar la filiación, la extensión de las relaciones familiares del menor y los derechos patrimoniales de éste y de su madre.

Hemos de destacar el tratamiento diferenciado de la protección a la familia (art. 8) y el derecho a contraer matrimonio (art. 16) que depara el CEDH. Así respecto de la consideración de las formas de familia el TEDH ha afirmado «cuando el Estado establece en su ordenamiento jurídico interno el régimen aplicable a ciertos vínculos familiares, tales como los que existen entre una madre soltera y su hijo, debe actuar en todo caso de forma que los interesados puedan desarrollar una vida familiar normal»[8]. Por tanto, la noción de familia que se toma en consideración «no se limita a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones familiares de hecho»; más aún, a juicio de este Tribunal, «existe por tanto entre el niño y sus padres una relación constitutiva de vida familiar incluso si en la época de su nacimiento los padres no vivían ya juntos o habían terminado su relación»[9]. Hemos de recordar también que la orientación sexual constituye «uno de los aspectos más íntimos de la vida privada»[10].

En relación con la institución matrimonial y el derecho a contraer matrimonio (art. 12, CEDH)[11], la Corte de Estrasburgo ha venido a señalar un componente sociocultural ineludible para cualquier operador jurídico: «el matrimonio posee connotaciones sociales y culturales profundamente enraizadas susceptibles de diferir notablemente de una sociedad a otra. Obedece a leyes nacionales de los Estados contratantes, pero las limitaciones resultantes no deben restringirlo o limitarlo de una forma o un grado que perjudicarían su misma esencia»[12].

En concreto la existencia de distintos regímenes matrimoniales en los Estados Parte ha posibilitado un entendimiento diferenciado de ambas cuestiones. Por lo que a la interpretación de este precepto se refiere, constituye un ejemplo más del carácter evolutivo de la jurisprudencia del TEDH, como reflejo de la evolución social en la materia, que ha dado entrada a formas de convivencia more uxorio, al derecho al matrimonio de los transexuales y a la protección de los hijos habidos fuera del matrimonio entre otras cuestiones novedosas en el ámbito de las relaciones familiares[13].

---

[8] Caso Marckx contra Bélgica, STEDH de 13 de junio de 1979.

[9] Caso Keegan contra Irlanda, STEDH de 26 de mayo de 1994.

[10] Caso Smith y Grandy contra Reino Unido, STEDH de 27 de septiembre de 1999.

[11] «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

[12] Caso Muñoz Díaz contra España, STEDH de 8 de diciembre de 2009.

[13] La casuística que presenta la jurisprudencia en interpretación y aplicación de este precepto es diversa y ha operado una sustancial evolución cuando ha debido pronunciarse

De este modo, y frente al silencio del CEDH sobre un concepto alternativo al tradicional del matrimonio, el TEDH considera compatible con la mencionada norma internacional, el ejercicio por parte de los Estados de un notable «margen de apreciación» a la hora de definir la noción jurídica de matrimonio, respetando de este modo las diferentes características de cada sociedad[14].

Es cierto que algunas otras cuestiones objeto de debate –colaterales pero igualmente significativas para el caso de estudio– han sido tratadas por el TEDH, cuya jurisprudencia puede actuar de orientación en la resolución de las cuestiones que aquí se plantean. Así respecto de la «incriminación de las relaciones homosexuales» ya se señaló por el TEDH que «constituye una violación del derecho a la vida privada»[15], afirmación esta que se ha visto complementada con la consideración desde la perspectiva de la discriminación proscrita por el artículo 14 del CEDH de la orientación sexual[16].

Todavía en el ámbito de las declaraciones internacionales de derechos, tampoco ofrece aportaciones significativas la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[17], más allá de actualizar el art. 13 del CEDH, de tal modo que no cabe deducir de este otro parámetro convencional ni una prohibición expresa ni un reconocimiento de «la unión de personas del mismo sexo».

El legislador español ha integrado la doctrina del TEDH sobre la acomodación de la norma a la realidad social, respecto a las distintas opciones de orientación sexual; de otro lado, se ha afirmado la relación entre esta última y el libre desarrollo de la personalidad. Como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007 reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, «la transexualidad constituye una reali-

el TEDH sobre la edad legal para contraer el matrimonio, superior en algún caso a la establecida en el culto religioso, sobre la inexistencia de un derecho al divorcio en el CEDH o sobre el matrimonio entre transexuales. Casos Johnston y otros contra Irlanda, STEDH de 18 de diciembre de 1986 y Christine Goodwin contra el Reino Unido, STEDH de 11 de julio de 2002

[14] Véanse a propósito de esta interpretación, las resoluciones dictadas, sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el Caso Schalk y Kopf contra Austria, STEDH de 22 de noviembre de 2010; respecto del matrimonio de transexuales Caso Christine Goodwin contra Reino Unido, STEDH de 11 de julio de 2002; Caso I. contra Reino Unido, STEDH de 11 de julio de 2002 y Caso Parry contra Reino Unido y Caso R. y F. contra Reino Unido, SSTEDH de 28 de noviembre de 2006.

[15] Caso Duelguen contra Reino Unido, STEDH 22 de octubre de 1981.

[16] Caso Salgueiro de Silva Mouta contra Portugal, STEDH de 21 de marzo de 2000.

[17] Artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *«Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia. Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».*

dad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas».

En cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional, no disponemos de una construcción jurisprudencial definitiva sobre el concepto de familia, si bien parece obvio que éste no está reservado sólo al matrimonio tradicional ni a la existencia de descendencia, del mismo modo que se aplica esa noción constitucional a la existencia de familias extramatrimoniales o monoparentales.

En efecto, la aproximación realizada por el Alto Tribunal a esta cuestión tiene como punto de partida la igualdad de las personas. En primer lugar, debemos recordar la doctrina emanada del Tribunal Constitucional respecto de la igualdad comprende la cláusula general de la igualdad y la necesidad de justificar la diferencia de trato. Desde este Tribunal se ha distinguido entre la cláusula general de igualdad (art. 14.1) «por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurran supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación». La interpretación del segundo apartado del art. 14 CE se concreta en la prohibición de la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que se contienen en el mismo; un listado que tiene solamente carácter enunciativo y, por tanto, no está cerrado.

En este ámbito es donde podría traerse a colación el pronunciamiento del TC a propósito de la condición de transexual, que – afirma– «si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un tratamiento 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» (STC 176/2008).

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han defendido la tesis de que convivencia y matrimonio no son realidades equivalentes[18] (STC 184/1990[19] y 47/1993). Sin embargo, esta diferencia no ha impedido a la ju-

[18] «Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio (…) el sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, (…) existentes otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural» (STC 222/1992).

[19] Se trata de una cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social y con la disposición adicional décima, de la Ley 30/1981 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. La obtención de una pensión de viudedad quedaba condicionada a la existencia de vínculo

risprudencia constitucional tomar posición en favor de otorgarles efectos jurídicos análogos en algunas dimensiones; como por ejemplo el reconocimiento de la percepción de pensiones en parejas de hecho (STC 184/1990) como en la reciente STC 41/2013 que ha declarado la inconstitucionalidad de la disposición adicional tercera de la ley General de la Seguridad Social, o la subrogación arrendaticia por miembros de la unión de hecho (STC 222/1992) [20]. En el mismo sentido se debe recordar que la Ley 35/1988 sobre Técnicas de reproducción asistida permite la fertilización de cualquier mujer con independencia de que el donante sea o no su marido, tenga vínculo matrimonial o carezca de él. La constitucionalidad de esta norma fue reafirmada por el TC ya que no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar.

Por otra parte, la elección de vida y la orientación sexual han tenido y tienen una amplia relevancia en el tratamiento constitucional de las relaciones en el ámbito familiar, lo que a su vez debe tener un reflejo legislativo y jurisprudencial en el ámbito del derecho civil.

La comprensión última de esta actualización en el tratamiento del derecho de familia y la adecuación a la Constitución de otras formas de matrimonio se contiene en la STC 198/2012 que pone fin al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005. Nuestro Alto Tribunal sitúa el debate a partir de la afirmación de que «la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando», lo que nos permite desde la perspectiva del derecho comparado «entender hoy la concepción del matrimonio (…) como una concepción plural». Ciertamente la condición de las personas que conforman el matrimonio, cualquiera que sea su configuración: heterosexual u homosexual, no constituye objeción alguna para la determinación del régimen económico matrimonial,

matrimonial entre causante y beneficiario de la misma, quedando exonerados de tal exigencia tan solo quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación anterior a la Ley 30/1981. El TC había señalado que puesto que el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional, nada impediría inicialmente que por parte del legislador se estableciesen diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la meramente fáctica. Ahora bien, nada impediría que se extendiese a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad bajo determinadas condiciones. Concluye el Alto Tribunal señalando que siendo admisible esta opción no cabe reproche de inconstitucionalidad a la regulación vigente en aquel momento.

[20] Para el TC, en este último supuesto, esa equiparación entre la respectiva situación de los miembros supérstites de la pareja matrimonial y la no matrimonial era necesaria, ya que el beneficio recogido en el artículo 58.1 de la LAU lo era de la subrogación al «cónyuge» del arrendatario fallecido («al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge (..) podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento»). La conclusión que se alcanza es la de la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (Texto Refundido aprobado por Decreto 4104/1964) en la medida en que «excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido» (STC 222/1992).

régimen de derecho sucesorio, llamamiento preferente para desempeñar la representación del ausente, tutela o curatela.

El TC había acudido con antelación a los precedentes recogidos en la jurisprudencia del TEDH para configurar el estatus jurídico de derechos de las parejas homosexuales ante determinadas situaciones relevantes para el ordenamiento, tal y como sucedió con la STC 184/1990 relativa al reconocimiento de la pensión de viudedad. A tal efecto podemos recordar también el inequívoco pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal al afirmar que «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil, de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a la unión homosexual, lo cual no excluye que se pueda establecer por el legislador un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio» (ATC 222/1994).

Así pues, el supremo intérprete de la Constitución viene a considerar que el principio heterosexual del matrimonio es una opción más del legislador dentro del marco constitucional, si bien resultan también constitucionalmente legítimas otras posibles opciones. En este sentido, la doctrina que emana de la STC 198/2012 va a determinar si la opción del legislador contenida en la Ley 13/2005 tiene acomodo dentro de nuestro régimen constitucional. A tal fin reconoce que dicha ley ha supuesto la modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, dentro de la tendencia refrendada tanto por la jurisprudencia del TEDH como del derecho comparado, a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales.

Ahora bien, –a juicio del TC– esta modificación operada por el legislador no lo es en el sentido impeditivo o restrictivo para las personas heterosexuales, cuanto sí lo es en sentido positivo, es decir, amplía la posibilidad de su ejercicio para toda persona del mismo o diferente sexo. Se ha efectuado ciertamente una alteración del régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio, pero sin afectar el contenido esencial de este último, de modo que en la nueva redacción contenida en la Ley 13/2005 el «derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual». Esta ampliación del concepto de matrimonio supone, para nuestro Alto Tribunal, una constatación más de la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en orden a la consecución de la plena efectividad de los derechos fundamentales (STC 198/2012).

A modo de conclusión podemos recordar con el Tribunal Supremo que «El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tiene la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independiente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales» (STS 12 de mayo de 2011).

1.4. *Las Uniones de Hecho*

Pero los supuestos susceptibles de análisis relativos a la familia no se agotan con los ya expuestos. En todo caso subsiste, a efectos civiles, la duda respecto de las uniones de hecho y su adecuación al principio de igualdad en relación con la regulación de los derechos de los miembros del matrimonio. No podemos desconocer las consecuencias que de estas uniones se pueden derivar para sus integrantes en diversos ámbitos como en orden a la seguridad social y las pensiones, fiscalidad, empleo y en su caso prestaciones por desempleo, en cuestiones relativas a la educación, en arrendamientos, etc.

Es cierto que se ha de formular una advertencia respecto a su regulación atendiendo a la existencia de un ordenamiento foral propio en el territorio en consideración o el régimen común del Código Civil. Será a éste último al que atenderemos en estas páginas si bien indicando que las leyes autonómicas que han contemplado su regulación, han incluido entre los requisitos para la consideración de las mismas por la administración, la existencia de convivencia efectiva durante un tiempo determinado, la inscripción en el registro de las uniones de hecho creadas por la respectiva ley autonómica de su normación, la existencia de la declaración formulada para dejar constancia de su constitución[21] e incluso, en algún caso, la existencia de hijos habidos durante la convivencia. En todo caso se ha de atender a lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la reciente STC 81/2013 que ha resuelto una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho. La cuestión viene referida, entre otros preceptos, a la regulación por el legislador autonómico de la convivencia de las parejas de hecho (art. 4[22]), y su inscripción (art. 5[23]). Pues bien, nuestro Alto Tribunal entiende

[21] «tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de parejas de hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio», apartado segundo de la disposición adicional tercera de la Ley 20/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

[22] «Art. 4 1. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese.

2. Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el art. 97 del CC.»

[23] «Art. 5 1. Los pactos a que se refiere el artículo 4 podrán inscribirse en el Registro, siempre que en ellos concurran los requisitos de validez expresados en el mismo artículo.

que esta regulación viene referida al ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho y, por ello, una naturaleza propia de la materia regulada por el derecho civil con la consiguiente competencia exclusiva sobre legislación civil del Estado lo que conduce a declarar la inconstitucionalidad de dichos preceptos.

Con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos caracterizar las uniones de hecho como una realidad social que reúne entre otros los siguientes requisitos: «constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial»(STS de 17 de junio de 2003). Pues bien, esta realidad social ha sido merecedora de reconocimiento »como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos aspectos» (STS de 12 de septiembre de 2005), aunque el hecho de operar sus integrantes fuera del matrimonio no implica que la existencia de éstas o su ruptura no tengan importantes consecuencias jurídicas.

Son diversas las cuestiones que pueden resultar polémicas respecto de las consecuencias jurídicas de las uniones de hecho; desde la exigencia de formalidad para determinar su existencia a través del requisito de su inscripción en el registro autonómico consiguiente, hasta la disparidad normativa de su regulación, que se ve afectada por la existencia de normativa foral propia en algunos casos y, sin duda, por la ausencia de legislación estatal sobre las parejas de hecho.

Como antes se ha señalado, la ausencia de legislación estatal sobre uniones de hecho no obsta para que en determinados casos el propio legislador o la jurisprudencia hayan hecho extensivo determinado reconocimiento de efectos jurídicos a los miembros de la unión de hecho. Sirva como muestra de ello el Real Decreto 288/2003 por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, que lleva a cabo una equiparación entre cónyuge del fallecido y «la persona que hubiere convivido con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, cualquiera que sea su orientación sexual durante al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso, bastará la mera convivencia» (art. 7.2.a). Esta orientación está recogida en la Ley 32/1999 de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, modificada por la Ley 2/2003, si bien no implica la extensión a las parejas de hecho de otras prestaciones estatales con carácter general[24].

2. La inscripción podrá efectuarse a petición de ambos miembros de la unión conjuntamente».

[24] «Al margen de que es legítimo que el legislador haga derivar del vínculo familiar determinados efectos, ha de tenerse en cuenta que el legislador tiene amplio margen para

1.4.1. La igualdad ante la ley

Es claro que ante la realidad social que supone hoy en día las uniones de hecho, éstas deben gozar de protección jurídica y evitar en todo caso situaciones de desigualdad o discriminación. En este sentido hemos de detenernos brevemente en el análisis de sendas cuestiones de inconstitucionalidad que ha resuelto el TC relativas a la existencia de vulneración de la igualdad a la luz de la regulación de la pensión de viudedad entre los integrantes de una pareja de hecho.

En primer lugar, nos referimos a la STC 41/2013 que puso fin a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Social respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, que modificó el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social que regula la pensión de viudedad e introdujo una nueva situación objeto de protección, la referida al supérsite de una pareja de hecho que pudiera acreditar la convivencia con el causante por un plazo de tiempo no inferior a 5 años anteriores al fallecimiento y dependencia económica[25].

Los requisitos exigidos se concretaban más allá de los generales contenidos en la norma[26] en la necesidad de que el hecho causante hubiera tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la misma (1 de enero de 2008) y «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes». Entiende el Juzgado que plantea la cuestión de inconstitucionalidad que dicho precepto conlleva un trato desfavorable a tenor de la opción sexual que conculca

configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y las necesidades de los diversos grupos sociales (…) No puede excluirse, por ello, que el legislador realice ciertas opciones selectivas (…) de tal manera que no pueden considerarse, sin más, discriminatorias o atentatorias contra el art. 14 CE estas disposiciones selectivas, a menos que las mismas no se amparen en causas y fundamentos razonables» (STC 174/2004).

[25] «se considera pareja de hecho la constituida con análoga relación de efectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años»(art. 174.3, párrafo cuarto).

[26] «Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, concurran las siguiente circunstancias: a) que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización (art. 174.1 «no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad», b) «que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida como pareja de hecho (…) con el causante durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste» c) «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes» d) «que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad social».

el artículo 14 CE, dado que la exigencia de tener hijos en común para poder ser destinatario de la pensión de viudedad en los supuestos de parejas de hecho cuyo causante hubiera fallecido con antelación al 1 de enero de 2008 difícilmente podría cumplirse por las parejas de hecho homosexuales. Además se indicaba la imposibilidad hasta fecha reciente de llevar a cabo la adopción conjunta y la adopción individual del hijo del conviviente para las parejas del mismo sexo.

Comienza el TC por recordar que el legislador dispone de un amplio margen de libertad a la hora de llevar a cabo la configuración del sistema de la Seguridad Social y reiterando su doctrina se recuerda que «habrá de ser, en su caso, el legislador quien decida proceder a dicha extensión, con los requisitos y en los términos que se consideren pertinentes, y en el marco de una nueva y coherente ordenación de la citada pensión singularmente si la convivencia establece sin vínculo matrimonial se instalara como una practica social extendida»(STC 184/1990).

Por tanto para la resolución de esta cuestión compete al Alto Tribunal resolver si la diferencia de trato que se deriva del precepto analizado (apartado c, de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007) que establece entre parejas de hecho con hijos en común y parejas de hecho que no hayan tenido hijos comunes, «responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada»[27].

Pues bien, considera el Tribunal que lo determinante de este precepto para el legislador no es otra cuestión que la pareja de hecho haya tenido descendencia en común, lo que constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley ya que »la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece, (…) a ninguna razón objetivamente justificada (…) sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérsites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenidos hijos comunes».

En segundo lugar, hemos de atender a la reciente STC 40/2014 a la luz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta, de lo Social,

[27] Recordemos que el principio de igualdad «no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14. CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable» (STC 39/2002).

del Tribunal Supremo respecto del párrafo quinto del artículo 174.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social[28]. Para la Sala del Tribunal Supremo, este precepto puede vulnerar el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 14 CE pues puede ocurrir que, estando ante parejas de hecho en idéntica situación fáctica, el derecho reconocido a la pensión de viudedad les será concedido o denegado en función únicamente de la Comunidad Autónoma en que tengan su residencia o vecindad, y más en concreto, en función de si dicha Comunidad Autónoma cuenta o no con derecho civil propio. Constata el Alto Tribunal que, «existen diferencias» entre las normas que regulan las parejas de hecho dictadas por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio y el artículo 174.3 «tanto en la consideración de pareja de hecho como en su acreditación»[29].

El Tribunal Constitucional señala que «el régimen público de Seguridad Social debe ser único y unitario para todos los ciudadanos y garantizar al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de seguridad Social, siendo ambos aspectos responsabilidad del Estado (art. 149.1.17 CE)». Por ello, se añade en la sentencia «la determinación de los sujetos beneficiarios de una prestación de la Seguridad Social, en este caso, la pensión de viudedad, constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado (…) y debe hacerlo de forma unitaria para todos los sujetos comprendidos dentro de su ámbito de cobertura, salvo razones excepcionales debidamente justificadas o vinculadas a la situación de necesidad que se trata de proteger». Continua el Tribunal reconociendo que el precepto analizado introduce «un factor de diversidad determinante de la desigualdad de trato en el régimen jurídico de la pensión de viudedad» y lleva a «un resultado desproporcionado, pues dependiendo de la Comunidad Autónoma de residencia el superviviente de la pareja de hecho podrá tener o no acceso al cobro de la correspondiente pensión». La conclusión que se alcanza para declarar la inconstitucionalidad del citado precepto es que «no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Co-

[28] «En las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».

[29] «en el caso de la pensión de viudedad, las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio».

munidad Autónoma con Derecho Civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho».

En este sentido posteriores pronunciamientos del Alto Tribunal, en respuesta a otras cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto del art. 174.3 de la Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social, han afirmado la constitucionalidad del establecimiento por el legislador a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, del requisito de que los integrantes de la pareja de hecho no tengan vínculo matrimonial con otra persona (STC 44/2014), así como de la exigencia de la previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público (SSTC 45 y 51/2014).

1.4.2. Posibles efectos en caso de crisis

La regulación autonómica sobre parejas de hecho ha concretado algunos aspectos del régimen jurídico aplicable a las personas que acuerden constituirse en pareja de hecho, las formalidades de su constitución y acreditación así como el contenido jurídico patrimonial de la relación. En efecto, los convenios y pactos reguladores del régimen económico-patrimonial podrán también inscribirse en el registro autonómico correspondiente, indicándose en ellos los respectivos derechos y deberes así como las compensaciones económicas para el caso de la disolución de la pareja. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha clarificado en algunos aspectos las consecuencias que se pueden derivar de la existencia de las uniones de hecho[30].

Resulta quizá de mayor interés detenerse en los posibles efectos para los miembros de la unión de hecho de la crisis y ruptura de la misma. En contraste con las previsiones que se contienen respecto de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio en el Código Civil, pareciera que en caso de finalizar las uniones de hecho, sería necesario plantear cuestiones como las

[30] Nos hacemos eco aquí de las posiciones concretadas por este Tribunal en la Sentencia de 8 de mayo de 2008 que pueden ser resumidas en los siguientes términos: habrá de estarse en primer lugar «a los pactos que hayan existido entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones. En segundo lugar «No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso (…) se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido». Señala a continuación el Tribunal que «no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen». Concluyéndose este pronunciamiento con la afirmación de que «Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede producirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad».

relativas al cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad, régimen de comunicación y estancia de los hijos, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, pensión en caso de desequilibrio económico en relación con la posición del otro miembro de la pareja de hecho, etc. El legislador autonómico ha previsto en algunos casos, entre los efectos del cese de la unión de hecho, la pensión periódica para el miembro de la pareja que la necesitara para atender adecuadamente su sustento, así como una compensación económica a favor del miembro de la pareja que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto[31].

Más allá de las dudas planteadas en la doctrina, cabe decir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de esta cuestión recogiendo las distintas opciones que se presentan desde «a) las que tiene como principio la regla general de negar efecto económico alguno a favor de uno de los miembros de la pareja para el caso de ruptura. Los efectos económicos serán únicamente, en su caso, los que los propios miembros de la pareja hayan previsto mediante pacto, con la misma libertad con la que decidieron unirse y con los límites generales del art. 1255 CC. En definitiva, a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno asume las consecuencias económicas de la ruptura». Continua este Tribunal cuestionando el alcance y las consecuencias jurídicas de las uniones de hecho «Cuando se afirma como principio general, en esta materia el de favorecer al miembro «más desprotegido», se omite preguntarse ¿más desprotegido por qué o por quién? Dicho de otra forma, si la «protección» en la que se está pensado es la que brinda el régimen jurídico del matrimonio y este régimen se excluyó consciente y voluntariamente, ¿dónde está la desprotección que jurídicamente haya que remediar?» (STS 12 de septiembre de 2005[32]).

En todo caso el propio Tribunal repara en el necesario reconocimiento de efectos jurídicos de la ruptura unilateral de las uniones de hecho para añadir que «b) También hay que tener en cuenta las posiciones que se basan en la anterior postura, pero que, sin embargo, afirman que todo lo antedicho no excluye, evidentemente, el reconocimiento de efectos jurídicos de la ruptura unilateral de las uniones de hecho. Pero serán efectos jurídicos derivados o

[31] Art. 6.2 de la ley 2/2003, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco.

[32] «En conclusión y como epítome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección al conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del art. 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes».

propios de la institución que en cada caso proceda y no precisamente del matrimonio» (STS de 12 de septiembre de 2005). Por tanto, cabe preguntarse ¿las normas que rigen en las crisis matrimoniales son trasladables a las rupturas en las uniones de hecho? Aun cuando hay que proteger a la familia, igualmente ocurre con el derecho a la igualdad de los convivientes y por tanto podemos cuestionarnos, entre otros, si ¿tiene derecho el otro conviviente a la atribución de la vivienda en caso de fallecimiento o ruptura de la unión de hecho?

No obstante, la cuestión no termina de ser pacífica pues contamos con pronunciamientos divergentes del Tribunal Supremo respecto de la aplicación, en su caso, de la analogía a las parejas no casadas de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio. En concreto el Tribunal Supremo ha afirmado que tras la disolución de la unión de hecho procederá la compensación cuando se produzca un desequilibrio, y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior. Ahora bien, para su correcta apreciación habrá que estar a la existencia, en su caso, de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de «situaciones de facto de las que se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina «pérdida de oportunidad» que sería aquí, el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de «empeoramiento» que ha de calificar el desequilibrio». Por tanto, en ausencia de pacto entre los convivientes, deben aplicarse los principios generales del derecho (STS de 12 de septiembre de 2005)[33].

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha afirmado en otras sentencias que «debe huirse de la aplicación por *analogia legis* de normas propias del matrimonio» como son los artículos 96, 97 y 98 CC, abandonando la doctrina contenida en la STS de 12 de septiembre de 2005 «para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio» (STS de 6 de octubre de 2011).

Podemos plantearnos ¿si la crisis de la convivencia de hecho es equiparable en relación al domicilio con las crisis matrimoniales? En caso de resolver sobre la asignación de la vivienda familiar en una unión de hecho en situación de crisis, tratándose de vivienda de propiedad exclusiva de uno de los miembros de la unión, adquirida durante la vigencia de la unión, ¿se deberían adoptar los mismos criterios que se aplican en casos de crisis matrimoniales, o bien otros diferentes? ¿qué sucedería en caso de interponerse por el propietario una demanda de desahucio? En función de la respuesta podemos interrogarnos sobre si el miembro de la pareja que no es titular de la vivienda

[33] El Tribunal Supremo ha admitido la aplicación analógica de reglas propias del matrimonio (art. 96) en relación con la asignación de la vivienda (SSTS 16 de diciembre de 1996, 10 de marzo de 1998, 27 de marzo de 2001 y 1 de abril de 2011) así como en relación con la pensión compensatoria (art. 97) en las SSTS de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2012.

puede ser considerado un simple precarista a efectos de la posesión de la vivienda? El Tribunal Supremo ha resuelto que ante la ocupación de vivienda propiedad de su expareja por conviviente de hecho tras la ruptura de la unión estable, no existe norma legal que legitime la continuidad en su uso, y ha considerado adecuado el juicio verbal de desahucio para instar la desocupación de la vivienda privativa por conviviente una vez producida la ruptura de la pareja (STS 6 de octubre de 2011).

Aun cuando no tiene encaje en las uniones de hecho *stricto sensu* hemos de realizar una breve referencia al matrimonio contraído por el rito gitano por cuando constituye una suerte de realidad sociológica en nuestro país y ha sido objeto de un tratamiento diverso por el TC y el TEDH. Recuérdese que nuestro Alto Tribunal se pronunció con ocasión de una reclamación de pensión de viudedad en un supuesto de matrimonio según el rito gitano y en cuyo recurso de amparo, ulterior a su reivindicación ante los órganos jurisdiccionales, se argumentaba una hipotética vulneración del derecho a la igualdad. El Alto Tribunal desestimó dicho recurso por considerar que el acceso al vínculo matrimonial contemplado en nuestro ordenamiento «es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica» [34], no obstante la sentencia contiene un voto particular. El parecer del TEDH sin embargo es diverso ya que «la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del CEDH solo tiene sentido si, en cada caso concreto, se tienen en cuenta los criterios enumerados por esta Disposición en relación con la situación personal del demandante. Un enfoque contrario, consistente en denegar el derecho a la víctima por entender que habría podido eludir la discriminación modificando uno de los elementos litigiosos –por ejemplo, casándose civilmente– vaciaría de contenido el art. 14»[35].

2. LA ADOPCIÓN LLEVADA A CABO POR LAS PAREJAS HOMOSEXUALES A LA LUZ DE LA STC 198/2012

La sentencia que puso fin al recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley 13/2005 se refiere igualmente a algunas materias que

[34] «no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia (…) ninguna vulneración del art. 14 CE desde esta concreta perspectiva se deriva de la limitación de dicha prestación a la concurrencia de vínculo matrimonial» (STC 69/2007).

[35] «El Tribunal considera desproporcionado que el Estado Español, que ha reconocido el estatus de familia numerosa, les ha concedido a la interesada y a sus seis hijos, una asistencia en materia sanitaria, y que ha percibido las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de 20 años, no quiera hoy en día reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad». Caso Muñoz Díaz contra España, STEDH 8 de diciembre de 2009.

afectan al principio rector del artículo 39 CE (protección de la familia y los hijos). La cuestión controvertida que se suscita en el recurso de inconstitucionalidad formulado a la Ley 13/2005 es la relativa a la *voluntas legislatoris*, donde se marca una orientación clara en orden a poner fin a la discriminación de parejas homosexuales frente a las heterosexuales a la hora de llevar a cabo la adopción conjunta de menores.

En efecto, para los recurrentes, la ampliación a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar, de acuerdo con la Ley 13/2005, podría conculcar el deber de protección integral de los hijos derivado del art. 39.2 CE. La posición jurídica defendida por los recurrentes partía de considerar que esta previsión legal resultaba contraria al mandato constitucional de la protección integral de los hijos ya que –en su opinión– el legislador habría priorizado «la legitimación u homologación de las relaciones homosexuales al interés del menor, que también es el interés rector de la adopción, así como a la idoneidad de los adoptantes».

La cuestión se podría formular del siguiente modo: ¿en qué medida debe prevalecer el interés del menor sobre las aspiraciones y deseos de quienes quieren adoptar? Esta cuestión consecuente se proyecta directamente sobre el problema de la condición de homosexual, como elemento o causa susceptible de perjudicar el citado interés del menor protegido por el ordenamiento jurídico.

Nuevamente hemos de acudir a la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo que ha operado una evolución considerable en esta materia. En efecto, si inicialmente el TEDH proporciona una solución parcial a este tema en el caso Frette contra Francia, STEDH de 26 de febrero de 2002[36], donde afirmaría que del CEDH no se puede deducir que ni se impide ni se permite adoptar a los homosexuales. Si bien el TEDH concreta que «La adopción es «dar una familia a un niño, y no un niño a una familia» y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones más favorables». Seis años después el TEDH ha modificado sustancialmente su jurisprudencia a partir del Caso E.B. contra Francia de 22 de enero de 2008, condenando a este país por no permitir la adopción por una pareja homosexual sin hijos, al conside-

[36] En esta ocasión se esgrimió por el demandante ante el Tribunal de Estrasburgo que la decisión de rechazo de su solicitud de consentimiento, en el proceso de adopción, constituiría una injerencia arbitraria en su vida privada y familiar, basada tan solo en un perjuicio hacia su orientación sexual; se alegaba además que «excluir de la adopción a todo soltero homosexual basándose en el interés de cualquier menor que necesite padres adoptivos demuestra que la diferencia de trato se funda en la orientación sexual». Finalmente el TEDH, acogiéndose al margen de apreciación nacional y toda vez que «no existe un denominador común en este campo», entiende que el Estado francés ofreció una justificación objetiva y razonable y, por tanto, no se habría producido violación del art. 14 CEDH.

rar el Tribunal de Estrasburgo que se había vulnerado el art. 14 del CEDH. Recientemente esta línea argumental se ha visto reiterada en el caso X y otros contra Austria[37], así frente al argumento esgrimido de la falta de imagen paterna que perjudicaría al menor, se obliga a derogar la ley austríaca que prohíbe adoptar hijos del cónyuge en el caso de matrimonio homosexual.

También resulta relevante para la resolución del TC el propio precedente contenido en la STC 176/2008, así como la argumentación que sustenta el fallo del TEDH en el Caso P. V. contra España, STEDH de 30 de noviembre de 2010, donde en una controversia en torno al régimen de visitas[38] la Corte de Estrasburgo declaró «que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CEDH».

Al hilo de este precedente jurisprudencial encuentra acomodo la afirmación de nuestro Alto Tribunal que pone fin al recurso de inconstitucionalidad ya que la previsión legal relativa a «cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir « (art. 2 LO 1/1996 de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC) no resulta conculcado por la redacción introducida en la citada Ley 13/2005, ya que –como señala el TC en la STC 198/2012– ésta garantiza que la «resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual».

Puesto que la adopción requiere resolución judicial habiendo tenido en cuenta el interés del menor y la propuesta previa de la entidad pública (art. 176 CC) en la que se debe contener las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante «con detalle de las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados» (art. 1829 LEC), a priori no cabe excluir del certificado de idoneidad a las parejas homosexuales, no siendo posible la discriminación atendiendo a la identidad sexual para la resolu-

[37] STEDH de 19 de febrero de 2013.

[38] Recuérdese que el derecho de visitas no se configura como un derecho de carácter incondicionado para los progenitores. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en una reiterada jurisprudencia que el régimen de visitas no puede ser utilizado para proteger las tensiones y la intimidad existentes entre los padres. Los órganos judiciales han de tener en cuenta «el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida (…) por un supuesto perjuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre».

ción judicial que acuerde la adopción. Sin embargo, en relación con el interés y protección del menor, cabria preguntarse por la idoneidad y compatibilidad constitucional del establecimiento de un criterio de preferencia en favor de adoptantes heterosexuales frente a la adopción por parejas homosexuales. Dicho más claramente, cabe interrogarse sobre ¿si sería acorde con la Constitución y con la ley una decisión o criterio, adoptado por la Administración a la hora de proponer a los padres adoptivos bien por la propia autoridad judicial, a la hora de decidir sobre la adopción mediante auto, que primara a una pareja heterosexual sobre una homosexual, disponiendo ambas del correspondiente certificado de idoneidad? Es reiterada la jurisprudencia constitucional conforme a la que «el principio de igualdad en la ley no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida» (entre otras muchas STC 39/2002). Por tanto, la decisión se habría de adoptar atendiendo a la existencia de las condiciones más favorables para su desarrollo personal, ya que «el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad» (STS de 13 de mayo de 2011).

3. ALGUNOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS RELATIVOS A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

La cuestión que reviste mayor interés en este ámbito no es otra que la relativa a la existencia de límites constitucionales a la investigación de la paternidad. Corresponde pues determinar el alcance y límites del reconocimiento de la investigación de la paternidad en orden a la determinación de quién puede pedirla y por qué causa. Alcanzada alguna respuesta a estas interrogantes corresponderá analizar si opera un régimen de igualdad o por el contrario de discriminación en cuanto a la determinación de la filiación matrimonial o no matrimonial.

A tenor de lo preceptuado en el art. 39 CE «la ley posibilitará la investigación de la paternidad» en el contexto de la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación. La respuesta del legislador con la previsión de unas acciones de reclamación y de impugnación de la filiación en nuestro ordenamiento obedece al mandato de hacer posible la investigación de la paternidad. No obstante, hemos de admitir que tan sólo haremos referencia al ámbito de aplicación del Código Civil y no a lo contemplado en la legislación foral de aquellos territorios que disponen de derecho civil foral propio[39].

[39] Ante la aparente contradicción normativa entre lo dispuesto por el Derecho civil común y el Derecho civil foral respecto a la legitimación activa para reclamar la filiación paterna de hijos no matrimoniales y la queja respecto de una presunta lesión de su derecho

Como tuvo ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional «en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado, cuando está en juego además la certeza de un procedimiento judicial» (STC 7/1994) [40].

La investigación de la paternidad, tras algunas reformas legales, encuentra su regulación en el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho artículo prevé que «En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde». En este precepto además se recoge que «la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios» (art. 767.4 CC). La resolución judicial en la que se acuerde, en el curso de un pleito de filiación, un reconocimiento hematológico resultará plenamente constitucional «cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o que-

a la igualdad y a la no discriminación por el contenido más restrictivo del derecho civil aplicable cabe recordar que el TC ya se pronunció indicando que a tenor de lo preceptuado en el art. 149.1.8 CE, «al configurar una «garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política» de las Comunidades Autónomas donde exista un Derecho civil propio, foral o especial y atribuir a éstas la competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, ha admitido que entre los diferentes Derechos civiles coexistentes en España pueden surgir conflictos o contradicciones normativas respecto a una misma materia, pues en el mismo precepto ha reservado al Estado la competencia exclusiva para dictar «las normas que resuelvan los conflictos de leyes»» STC 236/2000.

[40] «En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad (…)». Por ello, el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos (…) Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundase toda actividad que se realice en torno a la defensa y la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural, pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor» (STS de 12 de mayo de 2011).

branto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización» no pudiendo ser consideradas contrarias a los derechos a la integridad física, y a la intimidad del afectado (STC 95/1999).

Ahora bien, cabe recordar que respecto de la negativa de la parte a someterse a la prueba biológica acordada, el Tribunal Constitucional ya señaló la imposibilidad de que se pudiera atribuir a dicha negativa a la práctica «un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga *contra cives* que no está autorizada normativamente» (STC 29/2005). En este sentido la jurisprudencia constitucional en la materia puede ser resumida en los siguientes términos «cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad» (SSTC 227/1991 y 7/1994).

La jurisprudencia del TEDH constituye un buen referente para abordar este tema del acceso de las personas a sus orígenes y a los datos identificativos de éstos, para la determinación de la verdad biológica y el conocimiento de la historia personal, no obstante se ha de tener en cuenta «el carácter confidencial de los expedientes oficiales es importante si se desea obtener informaciones objetivas y dignas de crédito; además puede resultar necesario para preservar a terceras personas», esencialmente los padres adoptivos y el padre, así como del resto de la familia biológica[41].

En efecto, a través de la interpretación por el TEDH se ha reelaborado el alcance del respeto a la vida privada. Así, se ha esgrimido ante la Corte de Estrasburgo el art. 8 del CEDH para conocer la propia identidad. Como ha reiterado el TEDH «el derecho al respeto de la vida privada incluye el respeto al desarrollo de la personalidad y al desarrollo personal. En cuanto a la identidad fundamental de la persona, la cuestión del acceso a sus orígenes constituye un elemento esencial de la vida privada protegido por el art. 8 del CEDH». Se establece de este modo una conexión directa entre el derecho a la identidad y la dignidad de la persona, para añadir el Tribunal que «incluso en el caso de la adopción, la posibilidad de tener acceso a sus orígenes y de poder así referir los elementos de su historia personal dependen de la liber-

[41] «Aunque la jurisprudencia no exige la convivencia entre los distintos miembros de la «familia», debe existir al menos relaciones personales estrechas entre ellos. La existencia de vínculos que demuestren una relación afectiva entre dos seres y su voluntad de mantener dicha relación es primordial para los órganos del Convenio. Estos últimos consideran incluso que un vínculo únicamente biológico es insuficiente, a falta de relaciones personales estrechas entre los interesados, para constituir una vida familiar en el sentido del art. 8», Caso Odièvre contra Francia, STEH de 13 de febrero de 2003.

tad, y por tanto de la dignidad humana, esencia de los derechos garantizado por el Convenio[42].

De tal modo que la invocación del art. 8 del CEDH se ha llevado a cabo respecto de la existencia de una filiación biológica entre un padre biológico y un hijo, esgrimiéndose la vulneración de este precepto ante la imposibilidad de conseguir que su paternidad biológica sea establecida; si bien ha señalado el TEDH que «sin un elemento legal o factual adicional alguno que corrobore la existencia de una relación personal íntima, no es suficiente para invocar la protección garantizada» por dicho precepto. Así, «entre los factores pertinentes susceptibles de determinar la existencia real, en la práctica, de lazos personales íntimos en estos casos, se encuentra la naturaleza de la relación entre los padres naturales y un interés demostrable y una dedicación del padre con respecto al niño, antes y después del nacimiento»[43]. En diversas sentencias el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones relativas a la situación de las personas que tienen un interés vital, protegido por la CEDH, a recibir información necesaria para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal[44]. También ante nuestros tribunales se han suscitado controversias sobre las mismas materias.

En nuestro ámbito geográfico más cercano existe una diversidad legislativa que puede oscilar desde el derecho de la madre a conservar en secreto su identidad en cuanto al nacimiento a tenor de la legislación francesa[45], si bien atenuado en la actualidad, hasta el reconocimiento expreso del derecho a «conocer» sus orígenes como derecho fundamental de la personalidad con fundamento en la dignidad y en el libre desarrollo como declaró el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la sentencia de 31 de enero de 1989. Igualmente la Constitución Federal Helvética reconoce tras la reforma de 1992, el

[42] En este sentido «el tribunal considera que el derecho a la identidad, que engloba el derecho a conocer la propia ascendencia, forma parte integrante de la vida privada (…) las personas que intentan averiguar su ascendencia tiene un interés vital, protegido por el Convenio, de obtener informaciones indispensables que le permitan descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal» Caso Jäggi contra Suiza, STEDH de 13 de julio de 2006. No obstante el TEDH introduce la ponderación como sucede respecto de la demanda de reconocimiento como nieta respecto de la identidad del abuelo que cede en favor de los derechos de terceros y de la seguridad jurídica, Caso Rocío Menéndez Garcia contra España, Decisión de 5 de mayo de 2009.

[43] Caso Krisztián Barnabás contra Hungría, STEDH de 12 de febrero de 2013.

[44] Caso Mikulic contra Croacia, STEDH de 7 de febrero de 2002. También en el asunto Gaskin contra Gran Bretaña, STEDH de 7 de julio de 1989, el TEDH afirmó que «las personas tienen un interés primordial protegido por el Convenio en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación»; en el mismo sentido Caso M. G. contra el Reino Unido, STEDH de 24 de septiembre de 2002.

[45] Ley núm. 2002/1993 de 22 de enero relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas.

derecho a conocer sus orígenes y, en el caso de la adopción, la posibilidad de conocer el contenido de la partida de nacimiento (art. 138).

La casuística que presenta la investigación de la paternidad más allá de la negativa al sometimiento a la prueba biológica, o la posibilidad de llevar a cabo ésta en un cadáver, nos conduce al ámbito de la revelación de la identidad del donante a efectos de la determinación legal de la filiación, la impugnación de la paternidad así como la legitimación del progenitor biológico para reclamar la filiación no matrimonial.

3.1. *La revelación de la identidad del donante a efectos de la determinación legal de la filiación: un tratamiento normativo diferenciado susceptible de conculcar el principio de igualdad ante la Ley*

Aun cuando la Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación y, por tanto, el legislador dispone de un amplio margen para su regulación, ésta queda constreñida por la obligación de la observancia del art. 14 CE y 39.2 CE. La determinación legal de la filiación regulada en la normativa civil contiene algunos preceptos que pudieran entrar en conflicto con los mandatos constitucionales como sucede con el derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación que debe imperar también en este ámbito. En este sentido no parece que la vigente regulación sea especialmente respetuosa con nuestra Norma Fundamental. Hemos de recordar que «la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción», aunque en ambos casos «surten los mismos efectos» a tenor de lo previsto en el artículo 108 CC.

La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana, más allá de regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y acreditadas científicamente, en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genéricas, así como de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos, presenta cuestiones jurídicas de interés en el ámbito de la obtención de información relativa a los donantes por parte de los hijos nacidos de dicha reproducción asistida. En efecto, en esta norma se señala el carácter anónimo de la donación, así como la necesidad de garantía de la confidencialidad de los datos relativos a la identidad de los donantes por parte de los bancos de gametos, registros de donantes y de los centros en que se lleven a cabo dichas técnicas.

Sin embargo, el legislador ha llevado a cabo esta reserva de protección de datos relativos a la identidad hasta un límite concreto, ya que se reconoce al mismo tiempo el derecho de los hijos «por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad».

En todo caso, la única excepción incorporada en la norma es la relativa a la concurrencia de «circunstancias extraordinarias que comporten un peligro

cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales», en cuyo supuesto el legislador ha previsto que «podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes» (art. 5.5).

En contraste con esta regulación tan limitada, el Código Civil ha incorporado –en el caso de la determinación de la filiación por parte del adoptado– un tratamiento menos restrictivo, al reconocer que las personas adoptadas, una vez que han alcanzado la mayoría de edad o en su caso aun antes y con representación de sus padres, «tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos» (art. 180.5 CC).

No parece existir, por tanto, una identidad de criterio por el legislador en ambos casos, aun cuando se pueda argumentar que esta redacción del art. 180.5 CC ha sido introducida en la Ley 52/2007 de Adopción Internacional. Incluso el argumento temporal sobre ambas normas hace aún más inexplicable un tratamiento tan diferenciado y que pudiera suponer un caso de tratamiento discriminatorio de los concebidos a partir de técnicas de reproducción humana asistida frente al régimen que se aplica en estos casos a los hijos adoptados, en orden a la determinación de la filiación en uno y otro caso. No parece suficientemente justificado un tratamiento diverso por tanto para la determinación de la filiación.

3.2. *La impugnación de la paternidad (art. 136.1 CC) y la regulación de la legitimación del progenitor biológico para reclamar la filiación no matrimonial, cuando falta la posesión de estado (art. 133 CC)*[46]

Ambas preceptos fueron objeto de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por órganos jurisdiccionales y resueltas por el Tribunal Constitucional; respecto al ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad, en la STC 138/2005 se declaró la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136[47] CC, y en la STC 273/2005, igualmente se contiene una declaración de inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 CC[48].

[46] «cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos de éstos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo» (STS de 10 de marzo de 1988).

[47] «El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento».

[48] «La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida».

Nos hemos de referir en primer lugar al cuestionamiento de la adecuación constitucional de la regulación del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. En concreto el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad recayó en la redacción del art. 136 del CC, en virtud del cual «El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento». La duda de constitucionalidad se basaba no tanto en el establecimiento de un plazo de un año de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, cuanto en el hecho de que se establezca, como dies a quo para llevar a cabo el cómputo del referido plazo, la fecha de inscripción registral; sin que se haya previsto por parte del legislador la posibilidad de que, por parte del marido, se hubiera tenido conocimiento de no ser el progenitor en una fecha posterior a la inscripción registral, una vez concluido el citado plazo de caducidad de la acción.

Esta regulación podría constituir, a juicio del órgano jurisdiccional que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, una vulneración de los artículos 39.2, 24.1 y 14 de la CE. En primer lugar porque nuestro ordenamiento establece que se debe «posibilitar la investigación de la paternidad sin obstáculos ni impedimentos». En segundo lugar, porque la regulación del ejercicio de las acciones en materia de filiación debe propiciar siempre a los interesados en la filiación el acceso a los órganos jurisdiccionales y, en tal sentido, permitir la investigación de la paternidad aunque se hayan suscitado las dudas respecto de la paternidad expirado el plazo de caducidad.

Finalmente, el órgano judicial en la cuestión de inconstitucionalidad planteada, estableció una comparación entre el apartado primero del artículo 136 y los sucesivos artículos 138 y 141 CC relativos a las impugnaciones de filiación matrimonial y no matrimonial, determinadas ambas por reconocimiento en las que haya concurrido algún vicio de consentimiento y comenzando el plazo de caducidad «desde que cesó el vicio del consentimiento»; a partir de aquí concluía que podía ser conculcado el principio de igualdad, al exigir éste que a supuestos de hecho iguales, le sean de aplicación consecuencias jurídicas diferentes sin fundamentación jurídica razonable.

En suma la inconstitucionalidad tendría su manifestación en la imposibilidad conforme a la redacción del artículo 136.1 CC de que quien es padre por presunción legal pueda ejercer la acción correspondiente desde que tenga dudas respecto de la verdad biológica de su paternidad.

Pero el Tribunal Constitucional entendió que los términos en los que se planteaba aquella comparación no eran homogéneos y por tanto resultaban inidóneos para llevar a cabo un juicio de igualdad ante la ley: «Los supuestos de hecho contemplados no presentan una igualdad sustancial y la diferenciación normativa establecida está dotada de una justificación suficiente, objetiva y razonable. Tal justificación radica en última instancia en los distintos regíme-

nes de determinación de la filiación, y más concretamente de la paternidad. Por tanto, al fundamentarse la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del artículo 136 CC en presupuestos diferentes de las acciones de impugnación reguladas en los artículos 138 y 141 CC resultaría justificada por el legislador una regulación diferente para el cómputo de los plazos de la acción de impugnación de la paternidad. En efecto, es el hecho de la existencia del matrimonio el que fija el carácter matrimonial de la filiación, determinándose legalmente la paternidad del marido de la madre a través del juego de las presunciones».

Sin embargo, el enjuiciamiento que lleva a cabo el Alto Tribunal en torno al acceso a los órganos jurisdiccionales le merece otro parecer. Es evidente que el mandato del artículo 39.2 CE está dirigido a hacer posible la investigación de la paternidad, para ello resulta decisivo garantizar el acceso a los órganos judiciales y, es aquí, donde se debe poner en relación dicho precepto con el artículo 24 CE, toda vez que la finalidad última del artículo 136 CC no es otra que vehicular la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. El Tribunal Constitucional muestra su conformidad con el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción, ya que responde a la exigencia de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y, por tanto, no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva «siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo concedido al efecto». Ahora bien, con la redacción del artículo 136 CC resulta imposible llevar a cabo la acción de impugnación por parte del marido que ha conocido la realidad biológica, una vez que ha transcurrido el año desde que se llevó a cabo la inscripción registral. Pues bien, este impedimento de acceso a la jurisdicción por parte de quien no resulta ser progenitor biológico, una vez transcurrido más de un año de la inscripción registral de la filiación, constituye una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva que no resulta proporcionado a la finalidad de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial.

El fallo de la STC 138/2005 declara la inconstitucionalidad del artículo 136.1 CC «en cuanto que comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil», en el mismo sentido también STC 156/2005.

Otro supuesto de relativo interés por la conexión que presenta el artículo 39 CE con la tutela judicial efectiva es el resuelto por la STC 273/2005 que tiene su origen en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por una Audiencia Provincial respecto del artículo 133.1 CC, al entender este órgano jurisdiccional que en los casos en los que no exista posesión de estado, el legislador habría restringido al hijo la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial, más allá de las dudas planteadas en torno a la compatibilidad de dicha redacción con el artículo 14 CE se aduce también que este precepto conculcaría el artículo 24 CE. Una vez tratada en la STC 138/2005 la argu-

mentación del Alto Tribunal nos remitimos a la misma en cuanto a la no procedencia de declarar la vulneración del artículo 14 CE por el tratamiento dado por el legislador al artículo 136.1 CC aplicable al artículo 133.1 del mismo texto[49]. Nos hemos de centrar, por tanto, en la consideración que tiene para el TC la regulación contenida en el artículo 133.1 CC y, en qué medida puede contravenir el derecho de acceso a los tribunales de justicia.

Como señala el Alto Tribunal para el análisis de los mecanismos que hagan posible la investigación de la paternidad y la determinación de la filiación, el legislador ha llevado a cabo en la regulación introducida en el Código Civil por la Ley 11/1981 «hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el derecho de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, por otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona». La consecuencia que se extrae es que el legislador ha otorgado prevalencia al hijo atendiendo al mayor valor de la protección integral de los hijos y a la seguridad jurídica en el estado civil de las personas, habiendo desconocido el interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. Por tanto, el fallo de la STC 273/2005 señala que «la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas».

La conclusión que se alcanza es que el superior interés del menor, como principio de obligada observancia en las relaciones paterno-filiales, no puede tener un valor absoluto que anule o impida el acceso a la jurisdicción para instar la investigación de la paternidad.

4. LA INTROMISIÓN DEL LEGISLADOR EN ASUNTOS PERSONALÍSIMOS CONCERNIENTES AL MENOR

Más allá del reconocimiento en abstracto de derechos del menor consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, es cierto que se pueden suscitar

[49] «lo que hace el Código Civil es establecer un sistema para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación que se articula en función del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación y que, en el supuesto concreto que se nos plantea, se traduce en un diferente régimen para la reclamación de la filiación, cuando falte la posesión de estado, según sea aquélla matrimonial o no matrimonial».

conflictos entre el ejercicio de los mismos por los menores y la facultad de disponer sobre ellos de los titulares de la patria potestad. Con carácter general el Código Civil reconoce que los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. No obstante, el legislador ha previsto varias excepciones a dicho principio de alcance general, de un lado, los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que a tenor de su madurez y de las previsiones legales al efecto puedan realizar por sí mismos (art. 162.1[50] CC). De otro, en los supuestos en los que se produzca un conflicto de intereses entre los titulares de la patria potestad y los menores no emancipados. Es este supuesto el que puede suscitar una mayor controversia en la práctica, ya que no resulta inverosímil una situación de clara divergencia entre padres e hijos menores no emancipados en cuestiones como la continuidad o interrupción del embarazo o la elección de un centro educativo, e incluso la mera escolarización del menor.

El legislador con carácter general ha previsto el nombramiento de un defensor del menor «siempre que el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados» y, cuando esta divergencia solo lo sea con uno de ellos, corresponderá al otro progenitor «representar al menor o completar su capacidad» (art. 163 CC).

4.1. *La interrupción voluntaria del embarazo de la menor de 16 y 17 años*

El espacio conflictual puede quedar abierto ante la actual regulación de la interrupción voluntaria del embarazo introducida en la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en la medida en que puede surgir un conflicto de intereses entre los padres y la menor embarazada de 16 y 17 años que puede dilucidarse ante un órgano jurisdiccional.

Como recuerda el legislador en la Exposición de Motivos de la citada norma, haciéndose eco de la jurisprudencia del TEDH, «las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada y, por otro lado, que una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo».

Constituye el objeto de la Ley Orgánica 2/2010 garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y establecer las correspondientes obligaciones de los poderes públicos (art. 1). Igualmente se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida (art. 3.2). En con-

[50] Recuérdese con la excepción de los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que a tenor de su madurez y de las previsiones legales al efecto pueda realizar por sí mismo.

creto, «se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan» en la Ley Orgánica. El legislador ha señalado que «estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación (art. 12).

Los requisitos necesarios para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo dentro del marco legal vigente son tres. En primer lugar, que se lleve a cabo por un médico especialista o bajo su dirección. En segundo lugar, que se practique en un centro sanitario público o privado acreditado. Por último, es preciso el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. En efecto, esta norma dispone que «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado», una vez recibida la información sobre la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art.8). Ahora bien, se podrá prescindir del consentimiento expreso en el supuesto de que exista «riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él»(art. 9.2.b).

Uno de los aspectos más novedosos que presenta Ley Orgánica 2/2010 es el relativo a las mujeres de 16 y 17 años, en la medida en que la nueva norma indica que «el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad». Ahora bien, al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de ellas «deberá ser informado de la decisión de la mujer». Si bien puede prescindirse por completo del consentimiento «cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, desamparo» (art. 13).

Habiendo sido objeto de recurso de inconstitucionalidad diversos preceptos de esta norma hemos de recordar que también es objeto de impugnación por los recurrentes la regulación del consentimiento de la madre para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo. Especialmente cuestionado es el supuesto ya comentado que permite a las mujeres de 16 y 17 años prescindir del consentimiento de sus padres o tutores cuando pudiera producirse una situación de conflicto grave con aquéllos (art. 13.4).

Pues bien en este contexto, al menos dos escenarios teóricos pueden ser objeto de análisis, la posición contraria de los progenitores a la voluntad de

la hija menor embarazada de 16 y 17 años así como, en el supuesto de estar ésta bajo la protección de un Centro de Menores, la divergencia entre aquél y ésta respecto de la prolongación o interrupción del embarazo.

En efecto, nos hemos de plantear la viabilidad de la acción judicial ejercitada por los padres de la menor embarazada al objeto de interesar del órgano jurisdiccional la autorización de la interrupción del embarazo de la menor. Ciertamente esta cuestión puede suscitarse en un contexto concreto: que la menor embarazada no tenga diagnosticada ni esté aquejada de enfermedad psiquiátrica; tampoco esté incapacitada judicialmente; haya mostrado su deseo de tener al hijo y no se disponga de informe médico alguno que haga aconsejable la interrupción del embarazo o que resulte concluyente respecto del carácter perjudicial para el bebé o la madre del alumbramiento.

En sentido contrario, cabe imaginar la situación en la que la menor embarazada que estando bajo tutela de la Comisión de Tutela del Menor, hubiese obtenido resolución denegatoria de la autorización presentada a ésta para la interrupción voluntaria del embarazo. La menor podría instar judicialmente la revocación de la resolución denegatoria de la Comisión de Tutela del Menor y la consiguiente autorización de la interrupción del embarazo, a través de la presentación de demanda de solicitud de interrupción de embarazo al amparo del art. 158.4 CC, toda vez que el juez a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará en general «las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios».

El órgano judicial competente en ambos casos tendría que ponderar los intereses en juego para decidir respecto a la interrupción voluntaria del embarazo y su posible justificación, siempre que no constituyera infracción penal y concurriesen los restantes requisitos del artículo 417 bis del Código Penal.

El derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre la continuidad de su embarazo o la interrupción del mismo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada, puede entrar en colisión, cuando se trata de una menor de 16 0 17 años, con la voluntad de los padres o representantes legales de la menor embarazada y, deberá ser resuelto de forma que pueda quedar salvaguardada la voluntad de la menor embarazada dentro de los términos contenidos en la Ley Orgánica 2/2010. En caso de interrupción voluntaria del embarazo, constando la oposición de sus padres, planteándose la disputa judicialmente, cabe cuestionarnos ¿en qué circunstancias podría desestimar un órgano jurisdiccional una solicitud para autorizarla, tratándose del embarazo de una menor de 16 o 17 años? ¿en qué medida consideraría atendible el derecho de la menor a su integridad física y su intimidad? Como regla general cualquier situación de conflicto debe interpretarse del modo más favorable a los derechos de la mujer aunque ésta sea una menor de 16 o 17 años.

4.2. *La atribución de la facultad de decidir sobre la educación a recibir por el menor*

Entre los derechos que afectan de un modo directo a la esfera de la personalidad, el derecho fundamental a la educación presenta diversos perfiles susceptibles de estudio desde esta perspectiva.

Cabe recordar el carácter controvertido del derecho a la educación y su concreción en el sistema público de enseñanza. Como es notorio, el derecho fundamental a la educación es objeto de reconocimiento constitucional en el artículo 27 CE. Este derecho comprende la Enseñanza Primaria y Secundaria obligatoria, con un desarrollo desde los seis a los dieciséis años.

Como es notorio, no resulta pacifica la conciliación del ejercicio del derecho de libertad religiosa y el derecho a la educación, claro está que el conflicto entre ambos puede resultar inevitable, no obstante la aplicación del principio de proporcionalidad puede aportar alguna ayuda a su resolución atendiendo al menor daño o perjuicio que se pueda causar. Esto ocurre cuando se argumenta la correspondencia exclusiva de los padres de los alumnos de la decisión relativa a la educación de los hijos.

Para abordar este análisis también contamos con jurisprudencia del TEDH que constituye un precedente indispensable para la configuración de una doctrina constitucional sobre el alcance y contenido del derecho fundamental a la educación en el contexto de una sociedad plural y diversa en un Estado aconfesional. La existencia de sistemas públicos de enseñanza ha sido cuestionado en diversos Estados Parte del CEDH, desde la perspectiva del derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones –en términos de nuestra Constitución–. Según ha reconocido el TEDH «la escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres demandantes de su derecho a ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas» (Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, STEDH de 7 de diciembre 1976). Aunque la estrategia de acudir a la jurisprudencia del TEDH en esta materia queda lastrada por la contradicción manifiesta en que incurrió dicho Tribunal en las sentencias de Sala[51] y de Gran Sala que resolvieron el Caso Lautsi contra Italia.

[51] En esta primera resolución se afirma que la presencia de crucifijos en el aula se asocia a los símbolos de la iglesia católica y, por tanto resulta incompatible con el pluralismo que debe promover el Estado en el sistema público de enseñanza (STEDH de 3 de noviembre de 2009). Sin embargo el fallo definitivo pronunciado por la Gran Sala contiene la afirmación de que con el mantenimiento del crucifijo en las aulas las autoridades actuaron dentro del margen de apreciación en el marco de su obligación de respetar el derecho de los padres de garantizar esta educación conforme a sus creencias, STEDH de 18 de marzo de 2011.

El aprendizaje y la práctica del culto de las religiones tiene un marco constitucional de referencia en la afirmación de que «los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 27.3 CE). La Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa (en adelante LOLR) especifica que la libertad religiosa y de culto comprende «recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole (...) dentro y fuera del ámbito escolar (art. 2, c)[52]. Además, la libertad religiosa incluye «elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia» la educación religiosa y moral conforme a las creencias de los padres, cuestión esta de elevada complejidad.

Como complemento de dicho reconocimiento, la LODE en un momento inicial y con posterioridad la LOCE atribuyeron expresamente a todos los alumnos el «derecho a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales (art. 6.3.e LODE). En concreto en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2006 a la Ley Orgánica 8/1985 se reconoce el derecho a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales de acuerdo con la Constitución (ap 6.2.b, art. 6) para incidir en su apartado f) la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa.

A tenor de lo preceptuado en el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1996 el menor es titular del «derecho a la libertad ideológica, conciencia y religión» si bien este reconocimiento debe ser acompasado con el derecho y el deber de los padres y tutores «para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral». En todo caso en este mismo texto legal se señala expresamente que «en aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», sin olvidar que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva» (art. 2). Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en concreto por lo que aquí concierne, de los derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral. La cuestión que se suscita es por tanto la de los límites a la facultad de disponer por los menores frente a las decisiones y actuaciones que puedan decidir y realizar quienes tengan atribuida su patria potestad. Es evidente que la incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se deberá modular en función de la madurez del mismo.

Conviene recordar, en primer lugar, que el derecho de los padres a elegir un centro docente para sus hijos, la elección de una formación religiosa y moral, así como el derecho a optar entre la escuela pública y la privada cons-

[52] Debemos recordar que la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece que «Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral» (art. 6.3).

tituyen premisas previas que pueden incidir finalmente en la determinación del alcance de la facultad del titular de la patria potestad sobre el menor en su escolarización en un centro público, privado o concertado con un ideario determinado.

Sin embargo, hay que precisar el alcance de la libertad de creencias en el caso del menor, ya que con particular incidencia en el derecho de los padres a elegir la formación moral de los hijos respecto de la libertad religiosa, el TC ha señalado que «desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia». Por tanto, también surgen perfiles polémicos en el alcance de la libertad religiosa, como sucede según nuestro Alto Tribunal con «la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal». Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior de los menores de edad» (STC 144/2000).

Por tanto, en caso de divergencia entre los progenitores y los menores en relación a las creencias de éstos cabe preguntarse si ¿se puede atribuir por los órganos jurisdiccionales a los titulares de la patria potestad la facultad de decidir sobre la educación religiosa a recibir por los hijos comunes menores de edad? Además, en caso de discrepancia entre ellos, ¿se puede llevar a cabo la atribución en exclusiva a uno de los progenitores de la facultad de decidir sobre dicha educación?

En todo caso y de forma colateral dentro del ámbito de los derechos educativos, se ha planteado ante la jurisdicción ordinaria y, de forma subsiguiente, ante la jurisdicción constitucional en recurso de amparo la cuestión relativa a la objeción a la escolarización obligatoria (homeschooling). El punto de partida en este conflicto es el del controvertido entendimiento del alcance de la obligación de escolarización conforme al artículo 154 CC como obligación derivada de la patria potestad frente a la escolarización obligatoria. Hemos de recordar de conformidad con la jurisprudencia constitucional que el artículo 27.4 CE no permite que los padres nieguen a los hijos el derecho y la obligación que tienen de participar en el sistema oficial de educación. En efecto, el artículo 27.3 CE no ampara el derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos sabrán impartir la educación ade-

cuada (STC 133/2010). Como ya señalara nuestro Alto Tribunal «el derecho a ser escolarizado es un derecho del menor, no de los padres, que convive con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso imperativamente si ello fuera necesario»[53]. Constituye pues el elemento central de discusión la perspectiva constitucional de la obligatoriedad de la enseñanza básica (art. 27.4 CE) y, por tanto, esta es la cuestión a dirimir para la resolución del recurso de amparo aquí comentado. Pues bien, frente al alegado derecho de los progenitores, el TC ha afirmado que «Ningún padre puede negar a sus hijos el derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación, que deriva del mandato constitucional de la enseñanza obligatoria (art. 27.4 CE) y, de otra parte, que la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación» (STC 133/2010).

La conclusión alcanzada por el TC es que la conducta de los padres consistente en no escolarizar a sus hijos, «supone el incumplimiento de un deber legal –integrado, además, en la patria potestad– que resulta en sí misma antijurídica» (STC 133/2010).

Continuado con el derecho de todos a la educación y la facultad de los padres de elegir el centro docente de sus hijos, es necesario precisar que el derecho de los padres para escolarizar a su hijo en un centro educativo y no en un centro de educación especial no está incluido en ese derecho. Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter inclusivo del sistema educativo y los centros de educación especial. En esta ocasión se había advertido desde el centro educativo público las dificultades de adaptación y de aprendizaje del pequeño (audición y lenguaje), con informe de la inspección favorable al cambio de centro por presentar necesidades educativas especiales y su escolarización en un centro de educación especial[54]. Es cierto que en favor del proceder de la administración educativa se ha acreditado que por ésta se habían llevado a cabo sucesivas evaluaciones de dicho alumno, que habían evidenciado las dificultades de adaptación como de aprendizaje y las carencias al presentar necesidades educativas especiales. A la vista de estos antecedentes la administración educativa acordó contra la voluntad expresada en reiteradas ocasiones por los padres, la escolarización de oficio en un Centro de Educación Especial.

[53] Voto particular Magistrado Vicente Gimeno Sendra STC 260/1994. Concluye este Magistrado que «la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente».

[54] Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo de educación en orden a la escolarización de los alumnos que presenten necesidades educativas especiales que su escolarización se llevara a cabo en centros de educación especial »cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios» (art. 74.1).

Los familiares del menor recurren la decisión de la administración educativa por entender que la escolarización del menor en un centro de educación especial fomenta un trato discriminatorio por su discapacidad y es perjudicial para su formación, en la medida en que supone una segregación y se opone a la educación inclusiva, al objeto de que el derecho a la educación tenga lugar en el sistema educativo ordinario con las adaptaciones que resulten precisas. Agotada la vía judicial previa, se plantea recurso de amparo con fundamento en el carácter inclusivo de la escolarización de las personas discapacitadas, invocándose la vulneración del derecho a la educación (art. 27) a la igualdad (art. 14) así como a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Asimismo se invoca el vacío en el que queda el reconocimiento del derecho a la educación en igualdad como consecuencia de la interpretación realizada por la administración educativa dentro de su discrecionalidad.

Para el Alto Tribunal el derecho de todos a la educación «no incluye, como parte o elemento del derecho constitucionalmente garantizado, el derecho de los padres a escolarizar a su hijo en un centro ordinario de educación, en lugar de hacerlo en un centro de educación especial, pues ello vendrá condicionado a la acreditación por parte de las autoridades competentes de las necesidades educativas específicas del menor». El parecer del Tribunal se concreta en la denegación de amparo interesada por los padres del menor por entender que en este caso concreto y a tenor de lo preceptuado en el artículo 74.1, las necesidades del alumno no pueden ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios[55].

La sentencia cuenta con un voto particular en el que el Magistrado que lo suscribe se alinea con el Ministerio Fiscal en la necesidad de que por parte de la administración se motive y pondere la decisión, concluyéndose que ni por parte de la administración se ha «explicitado por qué los ajustes que debía realizar para proporcionar el menor la educación inclusiva a la que, en principio tiene derecho, no son razonables o suponen una carga desproporcionada o no serían suficientes para la inclusión el menor» (STC 10/2014).

Title: Equality in the constitutional regulation of family, marriage and minor children.

Resumen: la observancia del principio de igualdad de las personas ante la ley en el ámbito de los diferentes tipos de uniones familiares así como

[55] «en interés del menor resulta indicada su escolarización en un centro de educación especial, (…) sus singulares necesidades educativas estén mejor atendidas en un centro de educación especial más que en el marco de la educación general de los centros ordinarios».

entre los integrantes de las mismas. La observancia de la igualdad entre los cónyuges así como de los miembros de las uniones de hecho y la ausencia de discriminación por el tratamiento diferenciado en la ley de las consecuencias jurídicas para los cónyuges como para los convivientes, especialmente cuando se produce la crisis y ruptura de ambas. La prevalencia del interés superior del menor en las relaciones paterno filiales en contextos concretos: investigación de la paternidad, interrupción del embarazo, elección de la formación educativa.

Palabras clave: principio de igualdad, uniones de hecho, matrimonio

Abstract: Observance of the principle of equality of individuals before the law in the field of different models of family unions and among the members thereof. The observance of equality between spouses as well as members of civil unions and the absence of differential treatment discrimination in the law of the legal consequences for spouses and for partner cohabitants, especially when crisis or rupture comes in both cases. The prevalence of the interest of the child in parent-child relations in specific context: investigation of paternity, pregnancy termination, choice of religious education.

Key words: principle of equality, partnerships, marriage

Recibido: 22.05.2014
Aceptado: 26.052014

GARANTÍA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS SISTEMAS PRINCIPALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ALTERNATIVOS: ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

María Pérez-Ugena Coromina

Sumario: 1. Introducción. 2. Sistemas alternativos de resolución de conflictos y su compatibilidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. 3. El orden público en su función de límite al principio dispositivo en los sistemas alternativos de resolución de conflicto. 4. La garantía de la tutela judicial efectiva en los principios informadores de los sistemas de arbitraje y mediación. 5. La función del Poder Judicial como garante y ejecutor de laudos y acuerdos de mediación. 6. Síntesis y conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El articulo 24 de la Constitución Española contiene un mandato dirigido al Poder Público para que garantice que las personas, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, obtengan de los Jueces y Tribunales una tutela judicial efectiva. La realidad evidencia la existencia y cada vez mayor desarrollo de los sistemas alternativos de resolución de conflictos al margen del procedimiento ordinario de actuación de Jueces y Tribunales. Si las partes en un conflicto deciden voluntariamente, en uso de su libertad, renunciar al derecho de someter a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales la controversia que les afecte en ejercicio del derecho recogido en el artículo 24 CE, y someterla a alguno de los sistema alternativos mencionados, esta renuncia no debe conllevar a una situación real de indefensión.

El artículo 117 CE al señalar que «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, co-*

rresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan» recoge un principio de unidad jurisdiccional y crea una reserva de jurisdicción que supone que ninguna otra autoridad distinta de los juzgados y tribunales tiene potestad jurisdiccional.

En la actualidad, ya ningún sector doctrinal sostiene que ese precepto constitucional implica la imposibilidad de existencia de sistemas alternativos no estrictamente jurisdiccionales de resolución de conflictos. Una interpretación semejante no es asumible actualmente, no solo porque en el caso mas evidente del arbitraje responde a una clara tradición histórica y forma parte de nuestras instituciones con soporte normativo en plano de Ley Ordinaria, sino porque, además, vivimos en un mundo global en el que estos sistemas –en adelante ADRs– están plenamente aceptados como instrumentos de resolución de conflictos en el ámbito internacional[1].

No hay, por tanto, contradicción entre un procedimiento de solución extrajudicial de conflictos y el derecho a la tutela judicial efectiva junto con el carácter exclusivo de la función jurisdiccional de jueces y Tribunales, de la misma forma que no se oponen un proceso público de realización de justicia con un procedimiento que tenga su base en el derecho a la libre disposición de las partes[2]. El tema capital, sin embargo, reside en delimitar qué tipo de actuación corresponde a los Jueces y Tribunales cuando los particulares han decidido la utilización de un ADR en la solución de sus conflictos, asumiendo que el árbitro o mediador no son sujetos que ejerzan un mandato jurisdiccional ni forman parte institucional del Estado.

Sentado lo anterior, lo que pretendemos es analizar en qué forma el poder público está obligado a hacer cumplir las garantías propias de la tutela judi-

[1] Las normas internacionales ratificadas por España han sido un impulso fundamental en el reconocimiento del arbitraje, así el Convenio de Ginebra sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales, ratificado en 1930 o la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras ratificado en 1977 y el Convenio de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Respecto de la mediación, en el ámbito europeo la aprobación de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 ha supuesto un impulso fundamental (DOL núm 136, de 24 de mayo). Está basada en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil fue elaborado por la Comisión Europea en el mes de abril de 2002. disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf. La Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales, recomendaba promover la solución amistosa de los conflictos (Adoptada por el Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1986, durante la 39a reunión de los Delegados de los Ministros).

[2] En este sentido el TC se ha manifestado claramente al señalar que el arbitraje es compatible con la Constitución en varias ocasiones despejando cualquier posible duda al respecto (SSTC 43/1988; 233/1988 y 288/1993, entre otras).

cial efectiva en los sistemas alternativos de resolución de conflictos. Se trata por tanto, de determinar el papel del Estado como garante de los derechos fundamentales en los casos en que la Justicia no se administre directamente por los órganos del Poder Judicial, sino que lo haga con el auxilio de sistemas alternativos de resolución de conflictos.

En conclusión, entendemos que la función del Estado en este ámbito no es solo ofrecer un sistema de Justicia que permita una tutela efectiva. También es función del Estado, en desarrollo del artículo 9.2 de la Constitución promover la libertad de forma real y efectiva. Lo que en relación al tema que nos ocupa supone permitir y favorecer que de la propia sociedad emerjan instituciones alternativas, que, dando cumplimiento a los principios del artículo 24 de la Constitución, permitan una conexión entre ámbitos público y privado en la capacidad de resolver conflictos, siempre que se cumplan las garantías constitucionales. Porque tengamos en cuenta que arbitraje y mediación son instituciones[3] fundamentadas en la voluntad de las partes, pese a que por su complejidad no podamos decir que tal naturaleza sea exclusivamente privada frente al carácter público del proceso judicial.

Los sistemas ADRs son básicamente la mediación, el arbitraje, la negociación y la conciliación. Nos centraremos en el presente trabajo en el arbitraje y la mediación por ser los dos sistemas principales que representan a los dos tipos de mecanismos de resolución de conflictos, heterocompositivo y autocompositivo, si bien existen otros mecanismos autocompositivos de ADRs, principalmente la negociación y conciliación[4].

[3] Tanto el arbitraje como la mediación son instituciones en el sentido señalado por Merino Merchán JF y Chillón medina, j.m. *Tratado de Derecho Arbitral.* Civitas 2006., págs 214 y ss. como conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas diversas voluntades particulares. En este caso la vinculación se produce por el acuerdo o convenio por el que se busca una solución al margen de los mecanismos judiciales del Estado.

[4] En España, el procedimiento de conciliación está reconocido tanto en los procedimientos laborales como en los civiles, siendo en ambos casos un procedimiento previo al inicio del proceso judicial. La normativa aplicable es la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 (art. 460 a 480) y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En la conciliación las partes acuden a un tercero, pudiendo ser éste un órgano judicial, a los efectos de alcanzar una solución a un conflicto existente, evitando acudir a un procedimiento judicial. El tercero no incita activamente a las partes a alcanzar el acuerdo al conflicto suscitado, consistiendo su función más bien en reunir a las partes y en transmitir entre ellas los mensajes o las informaciones en forma correcta, con la finalidad de que las partes alcancen el acuerdo entre ellas, pero sin que se adopten por parte del tercero medidas persuasivas, integradoras e incluso de carácter disuasorio que tiendan a concretar y posibilitar una solución de consenso entre las partes. Pese a señalar tales diferencias entre conciliación y negociación, reconocemos que éstas son imprecisas.

La negociación: Es un método por el cual las partes interesadas resuelven conflictos, procurando obtener resultados que sirvan a sus intereses. Se contempla generalmente

2. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SU COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El arbitraje y la mediación se presentan como instrumentos de solución de conflictos con características que les diferencian de modo nítido, si bien comparten su naturaleza extrajudicial. Ambos sistemas derivan de la voluntad de las partes, pero no son inmunes al control del Estado[5]. Y ello porque el derecho a la tutela judicial efectiva trasciende el ámbito exclusivamente judicial. La cuestión es, por tanto, determinar los límites y efectos del control que ejerce el Poder Judicial en relación a ambos procedimientos, de tal forma que, respetando la libertad de las partes, se proteja el derecho que les asiste a la tutela judicial efectiva.

El arbitraje es un procedimiento heterocompositivo en el que se faculta a un tercero para la resolución del conflicto, frente a la mediación en el que la resolución de contiendas es de tipo autocompositivo, por el que las partes las resuelven directamente con el auxilio de un tercero.

El juez, el árbitro y el mediador son copartícipes de la Administración de Justicia desde posiciones muy diferentes. El juez desde el ejercicio de la función jurisdiccional a través de una función pública. El árbitro fundamentándose en la libertad de las partes, que le otorgan el poder para decidir sobre una controversia, y en el caso del mediador de forma mas indirecta pero también con fundamento en la voluntad de las partes, puesto que son éstas las que gracias a la ayuda del mediador decidirán sobre la resolución de sus conflictos quedando después obligadas por dicha decisión o acuerdo.

2.1. *Arbitraje*

El arbitraje puede ser definido como un mecanismo extrajudicial para la resolución de conflictos, en el que las partes deciden someterse a un tercero o terceros para la resolución de la controversia existente. Se trata de un sistema heterocompositivo cuyo fundamento está en la capacidad de disposición de las partes para aceptar previamente la decisión que se tome en el procedimiento arbitral.

---

como una forma de resolución alternativa de conflictos o situaciones que impliquen acción multilateral. son las partes las encargadas de buscar una solución al conflicto existente, sin acudir a un tercero que sea quien resuelva el citado conflicto.

[5] Barona Vilar, S. (2004). pp. 47 y ss. señala como hay países en los que se ha pretendido un tratamiento integral de soluciones heterocompositivas y autocompositivas. Así por ejemplo la *Arbitation and Conciliation Law in India, Act 1996. Ley N 727 de Arbitraje, Mediación y Conciliación* de Bolivia de 1997. Así como las regulaciones de Bolivia y Panamá.

Estamos ante una institución con arraigo histórico, que en su forma más primitiva arranca del Derecho Romano y se recoge en las Partidas y la Nueva y Novísima Recopilación y que tuvo un reconocimiento expreso en la Constitución de 1812, en la que se conceptúa como un procedimiento alternativo [6]. Sin embargo, desde que esta institución se desarrolló a través de una ley específica, con la Ley de 1953[7], ha sido tratada con recelo y sometida a fuertes restricciones hasta 1988[8].

El cambio mas reciente en el tratamiento del arbitraje se produce con la Ley de 60/2003[9] si bien la Ley de 1988 ya había dado pasos decisivos basados en la libertad individual como fundamento de la institución arbitral, a la que considera un forma paralela que sustituye a la acción del Poder Judicial del Estado[10], aunque esta caracterización no debe llevarnos a entender que en el arbitraje se esconde una renuncia excepcional del derecho a la tutela judicial efectiva que, con carácter general, recae exclusivamente en jueces y Tribunales. Si atribuyéramos tal carácter excepcional al arbitraje, debería ser interpretado de manera restrictiva, frente a la interpretación mas abierta, y que tiene su arraigo en el derecho constitucional español, en las Cortes de Cádiz, soportando una concepción favorable al arbitraje[11].

Los elementos que diferencian el arbitraje de un proceso judicial, son, sustancialmente, los siguientes: el arbitraje tiene una base contractual privada, en tanto que el proceso judicial es instrumento estatal y por tanto público; en el arbitraje la persona o personas encargadas de decidir sobre la controversia –árbitros–son elegidas por las partes, frente a los jueces que son nombrados por el Estado; los jueces están investidos de *potestas* por ser órganos estatales mientras que los árbitros pueden tener *auctoritas* pero no *potestas*.

---

[6] En su artículo 280 la Constitución gaditana reconoce el derecho de los españoles a a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes y en el 281 reconoce la fuerza ejecutiva de las decisiones de los árbitros.

[7] De hecho en la práctica el arbitraje estaba sometido a fuertes condicionantes, limitaciones en cuanto a las materias disponibles y un procedimiento complejo que dificultaba el arbitraje interno y excluía el arbitraje internacional.

[8] Merchán Alvarez, j. *El arbitraje, Estudio Histórico Jurídico.* Ed. Universidad de Sevilla. 1981.

[9] Esta Ley está inspirada en el nuevo marco de la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985.

[10] En España la figura del arbitraje se encuentra regulada en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado. La citada normativa será de aplicación a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, ya sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en Leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje.

[11] Vid. Martín Muñoz, A y Hierro Anibarro S. *Comentario a la Ley de arbitraje.* Marcial Pons, 2006, pp. 38 y ss.

Por último, el laudo es un *equivalente jurisdiccional,* equiparable a una resolución judicial en cuanto que produce efectos de cosa juzgada, pero su cumplimiento coactivo trasciende los poderes del árbitro y solo puede conseguirse mediante la actuación del Poder Judicial, que monopoliza el poder de ejecución forzosa[12].

Lo que verdaderamente caracteriza y define al arbitraje es la noción, antes expresada, de *equivalente jurisdiccional*[13]. Además, hay que añadir otras cuestiones, que afectan al objeto del arbitraje, a la controversia, y al proceso de solución. En primer término, es decisivo que el objeto de la controversia sea *arbitrable*. El arbitraje puede versar sobre todas aquellas materias que sean de libre disposición para las partes, conforme a la normativa vigente en la que se concretan limitaciones legales de materias que no son disponibles, por lo que necesariamente se deben reconducir para su solución al Proceso Judicial en sentido estricto[14].

En este punto de la arbitrabilidad de la materia, conviene señalar que el arbitraje se presente normalmente con la característica de ser un procedimiento especializado. Una de las finalidades del arbitraje reside en que las partes puedan acudir a terceros especializados en la materia sobre la que verse la controversia, para de este modo garantizarse una mejor y mas clara solución al conflicto que las separa. La complejidad del mundo económico y jurídico actual reclama un indispensable proceso de especialización, que no solo se vislumbre en los ARDs sino, además, en el seno del propio Poder Judicial, aunque en este último, por su propia naturaleza, la especialización

[12] Guzman Fluja, v. «Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazo» págs 190 y ss. «Intervención judicial» pp. 242 y ss. Ambos en *Comentarios a la Ley de arbitraje. (Ley 60/2003)* Barona Vilar, S. (coord) Thomson-Civitas 2004, pp. 242 y ss.

[13] Para ello es necesario que se den las siguientes condiciones: Que el instituto arbitral esté regulado en una Ley formal votada en Cortes Generales debiendo tener esta norma carácter estatal por tratarse de una materia sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva de acuerdo con el artículo 149.1.6 y 9 de la Constitución (SSTC 15/1989 y 62/1991); que se genere por un sometimiento libre y voluntario, de modo que la voluntariedad del convenio arbitral aparezca sin sombra o penumbra alguna sobre la libertad de aceptación y sumisión al mismo por las partes, de manera que no haga resentirse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 (SSTC 11/1981, 2112/1991, 2386/1995, 174/1995); que una vez aceptado voluntariamente el convenio por las partes, el arbitraje desplace con todas sus consecuencias al proceso y al recurso ordinario (art. 63 y siguientes de la LEC); que las partes, además de dar un trato preferente a la autonomía de la voluntad sobre el modelo jurisdiccional preestablecido legalmente, aceptan asumir el laudo firme con efectos idénticos a la cosa juzgada, Vid. Merino Merchan, J.F y Chillón J.M. *ob cit.* pp. 64-65.

[14] La ley 43/2006 parte de una presunción general de disponibilidad y entiende que la inseparabilidad no rige al objeto de determinar las materias disponibles para el arbitraje, frente a la ambigua Ley de 1988 que entendía como no disponibles «las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición».

quizás no llegue a disponer de la misma profundidad que pueda darse en los restantes medios de solución de conflictos.

En lo que se refiere a los árbitros, las partes tienen capacidad para decidir quién es el árbitro o árbitros, o a través de qué procedimiento se van a designar a los mismos dentro de los límites que establece la ley y que van dirigidos a garantizar los principios informadores del procedimiento. En un procedimiento arbitral puede haber uno o varios árbitros, siempre impares, siendo la imparidad un requisito esencial de composición del órgano arbitral[15], que serán personas físicas, no jurídicas, y que deben estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, entendiendo por tales ser mayor de edad y con plena capacidad de obrar[16].

Se exige además que los árbitros sean y permanezcan durante el arbitraje independientes e imparciales[17], sin que puedan mantener con las partes relación personal, profesional o comercial[18], estableciendo la Ley la obligatoria revelación de todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su

[15] Vid GONZALEZ MALABIA, «Número de árbitros», «Capacidad para ser árbitros», «Arbitraje institucional», «Nombramiento de los árbitros» y «Aceptación de los árbitros» en *Comentarios a la Ley de arbitraje. (Ley 60/2003)* BARONA VILAR, S. (coord) Thomson-Civitas 2004. Pp. 519 y ss.. Se trata de una nueva redacción con la Ley de 2003 que pretende agilizar y abaratar el procedimiento arbitral.

[16] JIMENEZ DE PARGA, J. «Sistemas de nombramiento de árbitros» ,en MERCHA, J.F. *Curso de derecho arbitral*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2009, pp. 137 y ss. Entiende que cabrían otras interpretaciones jurídicas pero que en definitiva se trata de determinar qué requisitos de capacidad debe reunir la persona llamada a resolver un litigio. LEON SANZ, F.J. en *Comentarios a la ley de arbitraje.* PÉREZ-LLORCA, Aranzadi, 2005. pp. 119 y ss. señala que la expresión ejercicio pleno de los derechos civiles resulta equivalente a la de plena capacidad para obligarse. GONZALEZ MALABIA *ob cit* págs 519 y ss. Nos remite a las normas del código civil. Supone la mayoría de edad, no estar incapacitado judicialmente, no estar declarado pródigo y no estar declarado como quebrado o concursado».

[17] Como nos recuerda ALONSO PUIG, J. M. Ser independiente e imparcial no es lo mismo que no incurrir en ninguna de las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados. Así la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje señala que hay que entender que los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados no son siempre adecuados en materia de arbitraje. «Motivos de abstención y recusación» en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje,* GONZÁLE SORIA, J. . (coord) Aranzadi, 2011 pp. 237 y ss. MONTERO AROCA. J «Motivos de abstención y recusación» en *Comentarios a la Ley de* arbitraje. BARONA VILAR, S.(coord) Thomson-Civitas 2004.. pp. 659 y ss. Sobre la independencia e imparcialidad, se trata de dos cuestiones distintas aunque a veces se traten como si fueran un único concepto. Si la independencia tiene un carácter absoluto, la imparcialidad es relativa y debe atender a un proceso concreto. A efectos de arbitraje, la norma se refiere en realidad a imparcialidad puesto que el árbitro carece de estatuto propio, de ahí que no pueda cuestionarse su independencia.

[18] ALONSO PUIG, J. M. ALONSO PUIG, J. M. *ob cit*. pp. 237 y ss. entiende que esta referencia de la Ley es poco afortunada no debe dársele mas alcance de el que permita la voluntad común de las partes y el principio de igualdad imperativo.

imparcialidad, así como las figuras de la abstención y recusación[19], remoción y renuncia[20].

La vulneración del principio de igualdad en el nombramiento del árbitro supone la nulidad del convenio arbitral en ese punto. Los órganos judiciales, en la resolución de un posterior proceso de anulación del laudo decidirán si se ha conculcado la ley en este punto específico por haberse dictado en circunstancias abusivas [21].

En relación al nombramiento de árbitro, se considera que se ha vulnerado el principio de igualdad, entre otras circunstancias, si una de las partes impusiera el procedimiento de designación sin concurrir la voluntad conforme de la parte contraria o en los casos en que se determina un procedimiento en el que una de las partes tuviera que designar un número superior de árbitros de aquel que le correspondería designar o si la designación del árbitro o de la mayoría de los árbitros se realiza por una sola de las partes [22].

Hay ademas una previsión legal de que los órganos judiciales participen y auxilien en el procedimiento arbitral a las partes en el nombramiento de los árbitros. Nos referimos a los casos de procesos supletorios que pueden darse, en los que la actuación judicial tiene un carácter subsidiario, bien cuando las partes no hayan acordado un procedimiento para la designación en el convenio o en un momento posterior, o bien cuando a pesar de existir un pacto al respecto no hay acuerdo entre las partes o no es posible designar a los árbitros según el procedimiento previsto. En estos casos, cualquiera de las partes puede solicitar la intervención del tribunal competente para el nombramiento de los árbitros.

Asimismo es preciso que el procedimiento de arbitraje se tramite conforme a los principios que señala la Ley, con las garantías de igualdad de las partes, audiencia, contradicción y prueba. Aunque la voluntariedad es elemento esencial al arbitraje, y por ello el Tribunal Constitucional ha entendido que no son procedimientos arbitrales los de carácter público obligatorio por no contar con el elemento de voluntariedad[23], eso no quiere decir que no exista un mínimo contenido procedimental en la solución arbitral. En este

[19] Montero Aroca. J *ob cit*. pp. 659 y ss.

[20] Sobre los supuestos de imposibilidad o falta de ejercicio de funciones, vid Martínez García. E. «Falta o imposibilidad del ejercicio de las funciones» y «nombramiento de árbitro sustituto» en *Comentarios a la Ley de arbitraje. (Ley 60/2003)* Barona Vilar, S.(coord) Thomson-Civitas 2004, págs 694 y ss. pp. 694 y ss.

[21] Vid STC 9/2005 sobre imparcialidad del árbitro y acción de anulación del proceso. El artículo 41.1 de la Ley de arbitraje señala como motivo de anulación «que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley o a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley».

[22] Vid Gonzalez Malabia. o*b cit. pp.* 519 y ss.

[23] STC 56/90.

punto la evolución normativa ha sido muy clara y relevante, porque la Ley de 1953 se manifestó rígida y formalista en lo que al procedimiento se refiere, mientras que la de 1988, al edificar todo el instituto sobre la autonomía de la voluntad, descarga al arbitraje de buena parte del formalismo anterior, tanto para declarar la eficacia del convenio arbitral como en lo referente al procedimiento en si mismo considerado[24], permitiéndose a las partes modificaciones en la tramitación del procedimiento arbitral[25].

Concluimos señalando que el arbitraje está sometido al control propio de un Estado de derecho, que tal control está limitado como consecuencia del fundamento del arbitraje en la autonomía de la voluntad y que, como veremos, deberá ser ejercido por medio de juez predeterminado según los motivos tasados en la Ley 46/2003. Sin embargo no cabe el control mediante el recurso de amparo por vulneración del contenido del artículo 24 CE ante el Tribunal Constitucional[26].

2.2. *Mediación*[27]

La mediación tiene como ejes centrales de su actividad la voluntariedad y libre decisión de las partes y se desarrolla a partir de la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto, que

[24] El espíritu no normativo de la Ley se inspira en normas como el Convenio de Arbitraje Comercial de 1961,el Convenio de Nueva York de 1958 y el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

[25] Vid Martinez González. P. *El nuevo régimen de arbitraje* Bosch, 2011.. pp. 87 y ss. Además de señalar la flexibilidad como característica que distingue el arbitraje del proceso, este autor se refiere a estas otras: el idioma, el lugar de las actuaciones, la práctica de la prueba, la designación de árbitro y el abandono del proceso judicial comenzado. La nueva Ley de 2003 da un paso mas y reconoce, además, la validez al uso de nuevos medios de comunicación y nuevas tecnologías, tanto para la presentación de documentos como para la realización de comunicaciones entre las partes y el arbitro, favoreciendo de esta forma la agilidad del procedimiento, Montesinos García, A. *Arbitraje y nuevas tecnología.* Civitas, 2007. Pérez-Ugena, M. «Arbitraje telemático» en merchan, jf. (coord). *Curso de derecho arbitral.* Tirant Lo Blanch, Valencia 2009. pp. 385 y ss.

[26] No es un acto apto de ser recurrido porque no se refiere a ningún poder público por lo que resulta extraño al ámbito y función del recurso de amparo ante el TC (STC 13/1997). Sin embargo sí se puede ejercer el control del TC en cuanto a los actos del Poder judicial en actuaciones judiciales en relación con el procedimiento.

[27] Guillén Gestoso, C.; J. Mena Clares; E. Ramos Ruiz y S. Sánchez Sevilla, «Aproximación genérica a la mediación», Sanchez Perez, j.(coord)., Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005. p. 59-72.

queda expresado en el acuerdo de mediación[28, 29, 30]. Se trata, de una forma autocompositiva o no adversarial frente a la vía heterocompositiva o adversarial, que es la propia del arbitraje. Esta diferenciación es fundamental y sitúa a la mediación como una forma de gestión positiva de un conflicto a través de técnicas multidisciplinares.

En su origen, como sistema de resolución de conflictos, forma parte de la historia de la humanidad. Podemos ligarlo a la idea de renuncia a la violencia en beneficio de la comunidad y a la tradición humanística centroeuropea de finales del Renacimiento, que adoptó el diálogo como forma básica de la argumentación racional y del juicio[31].

La aprobación de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha supuesto un impulso fundamental[32]. En la citada Directiva se señala que la utilidad de ampliar el recurso a la mediación la constituyen esencialmente las ventajas del propio mecanismo de solución de litigios: una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos que permite tener en cuenta más aspectos, mas aristas y perfiles de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un

[28] En España, la institución de la Mediación derivada de la promulgación de la Ley 5/2012 de 6 de julio de Mediación para asuntos civiles y mercantiles, como sistema alternativo para la resolución de conflictos.

[29] Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, define en su artículo 3 lo que se entiende por mediación: «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro». Entre otros puede verse sobre el tema: ORDOÑEZ SOLOS, D. «La Directiva sobre mediación y sus efectos en el derecho español: fuera de los tribunales también hay justicia», *Diario La Ley,* núm. 7165, 2009, pp. 1-30.

[30] Además, la mediación puede cumplir con otras funciones. Específicamente, puede hablarse de (i) funciones de carácter preventivo. La mediación permite conocer el estado de la conflictividad social y deviene, en sí misma, una herramienta de prevención»; (ii) de carácter educativo y (iii) de carácter reparador. se sitúa en el ámbito penal (y en el marco de la restorative justice), donde la mediación busca una actividad restauradora o de conciliación con la víctima por parte del menor. Libro Blanco de Mediación. págs 836 y ss. Puede verse en: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/Publicacions/llibres%20fora%20colleccio/Libro_blanco_mediacion.pdf obtenido en mayo 2014.

[31] Libro Blanco de la Mediación, *ob cit.* pp. 107.

[32] Esta Directiva está basada en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil fue elaborado por la Comisión Europea en el mes de abril de 2002. disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0196es01.pdf

acuerdo que respetarán voluntariamente, y contribuye a preservar una relación amistosa y sostenible entre ellos[33].

En nuestro País, en desarrollo de la citada Directiva, se aprueba la Ley de Mediación en la que «*se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*»[34].

El sistema de mediación se basa en determinados principios, sustancialmente la voluntariedad y libre disposición de la materia, y los de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad[35]. A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador[36].

Al tratarse de un sistema autocompositivo, son las partes implicadas en la mediación las que han de encontrar una solución a su conflicto, no delegando en una tercera persona la decisión sobre el mismo. Por ello mismo, el mediador debe mantenerse en un plano neutral, imparcial y equidistante entre las partes. Es un mero canal de la comunicación que debe ayudar a las partes a negociar y alcanzar ellas una solución[37].

Las partes son, por tanto, los protagonistas del desarrollo de la mediación y su voluntad o autonomía de decisión, el principio eje de todo el procedimiento, de tal forma que el mediador queda obligado a la búsqueda de soluciones, a

[33] La Directiva ha venido a completar otras regulaciones en ámbitos diferentes. Entre ellas, la Decisión-Marco 2001/220/JAI, de 15.3.2001, sobre la implantación de la mediación en la vía penal, así como varias Recomendaciones del Consejo de Europa a los estados miembros en derecho de familia (R1/1998) y en derecho penal (R19/1999).

[34] En cuanto a su regulación destaca la reciente Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, publicada en el BOE de fecha 7 de julio de 2012. Junto con éstas, también de ámbito nacional, debemos tener en cuenta: Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la redacción dada con los artículos modificados por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Así como la Ley de la Jurisdicción Social. Artículos 63 a 68. En el ámbito de la Unión Europea, tenemos la Directiva 2008/52/CE. Y de ámbito autonómico las leyes en materia de mediación familiar.

[35] Sobre esta cuestión vid. Barona S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Tirant Lo Blanch. 2013, pp. 180 y ss.

[36] En la mediación el eje cardinal del sistema es la figura del mediador. Los principios rectores de su actuación. Libertad de las partes en conflicto y del mediador para participar en los procedimientos de mediación, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, principio de legalidad, deber de no imposición, confidencialidad, protección del bienestar e interés del menor y personas con discapacidad, competencia y ética del mediador, buena fe de las partes en conflicto y del mediador, sencillez y rapidez del procedimiento y otros que, junto con los deberes del mediador familiar en el ejercicio de su profesión, perfilan una actuación reglada de la mediación.

[37] Guillén Gestoso, C.; Mena Clares, J.; Ramos Ruiz, E. y Sánchez Sevilla, S. *ob cit* pp. 59-72.

trazar puentes de comunicación e intentar que las partes lleguen a un acuerdo desde una posición neutral y sin que en ningún momento, al contrario de lo que ocurre con el arbitraje, pueda variar su función imponiendo soluciones, sino que el proceso gira en torno al acuerdo y capacidad de disposición de las partes.

En lo que se refiere a los mediadores, la Ley regula de forma detenida las cuestiones relacionadas con su necesaria preparación, condiciones de ejercicio y demás aspectos que vienen a reforzar la exigencia de imparcialidad del mediador a lo largo del procedimiento[38].

Se trata, por último, de un procedimiento *complementario a la jurisdicción*, no antagónico ni excluyente de la misma; *extrajudicial,* por el hecho de que se administra por sujetos no integrados en el Poder Judicial y *alternativo,* por cuanto no permite la utilización simultánea de la resolución judicial[39].

3. EL ORDEN PÚBLICO EN SU FUNCIÓN DE LÍMITE AL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTO

Hemos señalado ya que el fundamento de los sistemas de ADRs descansa en el principio dispositivo, que tiene su base en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y como derecho fundamental [40]. La libertad de las partes se resume en la posibilidad inicial de elegir qué tipo de procedimiento utilizan para resolver sus controversias y en la de cómo se desarrolla. Sin embargo, no estamos ante una libertad absoluta sino que la autonomía de las partes viene limitada por el orden público. La noción de orden público, que es difusa y cuyo contenido varía en función de distintos criterios, se constituye en un límite impreciso, pero efectivo, al poder de decisión de las partes en conflicto.

En el ámbito de los sistemas de ADRs hay una tendencia a limitar o confundir el concepto amplio de orden público con el mas limitado de orden público procesal, es decir, referirlo en exclusiva a ciertos principios de naturaleza procedimental, como audiencia o igualdad de partes, que son propios del proceso judicial. Sin embargo, el orden público debe entenderse también, y de manera muy sustancial, relacionado con los derechos fundamentales y libertades públicas que garantiza la Constitución. Podemos sostener que la vulneración del orden público no se equipara con una infracción de una norma imperativa sino con la vulneración de un principio constitucional.

En desarrollo del principio dispositivo en los ADRs, el artículo 19 de la LEC establece:

---

[38] Barona, S. *Mediación… ob cit.* pp. 180 y ss.

[39] Seguimos en este punto a Martín Diz, F. *La Mediación: Sistema complementario de la Administración de Justicia.* CGPJ. 2010.

[40] Así lo ha señalado el TC en STC 75/96 «La autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial»

«*Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero*».

El principio dispositivo, como soporte legitimador del arbitraje, provoca que resulten nulos los denominados arbitrajes públicos obligatorios porque, como ha señalado el TC en STC 56/90, se carece del elemento de voluntariedad o éste se encuentra diluido en términos tales que no permiten apreciar un consentimiento expresamente manifestado de aceptar el convenio.

En el contexto de la ley de arbitraje 60/2003, tanto las reglas del proceso[41], el nombramiento de los árbitros o la elección de normas[42][43] se fundamentan en el principio dispositivo.

En el caso de la mediación, son las partes las que libremente deciden acudir a un sistema de mediación para poner fin a una controversia existente. Este principio también se encuentra consagrado en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 21 de mayo de 2008, en la que se establece la voluntariedad expresamente en la Exposición de motivos, incluyéndola también entre los principios de la mediación.

El efecto que pretende lograr la aplicación de los principios de voluntariedad y libre disposición del procedimiento de mediación, es que éste sea efectivo para la partes, de tal forma que se consiga una *participación activa* de las mismas en el procedimiento y una *colaboración con el mediador*, a los efectos de lograr que el procedimiento de mediación sea efectivo y pueda ponerse fin a la controversia existente.

Este principio lleva implícito el respeto de las partes a la decisión adoptada en el procedimiento de mediación, al que han acudido libre y voluntaria-

[41] Así la Ley de arbitraje señala que «las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones» (artículo 25) , «determinar libremente el lugar del arbitraje» (artículo 26) y su idioma (artículo 28). Estos aspectos han sido comentados por Alzaga Villamil, O. «Determinación del procedimiento». en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje,* González Soria, J.(coord), Aranzadi 2011 pp. 237 y ss.

[42] La Ley anterior 36/1988 hacía referencia expresa a la libertad de los ciudadanos como fundamento de la institución arbitral en su Exposición de Motivos e incentiva su utilización. Posiblemente la omisión a esta cuestión en la Ley 60/2003 se deba a que se ha dado por supuesto este fundamento del arbitraje en la libertad y no se ha entendido que sea necesario reiterarlo. Es opinión de Merino Merchán y Chillón Medina, *.ob cit.* p. 100-101.

[43] El Tribunal Constitucional ha señalado en este sentido que la libertad es el fundamento y motor del arbitraje ATC 259/1993 y que la esencia de la institución arbitral como forma de exclusión de la vía judicial está en la autonomía de la libertad (STC 174/1995).

mente e implica que cualquiera de ellas, pueda decidir, en cualquier momento, poner fin al procedimiento de mediación iniciado.

La norma se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que conseguir una solución pactada no es algo obligatorio, por así decir. De hecho, uno de los posibles objetivos de la mediación es simplemente mejorar las relaciones entre las partes en conflicto, sin buscar necesariamente un acuerdo de contenido concreto.

En este sentido, como ha señalado el Libro Verde sobre mediación, si el acuerdo final no reflejara la voluntad real de las partes, el compromiso efectivo que las partes están dispuestas a aceptar, con todo lo que eso implica de renuncia con relación a sus expectativas anteriores, el ADR no habría conseguido sus objetivos fundamentales, es decir, la verdadera solución del conflicto y la consiguiente pacificación social. En tal caso, señala el Libro Verde, habrá que temer nuevos problemas, como la impugnación jurídica de la validez del acuerdo, el cuestionamiento de la responsabilidad del tercero por «arrancarle» a una de las partes un compromiso no equitativo, etc. Por lo que conviene hacer todo lo posible para garantizar la validez de los consentimientos[44].

Sin embargo, esta capacidad de disposición de las partes no es absoluta ni puede ser contraria a los principios, valores y derechos fundamentales inderogables, ni puede afectar al estricto derecho de la persona. Lo que supone que quedarán excluidas todas aquellas cuestiones que afectan de manera directa o indirecta al estatuto de la persona y a sus derechos fundamentales a los que se refieren los artículos 14 a 29 CE. De esta forma, el orden público viene a determinar las materias que quedan fuera de la disponibilidad de las partes y que por tanto no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje[45] o mediación[46].

---

[44] Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil fue elaborado por la Comisión Europea en el mes de abril de 2002. *ob cit.*

[45] Merino Merchán JF y Chillón mediana, J.M *ob cit.* pp. 327 y ss. Se recogen las cuestiones a las que sería aplicable el criterio de indisponiblidad por razones de orden público: 1. Las normas constitucionales y de organización política, organización y funcionamiento judicial, así como las manifestaciones administrativas en las que el Estado aparece investido de autoridad ejerciendo potestades públicas y los derechos públicos subjetivos. 2. La cuestiones que definen el status de la persona: estado y capacidad de las personas, nacionalidad y condición de extranjeros, adopción, incapacidad, tutela, paternidad., etc. 3. El régimen jurídicos de determinados actos y bienes como dominio público, naturaleza y transmisión de los bienes, etc. 4. Las restricciones a la libertad de comercio e industria o que limiten o alteren la libre competencia de los operadores del mercado, 5. La relación estatutaria-funcionarial. 6. Los Tratados de la UE y demás normas y convenios y Tratados internacionales. 7 El Derecho Penal.

[46] Sobre el ámbito de aplicación y materias disponibles en mediación vid. Martín Diz, F. *ob cit.* . págs 87 y ss. Señala que son disponibles las que lo sean legalmente por las partes o bien que sean en su caso susceptibles de ser homologadas judicialmente. En el

De otra parte, hay disposiciones legales, cláusulas compromisorias y resoluciones judiciales que imponen la mediación obligatoria como requisito necesario antes de la vía jurisdiccional[47]. Ello implica que la voluntariedad no se contradice con la posibilidad de obligar a las partes a acudir a una sesión informativa, o con la fijación de medidas que induzcan a demandar la mediación, siempre que no impidan el acceso a la tutela judicial[48].

Por lo tanto, cuando existe un sometimiento expreso de las partes a la mediación, deberá intentarse antes esta, con carácter previo a la vía judicial o a otra vía extrajudicial. Así la Ley de Mediación en su artículo 6.2 hace referencia a esta posibilidad

> *«Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste*»

Hay que señalar, sobre el contenido de este precepto, que podría no tener mucho sentido obligar a alguien a participar en un procedimiento de mediación contra su voluntad, si el éxito del procedimiento depende, precisamente, de esta voluntad. Lo que la Ley pretende no es, sin embargo, la imposición forzosa del método mediador, sino que, una vez pactado, al menos se intente de buena fe, incluso a sabiendas de que una de las partes no desee hacerlo, pero como existió una cláusula firmada, la buena fe reclama al menos intentarlo, asumiendo que las partes pueden poner fin al procedimiento en cualquier momento[49].

ámbito familiar quedarían excluidas las referentes a materia de capacidad de las personas y reconocimiento o impugnación de la filiación. En el ámbito penal rige, como sabemos, de manera general la garantía jurisdiccional del derecho penal. A su juicio, la introducción de la mediación penal en España podría requerir una modificación constitucional de las atribuciones que en materia de Justicia penal otorga la Constitución a jueces y magistrados con carácter de exclusividad (artículo 117.3 CE y 2.1 LOPJ). p. 91.

[47] A este respecto, se ha señalado que éstas (y hace referencia a modo de ejemplo a la Ley argentina 24573 de 1995, que introduce la mediación con carácter obligatorio previo a cualquier proceso, así como a la Sentencia de la AP de Baleares, 14 de enero de 2004, en que se remite a un procedimiento de mediación a los progenitores para someterse a un proceso psicológico) son inaceptables y de nulo valor jurídico porque contravienen el principio de voluntariedad que es esencial en la mediación. *Ibidem*.

[48] *Ibidem.* pp. 72 y ss. entiende que se conculca el derecho a la tutela judicial efectiva en lo que afecta al acceso a los órganos jurisdiccionales porque limita de manera injustificada y desproporcionada el acceso a tal derecho. Alude en ese sentido a la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril, que considera abusivas la cláusulas que impongan la resolución de conflictos por mediación o cualquier otro medio extrajudicial.

[49] El instrumento procesal del que dispone el demandado en estos casos para impedir el segundo proceso, es la llamada excepción de litispendencia, que debe ser alegada en la

Por último, una vez tomado el acuerdo de acudir a un sistema de ADR, el artículo 39 de la LEC, establece que «*el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia.*

4. LA GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LOS SISTEMAS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

4.1. *Consideración general*

En un Estado de Derecho el control sobre la actividad de los ADRs es obligado como parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva sin que eso suponga una limitación en la voluntad de las partes, sino que debe entenderse, como aplicación de los principios constitucionales, que son comunes a cualquier procedimiento, independientemente de que se realice o no a través de la acción jurisdiccional, como son los principios de igualdad de las partes, audiencia, contradicción o la preservación del orden público que debe ir unida al contenido mismo del artículo 24 CE[50].

El derecho a la tutela judicial efectiva se refiere, como ha señalado el TC, a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder judicial. Sin embargo, en el caso de los procedimientos alternativos, los ADRs, el Poder Judicial intervendrá, ya sea limitando los poderes del árbitro o mediador, o controlando que se han cumplido los principios básicos del procedimiento. Pero es determinante que frente al carácter universal de la tutela jurisdiccional del artículo 24.1, la intervención judicial se restringe a los supuestos tasados en la ley[51], que se concibe como excepción a la prohibi-

---

contestación a la demanda y será examinada en la audiencia previa, en el juicio ordinario civil o en el acto de la vista en el juicio verbal (art. 416 y 443 LEC).En el artículo 443 LEC apartado tercero, establece en su último párrafo que «*En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que se intente un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa...*»

[50] Vid. Martín Muñoz, A y Hierro Anibarro S. *ob cit.* pp. 38 y ss.

[51] Barona Vilar S. entiende que no es un supuesto de *numerus clausus.* «*En la misma Ley de arbitraje existen otros supuestos como la remoción de los árbitros, competencia judicial, que no se encuentra delimitada en el elenco de supuestos del artículo 8 sin que pueda negarse su eficacia y realidad. Otras cuestiones podrían discutirse pero hay que ofrecer soluciones a la posibilidad, por ejemplo, de impugnar las costas por indebidas o excesivas y no existiendo mecanismo específico conformado para plantear esta*

ción general de intervención. De aquí que la actividad judicial se interprete de forma restrictiva[52].

A su vez, forma parte de la regulación del artículo 24 CE la protección frente a la Indefensión, que puede producirse cuando se sitúa a las partes en el proceso en una posición de desigualdad.

De esta forma, entendemos que la actuación que pone en relación al Poder Judicial con los árbitros y mediadores es tanto de asistencia como de control o fiscalización. La naturaleza de una y otra es bien distinta si bien algunas acciones pueden englobar ambas. La tutela judicial efectiva que obliga al Poder judicial, lo hace igualmente en relación a determinar las cuestiones que afectan en materia de ADR, y exceptuar las que son materia indisponible.

En cuanto a las acciones de asistencia, de obligada realización por el Poder Judicial, estarían por ejemplo la práctica de la prueba o el nombramiento de árbitros en los procedimientos arbitrales.

En el caso de la mediación, el poder judicial actúa como poder de homologación del acuerdo de mediación a solicitud de las partes, como juez de la ejecución y de las medidas cautelares que soliciten, en su caso, tras el acuerdo. Además ejerce una función fundamental en los supuestos de la «mediación intrajudicial» en los que actúa al inicio, como impulsor de la mediación. Adicionalmente, tanto en las mediaciones intrajudiciales como en las que no tienen esa naturaleza, el poder judicial desarrolla funciones concretas y fundamentales, como asegurar la protección de derechos de menores o incapacitados a lo largo del procedimiento.

Si bien la acción jurisdiccional es necesaria para el buen desarrollo del arbitraje y la mediación, el Tribunal Constitucional ha sido muy claro respecto de sus límites en la jurisprudencia que se ha dictado en relación con el arbitraje. Así, en STC 176/1966 señala en relación a una solicitud de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva una vez utilizada la vía de arbitraje, que

> *«el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión acorde con las pretensiones formuladas (STC 9/1981 y*

---

pretensión, no queda mas posibilidad que entender abierta la intervención del juez y la aplicación de normas generales» en *Comentarios a la Ley de arbitraje. (Ley 60/2003)* Barona vilar, s. . (coord) Thomson-Civitas 2004. p. 70. Sobre el que la remoción no aparezca prevista en el artículo 8 de la Ley se ha entendido, Guzmán Fluja, V. *Ob cit.* pp. 242 y ss, que se trata de un *lapsus* del legislador que se salva mediante un mínimo esfuerzo interpretativo.

[52] A esta cuestión hace referencia en el ámbito del arbitraje Senes Motilla, C. *La intervención judicial en el arbitraje.* Aranzadi, 2007 p. 24. Si bien, tanto el arbitraje como otros sistemas de ADRs, véase la mediación, se fundamentan en la misma base: la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido, ese carácter limitado y excepcional de la intervención de los jueces y tribunales en el procedimiento arbitral es igualmente aplicable a la mediación.

52/1992, entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988) pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (STC 133/1989, 18/1990 y 11/1995, entre otras muchas) como ha ocurrido en este caso, no cabe estimar en modo alguno que el recurrente fuera privado de su derecho de acceso a la jurisdicción.... tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 15/1989,288/1993 y 174/1995) de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados: lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)».

Si hay arbitraje sobre un asunto no puede haber jurisdicción y si hay proceso no puede haber arbitraje. Se trata por tanto de una exclusión de la jurisdicción que permite la denuncia mediante declinatoria de la falta de jurisdicción. Y no se trata de una cuestión de competencia, no se plantea un conflicto de competencia, sino que el convenio arbitral excluye la jurisdicción[53]. El artículo 11 de la Ley de arbitraje señala que «*1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».*

De otra parte, tenemos en cuenta que tanto en el ámbito del arbitraje como de la mediación, se han venido desarrollando instituciones específicas que surgen con el objeto de administrar los procedimientos de ADRs y de velar porque estos se desarrollen conforme a los principios comunes a cualquier proceso de forma que se asegure la legalidad y que se cumplan unos estándares mínimos necesarios para la validez de los sistemas de solución de conflictos.

4.2. *Arbitraje*

Son principios informadores de los procesos de arbitraje la igualdad, audiencia y contradicción, además del principio de confidencialidad[54].

El artículo 24 de la Ley de arbitraje bajo el título «Principios de igualdad, audiencia y contradicción» señala: «*1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*». Este precepto es concreción del artículo 24 CE y debe ser interpretado conforme al mismo.

[53] Guzmán Fluja, V. *ob cit.* pp. 471 y ss.

[54] Alzaga, O. señala en relación a este principio que su alcance se limita como consecuencia del artículo 120.1. CE que recoge el principio de publicidad. Se trata de una forma de garantía para el justiciable que es de aplicación al arbitraje con las limitaciones que resultan de la propia naturaleza del arbitraje. *ob cit.* p. 379.

La igualdad, que engloba el principio de contradicción, exige que las partes en el proceso dispongan de iguales medios y oportunidades para su defensa, aunque no implica que cada parte deba tener un número igual de actos de alegación y prueba, sino que las posibilidades y oportunidades de las partes sean similares.

Las garantías de contradicción y audiencia evitan dictar una resolución sin que alguna de las partes haya podido influir en el resultado formulando alegaciones y presentando las pruebas que le convengan[55]. La garantía de igualdad, de una manera más general, es un mandato a los árbitros que no podrán conceder ningún privilegio o ventaja a ninguna de las partes en detrimento de la otra, y en ese sentido se configura como una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes[56].

El que las partes tengan «*suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos»* debe entenderse como posibilidad de ejercitar los derechos de carácter procesal propios de la tutela judicial efectiva, tales como efectuar alegaciones, proponer prueba o que se lleve a cabo la práctica de la prueba admitida[57]. Lo determinante es que las partes puedan hacer valer sus derechos, sin que sea necesario que lo hagan de manera efectiva. De tal forma que, tal y como ha señalado el TC, no puede alegar indefensión con posterioridad quien hubiera podido evitarla de actuar de modo diligente (STC 211/89).

En lo que se refiere al procedimiento de arbitraje de una manera general, la ley actual señala en su artículo 7 «*En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga*». De esta forma, la Ley está garantizando una mínima interferencia posible del juez estatal en el arbitraje.

A lo largo del proceso prima la autonomía de la voluntad y la ley se limita a establecer un régimen subsidiario para el caso de que las partes no hubieran

[55] Sánchez Pons, V. *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral.* Thomson-Aranzadi, 2009 p. 150 y ss. señala que si bien para algunos autores ambos vocablos son expresión de esa noción, otros distinguen entre audiencia, «*nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio*» y el principio de contradicción entendido como el choque dialéctico de argumentos esgrimidos por las partes. Sin embargo, como señala Díez Picazo, L. «Principios de igualdad, audiencia y contradicción» en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje,* González Soria, J. (coord.) Aranzadi, 2011 pp. 370 y ss., las partes pueden optar porque no haya verdadera contradicción, con base en el principio dispositivo.

[56] Espada Méndez, A. «Articulo 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción» en En *Comentarios a la ley de arbitraje de 2003».* Aranzadi, 2005, págs. 251 y ss.

[57] *Ibidem* págs. 254 y ss. Sobre por qué utiliza la expresión «suficiente» en lugar de «plena» entendemos que se trata de evitar posibles abusos de las partes para dilatar el procedimiento. Sin embargo, como este mismo autor señala, en los países en que se hace referencia a la «plena» oportunidad de las partes, así como en lo referente a la Ley Modelo, la plena oportunidad debe entenderse como razonable de forma que la eficiencia del arbitraje no se sacrifique por la actitud dilatoria de una de las partes.

pactado nada al respecto. Así ocurre, por ejemplo, con las notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos, si bien la fijación por acuerdo de un régimen de notificaciones y comunicaciones no puede desconocer las exigencias del derecho de defensa, que se constituye en un límite infranqueable impuesto por el artículo 24 CE. Ello implica que las partes no pueden acordar un régimen de notificaciones mas severo para una de las partes o que es preciso garantizar que las partes tienen conocimiento de las actuaciones arbitrales[58].

Además de la intervención judicial que tiene lugar al inicio y fin del procedimiento arbitral, está previsto que determinadas cuestiones se substancien de forma paralela al arbitraje, como la asistencia judicial en la práctica de la prueba o la adopción judicial de medidas cautelares, a las que hace referencia el artículo 8 de la Ley de arbitraje 2003[59].

En relación con la asistencia judicial en la práctica de la prueba, los árbitros o cualquiera de las partes pueden solicitar el auxilio de los órganos jurisdiccionales en relación a las pruebas que no puedan efectuar por si mismos, conforme al artículo 33 de la Ley de arbitraje. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de medidas de aseguramiento, necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.

Deberán ser las partes junto con el árbitro las que indiquen qué tipo de asistencia requieren, teniendo en cuenta que si optan por practicar la prueba ante el juez competente, es previsible que se demore y repercuta en el procedimiento arbitral[60].

En lo que se refiere, en fin, a la adopción de medidas cautelares, hay prevista una competencia concurrente ya que los árbitros son competentes, de acuerdo con el artículo 23.1 de la Ley de arbitraje, para adoptar tales medidas. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje señala:

> «*Los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si un laudo sobre el fondo se tratara.*

[58] Guzman Fluja, v. *ob cit.* pp. 190 y ss. En relación a los actos de comunicación y notificación se deben tener en cuenta una serie de principios que son: 1. Regularidad Las notificaciones y comunicaciones deben efectuarse conforme al régimen legal aplicable. 2. Temporalidad. Que los actos sean recibidos con tiempo suficiente para que la parte pueda ejercer sus derechos. 3. Efectividad. Que suponga un conocimiento efectivo de la parte que lo recibe. 4. Eficiencia. Lograr que los actos de comunicación obtengan los máximos resultados en el menor tiempo posible, esto último se relaciona con la utilización de nuevas tecnologías.

[59] *Ibidem.* págs.242 y ss.

[60] Martín Alvarez, s. En *Comentarios a la ley de arbitraje de 2003. ob cit.* págs 311 y ss. Pérez-Llorca, J. «Asistencia Judicial para la práctica de la prueba» en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje,* Gonzalez soria, j. (coord) Aranzadi, 2011 pp. 485 y ss., pp. 485 y ss.

> *Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y una ejecutiva, esta ley le reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes*»[61].

De nuevo se diferencia entre la competencia para declarar procedentes unas medidas cautelares solicitadas por las partes, que puede corresponder al árbitro o árbitros, y una competencia para la ejecución forzosa de las medidas declaradas procedentes, que solo corresponde y compete al poder judicial.

4.3. *Mediación*

Podemos entender que hay ciertos principios informadores de la mediación, que son de cumplimiento necesario, sin los cuales una mediación y su consecuente acuerdo serían nulos y vulnerarían las garantías propias de la tutela judicial efectiva. Tales principios están recogidos en la Ley 5/2012 y junto con la voluntariedad y libre disposición, a la que hemos hecho referencia, serían, además de la confidencialidad[62], básicamente la igualdad entre las partes y la neutralidad[63].

A la igualdad entre las partes, la Ley hace referencia junto con el principio de imparcialidad del mediador. El procedimiento de mediación debe garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, y que puedan llegar por sí mismas a un acuerdo, no pudiendo el mediador actuar en interés o en perjuicio de ninguna de ellas.

---

[61] Vid. Senes Montilla, c, *ob cit.* pág.75 y ss.

[62] Este principio asegura la mayor confianza de las partes y contribuye a un mejor desarrollo del proceso. El principio de confidencialidad es aplicable como un equivalente a reserva sobre la información obtenida a lo largo del procedimiento. Esta obligación incluye la de no revelar ningún dato del que se haya tenido conocimiento a través de la mediación, durante la misma y una vez ésta haya finalizado con o sin acuerdo. Se refiere al mediador, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes. No rige en aquellas mediaciones o cuestiones respecto de las cuales las partes expresamente lo acuerden así, y tampoco en aquéllas donde la mediación sea pública porque la ley lo exija.

[63] Destacamos la buena fe, como un elemento fundamental para la resolución o interpretación del conflicto y la superación de la desconfianza, incluso si no se llega a acuerdos. Así como otros principios, no menos importantes, que están en alguna regulación autonómica, como el de protección a los menores, a los discapacitados y a las personas mayores, previsto en las LMF Madrid, Castilla-León y Andalucía. También la legislación gallega habla del bienestar y el interés superior del menor. Y es interesante el artículo 10 LMF País Vasco, que identifica diez principios: (a) voluntariedad; (b) confidencialidad; (c) transparencia; (d) respeto al Derecho; (e) imparcialidad; (f) neutralidad; (g) flexibilidad; (h) debate contradictorio; (i) inmediatez; (j) buena fe, colaboración y mantenimiento del respeto entre las partes. En Derecho comparado muestra que los ordenamientos también incluyen otros principios, como los de transparencia, flexibilidad, oportunidad o el principio de economía procesal. Libro Blanco de Mediación.

De esta forma, una posición dominante o la existencia de cualquier traza de violencia, amenaza o intimidación impide que se celebre una mediación. De ahí que podamos entender que no es posible la mediación en casos de violencia de género, precisamente porque se rompe el principio de igualdad entre las partes[64].

A estos efectos, la Ley 5/2012 contempla la obligación del mediador de no iniciar o abandonar la mediación cuando concurran circunstancias que afecten a su imparcialidad, así como revelar cualquier circunstancia que pudiera afectarle a la hora de conducir el proceso con imparcialidad.

Un paso mas allá supondría que el mediador deba incluso, como señala el Código de conducta europeo para mediadores[65], no solo actuar imparcialmente con las partes en todo momento, sino también esforzarse en demostrar su imparcialidad.

Junto con la imparcialidad, el principio de neutralidad trata de resaltar que la solución por vía de mediación sólo puede llegar a través de un acuerdo voluntariamente consentido por ambas partes, por si mismas, sin que el mediador esté facultado para decidir ni pueda imponer a las partes ninguna clase de solución o medida concreta.

Ambos principios están muy relacionados, si bien podemos entender que la diferencia entre ambos reside en que el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes y neutral con respecto al resultado de la mediación. Es propio únicamente de la mediación, no de otro tipo de sistemas, como el arbitraje.

Este principio no sólo implica que la mediación es una figura autocompositiva, sino que los valores, criterios y posibles soluciones que el mediador tiene ante los problemas que se le presentan no han de condicionar la decisión a que lleguen las partes, siendo estas las únicas facultadas para alcanzar una solución sobre la controversia existente.

Este principio de neutralidad implica, por último, no solo una actuación negativa, en el sentido de no tomar partido, sino que va mas allá, tratando de situar a las partes en una posición equilibrada desde la que defender sus intereses.

5. LA FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL COMO GARANTE Y EJECUTOR DE LAUDOS Y ACUERDOS DE MEDIACIÓN

Vemos a continuación dos cuestiones que ponen en relación al Poder Judicial con los laudos y acuerdos de mediación respectivamente. La anulación de los mismos y su ejecución forzosa.

[64] Seguimos en este punto a MARTIN DIZ, F. *ob cit.* págs 395 y ss.

[65] El Código de conducta europeo para mediadores fue aprobado en julio de 2004. Puede verse en ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

Respecto de la anulación, la Ley prevé anular el laudo, así como el convenio de mediación en determinados casos y por ciertos motivos.

Antes de concretar los motivos de anulación, tengamos en cuenta que la decisión del árbitro es ejecutiva en sí misma. El convenio de mediación, si se quiere convertir en título ejecutivo, debe elevarse a escritura pública. Es decir, su efectividad es la propia de un convenio entre partes privadas documentado públicamente en forma de escritura de esa naturaleza.

La anulación del laudo se concibe como un proceso especial que debe fundamentarse en alguno de los motivos que establece la Ley[66]. No es comparable con una segunda instancia, por lo que no permite, salvo que haga referencia a la vulneración del orden público, entrar en el fondo del asunto, de manera que su carácter es, como ha señalado el Tribunal Constitucional, limitado, formal y externo (STC 43/1988) .

Su objeto es, como ha señalado el TC (ATC 259/1993).

> *«garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ha ajustado a lo establecido en la ley, pretendiéndose, con ello, que la cesión a un particular de la función de resolver un conflicto, y el ejercicio de esa función, se lleve a cabo dentro de las coordenadas legales, con sujeción a los principios jurídicos ínsitos en el ordenamiento procesal y exigibles en el ámbito de la tutela judicial efectiva*».

Esta posibilidad de ejercitar la acción de anulación de un laudo definitivo, se basa en la protección del derecho a la tutela judicial efectiva mediante el control del laudo y de forma indirecta de las actuaciones arbitrales, para lo cual hace referencia a los siguientes motivos concretos y al genérico de orden público[67].

> «*1) Que el convenio arbitral no existe o no es válido[68]. 2) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer*

[66] Álvarez Sánchez de Movellán. «Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de Arbitraje» *La Ley.*

[67] Sobre este tema puede verse: Álvarez Sánchez, Pl. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación.* Comares, Granada, 1996. González-Montes, J.L. *El control judicial del arbitraje.* La Ley. Madrid, 2008 . Senes Motilla, C. *ob cit.* Hinojosa, R. «El control del laudo: acciones de anulación y de revisión» en Merchán. J.F. *Curso de derecho arbitral*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.

[68] La invalidez en el fondo sería equivalente a una nulidad absoluta, y en ese sentido responde a la misma categoría que la inexistencia. Por sí misma la invalidez es consecuencia de la ausencia de los elementos esenciales del convenio: consentimiento, objeto y causa. En caso de que se entienda, como lo hace Cardasu Palau, J. «Motivos» en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje* González Soria, J.G. (coord) Aranzadi, 2011 p. 556, que la forma es requisito de validez, también deberá ser entendido éste como elemento esencial del que depende la validez del convenio. Además de supuestos de caducidad por agotamiento o pérdida de vigencia. De manera general podemos decir que el

sus derechos[69]*. 3) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión*[70]*. 4) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley*[71]*. 5) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje*[72]*. 6) Que el laudo es contrario al orden público*[73]».

Por último, en lo que se refiere a la impugnación del laudo y el posible ámbito de actuación del Tribunal Constitucional, vemos que en STC 9/2005 señala «*Conforme a nuestra reiterada jurisprudencia el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo ya que este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado*». De esta forma, la actuación del Tribunal Constitucional, tal y como señala la sentencia citada, solo en los casos en que «*las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva*».

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional no viene ejercitando un control sobre los laudos por vía de recurso de amparo salvo que se den dos condiciones: 1. Que se produzca una violación de un derecho fundamental con relevancia constitucional en sede arbitral siempre que tal infracción se haya advertido en la sede por aquel que se ha visto vulnerado en su derecho y 2. que tal violación no se haya reparado por las AAPP en el proceso de acción de

convenio, además de existir, debe cumplir con los requisitos a que hace referencia la Ley de arbitraje y el Código Civil . según el mismo autor en págs 553 y ss.

[69] Del cumplimiento de esta obligación en materia de notificaciones, deriva la de hacer valer en el arbitraje los principios de igualdad, audiencia y contradicción de las partes.

[70] Se incluye con este motivo la exigencia de congruencia en el proceso de arbitraje. En caso de que se aceptara la impugnación por este motivo, debemos entender que la misma afectaría solo a aquellos aspectos no sometidos a la decisión del árbitro siempre que puedan separarse de las demás.

[71] En este punto debemos tener en cuenta que el principio de autonomía de las partes determinará quienes sean el arbitro o árbitros, con las salvedades de normas que fueran de obligado cumplimiento. Como pueda ser que fueran nombrados árbitros que sean personas jurídicas o que no estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles. HINOJOSA, R. *ob cit.*

[72] Se trata de que el orden público determina que quedarán excluidas todas aquellas cuestiones que afectan de manera directa o indirecta al estatuto de la persona y a sus derechos fundamentales a los que se refieren los artículos 14 a 29 CE.

[73] Estamos ante un límite al principio dispositivo de las partes en el procedimiento arbitral impreciso y difícil de concretar y definir, ya que la noción de orden público es difusa y su contenido varia en función de distintos criterios. Si bien debe estar en relación con los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente garantizados, especialmente en este tema con la tutela judicial efectiva.

anulación del laudo siempre que haya también sido puesta de manifiesto dicha vulneración[74].

En lo que se refiere al acuerdo de mediación, –total o parcial–, tiene carácter vinculante, del que las partes pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar tal acuerdo como un título ejecutivo.

Sobre la cuestión de en qué casos es posible ejercitar la acción de nulidad del acuerdo, ésta sólo podrá ejercitarse por las causas que invalidan los contratos[75]. Por lo que, en general, hay que señalar que no se aprobarán aquellos acuerdos que resulten contrarios a derecho, contravengan la moral, las disposiciones de orden público, afecten a derechos irrenunciables o de terceros o vulneren el principio de equidad en perjuicio de una de las partes.

La segunda de las cuestiones que afecten a la jurisdicción ordinaria con los sistemas arbitrales y de mediación es la ejecución. En todo caso, la ejecución forzosa de las decisiones arbitrales y de los convenios de mediación es competencia exclusiva e indelegable de los tribunales de Justicia. Si esta conexión no existe, tales procesos no tienen mas que un valor testimonial. Es por tanto preciso asegurar esa conexión y para ello la legislación debe ser muy clara y la práctica judicial facilitar con su actuación la ejecución de los títulos resultantes de los procedimientos de arbitraje y mediación[76].

Por tanto estamos ante el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente ejecutiva. El Tribunal Constitucional ha considerado que la acción ejecutiva forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, de forma que resulta contrario al artículo 24 CE la inejecución de la sentencia en sus propios términos (STC 189/1990).

Tanto los laudos como los acuerdos de mediación son títulos ejecutivos extrajudiciales, a los que corresponde un procedimiento ordinario de ejecución singular en el que el control que se realiza de los laudos y acuerdos de mediación es similar al que se lleva a cabo para la ejecución de una sentencia. Esto es, que concurran los requisitos procesales y que sean conformes con la naturaleza y contenido del título.

---

[74] Merchán, J.F *Curso de derecho arbitral.* Tirant Lo Blanch, Valencia 2009 p. 33.

[75] Los requisitos de los contratos, la validez de los mismos, las causas de nulidad, eficacia, interpretación etc., se regulan en los artículos 1254 y siguientes del Código Civil. En cuanto al consentimiento, el artículo 1265 del Código Civil regula las causas de nulidad del consentimiento. Por lo que respecta al objeto de los contratos nos referimos al artículo 1271 del Código Civil, Por lo que respecta a la causa de los contratos, los artículos 1274 a 1277 del Código Civil. En cuanto a la acción de nulidad se regula en los artículos 1301 y siguientes del Código Civil. Se establece un plazo de duración de la acción de nulidad de cuatro años.

[76] Si bien es en alguna medida cierto, que por la naturaleza de la mediación la ejecución forzosa del acuerdo contradice el fundamento mismo de la mediación. Barona, S. *Mediación… ob cit.* pp. 503 y ss.

Como sabemos, el proceso de ejecución está destinado a la realización judicial del derecho del acreedor reconocido en un título que puede ser una sentencia firme, un laudo arbitral, una escritura pública o cualquiera de los títulos que según el artículo 517 LEC, lleva aparejada la ejecución.

En concreto, el artículo 517.2 LEC establece que los títulos ejecutivos que llevan aparejada ejecución son; entre otros, las sentencias firmes, los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En lo que se refiere al arbitraje, ya la Ley 36/88 le dota de los mecanismos suficientes para que los laudos produzcan efectos de cosa juzgada, lo que supuso un efecto determinante a la hora de que los ciudadanos pudieran utilizar esta vía con seguridad[77]. El efecto de cosa juzgada, se debe entender en un doble sentido, formal y material.

En un sentido formal la cosa juzgada sería el estado jurídico en que se encuentra un asunto que ha sido objeto de un procedimiento. Y en un sentido material se entiende como el efecto de la firmeza sobre el fondo que conlleva vinculación de los órganos jurisdiccionales respecto del contenido[78].

En el ámbito jurisdiccional, la idea de firmeza o sentencia definitiva tiene varias acepciones. Puede entenderse en el sentido de sentencia que pone fin al proceso o a las resoluciones que recaen sobre un incidente, o bien contrapuesta a la sentencia incidental o referida a cualquier resolución judicial. Pueden también referirse a la firmeza de una sentencia que la hace irrevocable, en el sentido de que la revocación solo es posible a instancia de las partes a través de un recurso si éste es estimado[79].

Trasladada la idea de firmeza de la sentencia a un laudo podemos entender que un laudo definitivo es irrevocable por parte del órgano que dictó la resolución y en tanto que vincula de la misma forma que una sentencia[80].

Aunque suelan coincidir, sin embargo, cosa juzgada y firmeza no son el presupuesto del efecto ejecutivo de una sentencia o un laudo ya que cabe, entre otras cosas, la ejecución provisional. Lo determinante a efectos de eficacia ejecutiva en un laudo es que revista la condición de título ejecutivo[81].

Serían título ejecutivo los laudos definitivos, que resuelven el fondo del asunto, los laudos parciales y las decisiones de los árbitros que éstos pueden

[77] Entre otros vid, Almagro Nosete, J.. (1987) «La ejecución del laudo arbitral» *Revista Universitaria de Derecho Procesal.* núm. 0. 1987.

[78] Ormazabal Sánchez, G. *La ejecución de los laudos arbitrales.* Bosch 1996. pp. 41 y ss.

[79] *Ibidem* pp. 44 y ss.

[80] Sobre este tema vid, entre otros, Sánchez Pons, V. *ob cit.*. Ormazabal Sánchez, G. *ob cit.*

[81] Ormazabal Sánchez, G. *ob cit.*

dictar acordando medidas cautelares. Y solo serían títulos ejecutivos los laudos de condena, aquellos que contienen de forma principal una orden al condenado y no los que fueran de naturaleza declarativa o constitutiva[82].

En el procedimiento de arbitraje, hasta la Ley 60/2003 es preciso protocolizar el laudo ante notario. Es con esta ley y su intención de evitar formalismos que no se utilizan en el derecho comparado ni a los que se hace referencia en los Tratados Internacionales, que desaparece la obligación de la ley anterior de protocolizarlo.

La ley 60/2003 señala en su artículo 43 que el laudo firme produce efectos de cosa juzgada. El carácter ejecutivo del laudo lo equipara a una sentencia pero precisando de la acción de los órganos jurisdiccionales para su ejecución. En este punto se hace mas clara la relación entre la institución arbitral y el Poder Judicial y se pone de manifiesto el contenido de la LOPJ artículo 2, 21 y 22) y la Ley 46/2003, en desarrollo del artículo 117 CE, de acuerdo con los que la capacidad para ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales.

Nos preguntamos acerca de cuales son las posibilidades y límites a la capacidad de control de los jueces en el momento de la ejecución del laudo y cual es su fundamento.

Partimos de que el control regular del procedimiento corresponde inicialmente a las partes, que pueden oponer las excepciones que consideren a lo largo del procedimiento, y al propio árbitro, que las puede apreciar. Y una vez emitido el laudo, se puede ejercer la acción de anulación del mismo. Por lo tanto, debemos entender que el propio proceso arbitral incluye los mecanismos de garantía de la tutela judicial efectiva que deben ser ejercitados por las partes[83].

De esta forma, al tener el laudo efecto de cosa juzgada, el arbitraje se interna en el ámbito jurisdiccional, de ahí que con fundamento en el artículo 24 CE la Ley de arbitraje prevé la acción de anulación del laudo en su artículo 40. Tal acción viene, por tanto, a sumarse a las garantías de la tutela judicial efectiva en el procedimiento arbitral[84].

En el caso de la mediación, la ley 5/2012, señala en su artículo 25.2:

> «*Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley y que su contenido no es contrario a Derecho».*

La ley ha obligado a la elevación a escritura pública como paso necesario para su consideración de título ejecutivo. Podría no haber sido necesario, de

[82] Fernandez-Ballesteros, Ma. «Normas aplicables» en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje,* Gonzalez Soria, J. (coord) Aranzadi, 2011 págs 633 y ss.

[83] Sánchez Pons, V. *ob cit.* pp. 24-25.

[84] Goullant Santurtun, A. En «Comentarios a la ley de arbitraje de 2003». *ob cit.* pp. 383 y ss.

la misma forma que hoy no es exigible que los laudos arbitrales se protocolicen[85]. Pero esta diferencia deriva de la distinta naturaleza de los institutos en cuestión: en el arbitraje las partes someten y aceptan la decisión de un tercero; en la mediación son ellas, y solo ellas, las que alcanzan el acuerdo, de modo que su decisión asume naturaleza contractual o convencional, y de ahí la exigencia de protocolización para alcanzar la consideración procesal de titulo ejecutivo.

De esta forma, el procedimiento de ejecución de los acuerdos, se prevé que se ajuste a las previsiones que ya existen en el Derecho español y sin establecer diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento haya de producirse en otro Estado; para ello se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo. Además de la opción de crear el título ejecutivo gracias a la actuación del notario, el acuerdo puede ser homologado por el juez[86].

Sin embargo, como se ha señalado, respecto de los acuerdos no jurisdiccionales que no reúnan los caracteres para ser títulos ejecutivos, quienes han otorgado el pacto deben hacerlo valer mediante un proceso declarativo. De tal forma que, en realidad, lo ejecutivo no es el acuerdo sino la sentencia por la que se ha condenado al cumplimiento del pacto[87].

6. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

Después del análisis que hemos efectuado, podemos sintetizar las conclusiones que alcanzamos en el presente trabajo del modo siguiente:

1. En toda sociedad existe la realidad del conflicto, en enfrentamiento o debate entre sujetos. Es misión del Estado que dicho conflicto se resuelva y ejecute conforme a las normas del Derecho establecido como tal por el propio Estado.
2. En todo conflicto existen dos fases diferenciales. La *solución,* esto es, la definición de a quien corresponde la razón en el conflicto, y la *ejecución forzosa de la solución* adoptada. Esta última siempre y en todo caso corresponde en monopolio al Estado a través de la función jurisdiccional, de modo que la atribución constitucional del monopo-

[85] En Ecuador, en la reciente reforma de la Ley de Arbitraje y Mediación, el articulo 47 de la misma señala que «el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio».

[86] En este caso la ley no innova puesto que la posibilidad de dar fuerza ejecutiva a un acuerdo sobre el que existía un conflicto ya está prevista en la LECiv tal y como señala Bonet Navarro A. *Proceso Civil y Mediación*, Aranzadi, 2013. p. 25.

[87] *Ibid.* págs.153 y ss.

lio jurisdiccional en cuanto se refiere a «haciendo ejecutar lo juzgado» no se altera por la aparición de los ADRs. El Estado no puede delegar en particulares el ejercicio de la violencia legal sobre los individuos, de modo que esa violencia legal solo puede ejercerse a través de Tribunales.

3. En consecuencia, el ámbito propio de los ADRs es la solución a un conflicto que reúna dos condiciones: se genere entre *particulares,* personas físicas o jurídicas privadas, y se trate de *materia disponible*. El primer requisito impone que la presencia del Estado o Administraciones Públicas como uno de los elementos subjetivos del conflicto excluye la posibilidad –al menos al día de hoy– de solución al conflicto al margen del poder judicial. El segundo requisito reclama que el conflicto verse sobre *materia disponible,* que pertenezca al ámbito del poder de decisión de los particulares, y que por tanto no se puede incurrir en el difícil y mutante concepto de materia de Orden Público.
4. La solución del conflicto, en todo caso, requiere una *actuación previa de parte* dirigida a lograr dicha solución. Esto opera siempre, incluso en el orden penal, puesto que rigiendo el principio acusatorio, no basta con la apariencia de violación de norma sino que, además, es necesario una actuación de parte, sea Ministerio Fiscal, acusador popular o acción popular para que pueda ejercerse la función jurisdiccional incluso en este ámbito penal especialmente grave. Por tanto, en el campo extra penal, tanto la Justicia, en sentido estricto, la función jurisdiccional, como los ADRs, funcionan siempre que medie previamente una decisión voluntaria de alguna o de ambas partes en el conflicto.
5. Precisamente por ello el inicio del arbitraje debe contar con una *cláusula de sometimiento* a este sistema de ADR, cláusula que debe nacer de la libre voluntad de las partes. Al igual sucede en el sistema de mediación, de modo que solo la decisión de las partes de *aceptar la intervención de mediador* puede legitimar la existencia misma del procedimiento. Ambos ADRs nacen sustentados en la decisión libre de las partes de querer esa fórmula de solución de su conflicto.
6. *El arbitraje se asemeja a la función jurisdiccional* en el sentido de que las partes entregan a un tercero la *solución* del conflicto. De este modo, es el tercero –árbitro– quien decide y con carácter forzoso. Una vez firmada la cláusula arbitral una de las partes no pude liberarse de ella, de modo que la otra parte puede, no solo conseguir de los jueces y tribunales la designación de árbitro, en su caso, sino además, que se imponga a la otra parte la solución al conflicto proporcionada por el árbitro.
7. *La mediación participa sustancialmente de la naturaleza del contrato* o convenio *inter privados* puesto que el mediador no soluciona, no

adopta decisión alguna sobre la mejor solución del conflicto, sino que simplemente *canaliza el debate* de manera ordenada y conforme a los principios de la buena fe para tratar de conseguir que las partes solucionen el conflicto. De forma gráfica podríamos decir que las partes en la mediación son árbitros de si mismos y la fuerza de su decisión deriva de su propia voluntad expresada en convenio escrito.

8. El arbitraje, al atribuir a tercero la decisión, reclama un procedimiento aunque flexible, sometido a los principios básicos del proceso civil. El procedimiento de mediación, dentro de los amplísimos cauces que establece la ley, se sujeta de modo soberano a la decisión de las partes. Por ello, en el caso de las decisiones de mediación, la ley establece que el convenio firmado entre las partes que da solución al conflicto, puede ser atacado por las mismas causas que permiten atacar la validez de los contratos, lo que indica a las claras la naturaleza contractual que la ley atribuye a la solución acordada entre partes, como no podía ser de otro modo.
9. No obstante, la mediación conecta con el procedimiento judicial de dos modos. a) En la mediación «sugerida» por el propio órgano jurisdiccional cuando existe un procedimiento en marcha. y b) mediante la atribución de efectos judiciales a la mediación acordada, pudiendo una parte solicitar la inactividad judicial por medio de declinatoria mientras no se resuelve, en un sentido u otro, la mediación en marcha, y dotando la Ley de eficacia suspensiva de la prescripción y caducidad a los acuerdos de inicio y pendencia del procedimiento de mediación.
10. La decisión del árbitro es ejecutiva en si misma. El convenio de partes en el caso de la mediación, si se quiere convertir en título ejecutivo, debe elevarse a escritura pública. Es decir, su efectividad es la propia de un convenio entre partes privadas documentado públicamente en forma de escritura de esa naturaleza.
11. En todo caso, la ejecución forzosa de las decisiones arbitrales y de los convenios de mediación es competencia exclusiva e indelegable de los tribunales de Justicia.

Title: The guarantee of the right to effective judicial protection in the major systems of alternative conflict resolution: arbitration and mediation

Resumen: En este artículo se trata de delimitar el papel del Estado como garante de los derechos fundamentales en los casos en que la Justicia no se administre directamente por los órganos del Poder Judicial, sino mediante la utilización de sistemas alternativos de resolución de conflictos. Se analizan las acciones concretas que deben someterse al control propiamente jurisdiccional, para que, respetando el principio dispositivo en

los conflictos entre particulares sobre materias que no afectan a la noción de orden público, la elección de las vías alternativas no conlleve demolición del inderogable principio de Tutela Judicial Efectiva. Ello nos conduce a delimitar los principios informadores de los principales sistemas alternativos, así como el control y ejecución de los laudos arbitrales y acuerdos de mediación.

PALABRAS CLAVE: *Arbitraje, mediación, tutela judicial efectiva.*

ABSTRACT: *This article analyses the role of the State as guarantor of fundamental rights in cases where justice is not administered directly by the organs of the judiciary, but through alternative dispute resolution systems. The article reviews the specific actions that must be subject to jurisdictional control so that, respecting the principle of parties' disposition for disputes which subject-matter does not relate to public policy, the choice of alternative dispute resolution mechanisms does not entail the defeat of the mandatory principle of judicial effective protection. This leads us to define the reporting principles underpinning the main alternative dispute resolution systems as well as monitoring and enforcement of arbitral awards and mediation agreements.*

KEY WORDS: *Arbitration, Mediation, Effective Judicial Protection.*

RECIBIDO: *22 mayo 2014*
ACEPTADO: *26 mayo 2014*

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL PODER PRESUPUESTARIO DE LA UNIÓN EUROPEA

Antonio-Martín Porras Gómez

Sumario: 1. Precisiones conceptuales en torno al constitucionalismo supranacional. 2. La programación presupuestaria europea. 2.1. *El sistema de recursos propios*. 2.2. *Análisis del carácter supranacional del sistema de recursos propios*. 3. Conclusiones. 4. Bibliografía.

1. PRECISIONES CONCEPTUALES EN TORNO AL CONSTITUCIONALISMO SUPRANACIONAL

El constitucionalismo supranacional hace referencia al sometimiento de formas de poder supranacional a estructuras, procesos, principios y valores constitucionales Loughlin (2011: p. 47). Se articula en torno a dos categorías conceptuales, supranacionalidad y constitucionalismo, que se caracterizan por un alto nivel de abstracción. En primer lugar, hay que señalar que el concepto de supranacionalidad no resulta un concepto claramente definido. Hace referencia a una realidad relativamente reciente en la Historia, y por lo tanto su elaboración teórica ha corrido paralela a este retraso. Etimológicamente, si se hace una somera observación del término, nos encontramos con que se refiere a una realidad que se sitúa *por encima de* la *nación*.

La mención que la supranacionalidad hace a la *nación* genera una primera confusión. En efecto, nación es un concepto político en cierto modo preterido, y cuyo significado jurídico se limita a hacer referencia al sujeto detentador de la soberanía en determinados entes políticos de base democrática. Las características semánticas, tanto políticas como jurídicas, de la palabra nación, no se insertan bien en el concepto de supranacionalidad.

La supranacionalidad no hace referencia a la nación entendida como un grupo humano con una historia y una cultura propias, identificable en términos étnicos, religiosos, lingüísticos, históricos o geográficos (entendiendo nación

en sentido cultural como *etnos*). La supranacionalidad tampoco hace referencia exactamente a la nación como sujeto soberano en entes políticos de base democrática (entendiendo nación en sentido jurídico como *demos*). Sin embargo, este sentido jurídico de nación como sustento de la soberanía en las formas de Estado democráticas apunta ya al auténtico significado que alberga el término supranacionalidad. En efecto, la supranacionalidad hace referencia a una realidad que se sitúa por encima del *Estado*, entendido éste como ente que ostenta el ejercicio de la soberanía. Es decir, que la supranacionalidad se referencia a la soberanía propia del Estado, independientemente de que esa soberanía estatal esté a su vez sustentada en una nación o no (puesto que puede sustentarse en otros elementos como un Rey, un Parlamento, un Partido, un Líder, un Orden divino… o en varias naciones, en el caso de un Estado multinacional). Consideramos por tanto que la *nacionalidad* en el sentido de supra, inter o subnacionalidad, se referencia al Estado soberano como punto de partida.

Lo cierto es que los vocablos de internacional, supranacional o subnacional se construyeron en una época en la que el modelo de Estado era el Estado-nación. Esa época ha sido preterida en la actualidad, y por lo tanto toda indagación que se haga en torno al término de supranacionalidad ha de despojarse de la idea de Estado-nación para quedarse sólo con la idea de Estado. Por lo tanto, supranacionalidad hace referencia a elementos que se sitúan *por encima del* Estado. De la misma forma que internacionalidad hace referencia a elementos que se sitúan *entre* los Estados, y subnacionalidad a elementos *por debajo* de los Estados.

A este respecto, hay que señalar que el nivel internacional no constituye más que la superposición de los Estados. El nivel internacional corresponde simplemente al nivel de poder del Estado en su proyección *ad extra*. Hace referencia por tanto a estructuras de poder «pasivas», que se limitan a recoger un impulso político que viene de los Estados miembros[1]. El nivel supranacional surge cuando se generan instancias de poder no entre, sino por encima de los Estados. Se trata de entes a los que se cede soberanía, y que pueden ejercer dicha soberanía de manera autónoma en el territorio y sobre la población de los Estados, incluso ante la negativa de éstos Grimm (2011: pp. 14-15). Es así que Stone Sweet y Sandholtz (1997: p. 304) definen la supranacionalidad como una forma de poder en la que «*centralized governmental structures (those organizations constituted at the supranational level) possess jurisdiction over specific policy domains within the territory comprised by the member states. In exercising that jurisdiction, supranational organizations are capable of constraining the behavior of*

[1] Sin embargo, también hay que considerar que en la práctica existen supuestos de ámbitos de poder *inter*nacionales que se someten a complejos juegos de equilibrio y de neutralización mutua entre Estados que derivan en situaciones de autonomía fáctica de determinados centros de poder generando una dimensión supranacional.

all actors, including member states, within those domains». El concepto de organización supranacional al que se está haciendo referencia es el previsto implícitamente en el art. 93 de la Constitución Española (organización o institución que ejerce competencias derivadas de la Constitución). En efecto, en los ámbitos de su competencia, la organización supranacional despliega una *summa potestas*, lo que supone que ejerce un poder soberano (y por lo tanto, derivado de la Constitución). Éste es el caso de la UE, tal y como se expresaba ya en 1963 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Van Gend en Loos*, donde se señalaba que el Tratado de la Comunidad Económica Europea operaba «la creación de órganos en los que se institucionalizan poderes soberanos»[2].

Si la organización supranacional cuenta con *summa potestas* y ejerce un poder que se impone sobre sus Estados miembros (afectando al territorio y los ciudadanos de éstos) incluso sin su consentimiento[3], cabe preguntarse dónde se sitúan los límites conceptuales que la separan de la federación, o cuanto menos, de la confederación. A este respecto, podemos sugerir algunas líneas conceptuales en sus fundamentos más básicos. Con respecto a la federación el límite puede estar más o menos claro: mientras que la organización supranacional fundamenta su poder en la mera agregación de los poderes soberanos de sus Estados miembros, el Estado federal fundamenta su poder sobre sus Estados miembros y sobre un *pueblo* que sirve de sustrato unificador de la soberanía. Con respecto a la confederación, entidad política que fundamenta su poder exclusivamente en sus Estados miembros sobre la base de un pacto suscrito entre los mismos, el límite es más difuso MCCORMICK (2002: p. 6). A nuestro modo de ver, habría que utilizar como elemento diferenciador el carácter funcional (materialmente acotado) o territorial (generalista) del poder ejercido por la Organización[4].

Una organización supranacional de carácter funcional nunca debería confundirse con una confederación, que es una instancia de poder de carácter generalista y base territorial. En ese caso, ¿cabría considerar la UE, que tiene carácter generalista, como una confederación? La UE constituye un género único de entidad política, puesto que puede concebirse como una instancia supranacional de poder territorial (única instancia de poder supranacional de carácter territorial en Derecho comparado): es decir, ejerce un poder que se extiende, en un territorio, sobre múltiples materias funcionales[5]. Por lo tanto,

[2] STJCE, de 5 de febrero de 1963, as. 26/62 *Van Gend en Loos*, Rec. 1963, p. 339.

[3] Es decir, la UE *ejerce* poderes soberanos conforme a la definición de BODIN (1992: p. 23) de soberanía como «*power [...] of giving law to subjects in general without their consent*».

[4] Sobre las categorías de gobernanza funcional y gobernanza territorial, ver HOOGHE Y MARKS (2003).

[5] En este sentido, GRIMM (2011: p. 17).

en principio la UE constituiría una confederación. Sin embargo hay que atender también, desde una perspectiva más política, al hecho de que la confederación constituye más bien un ente político «de transición», ubicado en un proceso de construcción (o, en su caso, destrucción) nacional. Si se considera esto último, la asimilación de la UE a una confederación, aun siendo todavía posible, sería menos evidente[6].

El paradigma de la soberanía estatal se ha proyectado históricamente en dos planos: *summa potestas* en el plano interno, e independencia en el plano internacional. De manera consecuente, la teoría clásica de las Relaciones Internacionales concebía a los Estados como entes autónomos, que no tenían ninguna esfera de poder por encima. Éste era al menos el esquema de sociedad internacional westfaliano. Sin embargo, los procesos de mundialización y globalización de los problemas han conllevado un aumento de las interdependencias entre los Estados, lo que ya *de facto* ha venido a reducir su independencia. En un primer momento los nuevos problemas se enfrentaron siguiendo los esquemas heredados del sistema westfaliano, pero a partir del siglo XX comienza a cambiar esta pauta y se crean dinámicas institucionales y comunitarias Reuter (1987: pp. 17-37). El paradigma relacional mantenía un sentido puro de la soberanía estatal: no se creaban estructuras superiores a los Estados para hacer frente a los problemas comunes sino que los Estados se coordinaban entre sí. Esta situación cambia con el carácter estructural de los problemas internacionales, que llamaba a la creación de organismos permanentes. Estos organismos permanentes se basaban inicialmente en una lógica internacional relacional, en la cual las organizaciones internacionales carecían de funcionarios y fondos propios (ambos recursos eran proporcionados por los Estados miembros), viendo los Estados salvaguardada su soberanía con un derecho de veto a la hora de tomar decisiones (que se adoptaban por unanimidad).

Sin embargo, esta situación comenzó a evolucionar a partir de una dinámica en la que los problemas internacionales se hacen tan urgentes y complejos que la comunidad internacional tiene que crear instancias de poder con suficiente agilidad operativa que escapen de los lentos mecanismos deliberativos de carácter intergubernamental, y que superen la posibilidad del bloqueo institucional por la acción de Estados no cooperativos. Surge así el modelo de organización supranacional.

Estructuras de poder supranacional, siempre en ámbitos sectoriales (es decir, funcionalmente acotados), pueden considerarse en el plano universal

[6] A este respecto, cabe mencionar a Burgess (2000: p. 49): «*Our theoretical analysis suggests that the EC/EU is neither a federation nor a confederation in the classical sense. But it does claim that the European political and economic elites have shaped and moulded the EC/EU into a new form of international organization, namely, a species of «new» confederation*.»

la Organización Mundial del Comercio y la propia Organización de las Naciones Unidas (en lo concerniente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales); y en el plano regional el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Aunque estas organizaciones internacionales siguen obedeciendo, en sus fundamentos originarios, a tratados internacionales (lógica relacional), su desarrollo se independiza de la voluntad nacional, construyendo categorías jurídicas particulares que se imponen a los Estados.

La constitución de una esfera de poder autónomo que se sitúe por encima de los Estados y que se imponga a los mismos viene dada, *en primer lugar*, por mecanismos que hacen que el poder ejercido por el ente supranacional escape de la esfera de control de los Estados. Esto puede venir dado por elementos como la concesión de autonomía operativa a una esfera institucional (como la Comisión Europea, o el Parlamento Europeo) o la generación de mecanismos de toma de decisiones por mayoría cualificada de los Estados miembros (con lo que los Estados pierden su derecho de veto)[7]. En lo relativo a la concesión de autonomía operativa a una esfera institucional, cabe señalar determinadas cuestiones como la dotación de una personalidad internacional, el establecimiento de un funcionariado internacional, la concesión de privilegios e inmunidades, y sobre todo la creación de un presupuesto propio, que no dependa de las contribuciones de los Estados. En lo relativo a la autonomía operacional la importancia del poder presupuestario acaba resultando crucial.

En segundo lugar, junto con la autonomía, la supranacionalidad implica imposición de las políticas emanadas de la esfera supranacional sobre los Estados miembros. Esto se consigue a través de mecanismos como la dotación de eficacia directa y primacía a las normas y actos emanados de esa esfera institucional. La diferencia radical con las anteriores dinámicas intergubernamentales es que ahora a partir del plano supranacional se puede operar directamente y de manera autónoma en el plano nacional, subnacional y privado, sin que el Estado participe como «guardián» o pantalla.

Todas las características señaladas como propias de la supranacionalidad están presentes en el caso de la UE: por ello decimos que la UE es una entidad supranacional. Sin embargo, esas características no se presentan con igual fuerza en todas sus áreas competenciales. Existen áreas donde su poder político responde más a un modelo de organización internacional, es decir, donde prima la intergubernamentalidad sobre la supranacionalidad. En dichas áreas (como la Política Exterior y de Seguridad Común) el impulso político es en realidad la proyección de impulsos políticos nacionales agregados, que se fun-

[7] En este sentido, Poiares Maduro (2004: p. 13).

den en la UE como si de un crisol se tratase. La supranacionalidad en la UE se extiende sobre ámbitos competenciales estrictamente delimitados. Supone así un poder soberano que se impone a los Estados, pero que sólo se extiende a los específicos ámbitos en los que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, han decidido que así sea. Como es bien sabido, la UE carece de la *Kompetenz-Kompetenz*[8], y por tanto, aunque ejerce poderes soberanos, no es en sí un sujeto soberano.

El fenómeno de la generación de mecanismos de control del poder supranacional ha sido identificado como un nuevo constitucionalismo (KUMM 2011), aunque quizás de manera precipitada. Lo cierto es que toda forma racional de poder político cuenta con mecanismos de control, ya sean explícitos o implícitos, positivizados o no, y la mera existencia de mecanismos de control no puede identificarse con una forma de constitucionalismo[9]. A este respecto hay que considerar que en rigor, las instancias de poder supranacional no se sostienen sobre una Constitución, sino sobre un «proceso de constitucionalización»: así, habrá organizaciones supranacionales cimentadas sobre fundamentos más o menos constitucionalizados en función del grado en que se sostengan sobre estructuras normativas originarias que sean expresión de un poder soberano democráticamente legitimado. Esta proposición que sostenemos, sin embargo, es más dogmática que empírica, en la medida en que en la práctica actores como el Tribunal Constitucional Alemán han venido a rechazar esta lógica, refugiándose, ante el desconcierto provocado por la complejidad normativa y política de la construcción europea, en la reconfortante certeza de categorías añejas como *nación*, para, a través de la constatación de la inexistencia de una nación europea (tanto en su sentido de *etnos*, al no haber homogeneidad cultural; como en su sentido de *demos*, al no haber existido una voluntad constituyente democráticamente expresada ni unas narrativas políticas comunes) negar de entrada las posibilidades de un constitucionalismo supranacional LADEUR (1997: pp. 36-37), adoptando la postura holística del «todo o nada» definida por WALKER (2008: p. 524).

Sin embargo, lo cierto es que por la vía de hecho las nuevas formas de poder político supranacional parecen introducirnos en una era de post-constitucionalidad, en la que las instituciones trascienden el debate de constitución sí - constitución no, para situarse en un espectro gradual de progresiva

[8] Como se argumentaba de forma completa y detallada en la Decisión del TC Alemán relativa el Tratado de Maastricht, respecto al art. F. 3 del Tratado de Maastricht, así como en la Decisión del TC Alemán relativa al Tratado de Lisboa, respecto a los arts. 311 (que retomaba el art. F.3 de Maastricht) y 352 TFUE.

[9] Como señala POIARES MADURO (2004: p. 4), una desustanciación del concepto de constitucionalismo como mera forma de organizar un poder puede llevarse al extremo de considerar que los estatutos de un club de golf son expresión de una constitución.

cimentación constitucional, en el que se pueden alcanzar distintos grados de «constitucionalización». WALKER (2008: pp. 525-536) señala cinco elementos a través de los que se articula el encuadramiento constitucional del poder político, y que podemos concebir como ejes a lo largo de los cuales se produce la progresiva «constitucionalización»: 1. Existencia de un ordenamiento jurídico (omnicomprensivo, autointerpretativo, autónomo, autointegrado, autoejecutivo, autoenmendable, autodisciplinado); 2. Existencia de un marco institucional efectivo de órganos políticos con equilibrio de poderes; 3. Conexión genética con un poder constituyente (que dota de legitimidad de origen); 4. Existencia de una comunidad política integrada, sujeto y objeto de la soberanía (que dota de legitimidad de ejercicio); 5. Existencia de una lógica discursiva que sigue un parámetro binario de constitucionalidad/inconstitucionalidad.

Los cinco ejes definidos, no obstante, pueden resultar incompletos conforme a determinadas concepciones del constitucionalismo como consagración de los valores superiores de una sociedad. A este respecto cabe recordar la triple distinción que hace POIARES MADURO (2004: p. 4) del constitucionalismo como 1) mera forma de limitación del poder; 2) plasmación de los valores superiores de la sociedad (en el sentido del modelo de «constitución constitucional» del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano[10]); y en medio de esas dos categorías, 3) marco de deliberación para fijar el interés público. El constitucionalismo al que se refieren los cinco elementos de encuadramiento identificados por Walker es un constitucionalismo que no necesariamente ha de plasmar los valores superiores de la sociedad, y que podría ubicarse en la categoría intermedia, como marco de deliberación para la fijación del interés público. Es de subrayar el hecho de que esa forma de constitucionalismo supone una aspiración hacia un *interés público*, lo que implica un interés común. Un interés que va más allá de los intereses particulares y que por lo tanto, implica la existencia de un centro de poder superior. Lo que quiere decir que esta forma de constitucionalismo podrá plantearse en las organizaciones *supra*nacionales, y no así en las *inter*nacionales, toda vez que en estas últimas no existe propiamente un interés común, sino una agregación de los intereses de los Estados miembros.

Para que puedan plantearse los elementos de constitucionalización, primero tenemos que constatar la existencia de un centro de poder autónomo, que impacte directamente en los Estados y sus ciudadanos. La supranacionalidad constituye por tanto un *prius* lógico para que pueda plantearse la constitucionalización. En la UE, de acuerdo con su naturaleza de «Comunidad de Derecho» (en expresión de Walter HALLSTEIN), se ha producido una evolución institucional en la que los avances hacia la supranacionali-

[10] «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución».

dad han ido acompañados de avances hacia el constitucionalismo. Es decir, que es un poder que ha venido siendo embridado por un marco de progresiva cimentación constitucional[11]. Una cimentación constitucional que ha servido no sólo para controlar, sino también para legitimar un poder supranacional que, en ausencia de una clara legitimidad de origen constituyente, y con una precaria base democrática, ha buscado asideros donde sustentar una difícil y siempre sutil legitimidad.

Esta cimentación constitucional se puede comprobar en elementos como la cohesión proporcionada al sistema normativo comunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión, el diseño institucional construido sobre un modelo de división y equilibrio de poderes, y el asentamiento democrático de la Unión. Un asentamiento democrático que se expresa a través de circuitos de autorización, representación y participación, que proporcionan legitimidad de origen[12]; así como de circuitos de transparencia, rendición de cuentas y capacidad de respuesta, que proporcionan legitimidad de ejercicio.

La existencia de un poder presupuestario propio viene a constituir no sólo un *prius* lógico para la operatividad del constitucionalismo más allá del Estado, sino que también constituye una base tanto para la existencia de dinámicas de equilibrio de poderes como para el reforzamiento de las dinámicas de transparencia y rendición de cuentas. En efecto, la previsión constitucional de un poder ejecutivo que gasta (art. 311 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE) y un legislativo que autoriza (art. 314 TFUE) y controla (art. 319 TFUE), con la ayuda de una Entidad de Fiscalización Superior (arts. 285-287 TFUE), en el contexto de una relación de confianza parlamentaria (que se sustanciará en la investidura y, en su caso, en una moción de censura – arts. 17 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 234 TFUE), tiende a mantener un equilibrio de poder constitucional propio de una forma de gobierno parlamentaria. De la importancia que el poder presupuestario ha tenido en la articulación de estos mecanismos de «pesos y contrapesos» da muestra el contexto en el que se produjo la dimisión de la Comisión Santer en 1999.

Igualmente, las previsiones relativas tanto a la programación presupuestaria como al control presupuestario realizado por el Tribunal de Cuentas Europeo y el Parlamento Europeo tienden a reforzar la transparencia y la rendición de cuentas en el ejercicio del poder financiero de la Unión. Como señaló el Ecofin en sus conclusiones de 16 de marzo de 2010 (sobre el presupuesto de 2011), el presupuesto europeo es «*one of the most significant tools to guarantee the accountability of the European Union towards its citi-*

[11] Poiares Maduro (2004: p. 11): «*In the process of European integration, constitutionalism as the form of power followed the claim of normative authority*».

[12] A través de mecanismos como las elecciones al Parlamento Europeo, el derecho de petición, la asistencia del Defensor del Pueblo, o la iniciativa legislativa popular.

zens (...); an accurate and accountable use of the EU resources is one of the essential means to reinforce the trust of the European citizens».

Por lo tanto, el poder presupuestario de la UE puede ser considerado tanto una condición previa como un elemento de desarrollo en el constitucionalismo europeo. A continuación vamos a analizar en detalle en qué medida el poder presupuestario de la UE ha contribuido a configurar un poder supranacional y cómo ha favorecido simultáneamente al encuadramiento constitucional de dicho poder.

2. LA PROGRAMACIÓN PRESUPUESTARIA EUROPEA

La UE puede considerarse en términos jurídicos como una asociación voluntaria de Estados establecida mediante acuerdo internacional y dotada de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros. Es decir, responde al patrón específico de un tipo de sujeto de Derecho Internacional, que en doctrina iusinternacionalista se llama organización internacional (Sobrino Heredia 2003: p. 43), independientemente de que su poder sea *inter*nacional o *supra*nacional.

Como toda instancia de poder, en principio la UE surge para gestionar unos intereses colectivos de relevancia política. En efecto, para que exista una involucración a nivel inter o supranacional, los problemas que se planteen tienen que generar externalidades que vayan más allá del concreto ámbito estatal. En el caso de la UE existen determinados problemas políticos que hacen necesaria la creación de programas de gasto público supranacionales. Es el supuesto, por ejemplo, de la política de cohesión, que pretende el desarrollo económico territorial. Esto tiene externalidades a nivel supranacional en la medida en que el desarrollo económico «equilibrado y sostenible»[13] tiene un impacto directo sobre la distribución de rentas y sobre el mercado interior de toda la UE. Lo cual genera la necesidad de una involucración a nivel supranacional a través del gasto público. Es el caso igualmente de otras políticas sectoriales como agricultura, como investigación y desarrollo tecnológico, o como la política de cooperación al desarrollo; todas las cuales se proyectan a través de programas de gasto.

El Estado constitucional se sustenta sobre el control del poder a partir del Derecho. El poder estatal puede expresarse en la práctica a través de múltiples formas: legislación y regulación, intervención directa, certificación, canalización de información… así como gasto público. Sobre todo, podemos

[13] Art. 3.3 TUE: «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado […]. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros».

decir, gasto público: porque el Estado *social*, forma en la que se constituyen la mayoría de los Estados del mundo desarrollado, articula gran parte de su actividad en torno al gasto público. Resulta por lo tanto muy difícil imaginar el ejercicio del poder público en un marco constitucional sin la existencia de un sistema de ordenación de los ingresos y gastos públicos consistente.

La UE es una organización supranacional: lo que implica que opera como una instancia de poder autónoma que en su desarrollo se independiza de la voluntad de los Estados miembros, construyendo categorías jurídicas particulares que se imponen a los Estados mismos incluso en contra de su voluntad. Una de las características de su naturaleza supranacional sería la posibilidad de contar con un presupuesto dotado de recursos propios derivados de una autoridad presupuestaria propia. Un presupuesto dotado de recursos propios incide tanto en la autonomía de la organización supranacional (que deja de depender de contribuciones nacionales) como en la superación de la soberanía estatal (al poder exigir en Derecho el pago de impuestos tanto a entes nacionales como subnacionales o privados, aun en contra de la voluntad del Estado).

Del carácter nuclear que tanto la dimensión supranacional como la categoría de recursos propios tienen para la UE da cuenta el hecho de que ambos conceptos ya quedasen reflejados en el Tratado de París de 1951. En efecto, en el art. 9 de dicho Tratado se hacía referencia al carácter supranacional de la Alta Autoridad, y en su art. 78 se introducía la expresión de recursos propios. Una expresión que posteriormente quedaría definida con su significado actual en el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957, en cuyo art. 201 se señalaba que «La Comisión estudiará en qué condiciones las contribuciones financieras de los Estados miembros […] podrían ser sustituidas por recursos propios, especialmente por ingresos procedentes del arancel aduanero común, tras el establecimiento de éste».

En 1965, un primer intento de establecer un sistema de recursos propios mediante la transferencia de los derechos de aduana y exacciones agrícolas (recursos procedentes de las políticas comunitarias aduanera y agrícola) se vio frustrado frente a la oposición de la Francia de Charles de Gaulle[14]. No fue sino hasta la cumbre de La Haya de 1969 que se acordó desbloquear este avance, y en 1970, el Consejo adoptó una decisión por la que se asignaban a las Comunidades (con un presupuesto único tras el Tratado de fusión de 1965) recursos propios para cubrir todos sus gastos. La decisión marcó el fin del sistema de contribuciones nacionales.

Actualmente el sistema de recursos propios tiene como primer fundamento el art. 311 TFUE[15]. Sin embargo, la proclamación normativa que hace di-

[14] Lo cual contribuyó a la «crisis de la silla vacía» de 1965 y al Compromiso de Luxemburgo de 1966.

[15] «La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas. Sin perjuicio del concurso de otros ingresos, el presupuesto

cho artículo tiene que ser matizada. En efecto, puede considerarse que la realidad del presupuesto europeo lo aproxima en la práctica más a un modelo presupuestario propio de una organización internacional convencional de carácter intergubernamental Bernicot (2004: p. 76)[16].

2.1. *El sistema de recursos propios*

Jurídicamente, el significado de un sistema de recursos propios implica que los recursos que se transfieren a la UE son *propios* de la UE. No son pues recursos de los ciudadanos de la Unión o de los Estados miembros que éstos transfieren a la UE, sino que los fondos le pertenecen a la UE desde el momento en que se produce el «hecho impositivo» correspondiente. Específicamente, se dice que los recursos propios son «debidos en Derecho» a la UE, lo que implica que la transferencia de su propiedad no requiere ninguna decisión jurídica por parte de los Estados miembros, sino que es «automática», aun con la eventual intermediación de éstos a efectos de transferir la posesión sobre los fondos (conforme a los arts. 1 y 2 del Reglamento 1150/2000[17]). En caso de que los Estados miembros no transfieran la posesión de los fondos conforme a los procedimientos previstos, el art. 11 del Reglamento 1150/2000 establece la posibilidad de exigir intereses de demora[18].

La importancia de un sistema de recursos propios para el desarrollo coherente de las políticas públicas puede comprobarse en la propia historia del constitucionalismo contemporáneo, manifestándose concretamente en el proceso constitucional norteamericano. En efecto, uno de los fallos que más se le achacó a los Artículos de la Confederación fue la falta de reconocimiento de la facultad del gobierno central para establecer y recaudar impuestos (Urofsky y Finkelmann 2002: pp. 81-82). En virtud de los Artículos, los recursos financieros eran aportados por los estados miembros. En esta situación, el Congreso se veía obligado a depender completamente de los gobiernos de sus estados miembros, que decidían si pagaban o no las cantidades requeridas por el Congreso. Ciertos estados decidían no pagar las contribu-

será financiado íntegramente con cargo a los recursos propios».

[16] « *Les finances publiques européennes s'apparentent plus au mécanisme de financement et de dépenses d'organismes de coopération multilatérales qu'aux finances publiques des États membres* ».

[17] *Artículo 1:* Los recursos propios de las Comunidades […] serán puestos a disposición de la Comisión y se controlarán en las condiciones establecidas en el presente Reglamento […] *Artículo 2:* […] un derecho de las Comunidades sobre los recursos propios […] se constatará cuando se cumplan las condiciones previstas por la reglamentación aduanera en lo relativo a la consideración del importe del derecho y su comunicación al deudor.

[18] «Todo retraso en las consignaciones en la cuenta mencionada en el apartado 1 del artículo 9 dará lugar al pago de intereses […]».

ciones, o las pagaban sólo en parte. Sin una fuente constante de ingresos suficientes para hacer cumplir sus leyes y tratados suscritos, o pagar sus deudas, y sin un mecanismo para obligar a los Estados a pagar, la Confederación quedaba en una situación vulnerable. Fue esto precisamente lo que motivó el reconocimiento, en la Constitución de 1787, de la capacidad del Estado federal de recabar impuestos (la *taxing and spending clause*[19], reconocida en la sección 8 del artículo I, que permitía establecer, recabar y gastar impuestos).

El sistema de recursos propios de la UE se articula en torno a un presupuesto, que recoge todos los ingresos previstos y gastos autorizados para el periodo de un año. En teoría, en el derecho presupuestario europeo rige el principio de universalidad, por el cual se incluyen todos los ingresos y todos los gastos; en la práctica, permanecen fuera del presupuesto los recursos del Fondo Europeo de Desarrollo, los recursos del Banco Europeo de Inversiones, así como las operaciones de préstamo que pueda realizar la Unión como acreedora.

En 2013 el presupuesto de la UE preveía un gasto de 150.900 millones de euros en créditos de compromiso, lo que suponía el 1,13% de la Renta Nacional Bruta (RNB) del conjunto de la Unión. Este presupuesto se financia mediante un sistema de recursos propios dividido en un 70% de fondos aportados por los Estados miembros y calculados en proporción de su RNB respectiva, un 12% de derechos de aduana y exacciones agrícolas y un 10,5% procedente de una proporción sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) recabado por los Estados miembros. Finalmente, existe una «quinta categoría» residual de recursos (que supone alrededor de un 7,5% del presupuesto), tales como los ingresos por multas impuestas en el marco de políticas de la Unión, ingresos por intereses de demora, los impuestos a funcionarios europeos, los ingresos por venta de bienes y servicios producidos por las propias Instituciones de la Unión (como publicaciones), y las contribuciones de terceros países a ciertos programas de la Unión (como determinados programas de Investigación y Desarrollo Tecnológico).

En teoría, el poder presupuestario expresado en los presupuestos anuales de la Unión recae de manera conjunta sobre el Consejo (instancia de poder intergubernamental) y el Parlamento (instancia de poder supranacional), con preponderancia de este último. En la práctica, el presupuesto europeo se encuentra predeterminado por el «marco financiero plurianual», que «tendrá por objeto garantizar la evolución ordenada de los gastos de la Unión dentro del límite de sus recursos propios» (art. 312 TFUE). La adopción de marcos financieros plurianuales (inicialmente llamados «perspectivas financieras») constituye una práctica impuesta por la necesidad de mantener el principio de equilibrio financiero del art. 310.1 TFUE. En efecto, los marcos financieros plurianuales co-

[19] «*The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States*».

menzaron a adoptarse en 1988, en un momento de crecimiento vertiginoso de los gastos de la Unión. Hasta el momento se han adoptado cinco marcos financieros: Delors I (1988-1992), Delors II (1993-1999), Agenda 2000 (2000-2006), el marco 2007-2013 y el actual marco financiero plurianual 2014-2020. Las cuatro primeras «perspectivas financieras» se adoptaron sobre la base de mecanismos *sui generis*, con carácter más político que jurídico, Acuerdos Inter-Institucionales entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión. El peso del acuerdo recaía sobre el Consejo, en la medida en que debía pronunciarse por unanimidad. Con el Tratado de Lisboa este procedimiento viene a positivizarse constitucionalmente, siendo incorporado en el art. 312 TFUE como uno de los «procedimientos legislativos especiales» donde el Consejo se pronuncia por unanimidad; en este caso, previa aprobación del Parlamento. El art. 312 TFUE prevé una duración mínima de cinco años para el marco financiero, aunque en la práctica su duración se ha mantenido en siete años[20].

El marco financiero plurianual fija los importes de los límites máximos anuales de créditos para compromisos, por categoría de gastos, así como el límite máximo anual de créditos para pagos, para todo el presupuesto (art. 312.2 TFUE). Por lo tanto, el marco financiero plurianual queda referenciado a las categorías de gastos que han de corresponder a los grandes sectores de actividad de la Unión.

Respecto a la definición de categorías de gastos realizada por el marco financiero plurianual, hay que señalar que, si bien alrededor de un 80% del presupuesto europeo se gasta en los fondos estructurales y en los fondos agrícolas, existen más de 65 programas de gasto de pequeña dimensión (menos de 1.000 millones de euros al año), gestionados en su mayor parte de manera centralizada por la Comisión (sobre todo programas pertenecientes a las áreas de «Libertad, Seguridad y Justicia» y «Ciudadanía»). Sólo 11 programas, que reciben más de 1.000 millones de euros al año, aglutinan el 94% del presupuesto. La disgregación del presupuesto en una multitud de programas de baja cuantía desemboca en una estructura de «espolvoreado presupuestario» (*saupoudrage budgetaire*), en la que el gasto de la Unión difícilmente alcanza a tener un impacto visible a nivel transnacional europeo (Cipriani 2010: p. 18).

En cuanto a la determinación de los ingresos de la Unión, el sistema de recursos propios presenta un sesgo intergubernamental todavía más acusado. En el ya mencionado art. 311 TFUE se señala que «La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas», y a dichos efectos se prevé otro «procedimiento legislativo especial» para la adopción de «Decisiones Presupuestarias». En este procedimiento

[20] La previsión de que tenga cinco años de duración es una cláusula que puede adquirir sentido en la medida en que se haga coincidir la duración del marco financiero con el mandato quinquenal del Parlamento (y de la Comisión).

legislativo especial el Consejo se pronuncia por unanimidad, y el Parlamento sólo ha de ser consultado previamente, pronunciándose mediante un Dictamen no vinculante. El establecimiento o supresión de categorías de recursos propios sólo entra en vigor una vez que la Decisión Presupuestaria haya sido aprobada por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. 311 TFUE y art. 11 de la Decisión 2007/436, del Consejo), lo que ha llevado a que parte de la doctrina considere que estas Decisiones del Consejo son asimilables de facto a «Derecho originario» (Cipriani 2010: p. 99).

A lo largo de la historia de la UE se han adoptado seis Decisiones Presupuestarias; la actual Decisión Presupuestaria cubría el periodo del marco financiero plurianual 2007-2013 (Decisión 2007/436, del Consejo), y sigue manteniéndose bajo el marco 2014-2020, aunque el Parlamento y el Consejo acordaron en junio de 2013 crear un grupo de alto nivel para estudiar una nueva Decisión Presupuestaria. Además de la tipología de los recursos que han de financiar el presupuesto europeo y las pautas de repartición de las cargas entre los Estados miembros, la Decisión Presupuestaria establece un techo máximo de recursos para la UE, que para el marco financiero 2007-2013 nunca podrá superar el 1,24% de la RNB de la Unión. El calado político de las Decisiones Presupuestarias es muy grande, ya que en ellas se dibujan las categorías de contribuyentes y receptores netos al presupuesto (lo que desde la opinión pública se percibe como los «ganadores y perdedores» de la lucha intergubernamental de poder en el seno de la Unión).

La primera Decisión Presupuestaria fue adoptada en 1970, y a partir de ella comenzó a construirse el sistema de recursos propios. Dicho sistema de recursos propios había sido previsto en el ya mencionado art. 201 del Tratado de la Comunidad Económica Europea para cuando entrase en funcionamiento la Unión Aduanera (hito que se alcanzó en 1968); con anterioridad a esa fecha las Comunidades Europeas habían sido financiadas conforme a un sistema de contribuciones estatales, en base a un reparto fijo establecido en el art. 200 del Tratado de la Comunidad Económica Europea[21]. Entre 1970 y 1975 se produce la transición hacia un sistema de recursos propios.

[21] Artículo 200. 1. Los ingresos del presupuesto comprenderán, aparte de otros ingresos, las contribuciones financieras de los Estados miembros, determinadas con arreglo a la clave de reparto siguiente: Bélgica // 7,9 Alemania // 28 Francia // 28 Italia // 28 Luxemburgo // 0,2 Países Bajos // 7,9

2. No obstante, las contribuciones financieras de los Estados miembros destinadas a sufragar los gastos del Fondo Social Europeo se determinarán con arreglo a la clave de reparto siguiente: Bélgica // 8,8 Alemania // 32 Francia // 32 Italia // 20 Luxemburgo // 0,2 Países Bajos // 7

3. Las claves de reparto podrán ser modificadas por el Consejo, por unanimidad.

De la misma forma que inicialmente el sistema presupuestario de los Estados Unidos se nutría de contribuciones nacionales, en la UE hasta 1970 los ingresos comunitarios estaban compuestos también por contribuciones nacionales, que servían para financiar un pequeño presupuesto europeo compuesto básicamente por los gastos de funcionamiento y los fondos agrícolas. A partir de 1970, el sistema de recursos propios comunitarios prevé tres categorías: los llamados recursos propios tradicionales (integrando exacciones agrícolas y derechos de aduana), y los recursos basados en el IVA. El cuarto recurso, basado en una proporción de la RNB de los Estados miembros, se añadió en 1988.

Las exacciones agrícolas se recaudan de manera análoga a los aranceles, sobre las importaciones agrícolas de países terceros en relación con productos incluidos en una Organización Común de Mercado (*strictu sensu* son aranceles que recaen sobre una categoría de importaciones determinada). Tienen por función compensar la diferencia entre el precio mundial de los productos y el precio superior garantizado a los agricultores europeos[22]. Los derechos de aduana por su parte derivan de la aplicación a las importaciones de los correspondientes aranceles exteriores comunes.

En cuanto al recurso del IVA, es una exacción aplicada sobre las bases imponibles globales del IVA de cada Estado miembro, con una revisión anual referenciada a los ingresos netos que ese Estado miembro haya recaudado en concepto de IVA. Esta revisión existe debido a que la proporción del consumo en las rentas de los países es distinta, cumpliéndose la ley económica por la cual los países más pobres tienden a tener un mayor peso del consumo en relación con su renta, lo que produciría –en ausencia de corrección– que los países más pobres pagarían proporcionalmente más que los ricos, constituyendo un supuesto de imposición regresiva que podría ser contrario a los objetivos de cohesión económica y territorial enunciados en el art. 3 TUE.

Finalmente, el recurso procedente de la RNB fue introducido por el Consejo Europeo de Bruselas en 1988 y supone una imposición a los Estados miembros basada en la RNB de cada uno de ellos y conforme a un tipo variable cada año según las necesidades presupuestarias. El recurso RNB completa a los restantes recursos propios para alcanzar el nivel de gastos presupuestado en cada año, de conformidad con el principio de equilibrio presupuestario fijado en el art. 310.1 TFUE. De ahí que su montante varíe todos los años (compensando las posibles variaciones que experimenten los otros recursos debido a la coyuntura económica). A pesar de su carácter

[22] Se incluye también en este apartado una categoría especial, las cotizaciones del azúcar, establecidas en el marco de la organización del mercado del azúcar y de la isoglucosa para autofinanciar dicho mercado, mediante cotizaciones a la producción y almacenamiento.

inicialmente complementario y residual, la evolución del sistema financiero europeo, marcada por una falta de sentido de la supranacionalidad y el egoísmo de los Estados miembros, ha hecho que este recurso se convierta en el recurso con mayor peso presupuestario: en 2013 financia alrededor del 74% del presupuesto.

2.2. *Análisis del carácter supranacional del sistema de recursos propios*

El sistema de recursos propios puestos a disposición de la Unión, que se supone un rasgo más del carácter supranacional de la UE, tiene un escoramiento intergubernamental tan grande que difícilmente se puede hablar de que en realidad existan unos recursos auténticamente «propios» de la Unión. En primer lugar hay que considerar que la Unión carece de autonomía para establecer sus propios recursos financieros, que son en la práctica fijados por los Estados miembros. Los procedimientos de decisión para la determinación de los ingresos y los gastos de la Unión en los marcos financieros plurianuales arriba mencionados son procedimientos intergubernamentales, y la necesidad de tomar las Decisiones Presupuestarias por unanimidad genera dinámicas de «egoísmo» que desembocan en un modelo de recursos presupuestarios intergubernamental.

En este contexto la expresión «recursos propios» no deja de ser una entelequia, puesto que la relación directa entre el sujeto contribuyente y la UE es bastante débil en el caso de las exacciones y aranceles, y en los recursos derivados del IVA y la RNB es meramente simbólica. En la práctica, la noción de recursos *propios* sólo quiere decir que son recursos debidos por derecho a la Unión. En el ámbito presupuestario la UE se fundamenta sobre una retórica que tiene poco correlato con la realidad de hecho.

Los recursos propios existentes sólo son «propios» en cuanto a su nombre, puesto que constituyen en realidad contribuciones nacionales fijadas a través de complejos mecanismos. De las cuatro categorías de recursos propios previstas por el Derecho financiero de la Unión, sólo las exacciones agrícolas y los derechos de aduana serían auténticamente «impuestos europeos», satisfechos por los ciudadanos (y aun así no son satisfechos directamente, puesto que se trata de impuestos indirectos, que además son recaudados por las autoridades nacionales). El recurso procedente del IVA es proporcionado por los Estados miembros sobre una base armonizada del IVA nacional, mientras que el recurso de RNB es proporcionado también por los Estados miembros en proporción a su RNB: ambos recursos no son más que contribuciones nacionales calculadas conforme a parámetros variados.

El sistema de recursos propios habría de implicar que los ingresos no fuesen contribuciones que hacen los Estados al presupuesto de la Unión, sino contribuciones que hacen los propios ciudadanos. Sin embargo, el supuesto

de relación directa entre ciudadanos y presupuesto europeo no se da completamente, ya que no existe un servicio recaudador europeo análogo a las Administraciones Tributarias de las haciendas estatales, sino que la percepción corresponde a los Estados miembros. De acuerdo con el Reglamento 2891/1977, los Estados miembros transfieren los tributos a las arcas de la Comunidad en un plazo máximo de dos meses[23], limitándose la Comisión a controlar que las sumas recaudadas sean correctas.

El hecho de que el sistema de recursos propios venga referenciado a unos recursos directamente relacionados con los Estados miembros (proporción de RNB, proporción del IVA), atiza el discurso de las balanzas fiscales (expresión de la diferencia entre la contribución total que desde un Estado miembro se hace a la Unión, y las transferencias que desde la Unión se hacen a dicho Estado), lo que implica que se perciba desde la opinión pública el carácter de Estados contribuyentes y receptores netos como equivalente a los «ganadores y perdedores» de la lucha intergubernamental de poder en el seno de la Unión. Subyacente a esta idea se sitúa la misma lógica que concibe que el contribuyente europeo no es en rigor el propio ciudadano, sino más bien los diversos Estados, y que lo que para la Unión constituye un ingreso en realidad para el Estado representa un gasto.

En este contexto, el interés de los Estados miembros consiste en inclinar lo máximo posible a su favor la respectiva balanza fiscal (un interés que tenderá incluso a primar sobre la consecución de los objetivos políticos transnacionales que se persiguen con los programas de gasto europeos). La presión intergubernamental en la lucha por las balanzas fiscales conduce a que el sistema de ingresos de la Unión no sea un sistema uniforme, sino que esté sujeto a múltiples exenciones, regímenes especiales, «cheques nacionales», compensaciones, etc., siguiendo una lógica intergubernamental de negociaciones y pactos transaccionales[24].

El propio presupuesto europeo no es un instrumento uniforme, puesto que existen excepciones al principio de no compensación (es decir, fondos preasignados a determinados gastos, como es el caso de la contribución financiera de los Estados miembros a algunos programas de investigación), así como fondos extrapresupuestarios (como el Fondo Europeo de Desarrollo, o los

[23] Reteniendo, en el caso de los aranceles y exacciones agrícolas, un 25% del montante total percibido, en concepto de gastos de gestión.

[24] A este respecto ilustra Cipriani (2010: p. 101): «*the UK rebate (which limits the balance between UK payments to the EU budget and EU expenditure in its favour to one-third), the variable financing of this rebate according to the member states concerned (Germany, Austria, the Netherlands and Sweden pay only 25% of their normal share), the limitation of the VAT resource calculation base to 50% of GNI, the reduction of the rate of call of the VAT resource for some member states (Austria, Germany, the Netherlands and Sweden), the member states' levy of 25% of customs duties collected and ad hoc 'bonuses' for several member states*».

fondos manejados por el Banco Europeo de Inversiones)[25]. La consiguiente falta de respeto a los principios de universalidad y de no compensación amplifica la opacidad del presupuesto, lo que va en detrimento de la conexión con los subsistemas de control político y social. Además, la multiplicidad de programas de gasto de escasa cuantía hace que muchos de ellos no puedan tener un impacto visible a nivel transnacional europeo (Cipriani 2010: p. 18), lo que socava la proyección del poder supranacional.

El problema del sistema presupuestario de la Unión no sólo va en el sentido de la contradicción que supone llamar «recursos propios» a lo que en realidad son contribuciones intergubernamentales; también es notable el problema de la complejidad del sistema. En efecto, el ciudadano europeo no sabe cuánto paga, lo que contribuye a un desinterés en lo relativo a la buena gestión financiera de la Unión, socavándose el control social, cúspide del sistema de control presupuestario. Como señala Shah (2004: p. 38), la disociación entre decisiones de imposición y decisiones de gasto perjudica la correcta rendición de cuentas del sector público. Por otro lado, la concepción del Estado miembro como sujeto de Derecho financiero de la Unión puede ser más o menos cierta a nivel del ingreso (recordemos, alrededor del 90% de los ingresos de la Unión pueden considerarse contribuciones de los Estados), pero no al nivel del gasto. Los beneficiarios de los principales programas de subvenciones de la Unión son los ciudadanos, no los Estados miembros directamente. Todo ello conduce a una disociación entre el debate sobre los ingresos de la Unión, que se hace a nivel de los Estados miembros, y el debate sobre la asignación de los gastos, donde tienen más preponderancia los ciudadanos. Esto puede llevar a que se pida mucho (porque no se es consciente del coste de los programas de gasto, ya que los ciudadanos en la práctica no contribuyen directamente al presupuesto de la Unión), y que se fiscalice socialmente poco (igualmente, porque no se es consciente del coste que para el bolsillo del contribuyente tienen las políticas de la Unión), lo cual acaba derivando en un sistema de control presupuestario excesivamente enfocado hacia la espectacularidad mediática (por lo tanto, obsesionado con la incidencia del fraude), y guiado más bien por dinámicas políticas de cuestionamiento del propio proyecto europeo (euroescepticismo).

La situación del sistema impositivo europeo resulta por lo tanto paradójica. Como señala Cipriani (2010: pp. 66-67), si en 1776 los colonos america-

[25] Todo esto ha llevado al Parlamento Europeo a lamentar que en la evolución del sistema financiero de la Unión, los regímenes de excepción de los que va acompañado el sistema de recursos propios «han aumentado su complejidad, lo han hecho más oscuro para los ciudadanos y cada vez menos equitativo, y han dado lugar a un sistema de financiación que ha provocado desigualdades inaceptables entre los Estados miembros» (Parlamento Europeo, Resolución de 8 de junio de 2005 sobre los retos políticos y medios presupuestarios de la Unión ampliada 2007-2013, párr. L).

nos se quejaban de que debían hacer frente a impuestos sin tener la posibilidad de verse políticamente representados, en 2014 los ciudadanos europeos se ven políticamente representados, pero no perciben que tengan impuestos a los que hacer frente. El principio «no taxation without representation», en su formulación de «no representation without taxation» no se da en el caso de la Unión: hay representación en el seno del Parlamento Europeo, pero no hay una tributación visible y explícita (Cipriani 2007: p. 63)[26]. La falta de una relación directa entre ciudadano y presupuesto europeo es una manifestación más del «déficit de legitimidad democrática» de la Unión (Moravcsik 2002; Follesdal y Hix 2005), que en último término socava la solidez constitucional de la construcción europea.

En definitiva, a pesar de la retórica de los «recursos propios», puede afirmarse que el ámbito de las finanzas públicas de la Unión constituye una de las esferas donde las dinámicas intergubernamentales son más fuertes. Se comprueba así cómo las finanzas públicas constituyen un elemento nuclear de los Estados y por ello éstos se resisten a transferir el ejercicio de competencias financieras a la Unión.

3. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos defendido un concepto de supranacionalidad que se referencia a la soberanía propia del Estado. En este ámbito semántico, el concepto de organización supranacional hace referencia a instancias de poder autónomas, que pueden tomar decisiones que se imponen a los Estados incluso ante la negativa de éstos. Las organizaciones supranacionales suponen por tanto organizaciones o instituciones que ostentan el ejercicio de competencias soberanas, derivadas de la Constitución (como se prevé en el art. 93 CE). La cesión del ejercicio de competencias soberanas se lleva a cabo precisamente en un contexto en el que los problemas políticos que se plantean sólo pueden hacerse frente a través de acciones y políticas cuya dimensión y efectos desbordan y trascienden las capacidades de los Estados (como se prevé en el art. 5.2 TFUE).

La supranacionalidad se erige en fundamento lógico para concebir la existencia de un constitucionalismo más allá del Estado. Siguiendo a Walker, hemos considerado que el encuadramiento constitucional del poder supranacional

[26] Es así que el Parlamento Europeo se expresaba en 1994 señalando: «*the transfer to the Community of an increasing number of political powers in fields such as agricultural policy, external trade, internal trade, development aid, transport and social policy and economic and monetary policy should go hand in hand with corresponding action to provide the Union with democratic legislative powers, which would include both tax and budgetary powers and appropriate financial autonomy ('no representation without taxation')*» (European Parliament, Resolution of 21 April 1994, para. 21).

se articulará y desarrollará a lo largo de cinco ejes: 1. Un ordenamiento jurídico (omnicomprensivo, autointerpretativo, autónomo, autointegrado, autoejecutivo, autoenmendable, autodisciplinado); 2. Un marco institucional efectivo de órganos políticos con equilibrio de poderes; 3. Una conexión genética con un poder constituyente (que dota de legitimidad de origen); 4. Una comunidad política integrada, sujeto y objeto de la soberanía (que dota de legitimidad de ejercicio); 5. Una lógica discursiva que sigue un parámetro binario de constitucionalidad/inconstitucionalidad. En el caso de la UE, se comprueba la existencia de un poder supranacional, que pretende fundamentarse en unos cimientos constitucionales propios, más allá de los propios cimientos constitucionales de sus Estados miembros. Esta cimentación constitucional europea se observa en todos los puntos de encuadramiento constitucional identificados, menos en el 3º (al no existir una conexión genética con un poder constituyente propio). Así se pueden identificar elementos como el Derecho originario y derivado de la Unión (que aspira a configurar un «ordenamiento jurídico» propio[27]); la cohesión proporcionada a dicho sistema normativo por el Tribunal de Justicia de la Unión, que además actúa como jurisdicción constitucional validando los actos de la Unión en función de su compatibilidad o incompatibilidad con el Derecho originario; el diseño institucional construido sobre un modelo de división y equilibrio de poderes; así como el asentamiento parcialmente democrático de las Instituciones de la Unión.

En este contexto, la existencia de un poder presupuestario supranacional europeo no se limita a constituir un *prius* lógico para la operatividad de un constitucionalismo europeo, proyectando políticas y acciones que podrán ser en último término juzgadas siguiendo la lógica binaria de constitucionalidad/inconstitucionalidad. El presupuesto de la Unión va más allá, y pretende ofrecer una base tanto para la potenciación de dinámicas de equilibrio de poderes (con un poder ejecutivo que gasta y un legislativo que autoriza y controla) como para el reforzamiento de las dinámicas democráticas de transparencia y rendición de cuentas (a través del control presupuestario).

Sin embargo, en lo relativo a la configuración de la ciudadanía europea no ya como sujeto, sino como objeto de la soberanía, hemos comprobado cómo los Estados siguen actuando como pantallas que se interponen entre la Unión y los propios ciudadanos, interfiriendo en la proyección hacia los ciudadanos del poder financiero de la Unión, lo cual distorsiona la dimensión supranacional en este ámbito y menoscaba el encuadramiento constitucional del poder de la Unión. Siguiendo una constante histórica en la que los recursos financieros se presentan como elemento nuclear del poder estatal, los Estados miembros de la Unión se han guardado mucho de transferir el ejercicio de la soberanía en este ámbito. El escoramiento intergubernamental resultante no deja de ser un ele-

[27] STJCE, de 15 de julio de 1964, as. 6/64 *Costa c. Enel*, Rec. 1964, p. 2258.

mento preocupante en una Unión caracterizada por la descoordinación de las políticas fiscales nacionales y la incidencia de crisis asimétricas, y aquejada por fuertes desequilibrios en la distribución territorial de rentas.

4. BIBLIOGRAFÍA

BERNICOT, JEAN-FRANÇOIS (2004): *La place et la représentation des finances publiques dans l'Union européenne*. Revue Française de Finances Publiques. 84.

BODIN, JEAN (1992): *On sovereignty*, Cambridge University Press.

BURGESS, MICHAEL (2000): *Federalism and European union: The building of Europe, 1950–2000*. Routledge.

CIPRIANI, G. (2007): *Rethinking the EU Budget: Three Unavoidable Reform*, Bruselas, CEPS Paperbacks.

——— (2010): *The EU Budget Responsibility without Accountability?*, Bruselas, CEPS Paperbacks.

FOLLESDAL Y HIX (2005): *Why there is a democratic deficit in the EU: A response to Majone and Moravcsik. European Governance Papers* (EUROGOV), No. C-05-02.

GRIMM, DIETER (2011): *The Achievement of Constitutionalism*. En The Twilight of Constitutionalism? Oxford University Press.

HOOGHE, L., & MARKS, G. (2003): *Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-level Governance*. American Political Science Review, 97(2).

KUMM, MATTIAS (2011): *The Best of Times and the Worst of Times*, en The Twilight of Constitutionalism? Oxford University Press.

LADEUR, K. (1997): *Towards a Legal Theory of Supranationality - The Viability of the Network Concept*. European Law Journal, 3.

LOUGHLIN, MARTIN (2011): *What is Constitutionalism?* En The Twilight of Constitutionalism? Oxford University Press.

MCCORMICK, JOHN P. (2002): *Understanding the European Union*, Palgrave McMillan.

MORAVCSIK, A. (2002): *In Defence of the «Democratic Deficit»: Reassessing the Legitimacy of the European Union*. Journal of Common Market Studies, Vol. 40, 4.

POIARES MADURO, MIGUEL. (2004): *How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernamentalism and Constitutionalism in the European Union*, en Weiler and Eisgruber, eds., Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective, Jean Monnet Working Paper 5/04.

REUTER, PAUL (1987): *Derecho internacional público*, Barcelona, Bosch.

SHAH, ANWAR (2004): *Fiscal decentralization in developing and transition economies: progress, problems, and the promise*, Policy Research Working Paper Series 3282, The World Bank.

STONE SWEET, A., SANDHOLTZ, W. (1997): *European integration and supranational governance*. Journal of European public policy, *4*(3).

UROFSKY, MELVIN I.; PAUL FINKELMAN (2002): *A March of Liberty: A Constitutional History of the United States 1* (2nd ed.). New York, NY: Oxford University Press.

WALKER, NEIL. (2008): *Taking Constitutionalism beyond the State*, Political Studies, 56.

Title: The constitutional dimension of the European Union budgetary power.

Resumen: En el contexto del debate sobre las transformaciones que está experimentando el constitucionalismo contemporáneo, un lugar prominente viene a ser ocupado por la extensión de marcos constitucionales a realidades sociopolíticas que van más allá del Estado. El presente artículo pretende indagar en la morfología de estas nuevas realidades objeto del constitucionalismo, utilizando el específico caso de la Unión Europea y su poder presupuestario como evidencia empírica sobre la que explorar los contornos conceptuales del constitucionalismo supranacional. Pretende, básicamente, responder a dos cuestiones: ¿qué es la supranacionalidad y qué relación tiene este concepto con el constitucionalismo?, y ¿en qué medida el poder presupuestario europeo configura un poder supranacional inscrito en un marco constitucional?

El artículo se estructura en torno a tres apartados. En primer lugar, se realiza una aproximación teórica al constitucionalismo supranacional. En segundo lugar, se describe el sistema presupuestario europeo, que pasará a ser analizado a través del concepto de supranacionalidad. Finalmente, la última sección resume las proposiciones formales y empíricas más relevantes.

Palabras clave: Unión Europea (UE), Supranacionalidad, Constitucionalismo, Presupuesto europeo.

Abstract: In the context of the debate on the changes that contemporary constitutionalism is experiencing, a prominent place is occupied by the extension of constitutionalism to sociopolitical realities that go beyond the state. This article aims to investigate the sociopolitical morphology of these new constitutional realities, using the specific case of the European Union (EU) and its budgetary power as an empirical lens through which to explore the conceptual contours of supranational constitutionalism. It aims basically to answer two questions: what is supranationality and what relation does this concept have with respect to constitutionalism? And, to what extent does the European budget reflect a supranational power inscribed within a constitutional framework?

The article is structured around three sections. First, it takes a theoretical approach to supranationality. Secondly, it describes the European budgetary system, which will be analyzed through the concept of supranationality, pondering the extent to which it responds to a supranational power scheme. Finally, the last section summarizes the most relevant formal and empirical propositions raised.

Key words: European Union (EU), Supranationality, Constitutionalism, EU budget.

Recibido:07.05.2014
Aceptado: 26.05.2014

LA COORDINACIÓN GUBERNAMENTAL DE LAS POLÍTICAS EUROPEAS. UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO SOBRE LOS MIEMBROS FUNDADORES

Sabrina Ragone

Sumario: 1. Introducción. 2. Metodología: un estudio de Derecho Constitucional Comparado y Europeo. 3. Soluciones comparadas: una ojeada rápida. 4. La coordinación gubernamental. 4.1. *Modelo 1: la opción cero, es decir, la coordinación sin Ministro o sede específica*. 4.2. *Modelo 2: la coordinación sin Ministro, pero con una sede en el Ministerio de Asuntos Exteriores*. 4.3. *Modelo 3: la coordinación sin Ministro, pero con una sede en la Presidencia del Gobierno*. 4.4. *Modelo 4: la coordinación con Ministro y con una sede en la Presidencia del Gobierno*. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

¿Con qué mecanismos las Administraciones nacionales gestionan de forma coordinada y/o conjunta las políticas europeas? En particular, ¿qué instrumentos prevén los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para que los distintos Ministerios afectados se coordinen? ¿Qué modelos de referencia es posible elaborar a raíz de las experiencias concretas de los países fundadores?

A estas cuestiones se intentará contestar a lo largo del presente trabajo, que tiene como punto de partida un dato evidente: la afectación de los sistemas normativos estatales por parte de las fuentes de la UE[1] y la «europeiza-

[1] Lo demuestra el hecho de que algunos países hayan aprobado reformas constitucionales para dar un reconocimiento explícito a los avances de la Unión y a su participación en ella. Entre las Constituciones de los Estados fundadores, se puede mencionar el art. 23 de la alemana, el art. 88-1 hasta el 88-7 de la francesa o el art. 117 de la italiana (con referencia al ejercicio de las competencias legislativas).

ción» de los Estados miembros[2] declinada también con referencia a la vertiente institucional, que es la que nos interesa.

Al respecto, se puede hacer referencia a estudios empíricos, conceptuales y teóricos[3], en los cuales se evidencia que no se ha dado una convergencia sustancial entre los Estados miembros. Y ello a pesar de los factores que podrían llevar a la adopción de soluciones parecidas –cuando no idénticas–, como el contexto normativo y las dinámicas comunes a nivel europeo[4]. Sin embargo, conviven, en la UE, sistemas heterogéneos de coordinación, debido probablemente a factores que se sitúan básicamente en el nivel nacional (pero sobre este punto volveremos más adelante). Entre ellos, se va a mencionar, en primer lugar, la actitud del Estado hacia la integración europea (proactiva, reactiva, pasiva…); en segundo lugar, la importancia de los asuntos europeos en la política interna (a efectos electorales y/o de coalición con otros partidos) y la sensibilidad específica sobre determinados temas (como las políticas de agricultura, pesca…); en tercer lugar, el apoyo de la sociedad civil a la pertenencia a la Unión; en cuarto lugar, la tendencia a consultar distintos actores a nivel interno y la concepción de la coordinación (como manifestación del poder de dirección del Presidente u ocasión de diálogo y confrontación efectiva); finalmente, el modelo de Administración y la existencia de ejecutivos regionales o estatales[5].

Este proceso de adaptación institucional[6] como consecuencia de los cambios supranacionales ha afectado a varios órganos constitucionales,

[2] Véanse sobre este fenómeno Debbasch, Ch. (ed.), *Administrations nationales et intégration européenne*, Centre de Recherches Administratives, Aix-Marseille, 1987; Mény, Y., Muller, P. y Quermonne, J.L. (eds.), *Adjusting to Europe. The Impact of the European Union on national institution and policies*, Routledge, Londres, 1996; Goetz, K.H. y Hix, S., *Europeanised Politics? European Integration and National Political Systems*, Frank Cass, Londres, 2000; Graziano, P. y Vink, M. (eds.), *Europeanization: New Research Agendas*, Palgrave, Basingstoke, 2007. Interesante la distinción entre europeización vertical y horizontal realizada por Magone, J.M., *Contemporary European Politics. A Comparative Introduction*, Routledge, Abingdon-Nueva York, 2011, p. 158 y ss.

[3] Como lo subrayan Goetz, K.H. y Meyer-Sahling, J.H., «The Europeanisation of national political systems: Parliaments and executives», *Living Reviews in European Governance*, Vol. 3, n. 2, 2008, p. 4.

[4] Sobre los incentivos europeos a la adopción de un buen sistema de gobernanza, con especial referencia a algunos de los países que estaban a punto de entrar en la Unión, véase Lippert, B., Umbach, G. y Wessels. W., «Europeanization of CEE executives: EU membership negotiations as a shaping power», *Journal of European Public Policy*, Vol. 8, n. 6, 2001, p. 984 y ss.

[5] Véase al respecto el examen de Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 10 y ss.

[6] Una definición eficaz de este proceso se encuentra en Olsen, J.P., «European Challenge to the Nation State», en Steunenberg, B. y van Vught, F. (eds.), *Political Institu-*

pero el que se ha visto mayormente afectado, desde el principio, es el Gobierno[7].

Los análisis (especialmente politológicos) relativos a la influencia de la UE sobre los ejecutivos nacionales han constatado dos efectos: en primer lugar, la modificación de los equilibrios institucionales internos, pues la integración ha ido consolidando el papel de los Gobiernos nacionales, que fueron y siguen siendo los actores principales del proceso[8]; en segundo lugar, la reducción de su espacio de maniobra para la elaboración de las políticas encomendadas al nivel europeo, por el proceso decisorio donde cada vez son más las materias en las que se aplica el principio mayoritario –y no la unanimidad–[9].

Debido a las funciones de los ejecutivos, ha surgido la necesidad de adaptar su estructura a las exigencias de coordinación planteadas por la participación en el contexto europeo y de establecer mecanismos que permitan llegar a una posición compartida de la forma más rápida y eficaz posible[10].

La evaluación de la eficacia de los diferentes sistemas de coordinación es el objetivo de los estudios politológicos anteriores y actuales, mientras que, desde el punto de vista jurídico, el aspecto a analizar es la estructura de las sedes donde dicha coordinación se lleva a cabo y su eventual desarrollo más o menos paralelo a la evolución de la integración o a la evolución interna del sistema. Queda claro que es beneficioso emplear estos trabajos como instru-

tions and Public Policy. Perspectives on European Decision Making, Kluwer Academic Publisher, La Haya, 1997, p. 159, quien lo describía como la sustitución a largo plazo de prácticas y estructuras preexistentes. Es muy sugestiva la diferenciación entre el concepto de adaptación y los cambios traumáticos realizada por Börzel, T.A., *States and Regions in the European Union. Institutional Adaptation in Germany and Spain*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 22 y ss.

[7] Véase Kassim, H., «The Europeization of Member State Institutions», en Bulmer, S. y Lequesne, C. (eds.), *The Member States of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 285 y ss.

[8] Otra cuestión es la modificación de los equilibrios infra-gubernamentales, es decir, entre los diferentes Ministerios involucrados. La existencia de estos dos fenómenos, diversamente relacionados entre sí, es subrayada por Goetz, K.H., «European integration and national executives: a cause in search of an effect?», *West European Politics*, Vol. 23, n. 4, 2000, p. 211 y ss.

[9] Sobre esta cuestión, véase Lanchester, F., «Introduzione», en Id. (ed.), *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, Giuffrè, Milán, 2009, p. XVIII.

[10] Decía el Primer Ministro M. Rocard, en una circular del 15 de octubre de 1988, que « l'unité des positions françaises est une condition de l'efficacité de notre action […] ». Sin embargo, hay también estudios en los que se cuestiona la relación causa-efecto entre una buena organización interna y los resultados en las negociaciones europeas, como Sepos, A., «The National Coordination of EU Policy: Organisational Efficiency and European Outcomes», *Journal of European Integration*, Vol. 27, n. 2, 2005, p. 169 y ss.

mentos supletorios en la investigación, confirmando la faceta acentuadamente multidisciplinar del tema.

2. METODOLOGÍA: UN ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO Y EUROPEO

Las razones para afrontar este tema son múltiples.

En primer lugar, reiteramos que los Gobiernos nacionales han sido siempre y siguen siendo las piezas centrales en la historia de la integración, como protagonistas de toda decisión política y normativa, tanto en la fase ascendente, a la que se va a hacer referencia en el texto, como, cada vez más, en la descendente[11].

En segundo lugar, el proceso de profundización, especialmente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa[12], postula una renovada atención hacia la relación entre la UE y sus Estados miembros. No obstante, debido a la participación creciente de los Parlamentos nacionales, de las Regiones e incluso de los órganos jurisdiccionales, los estudios más recientes se dedican a ellos, más que a los ejecutivos, a pesar de que el eje fundamental no se haya deslizado hacia estos nuevos actores.

Además, la literatura sobre este tema se remonta al principio del siglo[13] y los volúmenes más actualizado no contienen muchos casos de estudio[14], si se exceptúan los trabajos sobre los miembros recién incorporados de Europa central y del Este, que suelen abarcar un amplio abanico de países[15]. Al con-

[11] Véase la reconstrucción de Kassim, H., «The Europeanization of Member State Institutions», *Ob. Cit.,* p. 292 y ss.

[12] Los cambios introducidos por este Tratado que tienen reflejos en la posición de los ejecutivos nacionales son numerosos. Entre ellos, se pueden recordar la institución de una Presidencia estable del Consejo Europeo, la creación de la figura del alto representante de asuntos exteriores y política de seguridad y la extensión del procedimiento de co-decisión. Asimismo tienen efectos indirectos sobre las tareas de los ejecutivos el aumento de poderes del Parlamento Europeo, la puesta en marcha de los mecanismos previstos en el protocolo de subsidiariedad y la potencial involucración de los legislativos nacionales en el control.

[13] Pienso en particular en Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, *Ob. Cit.*.: este trabajo tenía la virtud de incluir a los dos tercios de los Estados miembros en su momento, es decir, Reino Unido, Alemania, Francia, Italia, España, Portugal, Grecia, Bélgica, Austria y Dinamarca.

[14] Jordan, A. y Schout, A., *The coordination of the European Union. Exploring the capacities of networked governance*, Oxford University Press, Oxford, 2006, se concentra sobre Alemania, Países Bajos y Reino Unido; Baroncelli, S. (ed.), *Il ruolo del Governo nella formazione e applicazione del diritto dell'Unione europea. Le peculiarità di un sistema costituzionale multilivello*, Giappichelli, Turín, 2008, examina sólo a España, Alemania, Austria e Italia.

[15] Se pueden recordar, para ofrecer algunos ejemplos, Goetz, K.H., «The New Member States and the EU: Responding to Europe», en Bulmer, S. y Lequesne, C. (eds.), *The*

trario, el interés por los miembros fundadores ha ido progresivamente disminuyendo.

En tercer lugar, no se puede evitar constatar la escasez de estudios jurídicos al respecto –aún más clara si se hace referencia a los trabajos de corte comparado–. La doctrina jurídica hasta la fecha se ha centrado en aspectos diferentes de la europeización de la Administración, con especial referencia, por ejemplo, a la convergencia en ámbitos donde ha sido necesario crear Autoridades independientes o adaptar el procedimiento administrativo a los estándares europeos[16].

A pesar del recelo que parte de la doctrina constitucionalista siente hacia la vertiente puramente «política» del Gobierno y de la Administración, estos aspectos encarnan cuestiones clásicas del Derecho Constitucional, que abarcan tanto aspectos tradicionales, como la composición del Gobierno, la responsabilidad de los Ministros, etc., como aspectos más actuales, relacionados con las variaciones funcionales y estructurales debidas (también) a la integración europea. Por ello, en la perspectiva adoptada aquí, el tema se sitúa en la intersección entre Derecho Constitucional, Derecho Comparado y estudios europeos.

Dos precisiones sobre los términos adoptados en el desarrollo del texto: a) no se hará referencia exclusivamente a los Ministros, pues en algunos casos hay que tener en cuenta también a otros órganos administrativos involucrados[17] y b) la coordinación se va a entender como cualquier actividad regu-

---

Member States of the European Union, Oxford University Press, Oxford, 2004; DIMITROVA, A. y TOSHKOV, D., «The Dynamics of Domestic Coordination of EU Policy in the New Member States: Impossible to Lock In?», *West European Politics*, vol. 30, n. 5, 2007; GÄRTNER, L., HÖRNER, J. y OBHOLZER, L., «National Coordination of EU Policy: A Comparative Study of the Twelve 'New' Member States», *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 7, n. 1, 2011.

[16] Las aportaciones al respecto son muy numerosas. Para citar a algunos autores italianos, véanse, por ejemplo, CASSESE, S. y BIGNAMI, F. (eds.), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Giuffrè, Milán, 2004; BATTINI, S. y VESPERINI, G. (eds.), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milán, 2006; CHITI, M.P. y GRECO, G. (eds.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milán, 2007, 2ª ed., en varios volúmenes; DELLA CANANEA, G. (ed.), *Diritto amministrativo europeo: principi e istituti*, Giuffrè, Milán, 2011, 3ª ed.; CHITI, M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milán, 2011, 4ª ed. Otra de las cuestiones analizadas desde el principio fue la interacción funcional entre Administración nacional y europea, como lo demuestra la obra de S. CASSESE. Recordamos aquí sólo su ensayo «Divided powers: European administration and national bureaucracies», en ID. (ed.), *The European Administration*, IIAS y EIPA, Bruselas y Maastricht, 1987.

[17] Sobre la influencia a nivel gubernamental y administrativo, véase FRANCHINI, C., «L'impatto dell'integrazione comunitaria sulle relazioni al vertice dell'amministrazione. Poteri governativi e poteri amministrativi», *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, 1991, p. 775 y ss.

lada por el ordenamiento dirigida a encaminar la política gubernamental hacia una dirección, a través de instrumentos jurídicos y administrativos para coordinar las instancias públicas implicadas y para resolver los conflictos entre ellas. La perspectiva es la interna y no la europea, con lo cual no se tendrán en cuenta las sedes de coordinación en Bruselas.

Una vez aclarada la justificación y definido el marco de la investigación, es ahora necesario explicar las bases metodológicas de la selección de los casos de estudio. Por un lado, esta opción hace posible seguir la evolución que han sufrido los ejecutivos desde los primeros años de las Comunidades Europeas hasta la UE, permitiendo combinar el análisis sincrónico –de la situación de los diferentes países en la actualidad– con el diacrónico. En particular, a lo largo de las décadas los instrumentos de coordinación han sido modificados a la luz de la evolución de la integración, del aumento de los actores involucrados y de las reformas nacionales[18]. Por ello, en las conclusiones se intentará apuntar a los momentos de discontinuidad, con referencia a los factores externos e internos que han influido en los cambios.

Por otro lado, los seis casos constituyen una muestra significativa por algunos factores: a) la organización territorial, pues comprenden a un Estado federal desde siempre (Alemania), a uno que se ha trasformado en Estado federal (Bélgica), a un Estado regional (Italia), y a Estados unitarios con o sin cierta descentralización administrativa (Francia, Países Bajos y Luxemburgo)[19]; b) el peso demográfico y la extensión territorial, que va desde Alemania hasta Luxemburgo; c) las diferentes actitudes hacia la Unión, proactiva y reactiva, y los niveles máximo y mínimo de preocupación por la coordinación (Francia-Países Bajos[20]). Sin embargo, al mismo tiempo hay un elemento que sustenta esta micro-comparación[21], es decir, el modelo administrativo común, ya que

[18] Además, hay otro aspecto que mancomuna a estos casos, aunque no esté necesariamente relacionado con la cuestión organizativa: al principio todos los Estados analizados tuvieron que afrontar los mismos retos, el primero de los cuales residía en la falta de personal con una formación específica en asuntos europeos. Sobre el caso francés, Boulouis, J., «La incidencia del Derecho Comunitario en la Organización Administrativa Francesa», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 9, 1992, y sobre la importancia de los funcionarios y empleados públicos, véase en particular Cardona, F., «Civil services for the European Administrative Space», *Public Management Forum*, n. 2, 1999.

[19] Ch. Debbasch, «L'influence du processus d'integration communautaire sur les administrations nationales», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, 1991, p. 743 y ss., adopta el elemento territorial como criterio clasificatorio. Asimismo Ordóñez Solís, D., «Administraciones nacionales e integración europea», *Noticias de la Unión Europea*, n. 136, 1996, p. 19 y ss., lo considera un factor fundamental.

[20] La opinión es de Kassim, H., Peters, B.G. y Wright V. (eds.), *The National Coordination of EU Policy. The Domestic Level*, *Ob. Cit*., p. 3.

[21] Véase, en castellano, Scarciglia, R., «Macrocomparación/Microcomparación», en Pegoraro, L. (ed.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, Porrúa, México, 2012, p. 280.

todos los Estados analizados forman parte de la tradición continental, no habiendo sistemas anglosajones o escandinavos, por ejemplo.

En la aplicación del método comparado, la investigación tendrá en cuenta dos de los tres formantes[22]: el legal (relativo a las normas sobre la organización de las sedes de coordinación) y el doctrinal, mientras que no tiene especial trascendencia el jurisprudencial[23].

Coherentemente con la finalidad primigenia de la comparación jurídica, de tipo teórico cognoscitivo[24], clasificaremos los sistemas en los «modelos»[25] derivados de la aplicación de los siguientes «elementos determinantes»[26]: a) la existencia o inexistencia de un Ministro para los Asuntos Europeos; b) la existencia o inexistencia de un órgano de coordinación interministerial específico y b1) su colocación en la Presidencia del Gobierno o en el Ministerio de Asuntos Exteriores.

A la luz de las diferencias en el papel de los miembros del ejecutivo[27], hasta la fecha la literatura ha hablado básicamente de dos patrones: los siste-

[22] Este término se debe a la obra de Rodolfo SACCO (véase *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Turín, 1992, p. 43 y ss.) y es utilizado en muchos de los estudios sobre el método en el Derecho Público Comparado, como BOGNETTI, G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Turín, 1994, p. 82 y ss.; PEGORARO, L. y RINELLA, A., *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padua, Cedam, 2013, p. 38 y ss.; SCARCIGLIA, R., *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 116 y ss.

[23] Una precisión: el papel de la jurisprudencia nacional y del Tribunal de Justicia ha sido y es esencial para la evolución de la UE y, en algunos casos, para el establecimiento de los equilibrios interinstitucionales. Sin embargo, no hay material relevante con referencia específicamente a los instrumentos de coordinación.

[24] Sobre las finalidades del Derecho Comparado, se pueden recordar LOMBARDI, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milán, 1986, p. 11 y ss.; DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padua, 2011, 8ª ed., p. 16 y ss. y PEGORARO, L. y RINELLA, A., *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, cit., p. 72 y ss.

[25] Véase al respecto TUSSEAU, G., «Modelos», en PEGORARO, L. (ed.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, *Ob. Cit.*, p. 288: «La comparación jurídica dirige la atención del jurista sobre una multiplicidad de Estados, instituciones, normas, etc.; con su confrontación, él llega a constataciones que varían por la oposición a la identidad, pasando por la diferencia, la semejanza o la equivalencia. La ambición de la empresa del comparatista no consiste únicamente en tomar nota de la diversidad o la proximidad de los elementos comparados. La contribución original, de hecho, se encuentra más bien en proceder a una *mise en ordre* intelectual de los datos examinados, que representa el objetivo de la construcción de modelos».

[26] Este método se debe a L.J. CONSTANTINESCO, quien lo aplicó al estudio de las familias jurídicas y de las formas de Estado, aunque puede ser adoptado también en el ámbito de estudios sobre objetos más reducidos. Véase CONSTANTINESCO, L.J., *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Turín, 1996; ID., *Il metodo comparativo*, edición de PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A., Giappichelli, Turín, 2000.

[27] Sobre la ausencia de un modelo único, además de los otros escritos citados *infra*, véase MITTAG, J. y WESSELS, W., «The 'One' and the 'Fifteen'? The Member States bet-

mas dominados por el Ministro de Asuntos Exteriores y los sistemas dominados por el Primer Ministro[28]. Empero estas clasificaciones hacen referencia precipuamente a factores políticos, como los equilibrios entre Ministerios, el protagonismo de los Ministros y del Presidente del Gobierno en la praxis, etc.

En esta investigación, al contrario, a través de los «elementos determinantes» mencionados con anterioridad, que hacen referencia al formante legal, se llegará a incluir a los países analizados en cuatro modelos. Su elaboración se va a realizar de forma progresiva, desde los casos que reflejan en menor medida los elementos considerados síntomas de desarrollo del sistema, es decir, existencia de un Ministro para los Asuntos Europeos y presencia de una sede de coordinación especializada. En este segundo ámbito, siendo el alejamiento de la sede de coordinación del Ministerio de Asuntos Exteriores una supuesta tendencia, la opción menos desarrollada será su presencia dentro de dicho Ministerio.

El primer modelo se denominará así «opción cero» y estará caracterizado por la falta de un Ministro o de una sede (Alemania, § 4.1); en el segundo tampoco hay un Ministro para los Asuntos Europeos, pero sí una sede de coordinación en el Ministerio de Asuntos Exteriores (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, § 4.2); en el tercero dicha sede se sitúa en la Presidencia del Gobierno (Francia, § 4.3); finalmente, en el cuarto se cumplen las dos condiciones, es decir, la existencia de un Ministro específico y de una sede en la Presidencia (Italia, § 4.4).

En cada párrafo se podrá mencionar a las unidades o divisiones dentro de los Ministerios, aunque no se va a profundizar en ellas a no ser que resulten determinantes para la coordinación. Sólo en el análisis del caso belga resultará necesario involucrar el aspecto territorial en el examen de la coordinación interministerial porque es uno de los rasgos esenciales del sistema, mientras que por lo demás se van a omitir las referencias a los actores nuevos (todavía secundarios) del escenario europeo: Parlamentos y Regiones.

Antes de pasar a una breve reseña de los sistemas de coordinación que abarque un mayor número de ejemplos (§ 3), es necesaria una última precisión metodológica con referencia a las categorías propuestas. Se va a realizar una clasificación politética, basada en una pluralidad de parámetros, que no

---

ween procedural adaptation and structural revolution», en WESSELS, W., MAURER, A. y MITTAG, J. (eds.), *Fifteen into one? The European Union and its member states*, Manchester University Press, Manchester-Nueva York, 2003, p. 413 y ss.

[28] LAFFAN, B., «Managing Europe from Home. Impact of the EU on Executive Government: A Comparative Analysis», OEUE Paper, 2003, en www.oeue.net, habla de dos modelos preponderantes, con referencia al papel del Primer Ministro o del Ministro de Asuntos Exteriores; CIAVARINI AZZI, G., «L'application du Droit communautaire dans les États membres: une vue d'ensemble», *Revue Française d'administration publique*, n. 34, 1985, elaboraba tres modelos.

asume ninguno por sí solo como elemento decisivo (como pasa en las monotéticas) y es, por lo tanto, más flexible[29]. Adoptando la lógica difusa (*fuzzy sets theory*, en su denominación originaria elaborada por L.A. Zadeh), se propondrán así clases difuminadas, en las cuales los objetos adscritos a cada una presentan también alguna característica divergente, además de compartir aquellas que resulten determinantes para la clasificación. A diferencia de las ciencias exactas, las clases en el Derecho Comparado son menos netas, tanto porque presentan propiedades multiformes e interpretables, como porque están sujetas a caducidad por la misma evolución de los ordenamientos.

3. SOLUCIONES COMPARADAS: UNA OJEADA RÁPIDA

La dimensión europea de los Gobiernos nacionales ha sido en parte obviada en los estudios más recientes, pues la doctrina está dedicando más atención a aquellos sujetos que han tardado en conseguir «subir al escenario» europeo, los legislativos y los entes descentralizados[30].

Sin embargo, tener en cuenta los estudios anteriores relativos a los ejecutivos resulta útil porque éstos han individualizado algunas tendencias generalizadas. Nos referimos, por ejemplo, a la creación de estructuras gubernamentales especializadas en cuestiones europeas[31] y a la distinción paulatina entre asuntos exteriores y asuntos europeos[32] –aunque la PESC sigue dentro del primer campo–. Se puede añadir la persistente importancia de las Administraciones centrales, que reciben en primera instancia todas las informaciones de la UE y son las titulares de la casi totalidad de los instrumentos participativos a nivel europeo. Asimismo, el alma económica de la Unión –y la reciente crisis– parece haber afectado de manera bastante pareja a los Estados miembros en el sentido de revalorizar las funciones de los Ministerios de

[29] Sobre la aplicación de esta teoría en el Derecho Comparado, véase la reciente reconstrucción de Baldin, S., «Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 10, 2012.

[30] Véanse Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, *Ob. Cit.*; Wessels W., Maurer, A. y Mittag, J. (eds.), *Fifteen into one? The European Union and its Member States*, Manchester University Press, Manchester, 2003; Jordan, A. y Schout, A. (eds.), *The Coordination of the European Union. Exploring the Capacities of a Networked Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

[31] Sobre este efecto, véase Debbasch, Ch. «L'influence du processus d'integration communautaire sur les administrations nationales», *Ob. Cit.*, p. 742.

[32] Estas dos tendencias son evidenciadas por Closa Montero, C. y Molina Álvarez de Cienfuegos, I., «La elaboración y coordinación de la política europea: apuntes para negociar mejor la maraña post-Lisboa», en www.realinstitutoelcano.org, ARI 121/2010, p. 1.

Economía y más, cuando están separados, los de Hacienda[33]. Finalmente, una tendencia bastante clara a lo largo de los años resulta ser la potenciación de las funciones directivas y representativas del Primer Ministro, tal y como el papel coordinador de la Presidencia en sí[34].

A pesar de estas tendencias compartidas, sigue habiendo sistemas diferenciados desde el punto de vista estructural[35].

Sólo para mencionar algunos casos, en Suecia y en Finlandia se han instituido Ministros *ad hoc* para los asuntos europeos[36], y en muchos casos se ha encargado de seguir estas cuestiones a un secretario de Estado, un viceministro o un *Junior Minister*[37].

A nivel administrativo, como se ha anticipado, el órgano de coordinación puede colocarse dentro de la Presidencia del Gobierno o del Ministerio de Asuntos Exteriores (o, eventualmente, de otro Ministerio). Por ejemplo, la Secretaría para Asuntos Europeos y globales del Reino Unido está conectada a la Oficina del Primer Ministro[38], mientras que la Comisión Interministerial para los Asuntos Europeos portuguesa está vinculada al Ministerio de Asuntos Exteriores[39] y la Secretaría de Estado para la Unión

[33] Goetz, K.H. y Meyer-Sahling, J.H., «The Europeanisation of national political systems: Parliaments and executives», *Ob. Cit.*, p. 14.

[34] En este sentido, véase Mittag, J. y Wessels, W., «The 'One' and the 'Fifteen'? The Member States between procedural adaptation and structural revolution», *Ob. Cit*., p. 424 y ss.

[35] Olsen, J.P., *Europe in Search of Political Order*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 239, lo pone de manifiesto de forma muy clara: «While there are competing interpretations, the main findings (although with many nuances) are, first, that ‚Europe matters' and second, that there is domestic persistence and enduring diversity […]. There has been no general trend towards isomorphism and no significant convergence towards a common institutional model homogenizing the domestic structures of the European states […] established domestic patterns have been resilient but also flexible enough to cope with changes at the European level, and no new and unified model of dealing with Union matters has emerged».

[36] Para conseguir mayores informaciones, se pueden consultar las páginas web de los dos Gobiernos: www.sweden.gov.se y www.government.fi.

[37] Closa Montero, C. y Molina Álvarez de Cienfuegos, I., «La elaboración y coordinación de la política europea: apuntes para negociar mejor la maraña post-Lisboa», *Ob. Cit*., p. 4.

[38] Véase la página web del *European and Global Issues Secretariat*, www.cabinetoffice.gov.uk. Entre las funciones encomendadas a esta Secretaría, se encuentra el apoyo al Gobierno en la gestión y preparación de las reuniones del Consejo Europeo, de las negociaciones y de las relaciones con los demás Estados miembros (y candidatos), además de la coordinación entre Administraciones en el proceso decisorio y de ejecución de los actos normativos europeos. Sobre la evolución de la coordinación en el Reino Unido, véase Kassim, H., «United Kingdom», en Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, *Op. Cit*., p. 22 y ss.

[39] Véase la página web de la Dirección General de Asuntos Europeos, www.portugal.gov.pt. Acerca de los instrumentos de coordinación, véase Magone, J., «Portugal», en

Europea española se encuentra en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación[40].

4. LA COORDINACIÓN GUBERNAMENTAL

4.1. *Modelo 1: la opción cero, es decir, la coordinación sin Ministro o sede específica*

Tal y como se explicó con anterioridad, en el primer modelo de referencia no hay ni un Ministro para los Asuntos Europeos ni una sede de coordinación como un Secretariado de corte francés o un Comité a la inglesa.

Y justamente esta «ausencia» es el punto de partida de todo análisis acerca del sistema de coordinación alemán. La adaptación del ejecutivo al proceso de integración no conllevó grandes cambios estructurales, y al principio los dos Ministerios que se peleaban las tareas en ámbito europeo fueron el de Asuntos Exteriores y el de Economía. El compromiso alcanzado en 1958 fue el siguiente: el primero sería competente para las cuestiones relativas a los tratados y a sus reformas, incluida la ampliación; el segundo se ocuparía de todas las materias otorgadas a las entonces CEE. Por ello, dentro de los dos aparatos se crearon divisiones para los asuntos europeos[41].

El Ministerio de Agricultura también estableció contactos autónomos con los sujetos involucrados desde el principio, y esta tendencia se expandió a los demás Ministerios después de la entrada en vigor del Tratado de Maastri-

---

Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, *Ob. Cit*., p. 141 y ss.

[40] La actual organización de la Secretaría se debe al Real decreto 342/2012, de 10 de febrero, «por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación» (en www.maec.es). Conforme al art. 6.1, se trata del «órgano superior directamente responsable, bajo la dirección del titular del Departamento, de la formulación y ejecución de la política de España en el ámbito de la Unión Europea» que además «asiste al titular del Ministerio en la formulación y ejecución de la política exterior de España en el área geográfica correspondiente a los países de la Unión Europea, países candidatos, países del Espacio Económico Europeo y otros países europeos». A su vez, el Secretario de Estado para la Unión Europea preside la Comisión Interministerial para Asuntos relacionados con la Unión Europea (CIAUE), que representa la sede de coordinación entre los Ministerios para definir las directrices de la política europea. Sobre la evolución del sistema, se remite a Molina Álvarez de Cienfuegos, I., «Spain», en Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V.(eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, *Ob. Cit*., p. 114 y ss. y Closa Montero, C. y Heywood, P.M., *Spain and the European Union*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2004, p. 60 y ss.

[41] Sobre la primera fase, véase Derlien, H.U., «Germany», en Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, *Ob. Cit*., p. 58 y ss.

cht[42], aunque todavía se podía ver una clara prevalencia del de Economía. Posteriormente, éste vio disminuir sus tareas a favor del de Hacienda: fue un giro importante cuando, en 1998, muchas competencias fueron transferidas del primero al segundo[43], aunque después de las elecciones de 2005 la situación volvió sustancialmente al principio[44].

El sistema se basa en una responsabilidad compartida, que depende del papel del Ministerio competente que se encarga de la coordinación horizontal[45]. Éste tiene que emprender las negociaciones internas para alcanzar una posición común, informar a los demás Ministerios afectados, mantener al día al Parlamento federal y preparar los documentos para el Gobierno federal de cara a la negociación en Bruselas. Finalmente, el Consejo de Ministros representa la sede decisoria más elevada.

Se han instituido mecanismos para facilitar el proceso de coordinación a nivel administrativo[46]: tras la abolición del Comité para los Asuntos Europeos en la Presidencia[47], el órgano de referencia es el Comité de los Secretarios de Estado para los Asuntos Europeos (*Staatssekretärsausschuss*

[42] Véase al respecto MAURER, A., «Germany: fragmented structures in a complex system», en WESSELS, W., MAURER, A. y MITTAG, J. (eds.), *Fifteen into one? The European Union and its Member States*, *Ob., Cit*., p. 125.

[43] El Ministerio asumió la vicepresidencia del Comité de los Secretarios de Estado para los Asuntos Europeos, la coordinación de las reuniones del COREPER I y II y la gestión de los fondos estructurales y de cohesión. Véase en particular BULMER, S. y BURCH, M., «The Europeanisation of Central Government: the UK and Germany in historical institutionalist perspective», en SCHNEIDER, G. y ASPINWALL, M. (eds.), *The Rules of Integration: Institutionalist Approaches to the study of Europe*, Manchester University Press, Manchester, 2001, p. 73 y ss.

[44] GOETZ, K.H. y MEYER-SAHLING, J.H., «The Europeanisation of national political systems: Parliaments and executives», *Ob. Cit*., p. 14.

[45] Cada Ministerio es un actor independiente, dentro de un contexto caracterizado por la preeminencia del Canciller y de su dirección política. En este sentido, MAURER, A., «Germany: fragmented structures in a complex system», *Ob. Cit*., p. 119. Véanse también las observaciones contenidas en «Germany: a reactive and passive coordinator?», en JORDAN, A. y SCHOUT, A., *The coordination of the European Union. Exploring the capacities of networked governance*, *Ob. Cit*., p. 149 y ss. – aunque el estudio de caso se refiere a la política de medio ambiente –. Sobre la ausencia de un Ministerio específico, ZEI, A., «L'organizzazione del Governo in Germania», en LANCHESTER, F. (ed.), *La barra e il timone. Governo e apparati amministrativi in alcuni ordinamenti costituzionali*, *Ob. Cit*., p. 223 y ss.

[46] DERLIEN, H.U., «Germany», *Ob. Cit*., p. 55 y ss. hablaba de dos vías: la diplomática, que parte del Ministerio de Asuntos Exteriores y llega hasta el Consejo de Ministros, y la especializada, que se basa en la burocracia alemana y alcanza por un lado a los *Länder* y por el otro lado a la Comisión.

[47] Dicho órgano fue instituido en 1973 y fue abolido por el Canciller Schröder, puesto que antes del comienzo de su primer mandato (en 1998) sólo había celebrado dos reuniones. Véase al respecto SASSE, C., *Regierungen, Parlamente, Ministerrat: Entschei-*

für Europafragen), cuyo Presidente es el Secretario de Estado para Europa del Ministerio de Asuntos Exteriores y el Vice-presidente es el Ministro de Economía. Dicho órgano fue creado en 1963 como sede para debatir las cuestiones europeas cuando los Ministerios afectados no alcanzasen un acuerdo.

El modelo variable de coordinación interministerial y la citada falta de un Ministerio específico han conllevado una mayor sectorialización y han propiciado aún más el desarrollo de sub-divisiones internas a los Ministerios. Los de Agricultura, Hacienda y Asuntos Exteriores crearon Direcciones generales para los Asuntos Europeos ya en los años 60 y los siguieron otros; las reuniones entre los vértices de dichas Direcciones también se celebran cada mes aproximadamente en la sede del Ministerio de Asuntos Exteriores o en el de Economía, para afrontar los eventuales casos de alerta temprana, resolver los contrastes entre las Administraciones involucradas (si es posible) y monitorizar la ejecución de las normas europeas[48]. También se dan encuentros de los Jefes de los Asuntos Europeos –que suelen ser las cabezas de la división de coordinación de cada Dirección– con funciones de apoyo a los demás órganos mencionados, sobre todo al Comité de los Secretarios de Estado para los Asuntos Europeos.

4.2. *Modelo 2: la coordinación sin Ministro, pero con una sede en el Ministerio de Asuntos Exteriores*

Dentro de esta segunda categoría, más «tradicional» porque reconoce un papel determinante al Ministerio de Asuntos Exteriores, se pueden incluir a Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.

Como se aclaró, en el caso belga resulta esencial la transformación de la forma de Estado.

En las primeras décadas, además de la adaptación interna de cada vez más Ministerios, mediante la creación de divisiones y direcciones[49], el sistema de coordinación evolucionó otorgando cada vez más protagonismo a la Dirección general para los asuntos políticos (situada dentro del Ministerio de Asuntos Exteriores). Para favorecer la cooperación, este mecanismo, denominado

dungsprozesse in der Europäischen Gemeinschaft, Europa Union Verlag, Bonn, 1975, p. 28 y ss.

[48] En particular, el grupo de coordinación europea que forma parte de la Dirección general del Ministerio de Asuntos Exteriores desempeña tareas de monitorización sobre las iniciativas europeas, su relación con las políticas alemanas y la formación de las posiciones nacionales.

[49] Kerremans, B., Beyers, J., «Belgium: The Dilemma between Cohesion and Autonomy», en Hanf, K., Soetendorp, B. (eds.), *Adapting to European integration: small States and the European Union*, Longman, Londres, 1998, p. 17 y ss.

«Coordinación europea» entre 1974 y 1985 y luego «P.11», a su vez se coordinaba con el Comité económico interministerial situado en el de Economía.

El punto de partida para el análisis del sistema de coordinación belga actual –es decir, en la fase federal posterior a 1993– reside en la complejidad de la organización territorial (con la presencia de tres Regiones y tres Comunidades lingüísticas)[50]. La coordinación pasó entonces de ser básicamente un problema del Gobierno nacional a ser una cuestión interterritorial, dado que desde el punto de vista jurídico, los ejecutivos regionales empezaron a tener el mismo rango que el estatal y se inició a emplear el principio de unanimidad[51]. Estas reformas «han permitido desarrollar unos sistemas de participación de las Regiones tanto en la fase ascendente como en la descendente que en muchos casos posterga la intervención del Gobierno y de la Administración central»[52].

Así se potenció el alcance del principio *in foro interno in foro externo*, según el cual los entes descentralizados pueden desempeñar funciones de política exterior si disponen de la competencia a nivel interno sobre la materia afectada. Se fortalecieron los mecanismos dirigidos a garantizar el flujo de informaciones hacia los entes y a propiciar la cooperación, especialmente en las competencias compartidas[53].

El posterior acuerdo adoptado por las Comunidades y Regiones en 1994 acerca de la coordinación en los asuntos europeos determinó también qué territorio representaría al Estado en los Consejos. El acuerdo fue actualizado en 2003, tras la reforma de 2001 que aumentó las competencias regionales: se estableció un sistema basado en seis grupos de materias, con una rotación semestral entre Comunidades y Regiones[54].

En ausencia de un Ministerio específicamente dedicado a los asuntos europeos, la sede más importante de coordinación interna es la Dirección General para la Coordinación y los Asuntos Europeos (*Direction générale Coordination et Affaires européennes – DGE*)[55], situada en el Ministerio de

[50] Beyers, J., Kerremans, B. y Bursens, P., «Belgium, the Netherlands, and Luxembourg: Diversity Among the Benelux Countries», *Ob. Cit*., p. 63.

[51] Véase Kerremans, B., «Belgium», en Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, *Ob. Cit*., p. 186 y ss.

[52] Ordóñez Solís, D. «Administraciones nacionales e integración europea», cit., p. 39. Como lo afirman Kerremans, B. y Beyers, J., «Belgium: The Dilemma between Cohesion and Autonomy», *Ob. Cit.*, «Belgium can only take a position in the Council if both the federal government and each subnational level have approved that position».

[53] Véanse Drieskens, E., Van Hecke, S. y Bursens, P., *The 2010 Belgian Presidency: Driving in the EU's Back Seat*, Swedish Institute for European Policy Studies, Estocolmo, 2010, pp. 28-29.

[54] Se trataba del *Accord de coopération entre l'Etat fédéral, les Communautés et les Régions, relatif à la représentation du Royaume de Belgique au sein du Conseil de Ministres de l'Union européenne* del 17 de noviembre de 1994, reformado el 13 de febrero de 2003.

[55] Sobre su organización interna se puede consultar la página web de la Dirección: http://diplomatie.belgium.be/fr/sur_lorganisation/organigramme_et_structure/e/.

Asuntos Exteriores. Dentro de dicha institución se prepara y define la posición belga, a través de reuniones periódicas con representantes de los ejecutivos involucrados. La naturaleza de esta Dirección se ha ido modificando a lo largo de los años, justamente porque la participación de sujetos provenientes de los otros niveles de gobierno, cuyo voto tiene el mismo valor que el federal, la ha trasformado en una «agencia inter-federal con una lógica federal dual definida en la Constitución»[56].

Si no se llega a un acuerdo, interviene la Conferencia Interministerial para la Política Exterior (*Conférence Interministérielle «Politique étrangère» – CIPE*), que está compuesta por los Ministros competentes del Estado y de las Regiones y Comunidades. Eventualmente se puede llegar posteriormente al Comité de Concertación (*Comité de concertation*), que se sitúa en la Presidencia del Gobierno y está formado igualmente por Ministros de los diferentes niveles territoriales. Se trata del órgano de coordinación general y por ello se podría decir que las Conferencias interministeriales son una suerte de emanación de este Comité[57].

Pasando al segundo ordenamiento que encaja en esta clase, es decir, el sistema holandés, éste presenta dos características fundamentales: el protagonismo del Ministerio de Asuntos Exteriores y el mantenimiento de la fragmentación en la burocracia y de cierta autonomía para los Ministerios[58].

En los primeros años, hasta 1972, el papel coordinador le pertenecía al Ministerio de Economía, pero a partir de esta fecha pasó al Ministerio de Asuntos Exteriores, dentro del cual se encuentra la Dirección general para la cooperación europea. Las iniciativas de la Comisión se comunican a la representación permanente, que a su vez las transmite a este Ministerio: posteriormente, se identifica al Ministerio competente, que se encarga tanto de la fase ascendente como de la descendente y además prepara el primer borrador de la posición nacional a defender ante las Instituciones europeas.

Cada Ministerio dispone de un departamento y/o división especializada y hay reuniones de los sub-directores generales de cada uno (de los afectados), bajo la dirección del Secretario de Estado de Asuntos Exteriores[59].

---

[56] Drieskens, E., Van Hecke, S. y Bursens, P., *The 2010 Belgian Presidency: Driving in the EU's Back Seat, Ob. Cit.*, p. 32.

[57] Una imagen gráfica de estos tres niveles, Dirección general – Conferencia interministerial – Comité de concertación, se encuentra en Beyers, J. y Bursens, P., «The European Rescue of the Federal State. How Europeanization Shapes the Belgian State», *West European Politics*, Vol. 29, n. 5, 2006, p. 1057 y ss.

[58] Para una exposición extensa de estos caracteres tradicionales, véase Harmsen, R., «The Europeanization of National Administrations: A Comparative Study of France and The Netherlands», *Governance*, Vol. 12, n. 1, 1999, p. 81 y ss.

[59] Si bien es verdad que la responsabilidad de la coordinación radica en este Ministerio, su papel efectivo es más bien débil, llegando a ser definido como un *weak integrator*. Véase, aparte de la literatura mencionada *infra*, «The Netherlands: from event to issue

Las decisiones de los órganos de coordinación pueden llegar al Consejo de Ministros[60], pues el sistema funciona como una cadena de apelaciones progresivas, en la cual los Ministerios intentan sostener su punto de vista en cada etapa[61].

Dentro de esta clase, se puede incluir también a Luxemburgo. Su sistema de coordinación es el más sencillo, debido a los caracteres peculiares de este Estado miembro. El Ministerio que recibe las iniciativas de la Comisión –a través de la representación permanente– es el de Asuntos Exteriores, quien a su vez las distribuye entre los diferentes Ministerios según la materia afectada. En caso de cuestiones importantes o que afecten a diversos departamentos, se demandan a un Comité de la Unión Europea, presidido por el Ministro de Asuntos Exteriores, donde participan los Ministros afectados, el Primer Ministro y la REPER[62].

4.3. *Modelo 3: la coordinación sin Ministro, pero con una sede en la Presidencia del Gobierno*

El sistema francés es un ejemplo claro de coordinación especializada. La Secretaría General de Cooperación Interministerial (SGCI), creada en 1948 para resolver los conflictos entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y el de Hacienda en la gestión de las ayudas del Plan Marshall, se ha revelado esencial para el desempeño de las tareas europeas del Gobierno. Ésta coordinaba las diferentes Administraciones y dependía tradicionalmente de la Presidencia (aunque desde 1981 hasta 1984 se adscribió al Viceministro para los Asuntos Europeos)[63].

---

coordination», en Jordan, A. y Schout, A., *The coordination of the European Union. Exploring the capacities of networked governance*, *Ob. Cit*., p. 166 y ss.

[60] Sobre su papel, véase Soetendorp, B. y Hanf, K., «The Netherlands: Growing Doubts of a Loyal member», en Hanf, K. y Soetendorp, B. (eds.), *Adapting to European integration: small States and the European Union*, *Ob. Cit*., p. 40.

[61] Sobre los diferentes niveles y su relación, véase Beyers, J., Kerremans, B. y Bursens, P., «Belgium, the Netherlands, and Luxembourg: Diversity Among the Benelux Countries», en E.E. Zeff, E.B. Pirro (eds.), *The European Union and the Member States. Cooperation, Coordination, and Compromise*, Rienner, Londres, 2001, p. 60 y ss.

[62] Su papel de coordinación es mínimo, según Beyers, J., Kerremans, B. y Bursens, P., «Belgium, the Netherlands, and Luxembourg: Diversity Among the Benelux Countries», *Ob. Cit*., p. 72, que enfatizan los contactos informales.

[63] Para un análisis histórico de las posiciones relacionadas con las distintas políticas, véase Hayward, J. y Wright, V., *Governing from the centre. Core executive coordination in France*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 133 y ss. En general, sobre la actitud de los Gobiernos franceses, véase J.S. Ambler, M.S. Reichert, «France: Europeanism, Nationalism, and the Planned Economy», en Zeff, EE. y Pirro, E.B. (eds.), *The European Union and the Member States. Cooperation, Coordination, and Compromise*, *Ob. Cit*., p. 29 y ss.

En 2005 se aprobó la última regulación de este órgano[64] y desde entonces el sistema se basa en la Secretaría General para los Asuntos Europeos (SGAE), ubicada en la Presidencia del Gobierno[65]. Toda la fase ascendente es dominada por ella, que recibe las iniciativas de la Comisión, las transmite a los Ministerios afectados y organiza los encuentros entre ellos, además de tener el monopolio en las relaciones con la representación permanente francesa[66].

Bajo la autoridad del Primer Ministro, ésta instruye y prepara las posiciones a defender en el Consejo de la Unión Europea (pero se ocupa asimismo de la fase descendente junto con la Secretaría general del Gobierno) y transmite la cuestión a la Presidencia si no se alcanza un acuerdo.

Se ha instaurado además el Comité interministerial sobre Europa, que reúne los principales Ministros y Secretarios de Estado sobre la base de un orden del día decidido por el Primer Ministro; la labor de apoyo le corresponde a la SGAE. Los Ministros que forman parte de dicho Comité son el de Asuntos Exteriores, el de Economía y Hacienda, el Vice-Ministro delegado por el Ministro de Asuntos Exteriores para las cuestiones europeas y los demás interesados según la materia.

4.4. *Modelo 4: la coordinación con Ministro y con una sede en la Presidencia del Gobierno*

En el caso italiano también los instrumentos institucionales y administrativos dirigidos a la coordinación de las políticas europeas se han modificado

[64] Decreto 2005-1283, «relatif au comité interministériel sur l'Europe et au secrétariat général des affaires européennes». Sobre la SGCI, véanse Menon, A., «France», en Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, *Ob. Cit*., p. 83 y ss. y Szukala, A., «France: the European transformation of the French model», en Wessels, W., Maurer, A. y Mittag, J. (eds.), *Fifteen into one? The European Union and its Member States*, *Ob. Cit*., p. 228 y ss.

[65] Véase la página web del *Secrétariat général des affaires européennes*, www.sgae.gouv.fr. En la descripción de sus funciones, se hace referencia a todas las áreas incluidas en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (menos la PESC) y a las relacines con la REPER francesa.

[66] En el art. 2 del decreto 2005-1283 se afirma, por ejemplo, que la secretaría general, bajo la autoridad del primer ministro, « instruit et prépare les positions qui seront exprimées par la France au sein des institutions de l'Union européenne […]. Il assure la coordination interministérielle nécessaire à cet effet. Il transmet les instructions du Gouvernement aux agents chargés de l'expression des positions françaises auprès de ces institutions »; además « veille à la mise en oeuvre, par l'ensemble des départements ministériels, des engagements souscrits par le Gouvernement dans le cadre des institutions européennes »; etc. Ésta se encarga asimismo de monitorizar la trasposición de las directivas y la participación francesa en las Instituciones europeas.

a lo largo de las décadas[67]. La doctrina ha hablado de dos etapas: a) la de la primacía del Gobierno central, y especialmente del Ministro de Asuntos Exteriores; b) la de la fragmentación, con un creciente papel de diferentes Administraciones[68]. Hasta los años 80 no existían formas de participación de las Regiones en los asuntos comunitarios (era la época de la «ceguera regional» europea, y el Estado por su parte no introdujo enmiendas al respecto) ni instrumentos para que el Parlamento pudiera ser involucrado en la definición de la política europea o controlar la actuación del Gobierno.

En esta primera fase no se reformó la estructura gubernamental y se encomendó al Ministro de Asuntos Exteriores la gestión de todo lo relacionado con las Comunidades Europeas[69]. Su papel se vio reducido en la segunda fase por dos razones básicas: a) la potenciación de los diferentes Ministerios en la gestión de las cuestiones europeas en sedes cooperativas; b) la creación, en 1987, del Departamento para la Coordinación de las Políticas Comunitarias[70] dirigido por un Ministro sin cartera que tenía como funciones la coordinación y el seguimiento de la implementación de las directivas.

Entre la sedes específicas de coordinación, la primera fue el Comité Interministerial para la Programación Económica (CIPE), creado en 1967 en el seno de la Presidencia del Gobierno[71]; tenía funciones relativas a la política

[67] Se nos permita remitir a nuestro «Coordinación de las políticas europeas y transformaciones estructurales de los Ejecutivos nacionales (el caso italiano en perspectiva comparada)», *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 12, 2013.

[68] Las dos fases son individualizadas, por ejemplo, por Della Cananea, G., «Italy», en Kassim, H., Peters, B.G. y Wright, V. (eds.), *The National Co-ordination of EU Policy. The Domestic Level*, cit., p. 107 y ss. Al respecto, se puede hacer referencia también a Ronzitti, N., «European Policy Formulation in the Italian Administrative System», *The International Spectator*, Vol. 22, n. 4, 1987, p. 207 y ss.; Franchini, C., «L'integrazione europea e il governo delle politiche comunitarie in Italia: organizzazione amministrativa e rapporto con le Comunità Europee», *Rivista di diritto europeo*, n. 1, 1990, p. 37 y ss.; AA. VV., *Indagine conoscitiva sulla partecipazione dell'Italia alle fasi formativa ed applicativa del diritto comunitario*, Senato della Repubblica, Roma, 1991. En español, ofrece un marco claro de la situación de las primeras tres décadas Chiti, M.P., «La creación y ejecución del derecho comunitario en los Estados compuestos: Italia», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 9, 1992.

[69] Véase al respecto Della Cananea, G., «L'Italia e l'Europa: la politica «comunitaria» nel periodo iniziale del processo di integrazione (1952-1967)», en Volkmar Heyen, E. (ed.), *Early European Community Administration - Jahrbüch der Europaïsches Verwaltungsgeschichte*, Nomos, Baden Baden, 1992, p. 207 y ss.

[70] Ley 183/1987: «Coordinamento delle politiche riguardanti l'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee ed adeguamento dell'ordinamento interno agli atti normativi comunitari».

[71] Ley 48/1967: «Attribuzioni e ordinamento del Ministero del bilancio e della programmazione economica e istituzione del Comitato dei Ministri per la programmazione economica».

interna, pero al mismo tiempo se encargaba de promover las actuaciones necesarias para la armonización de la política económica nacional con las políticas económicas de los demás países de las entonces Comunidades Europeas[72]. Aunque a lo largo de los años cambió su composición, se mantuvieron sus «funciones europeas» hasta su traspaso al Comité Interministerial para los Asuntos Comunitarios Europeos (CIACE), cuyo cometido era, por un lado, definir «las líneas políticas del Gobierno en el proceso de formación de la posición italiana en la fase de predisposición de los actos comunitarios y de la Unión Europea» y, por otro lado, asegurar que se cumpliesen las obligaciones derivadas de la UE[73]. Desde el año 2013 se denomina Comité Interministerial para los Asuntos Europeos (CIAE)[74].

El CIAE es apoyado por un Comité técnico permanente, instituido dentro del Departamento para las Políticas Europeas (el antiguo Departamento para la Coordinación de las Políticas Comunitarias) y compuesto por un representante designado por cada Ministro.

El Departamento se encarga de la coordinación, en la fase ascendente, de las Administraciones estatales competentes, de las Regiones y de los operadores privados para definir la posición italiana a defender en las sedes decisorias europeas, de acuerdo con el Ministro de Asuntos Exteriores. Posteriormente, durante el proceso de toma de decisión en las Instituciones europeas, el Departamento supervisa su evolución para favorecer una adaptación constante de la postura del Estado; finalmente, en la fase descendente, se ocupa de colaborar y monitorizar el procedimiento legislativo de las leyes necesarias para la ejecución o integración de las fuentes comunitarias, y en general de su implementación por parte de los sujetos obligados (especial-

[72] Inicialmente estaba formado por el Presidente del Gobierno, el Ministro de Economía, los de Asuntos Exteriores, de Hacienda, de Industria y Comercio, de Agricultura, de Comercio exterior, de participaciones estatales y obras públicas, de Trabajo, Transportes y Turismo (además del Ministro competente para las medidas extraordinarias en el Sur y en las zonas menos desarrolladas del Norte). Participaban en sus reuniones también los demás Ministros competentes según la materia.

[73] Este Comité también se situaba dentro de la Presidencia del Gobierno y en sus sesiones participaban el Presidente, el Ministro para las Políticas Comunitarias, el Ministro de Asuntos Exteriores, el Ministro para los Asuntos Regionales y los demás Ministros competentes en las materias al orden del día.

[74] Véase el art. 2 de la Ley 234/2012, «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea». Lo convoca y preside el Presidente del Gobierno o el Ministro para los Asuntos Europeos si éste le delega. Participan en las sesiones el Ministro de Asuntos Exteriores, el de Economía y Hacienda, el Ministro para los asuntos regionales, turismo y deporte, el Ministro para la cohesión territorial y los otros que tengan competencias relacionadas con los actos en el orden del día. La regulación orgánica anterior se había dado con la Ley 11/2005, «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari».

mente las Regiones) y de las diferentes Administraciones llamadas a implementar esta regulación[75].

5. CONCLUSIONES

A lo largo del estudio se ha analizado la evolución de los mecanismos de coordinación que se refleja en el formante legal, mientras que no se han investigado los cambios informales en las actuaciones de los diferentes actores. Las líneas generales que la doctrina había evidenciado y que se han descrito con anterioridad se ven sólo parcialmente confirmadas por el análisis jurídico desarrollado en estas páginas.

En primer lugar, el alejamiento de las políticas europeas de la égida del Ministerio de Asuntos Exteriores es cierto sólo en algunos casos: para la «opción cero» y para aquellos sistemas que se han incluido en los modelos 3 y 4, aunque naturalmente este Ministerio sigue siendo competente en relación a la PESC (los Países Bajos se han movido incluso en contra-tendencia, puesto que la coordinación pasó del Ministerio de Economía al de Exteriores).

En segundo lugar, el papel creciente de la Presidencia del Gobierno como sede de la coordinación[76], si es evidente en los estudios empíricos y cualitativos de las dinámicas concretas, no lo es tanto si nos fijamos en el dato jurídico. Lo que sí parece ser una constante es la importancia del Consejo de Ministros como órgano decisorio final. En tercer lugar, la tendencia a crear sedes de coordinación especializadas tampoco encuentra una confirmación totalmente uniforme en los ordenamientos estudiados.

El único sistema, de los seis examinados, que cumple con estas tres tendencias es el italiano[77], dado que la estructura del ejecutivo ha sido modificada, por un lado, debido a la creación de un Ministro específico y, por otro lado, se han instituido sedes de coordinación política y administrativa y todas se sitúan en la Presidencia del Gobierno, al estar relacionadas con el Departamento para las Políticas Europeas.

---

[75] Las Instituciones con las que el Departamento tiene que cooperar son la Conferencia permanente para las relaciones entre Estado, Regiones y Provincias Autónomas de Trento y Bolzano (para toda actividad relacionada con las sesiones comunitarias de la misma); el Parlamento (por ejemplo, la preparación de la documentación y de los informes periódicos) y los demás Ministerios (particularmente el de Asuntos Exteriores y el de Economía y Hacienda). Véase el decreto de organización del Ministro para los Asuntos Europeos del 7 de diciembre de 2012.

[76] Sobre esta línea evolutiva, véase Kassim, H., «The Europeization of Member State Institutions», *Ob. Cit.*, p. 296.

[77] Se nos permita recordar de nuevo nuestro estudio «Coordinación de las políticas europeas y transformaciones estructurales de los Ejecutivos nacionales (el caso italiano en perspectiva comparada)», *Ob. cit.*, p. 12.

La falta de convergencia entre los casos de estudio, sin embargo, no es sinónimo de ausencia de una transformación de los sistemas, que han sido todos sometidos a modificaciones desde el comienzo del proceso de integración. A la luz de este dato, merece la pena volver ahora a la pregunta que hemos esbozado en el § 2, es decir, si las reformas están relacionadas con los momentos clave de la evolución de la UE o con coyunturas importantes para el Estado miembro interesado.

La respuesta a esta cuestión no puede sino ser dicotómica. Por una parte, conforme al aumento de las competencias demandadas al nivel europeo, los Ministerios nacionales se han dotado cada vez más de secciones y divisiones especializadas al respecto. Por otra parte, el desarrollo de los órganos de coordinación interministerial parece reflejar causas internas –nacionales–. Lo demuestran las reformas italianas de los años 80 (en una fase en la que se estaba repensando la estructura del Gobierno, que se reformó con la ley 400/1988) o las alemanas de los 60 y 90, dependientes de factores políticos y constitucionales endógenos. Aún más lo prueba la evolución de Bélgica, donde los cambios se han debido a la reforma federal; y parcialmente Francia, donde las funciones de la SGAE representan la transposición del modelo tradicional de coordinación al ámbito europeo. Tampoco la coincidencia de la reorganización italiana y francesa en 2005 parece tener una causa «europea», sino interna. Resulta así que las justificaciones de las reformas de la coordinación en el nivel político más elevado (los Ministerios) –y no meramente administrativo– tienen raíces nacionales y están desvinculadas del desarrollo institucional y normativo de la UE.

Así, gracias a las diferencias persistentes, la observación de este panorama comparativo revela una pluralidad de soluciones potenciales y abre la puerta a vías de circulación, imitación y eventualmente hibridación de los modelos según variables diferentes, desde la forma de gobierno del Estado «importador» o su modelo administrativo hasta la eficacia o el prestigio del sistema. La muestra examinada ofrece ya cuatro posibles combinaciones entre los dos elementos determinantes seleccionados, aunque potencialmente hay más opciones para elaborar fórmulas híbridas.

No son pocos los Estados miembros para los cuales alcanzar una coordinación más eficaz sigue siendo una asignatura pendiente entre las reformas para perfeccionar la participación en los procesos decisorios europeos.

Y España es uno de ellos. Aunque no se puede aquí profundizar en el tema, bastará con recordar que el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español de 2008 hizo especial hincapié en este aspecto, propiciando una revalorización del Ministerio de la Presidencia (de cara a un sistema que todavía tiene como protagonista al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, como se vio en el § 3)[78]. La respuesta a

[78] Véase el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español* de 2008, p. 106 y ss.

la exigencia de resolver «de forma expeditiva las discrepancias suscitadas una vez intentada la coordinación desde el Ministerio responsable por razón de la materia» podría derivar de una imitación (combinada) de algunas de las soluciones normativas expuestas en el texto, siempre teniendo en cuenta los elementos comunes y diferenciales de los ordenamientos empleados como modelos, para evitar crisis de rechazo. En este caso, el Derecho Comparado cumpliría con una de sus funciones prácticas más acreditadas: el auxilio en el procedimiento de aprobación de actos legislativos.

Title: Government coordination of EU policies: a Comparative Legal Analysis of the Founding Members

Resumen: El estudio analiza los sistemas de coordinación de las políticas europeas adoptados en los Estados fundadores de la UE. Teniendo en cuenta la evolución normativa, la autora propone una clasificación cuatripartita, basada en la aplicación combinada de distintos elementos determinantes: la existencia o inexistencia de un Ministro para los Asuntos Europeos; la existencia o inexistencia de un órgano de coordinación interministerial específico y su colocación en la Presidencia del Gobierno o en el Ministerio de Asuntos Exteriores. Los resultados del análisis comparado son finalmente cotejados con los de otros estudios anteriores y en las conclusiones se enfoca el tema desde la óptica de la circulación de modelos.

Palabras clave: coordinación; Gobierno; políticas europeas; comparación jurídica

Abstract: This study analyses the systems adopted by the founding members of the EU on the coordination of EU policies. Considering their normative evolution, the author proposes a four-way classification based on the combined application of distinct elements: the existence or lack thereof of a Ministry of European Affairs; the existence or lack thereof of a specific organ for inter-ministerial coordination and its situation in the office of the Prime Minister or the Ministry of Foreign Affairs. Finally, the results of the comparative analysis are checked against the findings of previous studies and the conclusions focus on the topic from the perspective of diffusion of models.

Keywords: coordination; Government; EU policies; legal comparison

Recibido: 12.05.2014
Aceptado: 26.05.2014

CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN, CRISIS ECONÓMICA E IDEOLOGÍA ALTERNATIVA: LOS CONCEPTOS DE RUPTURA ESTÁTICA Y RUPTURA DINÁMICA

Alfredo Ramírez Nárdiz[1]

Sumario: 1. Introducción. 2. Una aproximación al concepto de la crisis de la representación. 2.1. *Un concepto Recurrente*. 2.2. *Los elementos de la crisis de la representación*. 3. El rol de la crisis económica. 4. La ideología alternativa. 5. Los conceptos de ruptura dinámica y ruptura estática. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A la hora de tratar una temática tan profundamente analizada como la de la crisis de la representación, una cuestión siempre interesante es estudiar las repercusiones de la misma a las circunstancias y momento histórico y económico concreto de una sociedad determinada. Resulta de especial interés entender cómo evolucionará una sociedad en la que se produzca una crisis de la representación prolongada en el tiempo y cómo afectará a esta situación la confluencia con otros factores como una crisis económica o la existencia o no de ideologías políticas alternativas a aquella asumida como propia por dicha sociedad. Es igualmente relevante tratar de plantear una hipótesis acerca de los distintos retos que afrontará esa sociedad y las posibles líneas de evolución política y jurídica que se podrían producir en la misma. En el presente artículo se pretende plantear dos posibles líneas de desarrollo que podría vivir una sociedad en

[1] Artículo realizado en el marco del proyecto de investigación *Transformaciones democráticas y democracia participativa*, cuyo investigador es el autor, perteneciente al grupo de investigación *Poder público y ciudadanía* de la Facultad de Derecho, de la Universidad Libre, Seccional Barranquilla, Colombia.

la que confluyeran una crisis de la representación, una crisis económica y la existencia o no existencia de una ideología alternativa a la preexistente.

2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE LA CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN

2.1. *Un concepto recurrente*

La llamada crisis de la representación es uno de los temas más recurrentes del Derecho Constitucional y, en general, de cualquier ámbito teórico o práctico que afecte a la política[2]. La consideración de que la representación[3] y la democracia representativa[4] se encuentran en crisis es una reflexión ha-

[2] «Desde el mismo momento de la formulación clásica de la teoría liberal de la representación, se empieza a hablar ya de su crisis y de la crisis del mandato representativo; de igual modo, desde el mismo momento de la consolidación de la forma de gobierno parlamentario, se viene hablando de forma cansina y recurrente de la crisis del parlamentarismo.» Fernández-Miranda Campoamor, C. y Fernández-Miranda Campoamor, A. *Sistema electoral, partidos políticos y parlamento,* Colex, Madrid, 2003, p. 37.

[3] ¿Qué es la representación? Para Fernández-Miranda Campoamor «la representación es una ficción jurídica que consiste en una sustitución de toda la sociedad por aquellos a quienes ésta selecciona democráticamente, a fin de lograr la presencia de dicha sociedad en el Estado, de forma que las decisiones de los elegidos formen la voluntad general». Fernández-Miranda Campoamor, C. y Fernández-Miranda Campoamor, A. *op. cit.,* Madrid, 2003, p. 85. Para Garrorena «podemos definir la representación política como aquel instituto de Derecho público que hace posible la presencia indirecta de los ciudadanos en la vida del Estado al constituir a favor de determinados sujetos, democráticamente habilitados para ello, la presunción de que sus actos valen como actos de la propia ciudadanía». Garrorena, A. Voz «Representación política» en *Enciclopedia Jurídica Básica,* Tomo IV, Civitas, Madrid, 1994, en Fernández-Miranda Campoamor, C. y Fernández-Miranda Campoamor, A. *op. cit.,* Madrid, 2003, p. 85. Para Sartori «En primera instancia, el significado originario de la «representación» es la actuación en nombre de otro en defensa de sus intereses. Las dos características definitorias de este concepto son, por tanto, *a)* una *sustitución* en la que una persona habla y actúa en nombre de otra; *b)* bajo la condición de hacerlo *en interés* del representado (…) la representación política implica inevitablemente una relación de muchos con uno, en la cual los «muchos» suelen ser decenas de miles (o incluso centenares de miles) de personas (…) la «representación electiva» trae ciertamente consigo: *a)* receptividad *(responsiveness),* los parlamentarios escuchan a su electorado y ceden a sus demandas, *b)* rendición de cuentas *(accountability),* los parlamentarios han de responder, aunque difusamente, de sus actos, y *c)* posibilidad de destitución *(removability),* si bien únicamente en momentos determinados, por ejemplo, mediante un *castigo* electoral.» Sartori, G. «En defensa de la representación política», *Claves de razón práctica,* nº 91, 1999, pp. 2-4.

[4] Para definir la democracia representativa resulta especialmente ilustrativo recurrir a Manin y a los principios característicos de la misma por él expuestos: «Desde que se inventó esta forma de gobierno, se han observado invariablemente cuatro principios en los regímenes representativos:1) quienes gobiernan son nombrados por elección con interva-

bitual[5] y, de hecho, casi permanente, en el pensamiento de la mayoría de escuelas y autores[6], residiendo las diferencias entre unos y otros más en el diagnóstico de las causas y la prescripción de las soluciones que en el hecho, en mayor o menor medida aceptado, de que existe tal crisis[7]. De un modo muy general, podría concederse que la crisis de la representación tiende a entenderse como uno o varios fenómenos o circunstancias cuyo efecto es el de degradar y rebajar la calidad del sistema democrático actual y, en particular, de la relación de representación[8] existente entre los ciudadanos y los

los regulares. 2) La toma de decisiones por los que gobiernan conserva un grado de independencia respecto de los deseos del electorado. 3) Los que son gobernados pueden expresar sus opiniones y deseos políticos sin estar sujetos al control de los que gobiernan. 4) Las decisiones públicas se someten a un proceso de debate.» MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo,* Alianza Editorial, Madrid, 2006.

[5] «Nada tiene de particular, por lo tanto, que por doquier se hable de una crisis generalizada de la representación.» VEGA, P. DE, «La crisis de la representación política en la democracia de partidos», *Tendencias contemporáneas del Derecho electoral en el mundo,* Cámara de Diputados, México, D.F., 1993, pp. 202-203.

[6] No deja, no obstante, de ser llamativo, como señala FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, que gran parte de las críticas más relevantes procedan de autores de países con una escasa tradición parlamentaria y representativa en el momento de hacerse la crítica, mientras que los autores anglosajones, donde el parlamentarismo y la representación tienen siglos de ejercicio ininterrumpido, no se hayan manifestado de modo especialmente mayoritario como críticos a la representación y al parlamentarismo y, cuando lo han hecho, ha sido con el objeto de mejorar o perfeccionar la representación, no de destruirla. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. Y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. *op. cit.,* Madrid, 2003, p. 90.

[7] Así, ARAGÓN REYES indica que «hoy el problema más crítico que afecta a la democracia está conectado con la representación política, es decir, con el Parlamento. La actual erosión de la legitimidad parlamentaria con el consiguiente distanciamiento entre representantes y representados es consecuencia de muy diversos factores, pero entre ellos y principalmente de los excesos del llamado «Estado de partidos» y de los defectos del control parlamentario del Gobierno.» ARAGÓN REYES, M. «Parlamentarismo y antiparlamentarismo en el primer tercio del siglo XX: la proyección actual de aquella polémica», *Revista de Estudios Políticos,* nº 93, 1996, p. 63.

[8] No hay que olvidar que el régimen representativo, tal como indica DE VEGA, no se configura como respuesta a la imposibilidad material de poner en práctica la democracia directa, sino como decisión consciente y motivada por autores como BURKE, SIEYES, MADISON y sus contemporáneos que, más allá de depositar el poder en un pueblo carente de formación y dejar los designios del Estado al albur de la voluntad de dicho pueblo, deseaban que el poder residiera y se manifestara en un foro –el parlamento– en el cual se alcanzará la verdad, la justicia y la virtud merced a un debate dirigido por la razón y protagonizado por representantes, los cuales serán ciudadanos libres de cualquier tipo de mandato imperativo y que actuaran movidos por su juicio y conciencia. VEGA, P. DE, *op. cit.* México D.F., 1993, pp. 183-188. Precisamente, cuando se observa que dicho debate racional, que busca la justicia y que protagonizan individuos libres se convierte en compleja negociación de intereses –no pocas veces particulares–, ejercido por representantes, que actúan

representantes políticos[9]. Por citar algunos de estos fenómenos: el papel de los partidos políticos, la desconexión entre el poder político y la ciudadanía[10], el funcionamiento viciado de las instituciones públicas, la pérdida por parte del parlamento[11] de su papel central[12], el exceso de poder del gobierno, la judicialización de la democracia[13], etc.[14]. Todos estos elementos giran al-

como delegados de partidos políticos a los que les vincula la disciplina de partido a modo de nuevo mandato imperativo, es cuando la estructura y justificación de la representación entra en crisis y se produce la ruptura entre la construcción teórica y la realidad práctica.

[9] Con la consecuencia de generar vacíos de legitimidad democrática que ponen en peligro el mismo sistema de gobierno democrático, así como el concepto de Estado. En palabras de DE VEGA «la crisis de la representación y los vacíos de legitimidad política que esa crisis provoca, terminan generando una crisis aún más alarmante y de mayor envergadura como es la crisis del mismo concepto de Estado.» VEGA, P. DE, *Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual*, Colección Working Papers, Nº 141, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1998, p. 25.

[10] Considerando a la ciudadanía como «el vínculo político por excelencia. La ciudadanía consistiría en la relación social que vincula entre sí a los miembros de una comunidad política y se ejerce mediante la participación en el proceso de decisión sobre los asuntos de la comunidad de la que se forma parte.» RUBIO NÚÑEZ, R. «La guerra de las democracias», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* nº 16, 2007, p. 82. Como se indicará más adelante, la crisis de la representación, junto con otros factores, puede llevar no sólo a la ruptura de la conexión entre poder político y ciudadanía, sino incluso a la ruptura de los vínculos sociales entre los mismos ciudadanos, que pueden llegar a dejar de verse como miembros de una misma comunidad.

[11] Siendo –o debiendo ser, al menos– el parlamento, como indica GARZÓN VALDÉS haciendo referencia a BURKE, «el foro donde, a través de la discusión pública, de la deliberación racional, es posible descubrir la verdad. Esta coincide con el interés nacional que, cuando es satisfecho, aprovecha también a cada miembro de la comunidad» GARZÓN VALDÉS, E. «Representación y Democracia», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Universidad de Alicante, nº 6, 1989, p. 144.

[12] «Desde luego, mucho más cierto es hoy lo afirmado por WEYR en 1934: «El verdadero poder político y la decisión no están ya en el Parlamento, sino en los partidos políticos»» ACOSTA SÁNCHEZ, J. «La articulación entre representación, Constitución y democracia: Génesis, crisis actual y Constitución española», *Revista de Estudios Políticos,* nº 86, 1994, pp. 149-150.

[13] «La falta de protagonismo del Parlamento provoca un vacío en la vida democrática de un país que suele ser llenado por otras instituciones, especialmente por los medios de comunicación y por la judicatura (…) El problema surge cuando el control social y el control jurisdiccional del poder han de sustituir casi enteramente al control parlamentario. En ese caso los ciudadanos tienen muy poco que ganar y la democracia parlamentaria mucho que perder.» ARAGÓN REYES, M. *op. cit.,* 1996, p. 64.

[14] «El problema es que para muchos en los últimos tiempos la democracia representativa ha ido arrinconando a la ciudadanía como un elemento marginal, mera fuerza electoral y no política, cuya presencia se requerirá única y exclusivamente en el período electoral, reducida en expresión de Lippmann a «espectador que vota». El proceso político se centraliza en los partidos políticos, que ejercerían su labor en las distintas instituciones de manera independiente y con la responsabilidad electoral como único límite de sus

rededor de la misma idea, cual es el progresivo empeoramiento del funcionamiento democrático y de la calidad de la democracia en sociedades en las que formalmente la misma está asentada y es el sistema de gobierno indiscutido[15].

Pero si, en principio, a esta supuesta[16] degeneración del modelo democrático se le suelen buscar muchos motivos, es habitual encontrar argumentaciones que giran alrededor de una causa, si no única, sí cada vez tenida por más capital, cual es el papel y la actuación de los partidos políticos[17] y las conse-

decisiones, a través de un proceso de representación que se va haciendo cada día más opaco, generando una creciente desconfianza entre los ciudadanos.» RUBIO NÚÑEZ, R. *op. cit.,* 2007, p. 80.

[15] «Para ASENSI, es innegable que en el presente se produce una crítica a la democracia representativa, la cual es una crítica generalizada de los mecanismos representativos tradicionales, en particular del Parlamento y de los partidos políticos. Para él, el discurso político de la representación no es tanto que se encuentre en crisis, sino, más bien, en retirada. Una retirada que tiene lugar «cuando el exceso de lo social ha desbordado el cuadro normativo e institucional de la representación política tradicional, las reglas y las instituciones donde tenía lugar el vínculo representativo.»» RAMÍREZ NÁRDIZ, A. *Democracia Participativa. La Democracia Participativa como profundización en la Democracia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 118, citando a ASENSI SABATER, J. *La época constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 197-199.

[16] Se utiliza la palabra supuesta pues la concepción citada –la degeneración democrática– acostumbra a construirse alrededor de una idea de partida consistente en afirmar que la democracia ha empeorado o está empeorando desde una hipotética situación mejor a la actual, lo cual no deja, en el fondo, de basarse en un postulado en no poco modo *a priori* –muy defendido desde las posturas que abogan por una vuelta a la democracia directa «clásica»– cual es que efectivamente existió un pasado en el que la democracia fue en substancia y en esencia mejor a cómo es ahora. En el afán de colaborar en la mejora del gobierno democrático puede resultar instrumentalmente práctico partir de esta idea inicial, pero no por ello parece desaconsejable plantearse con ánimo crítico si, efectivamente siempre y efectivamente en todas partes por igual, se da, se está dando y se ha dado este fenómeno de degradación y empeoramiento de la democracia. Resuenan aquí afortunadas las palabras de FERNÁNDEZ MIRANDA cuando indica que «sobre la teoría de la democracia ha sobrevolado siempre el fantasma de un ideal, una idea, más abstracta que real, plena de sueños y mitificaciones, que vendría a suponer la quintaesencia del sistema, la perfección democrática, a partir de la cual toda desviación sería una perversión (…) Frente a la modernidad de la idea de progreso, se interpondría la idea medieval de recuperación del paraíso perdido.» FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. Y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. *op. cit.,* Madrid, 2003, p. 31.

[17] «La crisis actual de la democracia se especifica en la desarticulación de la representación política respecto a la Constitución. El eslabón roto es el partido político, en la medida que produce los siguientes efectos, entre otros: introducir una nueva mediación entre el gobernante-legislador y los titulares de la potestad legislativa, despersonalizar el sufragio, desvirtuar su contenido esencial mediante leyes electorales inconstitucionales, apropiarse del proceso electoral, administrar sin control los resultados del mismo, actuar inter-

cuencias que esta actuación trae aparejada[18]. Se les acusa de monopolizar la vida pública convirtiéndose en pseudo-instituciones del Estado, de controlar todos los poderes e instituciones del Estado (incluyendo el Judicial, esto es la conocida como «politización de la justicia») impidiendo el verdadero juego democrático[19]; de laminar cualquier forma de participación directa del ciudadano en la vida pública[20] obligando a que cualquier actividad política tenga que pasar necesariamente por ellos[21]; de simplificar el debate político a meros eslóganes y lemas que reducen, si no eliminan, el intercambio racional de ideas[22]; de convertir a los ciudadanos en una masa informe e impersonal a la que se dirigen apelando más a los instintos, sentimientos o pensamientos preconcebidos que a ningún modelo ideológico y político real[23]; de provocar,

namente lesionando la democracia y financiarse ilegalmente, incluyendo parte de lo presupuestado para los representantes.» Acosta Sánchez, J. *op. cit.,* 1994, pp. 150-151.

[18] Sobre las consecuencias de la actuación de los partidos políticos indica de Vega citando a Trotta: «Repetimos ciertas fórmulas por costumbre y tradición sin darnos cuenta del engaño en que incurrimos. Hablamos de soberanía del Parlamento, y sabemos perfectamente que ésta ya no existe. Hablamos de división de poderes y sabemos que ésta ha desaparecido desde el momento en que los gobiernos se han convertido en Comités de acción de las mayorías parlamentarias, y más aún, desde que aquellos y éstas dependen de las Secretarías y Comisiones Ejecutivas de los partidos.» Vega, P. de *op. cit.,* Barcelona, 1998, p. 14.

[19] «La democracia se corrompe y está desorientada (...) cuando el sistema político invade la sociedad civil y el Estado (...) en la actualidad en los países considerados democráticos, ese es el primer peligro, el reino de los partidos (...)» Touraine, A. *¿Qué es la Democracia?*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 22-23.

[20] Sobre este particular resultan particularmente interesantes las razones que llevaron al constituyente español de 1978 a reducir a la mínima expresión los instrumentos de la democracia participativa. Se consideró que el asentamiento y la rápida consolidación de la democracia representativa y de los partidos políticos tras la dictadura franquista bien merecía que se regularan los menos instrumentos participativos posibles y que la regulación de aquellos que sí se contemplaran fuera lo más parca posible. Ramírez Nárdiz, A. «El debate en torno a los mecanismos de Democracia Participativa durante el proceso constituyente español», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* nº 67/68, Universidad de Valencia, 2009, pp. 167-178.

[21] Llegando a vaciar el rol del representante como figura individual y aislada: «(…) con sus ventajas o sus inconvenientes, los partidos se convierten en los únicos y auténticos protagonistas de la mecánica electoral (…) la relación electoral real no se produzca en los términos en que debería producirse, esto es, entre representante y representado, sino entre electores y partidos (…) forma parte de la lógica de la democracia de partidos la eliminación a nivel real de la figura del diputado aislado e independiente.» Vega, P. de, *op. cit.,* México D.F., 1993, pp. 194-197.

[22] «(…) la adaptación escandalosa de la propaganda política a los más estrictos moldes de las técnicas publicitarias del mercado, termina convirtiendo la representación en un simple mecanismo de selección de líderes con connotaciones carismáticas en el que las valoraciones políticas sencillamente desaparecen.» Vega, P. de, *op. cit.,* Barcelona, 1998, p. 25.

[23] Los partidos políticos se entregan a estas prácticas «no yendo a la esfera pública a otra cosa que a extraer de él lealtad de una población reducida a masa», como indica Ha-

en definitiva, que los ciudadanos dejen de sentir que su voluntad se tiene en cuenta, dejen de creer que se actúa por el bien de todos ellos, y que acaben por no confiar y por no sentirse identificados con el modelo político que configura la democracia representativa[24]. En esta línea, a los miembros de los partidos políticos, los políticos profesionales, se les llega a llamar, de manera evidentemente peyorativa, clase[25] o casta[26], interpretando que el ejercicio profesional de la política por ellos realizado no tiene por objeto más que, en muchos casos, el enriquecimiento personal[27] y no el bien común[28] o siquiera la promoción de una determinada ideología[29]. Se les concibe como un grupo privilegiado cuyo único objetivo real es mantener sus privilegios –aun y que esto suponga impedir el progreso social– y frenar cualquier posibilidad de avance económico o político que los ponga en peligro[30]. Se demanda de ellos un cambio y evolución general que les aparte del control que se considera

---

BERMAS. A lo que añade DIENEL que la ambición de los partidos políticos por «sobrevivir y expansionarse ha desencadenado asimismo la transformación de partido de tipo ideológico a partido de tipo populista.» DIENEL, P.C. Y HARMS, H. *Repensar la democracia. Los núcleos de intervención participativa*, Ediciones del Serbal, Barcelona, 2000, p. 51; HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* Trotta, Madrid, 1998, p. 460.

[24] «La independencia creciente de los partidos políticos respecto a las fuerzas sociales» conduce a que muchos ciudadanos se enfrenten a «una sociedad en la que ya no se sienten participar por razones económicas, políticas, étnicas o culturales.» TOURAINE, A. *op. cit.,* Madrid, 1994, pp. 122-123.

[25] «las demandas democráticas más llamativas hoy en nuestra sociedad: personalización e individualización de las responsabilidades públicas, disolución de la «clase política» (…)» ACOSTA SÁNCHEZ, J. *op. cit.,* 1994, p. 150.

[26] Así se hace en obras como *La casta: El increíble chollo de ser político en España* de MONTERO (2009).

[27] Desde este punto de vista, la acción política en el presente «no tendría otro objetivo que su propio poder y a veces, incluso, el enriquecimiento personal de sus miembros» TOURAINE, A. (1994): pp. 22-23.

[28] «una clase política que se ha «funcionarizado» en demasía y que es percibida popularmente más como un grupo que defiende sus propios intereses que como un conjunto de personas al servicio de la comunidad.» ARAGÓN REYES, M. *op. cit.,* 1996, p. 66.

[29] Por supuesto, la concepción histórica y tradicional de la representación según la cual los representantes actúan ajenos a mandato imperativo alguno y son ciudadanos que tratan de lograr el bien común de la Nación a través de la búsqueda de la verdad y la justicia a través del debate racional configurando así la voluntad de la Nación y constituyendo al parlamento en representante de la soberanía nacional, pierde por completo su sentido cuando se enfrenta a la realidad actual de los partidos políticos como entes interpuestos e intermedios que ejercen sobre los representantes adscritos a ellos un verdadero nuevo modo de mandato imperativo bajo la denominación de disciplina de partido.

[30] Este es el concepto de las instituciones y las élites extractivas (las cuales, no sólo no generan riqueza, sino que la extraen de la sociedad, la consumen y además impiden que surjan nuevos focos de generación de la misma para así no perder su posición de privilegio frente a otras élites) que tan popular se ha hecho en los últimos tiempos de la mano de

que ejercen sobre todos los ámbitos públicos, una más intensa lucha contra la corrupción interna, un menor poder de las cúpulas a favor de los afiliados, un mayor acercamiento a la ciudadanía, etc.[31] En no poca medida, los partidos políticos y los políticos profesionales son muy habitualmente tratados en el presente como los grandes parias de nuestro tiempo[32], los causantes de todos los males[33], el cáncer mismo de la democracia[34].

2.2. *Los elementos de la crisis de la representación*

Frente a esta concepción que hace girar la crisis de la representación casi en exclusiva alrededor del funcionamiento de los partidos políticos, resulta de interés plantear un modelo alternativo a éste que haga pivotar la crisis de

---

Acemoglu y Robinson y que se desarrolla en su obra *¿Por qué fracasan las naciones?,* Deusto Ediciones, Barcelona, 2012.

[31] «Hay que reformarlos, transformarlos, lo que significa hablar del sistema electoral, de la transparencia, de la regulación de los intereses, incompatibilidades y protocolos de actuación, financiación, controles rigurosos y rendición de cuentas, responsabilidades internas y externas, y un largo etcétera. Pero la cuestión central, que ya debería estar zumbando en los oídos de las cúpulas partidarias, es que la forma-partido, un viejo modelo del siglo XIX, hipertrofiado en el XX, toca a su fin. Los partidos jerárquicos, oligárquicos y demasiado entrometidos en la gobernanza, hasta el punto de controlar todos los resortes del poder hasta sus más finas ramificaciones, al margen de su inoperancia, son propicios a la corrupción y a la elusión de responsabilidades» Asensi Sabater, J. «Partidos en la picota», *Diario Información de Alicante,* 21 de enero de 2013.

[32] «hoy no opera el efecto dictadura y sí la más profunda crisis del sistema de partidos conocida en Europa en el último medio siglo, y especialmente singularizada en España» Acosta Sánchez, J. *op. cit.,* 1994, p. 139.

[33] Frente a esta concepción maximalista, indica de Vega que «constituiría una distorsión radical de la realidad y de la historia el inculpar a los partidos de la destrucción de los esquemas jurídicos y políticos sobre los que se edificó la estructura del Estado liberal. Dicho con toda contundencia, no son los partidos los que aniquilan la noción de representación clásica, sino que es la crisis anterior y más profunda de los supuestos en los que esa noción se fundamentaba, la que determina la presencia de los partidos. Por ello, lejos de contemplar al *Estado de partidos* como el gran causante de la destrucción del orden jurídico político liberal clásico, acaso tengamos que empezar a entenderlo como la manifestación más fehaciente y la consecuencia más clara de las contradicciones internas de un sistema llamado históricamente a periclitar (…) Ahora bien, que los partidos políticos no sean causantes ni culpables de la destrucción del orden liberal, sino una mera consecuencia de esa destrucción, no significa que su actuación política deje de ser por ello un elemento decisivo que colabora a la aceleración de la crisis, y el epifenómeno más significativo y gráfico en que la propia crisis se manifiesta.» Vega, P. de, *op. cit.,* Barcelona, 1998, p. 15.

[34] Nuevamente, frente a esta concepción radical, quepa recordar aquí que « la experiencia nos enseña que cuando los partidos desaparecen, los que les sustituyen son los grupos de presión, los magnates de las finanzas o los demagogos con vocación de dictadores.» Vega, P. de, *op. cit.,* Barcelona, 1998, p. 19.

la representación no sólo en un único factor, sino en varios. A modo de propuesta, estos factores podrían ser los siguientes:

a) El papel de los partidos políticos.
b) El debilitamiento de los derechos sociales y, derivado de esto, de los derechos civiles[35].
c) La naturaleza humana y el cálculo de valor sobre los derechos propios.

a) El papel de los partidos políticos: como ya se ha indicado, la crítica a los partidos políticos es, aun y buscando un modelo que no centre en exclusiva la responsabilidad en ellos, capital en la explicación de la crisis de la representación. Más allá del elemento de partida, que consistiría en tenerles por cuerpo extraño entre representantes y representados rompiendo así la relación de representación[36] y la ficción de la existencia de una única voluntad nacional expresada en la votación electoral o en las votaciones del parlamento[37]; y que, en sus formulaciones extremas (Schmitt), les haría responsables –a ellos y a la propia democracia parlamentaria– de la imposibilidad del gobierno de una nación al no contribuir a crear una voluntad común, sino precisamente a disgregarla en distintos intereses contrapuestos; lo cierto es que, como ya se ha indicado, en el presente se acusa a los partidos políticos y a los políticos profesionales de prácticamente todos los males que azotan a la democracia[38]: defienden sus propios intereses en mayor medida que los intereses de los ciudadanos que dicen representar; actúan en muchos casos

[35] Con la expresión derechos civiles se hace referencia a la conocida como primera generación de derechos o derechos liberales.

[36] Como indica Fernández-Miranda Campoamor citando a Pérez Royo, esta sería la postura que surge en el XVII en Inglaterra y en el XVIII en la Europa continental y que considera a los partidos como facciones o, incluso, pandillas claramente rechazables, pues nada puede interponerse entre los individuos que forman la sociedad civil y el Estado. Fernández-Miranda Campoamor, C. y Fernández-Miranda Campoamor, A. *op. cit.,* Madrid, 2003, p. 39.

[37] «La preeminencia y el protagonismo partidista impedirán seguir manteniendo la ficción jurídica de la existencia de un órgano colegial único, compuesto por todos los electores, y presentar los resultados electorales como la expresión unitaria de la voluntad de un cuerpo colectivo a través del acto de la votación. Ni cada representante representa ya a la totalidad de la Nación, ni todos los representantes representan a cada uno de los individuos». Vega, P. de. «Significado constitucional de la representación política», *Revista de Estudios Políticos,* nº 44, 1985, p. 39 en Fernández-Miranda Campoamor, C. y Fernández-Miranda Campoamor, A. *op. cit.,* Madrid, 2003, p. 98

[38] Dependiendo del momento (pues los hay más críticos) y del autor (pues los hay más enfadados) la crítica bien puede llegar a lo personal a la hora de describir al político y su carrera profesional: «debe afiliarse a un partido sólido y acrisolado, pasar en él los largos y abnegados años de meritoriaje, ascender poco a poco en la jerarquía burocrática, obedecer a los líderes hasta llegar a serlo uno mismo y sobre todo barrer siempre para casa. Por esta vía cualquier peón indocumentado adicto a la propaganda sectaria puede

como una élite extractiva que captura rentas sin crear riqueza, que impide un sistema institucional inclusivo y que abomina de toda innovación económica o política que genere nuevos núcleos de poder alternativos; desconfían de la participación directa del ciudadano porque, alegan, saca la representación del parlamento a la calle; tienden al populismo abandonando los referentes ideológicos; invaden la sociedad civil y monopolizan el poder en todas las instituciones del Estado; y un largo etcétera[39].

b) El debilitamiento de los derechos sociales y, derivado de esto, de los derechos civiles[40]: ya se fije la fecha al final de los conocidos como «Treinta prodigiosos» (que englobarían desde el final de la IIª Guerra Mundial hasta la Crisis del Petróleo de 1973)[41], ya se fije en la Caída del Muro de Berlín, de la

convertirse en un respetable hombre de Estado: ejemplos no faltan, miren a su alrededor.» SAVATER, F. «La política y el amor», *Diario El País*, 14 de agosto de 2008.

[39] No parece razonable, sin embargo, adoptar una postura tan maximalista o incluso extrema y más adecuado resulta –especialmente en momentos críticos propios de una crisis económica que tiende a que la sociedad se vuelva hacia los partidos con no poca frustración y desencanto– analizar el papel de los partidos políticos con una perspectiva más amplia que, por supuesto, no olvide sus vicios, pero tampoco omita sus virtudes: «Acaso no sea ocioso recordar la singular paradoja que históricamente protagonizaron los partidos políticos, que si bien en ocasiones dañaron letalmente los mecanismos y principios de la democracia política, también tienen en su haber el hecho de ser los principales artífices de la democracia social» VEGA, P. DE, *op. cit.,* México, D.F., 1993, p. 203.

[40] «(…) el desmantelamiento del Estado benefactor que ha necesitado de un aparato burocrático que nunca antes se había conocido, esconde el propósito no digo de desmantelar sino de reducir, bajo límites bien precisos, el poder democrático.» BOBBIO, N. *El futuro de la democracia,* Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1986, p. 27.

[41] El final de los Treinta Prodigiosos o Treinta Gloriosos y las consecuencias de la decadencia de los logros sociales obtenidos en ellos late detrás de no pocos conflictos sociales que cristalizan en el presente en marginación y altercados derivados de la misma. Así, en relación a los disturbios que sufrió Francia y, en particular, París en 2005 indica HERIN que «los barrios donde han estallado las violencias corresponden, en su mayor parte, a grandes conjuntos de pisos en inmuebles generalmente en alquiler a precio moderado (HLM) construidos a lo largo de los decenios denominados «*Trente Glorieuses*». Se trata de un periodo de fuerte crecimiento económico y de industrialización basada en grandes unidades de producción, que emplean obreros y obreras poco cualificados. El acelerado crecimiento de la población urbana se ve estimulado por intensos flujos de inmigración: italianos, españoles, argelinos, portugueses, turcos… y también por el prolongado *babyboom* de la posguerra y el éxodo rural relacionado con los cambios agrícolas y la atracción de las ciudades. Las grandes operaciones urbanísticas, que reúnen varios millares de viviendas (las ZUP, las ZAC, las «*villes nouvelles*») y la arquitectura de inmuebles en altura y alineados, surge en la periferia de las ciudades como respuesta a la crisis de la vivienda de los años 1950 y 1960, tratando de alojar a los recién llegados a la ciudad, eliminar los islotes de hábitat insalubre y los poblados de chabolas. Las nuevas zonas industriales y sus fábricas, las nuevas promociones urbanísticas y la geometría de sus inmuebles colectivos, concretan las mutaciones radicales de la economía y de la sociedad en Francia (…) la pauperización de estos barrios a partir de los años 1970 es innegable (…)

URSS y con ellos del socialismo como opción real al modelo capitalista occidental (1989-1991), no parece descabellado afirmar que los derechos sociales sufren en las últimas décadas un fuerte debilitamiento[42] que les está llevando progresivamente a quedar vaciados de contenido y a desaparecer[43]. Pero el debilitamiento de los derechos sociales no sólo los afecta a ellos, sino también a los derechos civiles[44], pues aquellos ciudadanos que se ven inmer-

Desde esas fechas, sus condiciones de vida y sus situaciones sociales no han cesado de degradarse (…) Las dificultades crecientes de los barrios populares son, por lo tanto, el resultado de la conjunción, por una parte, de la partida de las familias de nivel social medio (las clases medias, como suelen denominarse) que acceden a la propiedad individual, y por otra de la degradación del mercado de trabajo para aquellos que no tienen elección y deben permanecer en las viviendas sociales en alquiler, tipo HLM, cuando pueden acceder a ellas. Esta conjunción es una de las consecuencias mayores de la crisis económica que afecta al modo de producción industrial de los «*Trente Glorieuses*» y de las mutaciones de todo tipo que de ella derivan y que prefiguran los efectos de la mundialización y la imposición generalizada del capitalismo financiero.» HÉRIN, R. «Violencias en las periferias urbanas francesas», *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales,* nº 12, fascículo 270, Universidad de Barcelona, 2008.

[42] Debilitamiento que se enmarca en el del Estado como todo, pues, como indica DE VEGA «el poder privado se lanza al asalto del último reducto del poder público, transformando la crítica de la representación en crítica deslegitimadora de la misma noción de Estado. Frases como la de HAYEK, quien no duda en proclamar «que la acción del Estado es el mejor camino hacia la esclavitud», o la de BENETON al afirmar que, para librarnos de los males y miserias del presente, lo que tenemos que hacer es librarnos de «esa plaga del bien» que es el Estado del Bienestar, constituyen testimonios elocuentes de una actitud cada vez más generalizada y hostil.» VEGA, P. DE, *op. cit.,* Barcelona, 1998, p. 26.

[43] Este progresivo debilitamiento de los derechos sociales tiene como causa fundamental que aquellas razones políticas que llevaron a concederlos desaparecen en los años citados. O dicho de otro modo, muerto el socialismo como alternativa al capitalismo, se acabó la necesidad de hacer concesiones en forma de derechos sociales para evitar con ellos su ascenso. En palabras de ROSANVALLON: «Antes de que estallase la Primera Guerra Mundial se inició una transformación silenciosa inspirada por imperativos morales pero también por el miedo a la revolución. Los gobiernos estaban convencidos de que, para evitarla, era preciso emprender reformas sociales que redujeran la desigualdad. A partir de los años 70 del siglo pasado empiezan a cambiar las cosas. Se pasa de un capitalismo de organización a un capitalismo de innovación. Coincide, además, con que el miedo a la revolución desaparece tras la caída del muro de Berlín. Deja de existir cualquier horizonte alternativo.» ROSANVALLON, P. «Una diferencia económica acaba con la convivencia», *Diario El País,* 23 de octubre de 2012.

[44] Que el modelo de Estado Social propio de las décadas citadas entre progresivamente en un periodo de cuestionamiento y, en gran medida, de desmantelamiento, para dar cada vez una mayor importancia a la iniciativa privada, no tiene implicaciones exclusivamente económicas, sino que sus efectos se extienden al ámbito jurídico-político, incluso afectando los elementos esenciales del sistema democrático. Como indica DE VEGA «Constituye una evidencia que en los enfrentamientos entre representación y eficacia, entre poder público y poderes privados, la tensión se resuelve cada vez con más claridad, y en todos los países, a favor de los poderes privados como consecuencia, por un lado, de

sos en un proceso de pérdida de derechos sociales tienen más posibilidades y pueden caer más fácilmente en procesos de marginación y exclusión social, la cual desconecta al ciudadano de la sociedad no sólo en el ámbito económico, sino también en el civil y político, pues dicho ciudadano, al dejar de sentirse beneficiado, protegido o simplemente tenido en cuenta por la sociedad, ya no la considera como algo propio o de lo que él forme parte, pasando así a mantenerse indiferente o ajeno a cualquier proceso político o de toma de decisiones que se realice en la misma. Estos procesos abstencionistas permanentes o de auto-expulsión del ciudadano de la vida pública de la comunidad le convierten, además, en presa fácil de todos aquellos movimientos políticos populistas, demagógicos y antidemocráticos que se presenten ante él con ofertas radicales y disolventes, pues, ¿qué interés puede tener él en que el modelo democrático se mantenga como hasta el presente si interpreta que dicho modelo le ha privado de derechos sociales (o no le ha impedido perderlos o, simplemente, no se los ha dado nunca) y le ha abandonado en la exclusión e incluso en la indigencia? En este sentido, en las últimas décadas crisis de representación y debilitamiento de los derechos sociales son dos conceptos que van unidos[45].

c) La naturaleza humana y el cálculo de valor sobre los derechos propios: ¿qué valora más un ser humano medio o estándar: su derecho al voto o su derecho de propiedad sobre su vehículo? Es interesante en este punto remitirse a las conocidas reflexiones de SCHUMPETER[46] sobre cómo toman sus decisiones los seres humanos. SCHUMPETER indica que un ser humano medio o estándar siempre dará más valor a aquellos bienes que se encuentran en lo que él llama «la esfera de responsabilidad directa», que a aquellos bienes que se encuentran en «la esfera de responsabilidad indirecta». Derivado de esto, dicho ciudadano dedicará mucho más tiempo y atención a un derecho próxi-

la reducción en los Estados actuales de los ámbitos democráticos en los que opera la representación, y, por otro lado, por la sustitución del contenido y el alcance de la idea de representación política clásica.» VEGA, P. DE, *op. cit.,* Barcelona, 1998, p. 24.

[45] Es muy interesante, en este sentido, como, tal como se postula desde estas líneas, relaciona ACOSTA SÁNCHEZ, para el caso concreto español, la crisis de la representación con la crisis de los derechos sociales: «(…) al Estado social, y más intensamente hoy, cuando el retroceso en curso del mismo y del programa de la Constitución que se le vincula (delimitado por el bloque normativo del cap. III del tít. I y el tít. VII de la CE) engendra crecientes masas de población marginadas por la pobreza y el desempleo, «obstáculos» sin duda poderosos para «la participación de todos los ciudadanos en la vida política», en la democracia. El cuadro constitucional de la democracia española describe así una simbiosis de la crisis de la representación política con la del Estado social.» ACOSTA SÁNCHEZ, J. *op. cit.,* 1994, p. 152.

[46] Para una mejor comprensión de la ideas de SCHUMPETER en lo relativo a este punto, se recomienda la lectura de su obra, consignada en la bibliografía de este texto, *Capitalismo, Socialismo y Democracia,* Aguilar, Madrid, 1971.

mo –se relaciona con él todos los días– y que se encuentra en su esfera directa como puede serlo el de propiedad sobre un determinado bien (ej. su vehículo), que a un derecho lejano –puede ejercerlo sólo cada varios años– y que se encuentra en su esfera indirecta como puede serlo su derecho de participación política[47].

Si se observan los tres elementos citados conjuntamente, se percibirá que una sociedad en la que la vida pública se encuentre monopolizada por unos partidos políticos que actúen de la forma indicada, en la que se produzca un debilitamiento de los derechos sociales (y civiles) en el modo señalado y en la que un número importante, si no mayoritario, de sus ciudadanos actúe y se comporte de la manera apuntada, es una sociedad en la que será mera cuestión de tiempo que se produzca una ruptura de la conexión existente entre los gobernantes-representantes y la ciudadanía, es decir, en la que se produzca una crisis de la representación severa cuya consecuencia sea que gran parte de los ciudadanos no se sientan representados por los políticos y los partidos políticos y en la que dejen de verles como sujetos legitimados para dirigir los asuntos públicos[48]. Será, pues, un incendio generado desde varios focos, no sólo desde uno único llamado partidos políticos. Parece, por tanto, una hipótesis al menos interesante plantear la crisis de la representación no como un fenómeno causado en exclusiva desde una dirección (el papel de los partidos políticos y las actuaciones de la «clase política»), sino desde varias. Es decir, un fenómeno generado no sólo por el proceder viciado de las instituciones y de sus miembros, sino también por la actitud de los ciudadanos y por el propio desarrollo económico y social de las sociedades occidentales contemporáneas. Este modelo explicativo de la crisis de la representación es problemático, por supuesto, pues no carga el peso de solucionar la cuestión planteada en un único sujeto o «estamento» social (los políticos), sino que lo echa encima de los

[47] «(…) en todo ciudadano conviven dos esferas de intereses: la esfera de su responsabilidad directa y la esfera de su responsabilidad indirecta. Para este autor todo lo relativo a los intereses personales del ciudadano (su familia, su trabajo, a qué gastos dedica sus ingresos, etc.) sería la esfera de su responsabilidad directa, mientras que lo relativo a los intereses públicos y políticos del ciudadano (a qué partido vota, qué decide en un determinado referendo, etc.) sería la esfera de su responsabilidad indirecta. Para SCHUMPETER el ciudadano siempre dedicará más tiempo y esfuerzos mentales a las decisiones de su esfera de responsabilidad directa que a las decisiones de su esfera de responsabilidad indirecta. Por ello, las decisiones que tome en su esfera de responsabilidad indirecta nunca serán plenamente racionales o, cuando menos, tan racionales y meditadas como las decisiones que afecten a su esfera de responsabilidad directa.» RAMÍREZ NÁRDIZ, A. *op. cit.,* Valencia, 2010, pp. 235-236, explicando a SCHUMPETER, J.A. *op. cit.,* 1971.

[48] Es decir, la crisis de la representación acaba por convertirse en crisis de la democracia misma. En palabras de ACOSTA SÁNCHEZ: «Como en general en Europa, aquí la crisis es ternaria: la de la representación involucra a la Constitución y ambas a la democracia.» ACOSTA SÁNCHEZ, J. *op. cit.,* 1994, p. 151.

hombros de toda la sociedad. Es un diagnóstico, en definitiva, que no prevé ni mucho menos (y suponiendo que las haya) soluciones sencillas.

3. EL ROL DE LA CRISIS ECONÓMICA

Cabe la posibilidad de que, al estado de cosas planteado en el punto anterior se le añada una segunda circunstancia que, además, en el presente y desde hace ya varios años golpea a las sociedades occidentales: la crisis económica[49]. Si a una sociedad que padece una crisis de la representación grave se le hace pasar por una crisis económica de varios años de duración, ¿cuáles serán las consecuencias? Sin duda, la crisis ejercerá de factor acentuador de los elementos citados en el punto anterior. Por un lado, acrecentará la desconexión existente entre los ciudadanos y sus gobernantes (particularmente entre los ciudadanos y los partidos políticos)[50]; por otro lado, empeorará la situación de los derechos sociales[51] y, con ellos, la de los civiles; y, finalmente, hará que los ciudadanos valoren aun menos su derecho de participación política, al que considerarán cada vez más inútil y carente de relevancia. Por tanto, una crisis económica suficientemente grave y sostenida en el tiempo acrecentará todos los elementos de los que se compone la crisis de la representación. Siguiendo con la metáfora usada en el punto anterior, la crisis económica será la gasolina que acreciente el incendio. Volverá la situación lo

[49] Crisis económica que sufren periódicamente las sociedades capitalistas, tal y como es posible comprobar con una mera observación de la información y los análisis publicados en los últimos años por los medios de comunicación. Este fenómeno de la periodicidad en las crisis económicas remite a las observaciones del autor clásico por excelencia de esta materia Clement Juglar y su famosa obra *Des crises commerciales et de leur retour periodique en France, en Anglaterre et aux États-Unis.* La cual ya en 1862 exponía (y justificaba estadísticamente) que la economía capitalista se ordena alrededor de ciclos –de aproximadamente ocho años de duración– que inevitablemente alternan épocas de ascenso (desarrollo) y épocas de descenso (o crisis) separadas por picos y fondos. Juglar, C. *Des crises commerciales et de leur retour periodique en France, en Anglaterre et aux États-Unis,* Guillaumin et cie., Paris, 1862.

[50] Muy significativo es el título del libro *No nos representan: el manifiesto de los indignados en 25 propuestas* publicado en 2011 en plena efervescencia del movimiento de protesta 15M, el cual surgió en el marco de la crisis económica que comenzó a sufrir España desde 2007. Velasco, P. *No nos representan: el manifiesto de los indignados en 25 propuestas,* Temas de Hoy, Madrid, 2011.

[51] Así, en abril de 2012, y como medida para tratar de paliar la crisis económica española, el Gobierno español anunció una reducción de 10.000 millones de euros en el presupuesto dedicado por el Estado a los dos derechos sociales por excelencia: la educación y la sanidad públicas. Esta cifra supuso una reducción del 10% el gasto total en sanidad y se vino a sumar a recortes anteriores por valor de más de 27.000 millones y que implicaban recortes del 21.2% en educación y del 13.7% en sanidad. Garea, F. «Rajoy anuncia el recorte de 10.000 millones en Educación y Sanidad», *Diario El País,* 9 de abril de 2012.

bastante complicada como para que se pueda dar un intento de cambiar el modelo político imperante. ¿Pero que otro factor es necesario para que se produzca este cambio?

4. LA IDEOLOGÍA ALTERNATIVA

Si se analiza el fenómeno del 15M[52] en España y se compara con la popularmente conocida como «Primavera Árabe»[53] se observará que algunos ele-

[52] No es objeto de las presentes líneas analizar el movimiento 15M, pero quepa citar, a modo de breve resumen, algunos de sus elementos característicos: fuerte desencanto con el modelo político actual y, en particular, con el rol de los partidos políticos y de los políticos profesionales, a los que se acusa de connivencia con la oligarquía económica y de corrupción; rechazo del sistema económico capitalista, especialmente del capitalismo financiero, así como del modelo económico liberal; rechazo del modelo de consumo que lleva a la depredación de los recursos naturales; solicitud de mayor participación ciudadana y de mayor control de los ciudadanos sobre sus representantes; solicitud de profundización y mejora de la democracia; solicitud de cambio del modelo económico hacia uno más social; etc. Estos elementos citados son la síntesis de multitud de otros más pequeños emanados del 15M y que acostumbran a girar alrededor del desencuentro generalizado de sus miembros (entre los cuales destaca un alto número de jóvenes con estudios y sin perspectivas laborales y personales) con el modelo tanto político como económico que en el presente existe en España, solicitando en su lugar otro en el que la democracia implique mayor participación popular y control sobre los gobernantes, así como una mayor intervención del Estado en la economía y una concepción más social de la misma. Para ver en detalle todos estos elementos aquí sintetizados se recomienda consultar la web de «¡Democracia Real: YA!» (democraciarealya.es) y el blog del «Movimiento 15M» (movimiento15m.org).

[53] Tampoco es objeto de este trabajo el análisis de la llamada «Primavera Árabe», fenómeno dado en diversos países cada uno con sus circunstancias particulares, pero quepa citar, sintéticamente, algunos de los factores comunes que contribuyeron a producir el cambio –o, al menos, el deseo de cambio– y que en estas líneas se han agrupado en dos categorías cuales son la crisis de la representación y la crisis económica. Dentro de los factores encuadrables en la crisis de la representación aparecerían: la avanzada edad y el largo periodo de gobierno ininterrumpido y no democrático de muchos de los gobernantes de estos países, lo cual llegó a crear dictaduras gerontocráticas o, incluso, dinastías dictatoriales en las que los hijos sucedían a los padres en el gobierno del país; la corrupción sistemática de los gobernantes que convirtió a sus países en cleptocracias; la falta de libertades de los ciudadanos. ¿Qué mayor crisis de la representación puede haber cuando un país es una dictadura en la que se vulneran sistemáticamente los derechos individuales y donde unas pocas familias convierten la acción de gobernar en pillaje institucionalizado de los recursos del Estado? Dentro de los factores propios de la crisis económica estarían: el desempleo, la pobreza, la desigualdad y el incremento generalizado de los precios de las materias primas y, en particular, de los alimentos. A estos factores principales habría que sumarles otros factores de carácter desencadenante tales como: la juventud de la gran mayoría de la población de estos países; las movilizaciones sucesivas y propagadas mediante contagio merced a los medios de comunicación, internet y sus redes sociales; la

mentos son comunes: en ambos casos hay una importante crisis de la representación (entendida en un sentido lo suficientemente amplio que permita incluir en ella tanto a democracias asentadas como España, donde se produce una desconexión entre gobernantes y gobernados, como a dictaduras como Libia o Egipto donde sencillamente los gobernantes actuaban de espaldas a los gobernados) y en ambos casos hay una crisis económica severa (también mucho más grave en el caso «árabe» que en el español[54]). Pero en algo difieren[55]. Y ese algo es lo que ha llevado a que en Túnez o Egipto cambiara el sistema, mientras que en España, más allá de protestas más o menos importantes, no ha cambiado nada: la existencia de una ideología alternativa. Por concluir la metáfora usada en los puntos anteriores: la existencia de un fuerte viento (la ideología) que haga que el incendio (crisis de la representación) acrecentado por la gasolina (crisis económica) se propague. ¿Había una ideología alternativa cuando el 15M se instaló en la Puerta del Sol de Madrid? No parece. Al menos no una común, organizada, desarrollada y concretada[56]. ¿La hubo en las revoluciones propias de la «Primavera Árabe? Se podría

realización de hechos puntuales incontrolables como la inmolación de un ciudadano, etc. Blanco Navarro, J.M. *Primavera árabe. Protestas y revueltas. Análisis de factores*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, nº 52, 2011.

[54] No significa esto que la crisis económica española no sea menor. Hessel destaca algunos de sus elementos, aquellos que para él más deberían hacer indignarse y comprometerse a los españoles: «los jóvenes, a menudo sin futuro, afectados por el paro y la precariedad laboral; la incertidumbre que angustia a millones de trabajadores y a sus familias, sin que nadie les ofrezca perspectivas de mejora a corto o medio plazo; la puesta en entredicho de conquistas sociales, logros y derechos adquiridos a lo largo de las últimas décadas a costa de importantes esfuerzos y luchas; la especulación inmobiliaria desenfrenada, económica y socialmente absurda, que dificulta el acceso a la vivienda al tiempo que altera los paisajes litorales y el medio ambiente; los escándalos de corrupción que implican a dirigentes políticos» Hessel, S. *Comprometeos. Ya no basta con indignarse,* Destino, Barcelona, 2011, p. 10.

[55] Difieren en multitud de elementos, por supuesto. El fundamental es que España era una democracia y no así Túnez, Egipto o Libia; igualmente en España existía una clase media que, aunque asediada por la crisis y cada vez más empobrecida, mantenía un estatus económico suficientemente estable en la mayoría de sus miembros como para que la alternativa revolucionaria no fuera más allá y la protesta se limitara a manifestaciones, concentraciones y disturbios aislados. Pero a lo que se hace referencia en este punto es a la ausencia en España y a la existencia en los países protagonistas de la «Primavera Árabe» de un elemento que sumado a la desconexión entre gobernantes y gobernados y a la mala situación económica es susceptible de movilizar a la población y provocar un cambio de modelo político.

[56] Basta con acudir a las webs y blogs del 15M, de «Democracia real ya» y de los movimientos y plataformas de indignados en general para observar que lo que solicitan son mejoras y reformas en el modelo de democracia representativa, pero (salvo contadas excepciones que apelan a la democracia directa de corte asambleario) no un cambio de éste por otro.

decir que sí. Otra cosa es determinar cual: ¿democracia, islamismo? Depende de a qué país concreto se acuda. Pero haberla, la había. Y ofrecía una alternativa al modelo pre-existente. De ahí que en Túnez o Egipto cambiara el modelo; y de ahí que en España no pasara nada.

La existencia o no de una ideología detrás de un movimiento social no es una cuestión menor. Como indica BERLIN, «puede que sin el empuje de las fuerzas sociales las ideas nazcan muertas. Pero de lo que no hay duda es de que, si no se revisten de ideas, esas fuerzas quedarán cegadas y faltas de dirección.»[57] Cualquier modelo o sistema político se basa en la ideología que habita detrás de él[58] y cualquier cambio de modelo debe llevar aparejado un cambio de ideología. Si no existe una ideología alternativa que oponer a la que sustenta al modelo político anterior, difícilmente podrá haber cambio político. Así pues, parece posible plantear la siguiente hipótesis: una crisis de la representación grave, unida a una crisis económica severa, que se produzca en un momento en el que exista una ideología política alternativa a la imperante en la sociedad de dicho momento, podrá causar un cambio de modelo político. Sin embargo, si dicha ideología no existe, el cambio más que probablemente no se producirá.

Como sustento de dicha hipótesis aparecen revoluciones históricas como la francesa de 1789 (en la que el régimen absolutista no daba representación bastante al Tercer Estado, en la que había una crisis económica severa que motivó que se convocaran los Estados Generales y en la que existía una clara alternativa ideológica –liberalismo, democracia, según a qué elemento de la masa revolucionaria se acudiera–, todo lo cual desencadenó la caída de la monarquía absoluta de los Borbones), o la rusa de 1917 (en la que la monarquía de los Románov se vio superada por las demandas de cambio tanto desde ámbitos burgueses como proletarios, en la que la Iª Guerra Mundial provocó una crisis económica profunda y en la que, ya fuera la democracia parlamentaria, ya el socialismo, existían múltiples alternativas ideológicas al régimen autocrático de los zares) y actuales como la «Primavera árabe» (el ejemplo paradigmático es Egipto, en el cual la dictadura de Mubarak no pudo canalizar los deseos de cambio de gran parte de su población, en el que había una crisis económica grave y en el que existía alternativas ideológicas –democracia, islamismo– que oponer a la ideología del régimen). Igualmente, que el 15M no triunfara (es decir, que no cambiara el modelo político existente) puede ser explicado desde la visión de que se daban en él dos de los factores (crisis de la representación encarnada en la falta de identificación de miles de españoles con el modelo político y con el desarrollo del modelo

[57] BERLIN, I. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 2010, pp. 45-46.

[58] Pues «sólo un materialismo histórico muy vulgar niega el poder de las ideas». BERLIN, I. *op. cit.,* Madrid, 2010, p. 45.

político derivado de la Constitución de 1978, así como crisis económica grave procedente de finales de 2007), pero no el tercero, pues si bien los miembros del 15M pedían (por hacer un resumen algo grosero) mejoras en el modelo democrático imperante, no pedían su cambio por otro, ni ofrecían (más allá de voluntariosas pero poco realistas apelaciones minoritarias al socialismo) uno alternativo.

Por supuesto, esta hipótesis –y los tres elementos de los que se compone– no es más que eso, una hipótesis, y está sometida a que se presente cualquier ejemplo concreto que la pueda falsar. No obstante, puede, como mínimo, resultar interesante al menos como propuesta para ayudar a comprender mejor el funcionamiento de los cambios de modelo político.

5. LOS CONCEPTOS DE RUPTURA DINÁMICA Y RUPTURA ESTÁTICA

De la anterior hipótesis es posible concluir que hay dos posibles situaciones que se pueden producir: una en la que se den los tres elementos citados (crisis de la representación, crisis económica e ideología alternativa) y otra en la que se dé sólo uno o dos, pero no los tres simultáneamente. Si se dan los tres elementos simultáneamente, se producirá un cambio de modelo político (esto es, tendrá lugar una revolución, sea o no incruenta), si no se dan los tres simultáneamente, no se producirá un cambio de modelo político, pero si podrá darse una quiebra de la convivencia social[59]. Estas dos situaciones son las que aquí se llamarán, respectivamente, ruptura dinámica y ruptura estática. La ruptura dinámica consiste en el cambio de modelo político que se produce en una sociedad al coincidir en la misma una crisis de la representación grave, una crisis económica severa y existir en su seno una ideología alternativa que permita construir alrededor de ella un nuevo modelo político (esta es la situación que se dio en 1789 en Francia, en 1917 en Rusia, etc.). Se la denomina dinámica porque los factores citados producen un movimiento social que genera la sustitución del modelo político previo por otro distinto. La ruptura estática, por su parte, consiste en la ruptura de la convivencia social que se da en una sociedad al producirse en ella de modo simultáneo y prolongado en el tiempo una crisis de la representación grave y una crisis económica severa, pero al no existir una ideología alternativa[60]. En este caso la pobla-

[59] Por continuar con la metáfora, para que haya un incendio que devore el bosque y que en su lugar deje un paisaje completamente diferente es necesario que haya un fuego, gasolina que lo acreciente y viento que lo propague. Si algún elemento falla, no habrá incendio, pues o bien el fuego no se propagará, o bien no será lo bastante grande o, simplemente, no habrá fuego.

[60] Hay otras posibles combinaciones de los tres factores, pero estas situaciones no tienen necesariamente que llevar a un escenario de ruptura dinámica o, siquiera, de ruptu-

ción, que se encontrará en una situación de grave desconexión de sus representantes y que, además, sufrirá una crisis económica severa que ampliará los efectos de esta crisis de la representación, tenderá en muchos de sus componentes a romper sus lazos con el conjunto de la sociedad, con el gobierno de la misma e, incluso, con la ideología (tal vez la democrática) que impere en ella. Se formarán guetos, se desestructurará el tejido social y la sociedad dejará progresivamente de ser un todo para acabar por perder su identidad. En la ruptura estática el modelo político no es sustituido por otro, pero sí acaba por quebrar y deja de ser funcional. Esta es la situación que en no pocas democracias occidentales, entre ellas España, se da (progresivamente) en el presente[61].

La ruptura dinámica de una sociedad, tal como se ha producido en los países que han vivido la «Primavera árabe», abre las puertas a que dicha sociedad cambie su modelo político por otro modelo distinto basado en una

ra estática. Así, por citar algunas posibles combinaciones, si no hubiera crisis de la representación, ni crisis económica, pero sí ideología alternativa, el modelo político no tendría por qué sufrir ningún tipo de ruptura. La ideología alternativa podría no ser más que el fruto de las teorías de pensadores sin mayor repercusión social. Si hubiera crisis de la representación e ideología alternativa, pero no crisis económica, más que probablemente no habría un proceso de ruptura dinámica propiamente dicho (entendido como un movimiento social), sino una transformación del modelo político. Este es el caso que podría entenderse que se dio en España en la transición del Franquismo a la democracia (suponiendo que no se considere grave la crisis económica que vivía el país en esos años y que no se tenga por determinante el papel de los ciudadanos en el cambio de modelo político. Si sí se considerase grave tal crisis económica y sí se valorase como determinante el papel de los ciudadanos en el cambio de modelo político, entonces la Transición española sí podría considerarse un fenómeno de ruptura dinámica).

[61] Fenómenos de protesta casi constantes como el 15M, el 25S o las actuaciones contra los desahucios; el posicionamiento de los políticos como uno de los mayores problemas del país en las sucesivas encuestas de opinión (el barómetro de noviembre de 2012 del CIS constataba que «los políticos en general, los partidos políticos y la política» eran considerados por los españoles como el tercer problema en importancia del país, sólo por detrás del paro y la crisis económica y muy por delante del terrorismo o las drogas. Cis, *Barómetro de noviembre 2012, Estudio nº 2966*, cis.es, consultado el 11/01/2013); la aparición de partidos políticos y plataformas ciudadanas que se presentan a las elecciones con discursos y propuestas marcadamente contrarios a los usos y prácticas de los partidos políticos mayoritarios. Todos estos elementos parecen indicar la profundidad de la crisis de la representación existente en el presente en España. La crisis económica que atenaza al país desde 2007 (con tasas de desempleo superiores al 25%) está fuera de toda duda. ¿Y la ausencia de una ideología alternativa? Aquellas que se oponen a la democracia son muy minoritarias. Justamente, aquello por lo que abogan movimientos como el 15M, es la profundización en la democracia o la mejora de determinados elementos de la misma que consideran que se han pervertido. Pero, en ningún caso, parece haber una ideología distinta y alternativa a la democracia. Ni en España, ni en los países europeos del entorno español.

ideología alternativa. No hay que creer que este cambio se ha de producir necesariamente siempre en la misma dirección. Es decir, no hay ningún elemento que lleve a pensar que las dictaduras se hayan de transformar siempre en democracias o las democracias en dictaduras. Es cierto que esta es la transición más habitual, pero no tiene por qué ser la única. Una dictadura puede transformarse en otra dictadura ideológicamente distinta o, simplemente, degenerar en el desorden y el caos social, lo cual puede sucederle también a una democracia. De esto se extrae que los cambios de modelo político no tienen por qué tender siempre a mejor, esto es, a la democracia o a más democracia. Por su parte, la ruptura estática de una sociedad resulta un fenómeno mucho más complejo de percibir al no producirse de forma brusca y al no suponer un cambio de un modelo político a otro distinto. La ruptura estática tiene por efecto la progresiva degeneración del modelo político y de convivencia social; fenómeno que lleva a la desestructuración de la sociedad al producirse la desconexión entre sus miembros y entre estos y sus representantes políticos y al perder paulatinamente la sociedad sus elementos identitarios característicos. Al ser un proceso prolongado en el tiempo y al no afectar necesariamente al conjunto de la sociedad, sino que puede limitarse sólo a grupos de la misma, no es tan fácil de percibir como lo sería un episodio revolucionario típico de una ruptura dinámica. La ruptura estática, sin embargo, siempre y en cualquier caso, conduce a una situación final peor que la de partida. Mientras que la ruptura dinámica puede dar lugar a un modelo político democrático partiendo de orígenes autoritarios y, por tanto, mejorar la convivencia política de los ciudadanos, la ruptura estática nunca conducirá a la democracia o a más democracia. Siempre llevará al empeoramiento de la calidad democrática. Puede darse el caso de que un proceso de ruptura estática sea el paso previo, la degeneración necesaria y preliminar, para que posteriormente se produzca un proceso de ruptura dinámica al aparecer una nueva ideología que se beneficie del estado de desestructuración social generado por la ruptura estática. En este sentido, por ejemplo, una democracia podría sufrir un proceso de ruptura estática y, tras prolongarse éste lo suficiente en el tiempo, aparecer una nueva ideología que favoreciera una ruptura dinámica que hiciera cambiar el modelo. ¿Podría ser esta ideología de carácter democrático? Sí podría y, en ese caso, la nueva ideología democrática renovaría el régimen democrático anterior que previamente habría degenerado. Pero también podría esta nueva ideología no ser democrática. Y el tipo de sociedad y el tipo de ciudadanos fruto de un periodo de ruptura estática son especialmente propicios para que una ideología no democrática y autoritaria se haga con el poder apelando, precisamente, a que la democracia llevó a la sociedad a la situación de desestructuración fruto de la ruptura estática. Si esto es así, la ruptura estática es una situación altamente peligrosa, pues puede tener como resultado el final de la democracia, no sólo su progresiva degeneración y crisis.

6. CONCLUSIONES

¿Qué es necesario para que se produzca un cambio de modelo político? ¿Qué elementos deben darse para que una sociedad cambie la forma que tiene de gobernarse por otra distinta? Si se utiliza como guía para responder esta pregunta la comparación entre los procesos de protesta que se produjeron en Occidente (España, Grecia, etc.) y en los países árabes entre los años 2011 y 2012, es posible plantear una hipótesis, cual es que deben confluir tres elementos: la existencia de una profunda crisis de la representación, de una grave crisis económica y de una ideología alternativa a la dominante en dicha sociedad. Si se dan estos tres elementos simultáneamente (tal como sucedió en algunos países árabes), cabe prever que se podrá producir un cambio de modelo político. Este tipo de cambio de modelo es el que en las presentes páginas se ha llamado ruptura dinámica. Si no se dan los tres elementos, pero sí coinciden en el tiempo dos de ellos, la crisis de la representación y la crisis económica (tal como se produce en el presente en diversos países occidentales como España), no habrá un cambio de modelo político, pero sí una fractura de la sociedad derivada de la desconexión de la misma de grandes grupos poblaciones que dejarán de sentirse parte de ella. Este fenómeno es el que en las presentes páginas se ha llamado ruptura estática.

Ver la democracia como una forma de gobierno que, una vez establecida en una sociedad, necesariamente ya no puede ser revertida sería tanto una afirmación que se opondría a la experiencia histórica en la que la democracia no pocas veces ha sido substituida por regímenes no democráticos, como una postura cuando menos arriesgada si se valora y se desea mantener la democracia como forma de gobierno. Más allá de que se concuerde o no con los motivos concretos que la producen, parece innegable que en el presente se produce una intensa falta de identificación de gran parte de la ciudadanía con la política y aquellos que la ejercen. Afirmar esto implica afirmar igualmente que, de hecho, existe una fractura entre los ciudadanos y la democracia tal y como se entiende y se practica en el presente. La crisis de la representación, en este sentido, es una crisis de la democracia y sus consecuencias no sólo afectan a los actores de la democracia (partidos políticos, instituciones, etc.), sino a la propia democracia. Si la ciudadanía vive fracturada del modelo de gobierno que la rige y, además, sufre una situación personal compleja a causa de una crisis económica grave, no es descabellado concluir que la frustración y el malestar ciudadanos se acumularán produciendo unos u otros resultados en función de que exista o no un modelo político alternativo que pueda substituir a la democracia. Si este modelo existe, es mera cuestión de tiempo que se produzca un cambio (que la historia parece demostrar que acostumbra a ser brusco: 1789, 1917, etc.) que cambie el modelo político. Si no existe modelo alternativo alguno, no por ello la fractura democrática y la frustración ciudadana han de desaparecer por sí mismas, sino que, lo más probable es que se manifiesten de un modo distinto al cambio de modelo. Esta situación, que aquí

se ha llamado de ruptura estática, llevará a la progresiva degeneración del modelo democrático dando lugar a resultados no por desconocidos menos predecibles y que más que probablemente consistirán en un debilitamiento generalizado de la sociedad entendida como comunidad política, una ruptura de los lazos existentes entre sus miembros, una pérdida de la conciencia de colectivo y, en definitiva, una desaparición progresiva no formal, pero sí material, de la democracia tal y como se entienden en el presente.

De los hechos acontecidos en diversos países europeos en los últimos años parece extraerse que la ciudadanía demanda modificaciones en el modelo político imperante. Más que posiblemente no un cambio de la democracia como tal allí donde ésta ya se aplica, pero si una revisión del modo en que se entiende en la actualidad. Una ciudadanía formada, informada y que se considera madura exige que se le trate de semejante modo; que no se acuda a ella sólo a pedir una ratificación de los candidatos y representantes que se le ofrecen; que se la permita una mayor fiscalización de sus gobernantes; que se la tenga en cuenta a la hora de tomar las decisiones políticas que afectan a toda la comunidad. La sociedad del siglo XXI no puede gobernarse por un modelo de democracia que en muchos de sus elementos más tiene del XIX que siquiera del XX –cuando no parte formalmente de presupuestos y concepciones del liberalismo procedentes del XVIII que después pervierte sistemáticamente en la práctica–. Más aun cuando se observan peligrosas derivas que pueden llevar no ya a una degeneración de la democracia, sino a una ruptura y pérdida de naturaleza del modelo democrático, cuando no su substitución por otro no necesariamente mejor. Como creación humana que es, la democracia es movimiento[62], desarrollo y cambio[63]. Frenar su evolución muy posiblemente equivalga a condenarla a una extinción segura[64].

[62] No es posible no recurrir aquí a las palabras de Bobbio cuando indica «para un régimen democrático, estar en transformación es el estado natural; la democracia es dinámica, el despotismo es estático y siempre igual a sí mismo.» Bobbio, N. *op. cit.,* México D.F., 1986, p. 7.

[63] Por ello, no cabe compartir la postura de los que, como Fukuyama, consideran que la historia como tal ha llegado a su fin o culminación con el advenimiento planetario de la democracia tal y como hoy la entendemos y el capitalismo tal y como hoy lo entendemos. Siguiendo a de Vega «más significativo e importante que proceder al análisis del pensamiento de ese amplio elenco de servidores de la razón instrumental y tecnocrática, que desde una filosofía ruin anuncian la ruina de la filosofía, y desde la negación de las ideologías y las valoraciones morales en la política, construyen su propio sistema de valoraciones ideológicas, es descubrir el conjunto de supuestos reales, intereses concretos y motivaciones subyacentes que se ocultan en sus aparatosas, espectaculares y contradictorias formulaciones doctrinales.» Vega, P. de, *op. cit.,* Barcelona, 1998, p. 22.

[64] No obstante, siempre resultan gráficas (y hasta cierto punto divertidas) las palabras de Bobbio cuando se preguntaba a sí mismo si la democracia tenía un porvenir y cuál sería éste para a continuación responderse que «en el supuesto caso de que lo tenga, les respondo tranquilamente que no lo sé.» Bobbio, N. *op. cit.,* México D.F., 1986, p. 13.

7. BIBLIOGRAFÍA

ACEMOGLU, D. Y ROBINSON, J. *¿Por qué fracasan las naciones?*, Deusto Ediciones, Barcelona, 2012.

ACOSTA SÁNCHEZ, J. «La articulación entre representación, Constitución y democracia: Génesis, crisis actual y Constitución española», *Revista de Estudios Políticos,* nº 86, 1994, pp. 99-152.

ARAGÓN REYES, M. «Parlamentarismo y antiparlamentarismo en el primer tercio del siglo XX: la proyección actual de aquella polémica», *Revista de Estudios Políticos,* nº 93, 1996, pp. 57-66.

ASENSI SABATER, J. *La época constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BERLIN, I. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 2010.

BLANCO NAVARRO, J.M. *Primavera árabe. Protestas y revueltas. Análisis de factores*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, nº 52, 2011.

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

DIENEL, P.C. Y HARMS, H. *Repensar la democracia. Los núcleos de intervención participativa*, Ediciones del Serbal, Barcelona, 2000.

GARZÓN VALDÉS, E. «Representación y Democracia», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Universidad de Alicante, nº 6, 1989, pp. 143-164.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, C. Y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. *Sistema electoral, partidos políticos y parlamento,* Colex, Madrid, 2003.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* Trotta, Madrid, 1998.

HÉRIN, R. «Violencias en las periferias urbanas francesas», *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales,* nº 12, fascículo 270, Universidad de Barcelona, 2008.

HESSEL, S. *Comprometeos. Ya no basta con indignarse,* Destino, Barcelona, 2011.

JUGLAR, C. *Des crises commerciales et de leur retour periodique en France, en Anglaterre et aux États-Unis,* Guillaumin et cie., Paris, 1862.

MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo,* Alianza Editorial, Madrid, 2006.

MONTERO, D. *La casta: El increíble chollo de ser político en España,* La Esfera de los Libros, Madrid, 2009.

RAMÍREZ NÁRDIZ, A. *Democracia Participativa. La Democracia Participativa como profundización en la Democracia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

——— «El debate en torno a los mecanismos de Democracia Participativa durante el proceso constituyente español», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* nº 67/68, Universidad de Valencia, 2009, pp. 167-178.

RUBIO NÚÑEZ, R. «La guerra de las democracias», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* nº 16, 2007, pp. 79-107.

SARTORI, G. «En defensa de la representación política», *Claves de razón práctica,* nº 91, 1999, pp. 2-6.

SCHUMPETER, J.A. *Capitalismo, Socialismo y Democracia,* Aguilar, Madrid, 1971.

TOURAINE, A. *¿Qué es la Democracia?*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.

VEGA, P. DE. *Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual*, Colección Working Papers, Nº 141, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1998.

——— «La crisis de la representación política en la democracia de partidos», *Tendencias contemporáneas del Derecho electoral en el mundo,* Cámara de Diputados, México, D.F., 1993, pp. 181-204.

VELASCO, P. *No nos representan: el manifiesto de los indignados en 25 propuestas,* Temas de Hoy, Madrid, 2011.

ARTÍCULOS DE PRENSA

ASENSI SABATER, J. «Partidos en la picota», *Diario Información de Alicante,* 21 de enero de 2013.

GAREA, F. «Rajoy anuncia el recorte de 10.000 millones en Educación y Sanidad», *Diario El País,* 9 de abril de 2012.

ROSANVALLON, P. «Una diferencia económica acaba con la convivencia», *Diario El País,* 23 de octubre de 2012.

SAVATER, F. «La política y el amor», *Diario El País*, 14 de agosto de 2008.

PÁGINAS WEB

DEMOCRACIA REAL YA, democraciarealya.es, consultado el 09/01/2013.

MOVIMIENTO 15M (BLOG), movimiento15m.org, consultado el 09/01/2013.

CIS, *Barómetro de noviembre 2012, Estudio nº 2966*, cis.es, consultado el 11/01/2013.

TITLE: Representation Crisis, Economic Crisis and Alternative Ideology: the Concepts of Static and Dynamic Breaking

RESUMEN: La crisis de la representación que sufren las democracias occidentales y que contribuye a la desconexión progresiva de los gobernantes y representantes públicos de los ciudadanos, se ha agravado en los últimos años debido, entre otros factores, a la crisis económica mundial que afecta especialmente a varios de los miembros de la Unión Europea, entre ellos España. Si dicha crisis de la representación se agravará o remitirá y qué consecuencias tendría dicha agravación en el caso de producirse, es una de las grandes cuestiones jurídico-políticas del presente. En estas líneas se pretende analizar los distintos elementos que pueden llevar a la ruptura social, introducir dos posibles modelos de ruptura y valorar que circunstancias pueden contribuir al cambio de modelo político de una sociedad.

PALABRAS CLAVE: Crisis, representación, ruptura, estática, dinámica, ideología alternativa.

ABSTRACT: The crisis of the representation that the western democracies are suffering and that contributes to disconnect progressively the rulers and representatives from the citizens, it has worsened in the last years,

among other factors, because of the world economic crisis that is specially affecting several EU´s member states, including Spain. If that representation crisis will get worse or better and, if it would get worse, what consequences this would have is one of the main legal-politic issues of the present. It is the wish of these lines to analyze the different elements that can lead to the social breakdown, to introduce two possible breakdown models and to value which circumstances can contribute to the change of political model of one society.

Keywords: Crisis, representation, breaking, static, dynamic, alternative ideology.

Recibido: 26.11.2013
Aceptado: 26.05.2014

EL REFERÉNDUM CONSULTIVO EN ESPAÑA: REFLEXIONES CRÍTICAS Y ALGUNAS PROPUESTAS DE FUTURO

Paloma Requejo Rodríguez

Sumario: 1. Una referencia al pasado para comprender el presente. 2. La vigente regulación del referéndum en el Art. 92 CE. 3. Algunas propuestas de reforma. 3.1. *Sobre la necesidad de la reforma*. 3.2. *Algunas propuestas sobre la mesa*. 3.3. *Otras propuestas de lege ferenda*. 4. Bibliografía.

1. UNA REFERENCIA AL PASADO PARA COMPRENDER EL PRESENTE

Más allá de los antecedentes históricos que tradicionalmente suelen acompañar al estudio de cualquier institución, en este caso resulta imprescindible realizar aunque sea un mínimo recordatorio del pasado para comprender la actual regulación del referéndum en el ordenamiento español.

Teniendo en cuenta las enormes diferencias que los separan, no tiene a nuestro juicio demasiado sentido remontarse a las asambleas de la Grecia clásica, cuna de la democracia directa, en las que esclavos, metecos y mujeres quedaban al margen de la toma de decisiones, a las prácticas plebiscitarias de la República romana o a los parlamentos medievales, en los que representantes sujetos a mandato imperativo necesitaban que sus representados ratificaran las decisiones adoptadas sin contar con instrucciones previas. Estas últimas, las llamadas decisiones *ad referendum*, todo lo más pueden ser el origen del término objeto de este estudio.

El punto de arranque conceptual debe buscarse en la Revolución francesa. La incompatibilidad radical entre la democracia representativa, defendida por Sieyès y Montesquieu, que conforme al pensamiento liberal restringía la participación a la elección, y la democracia directa, preconizada por Rous-

seau, que extendía aquella más allá de ese momento como signo de autodeterminación, parece superarse con la aportación de Condorcet en sus *Lettres d'un bourgeois de New-Haven à un citoyen de Virginie* y su influencia en el Proyecto de Constitución francesa de 1793 que por vez primera incorpora el principio referendario. Sin embargo, la amplitud de la unidad política, la complejidad de la sociedad, la necesaria rapidez y el deseo de monopolizar la toma de decisiones, junto a la desconfianza que despertaba una ciudadanía «malformada» e «influenciable» incapaz de asegurar la racionalidad de las mismas, hizo que, con la excepción de Suiza, el estado liberal decimonónico se decantara por el modelo representativo. Sólo en los últimos años del siglo diecinueve se empezaron a ver los instrumentos de participación directa como un complemento que podía corregir las deficiencias observadas en el sistema parlamentario y asegurar su pervivencia, terminando por plasmarse ya en el siglo veinte, entre otras, en la Constitución de Weimar de 1919 y en la Constitución española de 1931. Después de la Segunda Guerra Mundial se acudió al referéndum para legitimar los nuevos regímenes constitucionales, pero tras esos primeros años de cierto apogeo decayó considerablemente el recurso al mismo, al ser visto como un instrumento simplista, poco pluralista, conservador y fácilmente manipulable. Salvo en Suiza y en la Francia del General De Gaulle, en la que, recordando las prácticas napoleónicas, el referéndum fue utilizado para fortalecer al Jefe de Estado y a sus políticas eludiendo al Parlamento, habrá que esperar a la década de los setenta del pasado siglo para verlo resurgir en Italia y en España.

En España, sin olvidar los precedentes del Art. 69 del Real Decreto de 25 de noviembre de 1897 regulador de la autonomía de Cuba y Puerto Rico y de los Arts. 219 y siguientes del Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924 nunca puestos en práctica, la implantación del referéndum a nivel constitucional, como quedó dicho, no tuvo lugar hasta 1931 en la Constitución de la II República. En un intento de potenciar el parlamentarismo racionalizado, se incorporaron, no sin polémica, distintos mecanismos de participación directa, como los plebiscitos territoriales de aprobación estatutaria del Art. 12, la iniciativa legislativa popular o el referéndum facultativo del Art. 66. Se trataba de un referéndum de naturaleza legislativa a través del cual el Pueblo, si lo solicitaba el quince por ciento del Cuerpo electoral, podía «atraer a su decisión» leyes votadas por las Cortes que no fueran complementarias de la Constitución, leyes de ratificación de convenios internacionales inscritos en la Sociedad de Naciones, Estatutos regionales o leyes tributarias, sin que el procedimiento concreto y las garantías del referéndum llegaran a ser desarrollados por la ley especial que preveía el precepto. Durante el Franquismo las consultas populares se regularon en la Ley de referéndum nacional de 1945, exigiéndose a posteriori referéndum en la reforma de cualquiera de sus Leyes fundamentales; de los que llegaron a celebrarse, el de 1947, para aprobar la Ley de sucesión, y el de 1966, sobre la Ley orgánica del Estado, buscaban la

legitimación del régimen, convirtiéndose en plebiscitos personalistas, mientras que el referéndum sobre la Ley para la reforma política de 1976 también pretendió legitimar el régimen por venir, sentando bases democráticas, sin romper procedimentalmente con la legalidad anterior.

Con estos antecedentes y sin olvidar una experiencia comparada poco satisfactoria, recordemos los aludidos plebiscitos franceses y la tensión política que introdujo la implantación del referéndum abrogativo en Italia, no es extraño que los constituyentes españoles miraran con suspicacias la figura del referéndum. Ello llevó, como veremos a continuación, a recortar considerablemente la regulación que sobre el mismo efectuaban las primeras redacciones del texto constitucional de 1978. Junto a los referéndums que incidían en la reforma constitucional y en el modelo de organización territorial, en el Art. 85 del Anteproyecto de Constitución se contemplaban referéndums facultativos y vinculantes sobre decisiones políticas de especial trascendencia, sobre la aprobación de leyes votadas por las Cortes Generales aún no sancionadas y sobre la derogación de otras leyes ya en vigor. Si en los dos primeros casos la convocatoria correspondía al Rey a propuesta del Gobierno, a iniciativa de cualquiera de las Cámaras o de tres Asambleas autonómicas, en el último la iniciativa también podía proceder de setecientos cincuenta mil electores, remitiendo a una ley orgánica la concreción de las condiciones de las consultas, así como de la iniciativa popular vinculada tanto al impulso del referéndum como al procedimiento legislativo. Posiblemente la influencia italiana tuvo mucho que ver con la inclusión de referéndums legislativos y con la apertura de la iniciativa a la ciudadanía en el referéndum abrogativo, descartada en los dos otros casos por razones diversas, como impedir su influencia en el indirizzo político del Gobierno o evitar que pusiera de manifiesto la desconexión representantes-representados. Paradójicamente, desde la perspectiva actual, el único defensor del precepto en la redacción descrita fue Manuel Fraga Iribarne, quien invocó la función de «contrapeso a la partitocracia» que podría llegar a jugar el referéndum, frente al rechazo manifestado por el resto de fuerzas políticas, abanderadas por Jordi Solé Tura, que basaban su posición de restringir al máximo este tipo de consulta en la experiencia plebiscitaria anterior, en el temor de que resurgiera el pasado autocrático, así como en la necesidad de impulsar el sistema de partidos y de consolidar el estado democrático representativo y un parlamentarismo racionalizado[1]. Ello condujo a la eliminación de los referéndums legislativos de ratificación y de abrogación y de cualquier atisbo de iniciativa ciudadana en el tenor actual del Art. 92 CE que pasamos a analizar[2].

[1] En http://www.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/ no sólo puede encontrarse el texto del mencionado Anteproyecto –*Boletín Oficial de las Cortes*, 5 de enero de 1978, nº 44–, sino el procedimiento de elaboración de la Constitución en su integridad.

[2] Sobre el devenir histórico del referéndum se ha consultado, Garrorena Morales, Á., «Teoría y práctica española del referéndum», *Anales de la Universidad de Murcia*,

2. LA VIGENTE REGULACIÓN DEL REFERÉNDUM EN EL ART. 92 CE

Aunque según el Art. 23 CE «los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos directamente y por medio de representantes», lo cierto es que del resto de preceptos constitucionales se constata que el constituyente ha apostado por la democracia representativa y por el protagonismo de los partidos, quedando los instrumentos de participación directa reducidos a un papel secundario, complementario y excepcional, que, a nuestro entender, no satisface plenamente las expectativas generadas por el reconocimiento del derecho fundamental a la participación política en los términos señalados.

Entre las distintas consultas populares que la Constitución contempla con ese espíritu restrictivo, nos centraremos en el referéndum del Art. 92 CE. En él, el Cuerpo electoral puede ser llamado a participar en la función de dirección política, al ser interpelado sobre cuestiones políticas de especial trascendencia. Atendiendo a este concepto jurídico indeterminado a través del cual la Constitución delimita el objeto de la pregunta que luego prefigurará el Presidente del Gobierno, hay que descartar que este pueda ser una norma, sin perjuicio de que nada impida que celebrado el referéndum llegue a aprobarse para plasmar su resultado, lo que le aproxima al concepto alemán de plebiscito. Su situación en el texto constitucional, en el Capítulo II del Título III dedicado a la elaboración de las leyes, resulta, por tanto, inadecuada, ya que, una vez suprimidos los referéndums legislativos, no se ha cambiado el precepto de la ubicación en la que justificadamente aparecía en origen, pero no ya en la actualidad.

Su naturaleza, por el contrario, no deja lugar a dudas. Estamos ante un referéndum facultativo y consultivo.

Facultativo, porque nada obliga a su convocatoria, en tanto el órgano competente puede adoptar la decisión política básica que en cada caso se trate sin necesidad de que el Cuerpo electoral se pronuncie. Incluso si el referéndum llega a convocarse, la decisión realmente ya está tomada, aunque no formalizada por el Gobierno, que debe formular la pregunta de manera clara e inequívoca para que pueda constatar si el Cuerpo electoral está de acuerdo, otorgándole en ese caso el consiguiente plus de legitimidad. La

---

Derecho, Vol. XXXI, nº 3-4, 1977, pp. 79-108; Aguiar de Luque, L., *Democracia directa y Estado constitucional*, Edersa, Madrid, 1977, pp. 3 y ss.; Linde Paniagua, E., Herrero Lera, M., «El referéndum en la Constitución de 1978», *Revista de Derecho Político*, nº 3, 1979, pp.17-48; Oliver Araujo, J., «El referéndum en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Político*, nº 29, 1989, pp. 115-184; Pérez Sola, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Universidad de Jaén, Jaén, 1994, p. 13 y ss.; López González, J. L., *El referéndum en el sistema español de participación política*, Universidad politécnica de Valencia, Valencia, 2005, p. 10 y ss.

iniciativa le corresponde al Presidente del Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados adoptada tras debate de totalidad por mayoría absoluta. Esta mayoría, no prevista en el Art. 92 CE, es impuesta por la Ley orgánica reguladora del referéndum con base en el Art. 79.2 CE, buscando lograr el consenso y favorecer un control de oportunidad por parte de la oposición. La convocatoria a cargo del Rey tampoco está exenta de polémica, no tanto por su consideración de acto debido, sino por realizarse, al determinarlo así la Ley orgánica de desarrollo, mediante Real Decreto acordado en Consejo de ministros y refrendado por su Presidente, cuando, según la Constitución, debería dejarse en manos del Rey con refrendo del Presidente del Gobierno. La ciudadanía, por tanto, queda fuera de la propuesta, que, centralizada en el Presidente del Gobierno, no excluye, sin embargo, al Congreso, a través de su necesario consentimiento. ¿Iniciativa, entonces, parlamentaria, como propugna Pedro Cruz Villalón, o gubernamental, como defiende, entre otros, Nicolás Pérez Sola? Quizás hablar de una iniciativa compleja sería lo más ajustado a la realidad, puesto que la intervención de ambos, Presidente del Gobierno y Congreso, resulta imprescindible. No contar con otros sujetos para ejercer la iniciativa o no exigir una mayoría parlamentaria más elevada para la autorización propicia que pueda pervertirse el uso del referéndum, por ejemplo, si el Presidente del Gobierno lo pone en marcha para consolidar su posición política frente a la oposición o como alternativa a la cuestión de confianza, potenciando su vis plebiscitaria, en el peor sentido de la expresión, en detrimento de su dimensión participativa.

Consultivo, porque su resultado jurídicamente no es vinculante, al margen de la dificultad que desde un punto de vista político suponga desoír la respuesta de la ciudadanía. Por eso hay quien hace depender el grado de vinculación del referéndum de que el resultado sea más o menos inequívoco, como el Profesor Ramírez; quien considera, como el Profesor De Esteban, que el resultado del referéndum siempre obliga, de modo que en caso de respuesta negativa se debe revocar la decisión o incluso convocar elecciones cuando la pregunta es relevante para el programa de gobierno, como sugiere el Profesor Oliver; o quien estima, como el Profesor Manuel Aragón, que el término consultivo equivale a no ratificador o no sancionador, ya que la decisión tomada con anterioridad a la consulta debe ser luego adoptada con carácter definitivo por el órgano competente, sin que el Cuerpo electoral lo sustituya, pues en su caso todo lo más podría vetar su actuación.

El Art. 92 CE remite, por último, a una Ley orgánica la regulación de las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, sin embargo esta ley, la Ley orgánica 2/1980, no se ocupa de todos por igual, centrándose principalmente en los que tienen por objeto el acceso a la autonomía. Respecto de los que nos ocupan, los del Art. 92 CE, pocas novedades. La exigencia de mayoría absoluta en el Congreso para su autorización, su convocatoria por el Rey mediante Real Decreto acor-

dado por el Consejo de Ministros que ha de contener el texto íntegro de la decisión política objeto de consulta, la claridad en la formulación de la pregunta, la fecha de la votación entre los treinta y ciento veinte días posteriores a la publicación oficial del Real Decreto y en lo demás su sometimiento a un régimen común al resto de consultas, que no resulta siempre lo más idóneo. Nada que decir respecto de la prohibición de celebración del referéndum o la suspensión del ya convocado si en alguno de los territorios en los que se va a realizar la consulta se ha declarado un estado de excepción o sitio, si no han pasado noventa días desde su levantamiento, si faltan noventa días para la celebración de elecciones parlamentarias, locales u otro referéndum o si no han trascurrido aún esos mismos noventa días desde su celebración, pues en un supuesto es imprescindible la plena vigencia de los derechos fundamentales como garantía para la celebración de la consulta y en otro se pretende evitar que se solape con otros instrumentos de participación ciudadana. Otras equiparaciones son difícilmente justificables. La circunscripción provincial, cuando en el caso del referéndum del Art. 92 CE es única, en tanto el Cuerpo electoral independientemente de donde emita su voto cumple la misma función, decidir sobre una cuestión de trascendencia política; la remisión a las normas de régimen electoral general o el protagonismo desmedido de los grupos políticos con representación parlamentaria o los que hubieran obtenido al menos un tres por ciento de los sufragios válidamente emitidos en el ámbito a que se refiera la consulta en las últimas elecciones generales al Congreso. Serán ellos quienes accedan en campaña a los espacios gratuitos de propaganda en medios públicos y puedan activar el recurso contencioso-electoral contra los acuerdos sobre los resultados del escrutinio general que tras la votación adopten las Juntas electorales provinciales, a las que también corresponde la proclamación de resultados, sin perjuicio de que la Junta electoral central realice un resumen a la vista de las actas que le remitan, declare oficialmente esos resultados, los comunique a los Presidentes del Gobierno, Congreso y Senado y disponga su publicación oficial. Choca que primero se quiera marcar las distancias entre el proceso electoral y el refrendatario, cuando luego sus partícipes son los mismos, los grupos políticos, cerrando la puerta a otras agrupaciones ciudadanas que pueden puntualmente posicionarse a favor o en contra de la decisión política de especial trascendencia sobre la que el Cuerpo electoral está llamado a pronunciarse. Si el Presidente del Gobierno con la autorización de la mayoría del Congreso es el único que puede impulsar la consulta y luego en el debate previo al pronunciamiento ciudadano la voz cantante la llevan los grupos políticos presentes en el Parlamento, el referéndum ni siquiera es un complemento a la democracia representativa, es lo mismo, no entendiéndose entonces las suspicacias que despertó su implantación. En democracia tan relevante es decidir como poder provocar la toma de la decisión e intervenir en la discusión en igualdad de condiciones, lo que no se consigue precisamente descafeinando el referén-

dum como instrumento de participación hasta hacerle perder en gran medida su sentido[3].

Son muchas las cuestiones que la Constitución y la Ley orgánica dejan en el tintero, desde el alcance del objeto del referéndum hasta la exigencia de un quorum de participación o de un número mínimo de votos favorables para que la cuestión planteada prospere, pasando por si es posible reiterar la pregunta de ser rechazada y en qué plazos, pero, sin duda, una de las más relevantes es la de su ámbito territorial. El Art. 92 CE ni determina expresamente cuál es este, ni tampoco prohíbe que puedan realizarse consultas sobre cuestiones políticas de especial trascendencia de alcance inferior al estatal como el autonómico o el local[4]. Que esto sea posible parece deducirse del Art. 149.1.32 CE cuando, en la línea de desconfianza habitual en este asunto[5], confiere al Estado la competencia exclusiva en lo que a la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum respecta. Si ésta sólo correspondiera al Estado no tendría sentido mencionar la autorización en el reparto de competencias, como tampoco parece, pues nada se dice, que la autorización se circunscriba a los referéndums de relevancia territorial –de aprobación y reforma estatutaria- expresamente previstos en la Constitución, según señala la STC 31/2010, de 28 de junio. Igualmente se debe subra-

[3] Sobre la regulación del Art. 92 CE, Cruz Villalón, P., «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», *Revista de Estudios políticos*, nº 13, 1980, pp. 145-168; Linde Paniagua, E., Herrero Lera, M., «El referéndum…», *ob. cit*., pp. 17-48 y, de los mismos autores, «Comentario a la Ley orgánica de modalidades de referéndum», *Revista de Derecho Político*, nº 6, 1980, pp. 83-105; Oliver Araujo, J., «El referéndum…», *ob. cit*., pp. 115-184; Pérez Sola, N., *La regulación… ob. cit*., p. 13 y ss.; Aragón Reyes, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 127 y ss.; López González, J. L., *El referéndum… ob. cit*., p. 10 y ss. y, del mismo autor, «El referéndum nacional consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 38-39, 2002, pp. 207-218 y «El referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia: reflexiones desde el principio democrático en relación al referéndum sobre la Constitución europea», *Revista de Derecho Político*, nº 65, 2006, pp. 233-256; Martín Núñez, E., «El referéndum y las consultas populares en las Comunidades Autónomas y municipios», *Revista vasca de Administración pública*, nº 94, 2012, pp. 95-131.

[4] De los trabajos parlamentarios puede extraerse que el ámbito territorial de la consulta prevista en el Art. 92 CE es el estatal, ya que durante su tramitación se rechazó en el Senado una enmienda, la nº 999, defendida por el Sr. Monreal, del Grupo de socialistas vascos, que propugnaba que las decisiones políticas que afectaran a una Comunidad autónoma fueran sometidas a referéndum consultivo en ese territorio.

[5] Aguado Renedo, C., «El referéndum autonómico», en Matía Portilla, F. J. (dir.), *Pluralidad de ciudadanos, nuevos derechos y participación democrática*, Cuadernos y Debate, CEPC, Madrid, 2011, pp. 389-419, explica la competencia del Art.149.1.32 CE por el temor de que la voluntad general, es decir, «la que, bajo el concepto de soberanía nacional, conforma el pueblo español en su conjunto ex art. 1.2 CE» se vea condicionada por «sólo una fracción del mismo»

yar el lugar preeminente que el constituyente otorga a la participación y al pluralismo en los Arts. 1, 9.2 y 23 CE, en coherencia con dos de los principios estructurales de nuestro ordenamiento, el estado democrático y el estado social, de modo que una interpretación sistemática que tenga a estos elementos en cuenta puede permitir la aparición de otros mecanismos de participación directa de creación legal o estatutaria, siempre que respeten las restricciones explícitas que la Constitución señala y el lugar complementario y excepcional en que esta los coloca respecto de los instrumentos de democracia representativa, como se reconoce en la STC 103/2008, de 11 de septiembre[6]. En definitiva, los Estatutos pueden atribuir a sus Comunidades Autónomas cualquier competencia que no pertenezca al Estado y a tenor del Art. 149 CE, a este le corresponde autorizar la convocatoria de referéndums y fijar las bases tanto del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, como de las condiciones que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Así actualmente en los Estatutos de algunas Comunidades, como es el caso de Asturias –Art. 11–, Canarias –Art. 32–, La Rioja –Art. 9–, Murcia –Art. 11–, Castilla León –Art. 71–, Islas Baleares –Art. 31– o la Comunidad Valenciana –Art. 50–, se asume en el marco de la legislación básica del Estado la competencia de desarrollo legislativo y ejecución del sistema de consultas populares en su ámbito, de conformidad con lo que disponga la ley prevista en el Art. 92.3 CE y las demás leyes del Estado, correspondiéndole a éste la autorización de su convocatoria; los ciudadanos de Castilla y León y de las Islas Baleares, y también los de Andalucía y Cataluña, pueden promover la convocatoria de la consulta en los términos que establezcan las leyes. Otros Estatutos, sin embargo, prefieren calificar de exclusiva una competencia que describen de modo diverso. El Art. 9 del Estatuto de Extremadura se refiere al régimen y convocatoria de consultas populares diferentes al referéndum, mientras que el Art. 78 del Estatuto de Andalucía alude al establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la Comunidad o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción del referéndum; salvedad esta que encontramos con otras redacciones en el Art. 71 del Estatuto de Aragón, que excluye de su competencia la regulación del referéndum y lo previsto en el Art. 149.1.32 CE, o en el Art. 122 del Estatuto de Cataluña, que descarta la asunción de lo previsto en el Art. 149.1.32 CE. Fórmulas similares,

[6] Así también lo subraya Pérez Sola, N., *La regulación… ob. cit.*, p. 13 y ss. o Uriarte Torrealday, R., «Notas sobre la admisibilidad constitucional de consultas populares de ámbito autonómico», *Revista vasca de Administración Pública*, nº 82, 2008, pp. 227-257.

pero con distinto alcance, pues si la primera parece rechazar cualquier competencia de la Comunidad Autónoma en materia de referéndums, la segunda parece asumir a sensu contrario competencias ejecutivas en materia de referéndum y la última, la más expansiva, tan sólo deja en manos del Estado la autorización de la convocatoria del referéndum. Por el contrario, Galicia, Cantabria, País Vasco, Navarra, Madrid y Castilla-La Mancha no asumen ningún título competencial sobre esta materia[7].

Salta a la vista que estatutariamente se quiere establecer una distinción entre referéndums y consultas populares de otra índole, al suponer que respecto de estas últimas el ámbito de actuación de las Comunidades sería mucho más amplio, incluso en lo que a su convocatoria se refiere, puesto que quizás no necesitarían de autorización estatal. Resulta entonces determinante separar uno y otro concepto. Este deslinde, objeto de numerosos estudios doctrinales, ya ha sido realizado, por otra parte, por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 76/1994, de 14 de marzo, 119/1995, de 17 de julio, 103/2008, de 11 de septiembre y 31/2010, de 28 de junio. En ellas el referéndum se define como una especie del género consulta popular cuya peculiaridad no radica en cuál ha de ser su norma reguladora, su objeto, su finalidad o el grado de vinculación de su resultado, sino en una cuestión de naturaleza orgánico-procedimental. El referéndum, a diferencia del resto de consultas populares, es manifestación del ejercicio del derecho fundamental de participación política directa del Art. 23 CE y fruto de la actuación, no de cualquier grupo de ciudadanos con intereses concretos, sino del Cuerpo electoral, que debe pronunciarse sobre el asunto público que se le someta conforme a un procedimiento electoral que asegure la veracidad de ese pronunciamiento, al

[7] Bueno Armijo, A., «Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Revista de Administración pública*, nº 177, 2008, pp. 195-228, destaca como, a pesar de la diferente regulación estatutaria, en la práctica la situación en todas las Comunidades se equiparó al entender que las competencias autonómicas en materia de consultas populares se referían a las de ámbito local, lo que permitió incluso a las Comunidades que no habían asumido específicamente esta competencia desarrollar normativamente esas consultas con base en su título competencial sobre régimen local. Lo mismo sucedería, a su entender, cuando la consulta se incardina en un procedimiento administrativo con base en la competencia sobre desarrollo del régimen jurídico de las instituciones de autogobierno, sin perjuicio de la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen administrativo común. Incluso, dando un paso más, Uriarte Torrealday, R., «Notas…» *ob. cit*., pp. 227-257, considera que las consultas populares no son una materia nueva y basta con tener competencia sobre el objeto de la consulta para que la Comunidad Autónoma proceda a su regulación con apoyo en la potestad de autoorganización vinculada al principio democrático. Nada que ver con la exigencia del Tribunal Constitucional, en su STC 103/2008, de 11 de septiembre, de una competencia expresa y específica en esta materia y la negativa a aceptar cualquier título competencial implícito que pudiera servir de base a las mismas.

estar basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas. Las demás consultas populares, por tanto, son instrumentos de participación, aunque no expresión del derecho fundamental del Art. 23 CE, en los que sujetos no coincidentes con el Cuerpo electoral dan su opinión sobre asuntos de interés público a través de procedimientos que no reúnen las características y garantías del proceso electoral[8]. En palabras del Tribunal Constitucional, en sus SSTC 103/2008, de 11 de septiembre, y 31/2010, de 28 de junio, «caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos distintos de los que cualifican una consulta como referéndum y con los límites materiales a los que también hicimos referencia en la STC 103/2008 (FJ 4) respecto de todo tipo de consultas, al margen de la prevista en el Art. 168 CE».

¿Qué normas deben regular las consultas no referendarias y los referéndums autonómicos? Resulta evidente que si las Comunidades han asumido competencia legislativa en materia de consultas populares no hay inconveniente en que una norma autonómica se encargue de esta regulación cuando no se trate de referéndums; con qué alcance vendrá determinado por cuál sea la finalidad de la consulta, pues, por ejemplo, si pretende incardinarse en un procedimiento administrativo, la normativa autonómica habrá de respetar lo dispuesto por la normativa estatal reguladora de las bases sobre el régimen jurídico de las Administración Públicas y el procedimiento administrativo común, como tendría que estar a lo que disponga la Ley de bases de régimen local cuando las consultas incidan en el ámbito local en vez del autonómico –Art. 149.1.18 CE–[9]. Así lo entiende la STC 31/2010, de 28 de junio, en la que, refiriéndose a las encuestas, audiencias públicas y foros de participación a los que alude el Art. 122 del Estatuto de Cataluña ciñéndolos al ámbito de competencias autonómicas, considera que «no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado. En particular, tampoco del título competencial atribuido por el Art. 149.1.18 CE… La exclusividad del

[8] Específicamente sobre referéndums de ámbito territorial, véase, Corcuera Atienza, J., «Soberanía y autonomía. Los límites al derecho a decidir (Comentario de la STC 103/2008)», *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 86, 2009, pp. 303-341; Bueno Armijo, A., «Consultas populares…» *ob. cit.*, pp. 195-228; López Basaguren, A., «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La ley vasca de la «consulta» ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)», *Revista d'Estudis autonomics i federals*, nº 9, 2009, pp. 202-238; Aguado Renedo, C., «El referéndum…» *ob. cit.*, pp. 389-419; Martín Núñez, E., «El referéndum…» *ob. cit.*, pp. 95-131.

[9] Andalucía –Ley 2/2001–, Navarra –Ley foral 27/2002– o la Comunidad valenciana –Ley 11/2008–, por ejemplo, tienen leyes específicas sobre consultas o genéricas sobre participación ciudadana en las que se contemplan figuras de este tipo.

Art. 122 EAC ha de serlo, por tanto, sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas». La licitud constitucional depende, en conclusión, no de la materia afectada, perfectamente asumible, sino del alcance de competencia que recae sobre ella, puesto que lo que se define como exclusivo se reinterpreta como compartido para poder ser aceptado en términos constitucionales.

Cosa distinta son los referéndums autonómicos. Como ya hemos señalado, el referéndum es una manifestación del derecho de participación política directa del Art. 23 CE, por lo que el desarrollo de este derecho fundamental ha de hacerse por Ley orgánica, según dispone el Art. 81 CE, y la regulación de su ejercicio por ley ordinaria, a tenor del Art. 53 CE, estatal o autonómica, dependiendo de lo que establezcan las normas de reparto de competencias. Estas atribuyen al Estado en esta materia específicamente la autorización de la convocatoria de referéndums –Art. 149.1.32 CE– y genéricamente la regulación de las condiciones básicas que garanticen 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– y las bases del régimen jurídico de las Administraciones púbicas y el procedimiento administrativo común –Art. 149.1. 18 CE–, que también aquí podrían ser de aplicación. La reserva, sin embargo, que el Art. 92 CE realiza en favor de una Ley orgánica en principio alcanza tan sólo a la regulación de las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución y ese no parece ser el caso de los referéndums autonómicos. De este modo pareció entenderlo el legislador, al no incluirlos en la Ley orgánica 2/1980, que paradójicamente sí alude a los referéndums municipales para cuya regulación reenvía a la legislación de régimen local. Esto no quita que las Comunidades Autónomas que asuman competencia en la materia deban respetar lo que en ella se dispone en cuanto desarrolle el derecho fundamental del Art. 23 CE, sin olvidar la función que cumple en este punto la Ley orgánica de régimen electoral general. Si esto es así los Estatutos por razones distintas –para respetar bien una reserva constitucional, bien una distribución de competencias– nunca podrían atribuir a la Comunidad Autónoma en materia de referéndum ni la competencia de desarrollo legislativo del derecho de participación política en lo que a estas consultas se refiere, ni la autorización de su convocatoria, facultad, esta última, incardinada dentro de la competencia de ejecución; pero sí les sería posible conferir la regulación del ejercicio de esta expresión del Derecho fundamental del Art. 23 CE dentro del respeto a la competencia estatal sobre lo básico que podría jugar vía Art. 149.1.1 o vía Art. 149.1.18 CE.

Desde este planteamiento que admite con ciertas limitaciones que los Estatutos permitan la regulación autonómica de los referéndums en su ámbito territorial y dentro de sus competencias, el Art. 122 del Estatuto de Cataluña, como dijimos, expresamente afirma la competencia exclusiva de la

Generalitat sobre el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo que el Art. 149.1.32 CE prevé en lo que a la autorización por el Estado de la convocatoria de referéndum se refiere. De manera implícita y residual puede entenderse, por tanto, que la Generalitat también asume el establecimiento del régimen jurídico, modalidades procedimiento, realización y convocatoria del referéndum, al tratarse de otro instrumento de consulta popular, dejando a salvo la mencionada autorización estatal de su convocatoria. Sin embargo, la STC 31/2010, de 28 de junio, al hilo del enjuiciamiento de este precepto, descarta que la expresión «cualquier otro instrumento de consulta popular» comprenda al referéndum e interpreta el Art. 149.1.32 CE de manera expansiva, entendiendo que no sólo le corresponde al Estado autorizar la convocatoria de cualquier referéndum, sino también su «entera disciplina», es decir, «su establecimiento y regulación», quedando únicamente en manos de la Generalitat, con las restricciones señaladas, las competencias anteriormente mencionadas sobre toda consulta popular que no tenga esa naturaleza[10]. La razón, como ya adelantó el Tribunal en su STC 103/2008, de 11 de septiembre, es que la Ley orgánica 2/1980 sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum no es sólo «la llamada por el Art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución», sino que es «la única ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del Art.149.1.32 CE: la genérica del Art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el Art. 23 CE»[11].

[10] Ello incide en la ya aprobada Ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum, que ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad sobre el que el Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciado. Hasta el momento tan sólo ha levantado en su ATC 87/2011 la suspensión automática de sus artículos relativos al referéndum autonómico, al entender, sin prejuzgar a quién corresponde la competencia de regulación de los referéndums, que el interés general está asegurado, en tanto cualquier referéndum autonómico que quisiera convocarse necesitaría de autorización estatal, como la propia Ley catalana reconoce.

[11] Sobre la regulación del referéndum en el Estatuto catalán, mostrándose partidarios de la misma con base en un título competencial respetuoso de las competencias estatales y de las reservas constitucionales y críticos con la posterior sentencia del Tribunal Constitucional, Castellà Andreu, J. M., «La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña», *Revista catalana de Dret public*, número especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatut d'autonomia de Catalunya, 2010, p. 308; Martín Núñez, E., «Comentario a la Sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (Art. 122

Si en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, parece admitirse los referéndums autonómicos siempre que los Estatutos asuman expresamente ese título competencial, si se considera que este tipo de consultas son manifestación del derecho fundamental del Art. 23 CE, si tal derecho debe ser desarrollado por una ley orgánica, según el Art. 81 CE, sin que tenga que agotar toda la regulación sobre el mismo, y si la Ley orgánica del Art. 92 CE tan sólo está obligada a regular las modalidades de referéndum previstas en la Constitución, no se comprende por qué sólo la Ley orgánica del Art. 92 puede satisfacer la reserva del Art. 81 CE, por qué no puede haber una Ley orgánica que se ocupe de los referéndums no previstos en la Constitución en los aspectos que atañan al desarrollo del mencionado derecho y por qué no puede existir leyes ordinarias que regulen aquellos aspectos relativos al referéndum autonómico que no sean en sentido estricto desarrollo del derecho fundamental del Art. 23 CE. Salvo por economía legislativa, nada en la Constitución impide que una Ley orgánica distinta a la que se refiere el Art. 92 CE pueda desarrollar el derecho fundamental del Art. 23 CE en lo relativo a los referéndums autonómicos, sin perjuicio de que también pueda reformarse la vigente Ley orgánica e incluir en ella una referencia a los mismos que salve el necesario desarrollo del derecho fundamental a través de este procedimiento. Las dos opciones, a nuestro entender, son constitucionalmente admisibles y en uno y otro caso sería posible que el legislador ordinario, estatal o autonómico, según a quién corresponda la competencia, pudiera regular aquellos aspectos que caen fuera del desarrollo del derecho; buena prueba de ello es que la Ley de bases de régimen local así lo hace para los referéndums municipales o que, en otra manifestación del Art. 23 CE, existen leyes electorales autonómicas además de la Ley orgánica de régimen electoral general[12].

En definitiva, con la última interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, cualquier regulación normativa de los referéndums autonómicos por las Comunidades Autónomas interesadas pasa por dos caminos. O reformar la Constitución, incluyendo en el Art. 92 CE una referencia expresa a estas consultas y al desarrollo por ley orgánica del derecho de participación del que son manifestación, sin perjuicio de que la concreción de las condicio-

EC)», *Revista catalana de Dret public*, número especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatut d'autonomia de Catalunya, 2010, p. 316 y «El referéndum…» *ob. cit*., pp. 95-131; Bossacoma i Busquets, P., «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatoria de consultes populars», *Revista d'Estudis autonómics i federals*, nº 15, pp. 241-286.

[12] Sobre este particular, véase Aguado Renedo, C., «Referéndum autonómico y jurisprudencia constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, nº 28, 2011, pp. 543-554; Corcuera Atienza, J., «Soberanía…» *ob. cit*., pp. 303-341. Desde otros planteamientos, proclives a reformar e incluir los referéndums autonómicos en la Ley orgánica, también se muestran Castellà Andreu, J. M., «La competencia…» *ob. cit.*, p.308; Martín Núñez, E., «Comentario…» *ob. cit*., p. 316 y «El referéndum…» *ob. cit*., pp. 95-131.

nes de su ejercicio pueda corresponder a las leyes autonómicas si estatutariamente así se contempla, subrayando con ello el alcance estricto que ha de darse en el Art. 149.1.32 CE al término autorizar, o, todo lo más, y dependiendo del caso, por aprobar una ley orgánica de transferencias del Art. 150.2 CE que delegue en la Comunidad Autónoma la regulación e incluso la autorización de la convocatoria de estas consultas[13].

3. ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA

3.1. *Sobre la necesidad de la reforma*

No se puede negar que la exigua configuración constitucional de los instrumentos de democracia directa, entre ellos el referéndum, ha satisfecho el objetivo perseguido por los constituyentes españoles, contribuyendo junto a otros factores a la consolidación de una democracia representativa y de un sistema de partidos, que, sin embargo, han sufrido en los últimos tiempos un considerable deterioro. Las causas son complejas y exceden con mucho el objeto de este trabajo. No obstante, de igual manera que primero se impuso una configuración restrictiva de los mecanismos de democracia directa, en una reforma que busque su potenciación puede estar ahora la clave que permita corregir algunas de las distorsiones apreciadas en la democracia repre-

[13] En el Informe del Instituto de Estudios autonómicos de Cataluña de 11 de marzo de 2013 sobre los procedimientos legales a través de los que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña pueden ser consultados sobre su futuro político colectivo se sugieren varias posibilidades para este supuesto concreto, todas ellas inadmisibles si se entiende que el objeto mismo de la pregunta no puede abordarse más que el en marco de una reforma constitucional al verse afectados la soberanía y la unidad del ordenamiento español. No sólo se mencionan las opciones propuestas en el texto, de las que la delegación del Art. 150.2 CE contaría en este caso con la dificultad de determinar si estamos ante una competencia por su naturaleza susceptible de transferencia o delegación, sino también la posible reforma de la ley orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum, la aprobación de una nueva que incorpore al que nos ocupa, la posibilidad de hacer uso de la Ley catalana 4/2010, válida y aplicable en tanto el Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciando sobre la misma y ha levantado su suspensión, o la convocatoria con el mismo objeto de otro tipo de consulta no referendaria, siendo conscientes de que en ambos casos existe el inconveniente de que el objeto de la consulta, sea cual sea su naturaleza, tiene que encajar en el ámbito de competencias autonómicas y de que la pregunta que se pretende excede de las mismas, a no ser que en sentido amplio se vincule con la facultad de iniciativa legislativa y de reforma constitucional de la que disfrutan las Comunidades Autónomas. Sin embargo el Dictamen 15/2010 del Consejo de Garantías Estatutarias respecto a la Propuesta de iniciativa popular de consulta por vía de referéndum sobre la independencia de la nación catalana no parece aceptar esta interpretación, exigiendo en ese supuesto que el objeto de la consulta se mueva dentro de las competencias autonómicas en sentido estricto.

sentativa, satisfaciendo las legítimas aspiraciones de una ciudadanía madura que ambiciona más y mejor democracia. Estas carencias no parece posible subsanarlas reinterpretando la regulación actual desde la óptica de un principio estructural democrático que obligase a reforzar la participación política. En ningún caso este tipo de relecturas podría hacer decir a la Constitución lo que no dice, puesto que, por mucho que reconozca el derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos directamente o por medio de representantes, de una interpretación sistemática de sus preceptos parece clara la voluntad de que la democracia representativa prevalezca sobre la directa. Cualquier salto cualitativo exigiría una reforma de la Constitución que pudiera, en este caso, establecer nuevas modalidades de referéndum con incidencia en la organización del poder público o en la posición de los distintos órganos constitucionales y prefigurar los procedimientos a seguir por exigencia de un estado de derecho equiparado, en tanto principio estructural, al estado democrático[14].

En definitiva, la mejora de la calidad de un estado democrático hasta el momento eminentemente representativo y deficitario de elementos propios de una democracia directa pasa por una reforma constitucional que reduzca el gran desequilibrio existente entre estos dos modos de ejercicio de la soberanía.

Pero no toda revisión con incidencia en el referéndum, incluso las que admiten que los ciudadanos insten la convocatoria de una consulta que tenga por objeto la ratificación de una ley o la derogación de una ya vigente, tiene por qué significar un avance democrático de calado. Las apariencias pueden engañar y lo relevante es su articulación concreta. Multiplicar la pluralidad de canales de participación/decisión, proteger a las minorías, verificar la conformidad entre representantes y representados o dinamizar la forma de gobierno deben ser algunos de los objetivos de la reforma[15]. La desconfianza en los partidos y en las instituciones representativas obliga a introducir cambios de importancia. Las nuevas modalidades de referéndum pueden canalizar jurídicamente el descontento, acercar al ciudadano a los asuntos públicos y

[14] Aragón Reyes, M., *Constitución… ob. cit*. p. 102 y ss., afirma que no hay principio democrático sobre la Constitución porque no hay derecho fuera del derecho. Junto a la democracia como principio jurídico de la Constitución, con un contenido procedimental que opera como fuente de validez que permite al Pueblo constituyente disponer de la Constitución sin límite material, la democracia puede ser un principio jurídico en la Constitución, con un contenido material, procedimental y estructural que se proyecta en distintas reglas constitucionales y opera como principio de legitimidad de la Constitución. En su opinión, «profundizar en la democracia es el único camino para que se aleje toda posibilidad de que la validez pueda algún día destruir la legitimidad».

[15] Luciani, M., «El referéndum, cuestiones teóricas y de la experiencia italiana», *Revista catalana de Dret public*, nº 37, 2008, pp. 157-182, recuerda estas funciones que doctrinalmente se asocian a las distintas modalidades de referéndum.

reducir la distancia entre gobernantes y gobernados[16] o, en otras palabras, puede contribuir a completar la «democracia de elección» con una «democracia de expresión, implicación e intervención»[17].

Posiblemente Sieyes aún no esté del todo superado y siga vigente su cautela hacia unos ciudadanos que «no son tan capaces como los representantes de conocer el interés general e interpretar bajo esta perspectiva su propia voluntad»[18]. Cualquier reforma que no quiera defraudar debe configurar los mecanismos de democracia directa de tal modo que les sea posible alcanzar su finalidad. Por tanto no basta con diversificar la tipología de referéndums. Cuando quien impulsa la consulta e incita al Cuerpo electoral a pronunciarse es el Ejecutivo o el Legislativo y no la propia ciudadanía se desvirtúa en gran medida el valor democrático del referéndum y su vínculo con el pluralismo y la participación, por lo que habría que asegurar que la convocatoria realmente sea un acto de autolimitación que fomente la democracia directa y no una búsqueda de apoyo plebiscitario a una decisión ya tomada.

3.2. *Algunas propuestas sobre la mesa*

En la actualidad se encuentran en tramitación varias propuestas de reforma de la regulación del referéndum en España. Nos centramos en dos de ellas que se han puesto en marcha desde planteamientos similares.

La primera ha sido presentada por el Grupo parlamentario mixto y por el Grupo parlamentario «La Izquierda Plural» en esta legislatura, el trece de mayo de 2013, en el Congreso de los Diputados. Se trata de la Proposición de reforma constitucional para reforzar la participación política y el pluralismo en el régimen electoral[19]. Tras su calificación y admisión a trámite se encuentra en la fase de toma en consideración.

La iniciativa tiene un objeto más amplio que la mera modificación de la regulación del referéndum. Persigue profundizar en los dos elementos clave del estado democrático, la participación y el pluralismo político, mediante una reforma del régimen electoral general, que, a juicio de los proponentes, necesita mejorar su calidad democrática una vez alcanzado el objetivo para el que fue diseñado, esto es, consolidar la democracia representativa y el

[16] Gicquel, J.-É., «Faut-il introduire en France le référendum législatif d'initiative populaire ?», *Petites affiches*, nº 20, 2005, pp. 5-12; Nuss, P., «Référendum et initiative populaire en France ? De l'illusion en général et de l'hypocrisie en particulier», *Revue du Droit Public*, nº 5, 2000, pp. 1441-1493.

[17] Rosanvallon, P., «Le mythe du citoyen passif», Le monde, 20 de junio de 2004.

[18] Sieyes, E., *Dire de l'abbé sur la question du veto royal à la séance du 7 septembre de 1789*, Badouin, Paris, 1979.

[19] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, nº 122-1, de 24 de mayo de 2013, cve: BOCG-10-B-122-1.

sistema de partidos. En esta línea, buscando potenciar la proporcionalidad del sistema electoral y con ello la fiel representación del pluralismo en las instituciones, se pretende que la Comunidad Autónoma sea la circunscripción que elija un número de diputados en función de su censo; que el acceso al reparto de escaños se asegure a todas las candidaturas que hayan obtenido sufragios conforme a una proporcionalidad directa; o que todos los senadores sean designados por los parlamentos autonómicos atendiendo a la proporcionalidad territorial y a la pluralidad política. Para impulsar la participación política más allá de un momento electoral, en el que todas las candidaturas deben contar con igualdad de oportunidades, se quiere eliminar los límites materiales a los que hoy por hoy se somete a la iniciativa legislativa popular y, en lo que a nosotros nos ocupa, ampliar los supuestos de convocatoria de referéndum.

En efecto, junto al imprescindible cambio de los Arts. 68, 69 y 87 CE en el sentido apuntado, también se sugiere la reforma de los Arts. 167 y 92 CE, pues se propugna que toda revisión constitucional sea sometida a referéndum obligatorio y vinculante y que los supuestos de convocatoria de referéndums consultivos se incrementen con requisitos más flexibles. El nuevo Art. 92 CE prevé la posibilidad de que los poderes y las administraciones públicas promuevan consultas vinculantes sobre asuntos de especial relevancia o interés para el conjunto de la ciudadanía, así como que las decisiones políticas puedan ser sometidas a referéndum consultivo. El referéndum, en materias de competencia estatal, será convocado por el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizado por el Congreso a petición de un cinco por ciento de los miembros del Congreso o del Senado o a iniciativa popular, con los requisitos establecidos para las iniciativas legislativas populares; cuando las materias sean de competencia autonómica, los Presidentes de las Comunidades autónomas podrán convocar referéndums consultivos, a petición de sus Asambleas legislativas o a iniciativa popular, de acuerdo con el procedimiento que se establezca en las leyes autonómicas. Las entidades locales, a través de sus Alcaldes o Presidentes, también podrán convocar referéndums consultivos en asuntos de interés local que regule la legislación básica sobre régimen local. Una ley orgánica, aprobada antes de seis meses tras la publicación de la reforma constitucional, deberá regular las condiciones, el procedimiento y los requisitos de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución.

Por otra parte, en una Asamblea legislativa autonómica, la Junta General del Principado de Asturias, el grupo parlamentario Izquierda Unida ha presentado el cinco de diciembre de 2012 una proposición de reforma, de las del Art. 166 CE en relación con el Art. 87.2 CE, específicamente de los Arts. 87.3, 92 y 166 CE, que ya ha sido tomada en consideración el veinticuatro de mayo de 2013, con los votos a favor de los grupos parlamentarios Izquierda unida, Socialista y Mixto y en contra de los grupos parlamentarios Popular y

Foro Asturias, y trasladada a la Comisión de Presidencia, donde, tras la publicación de las enmiendas presentadas, se ha procedido a la designación de los miembros de la Ponencia. La propuesta, en realidad, como recuerda la propia exposición de motivos, hace suya la expresada primero en 2011 por los firmantes del manifiesto «Por la democracia directa» y luego por aquellos ciudadanos que ejercieron su derecho de petición ante diferentes Parlamentos autonómicos, entre ellos siete mil setecientas personas ante la Junta General, solicitando la puesta en marcha de una reforma constitucional que, asentada la democracia representativa, impulsara mecanismos de democracia directa como la iniciativa legislativa popular o las consultas populares en la línea de la Constitución de 1931, del anteproyecto de la vigente Constitución española o de otros ordenamientos de nuestro entorno –Italia, Irlanda, Dinamarca, Austria, Estados Unidos, Suiza, Alemania, por citar algunos ejemplos en lo que a los referéndums se refiere–. Estas influencias explican que la propuesta presentada por el grupo Izquierda Unida no sólo elimine los límites materiales a la iniciativa legislativa popular, incluida la reforma constitucional, manteniendo las quinientas mil firmas exigidas y la concreción por Ley orgánica de la regulación de su ejercicio, sino que también introduzca serias modificaciones en el Art. 92 CE. De una parte, junto al referéndum sobre decisiones políticas de especial trascendencia, se incorpora la figura del referéndum legislativo, cuyo objeto es la aprobación de leyes votadas por las Cortes aún no sancionadas o la derogación de leyes en vigor. En todo caso al Rey le corresponde convocar el referéndum a propuesta del Gobierno, a iniciativa de las Cámaras, de las Asambleas de tres Comunidades autónomas o de quinientos mil electores y su resultado será vinculante si en él participa la mayoría de quienes tengan derecho a hacerlo y es aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos. Las condiciones del referéndum legislativo y constitucional, así como la iniciativa popular que puede impulsarlos, deberán ser reguladas por ley orgánica.

Visto lo visto, más allá de su intención de desarrollar estos instrumentos de participación directa, poco tienen en común ambas iniciativas y no nos estamos refiriendo al distinto alcance de las reformas proyectadas, mucho más extenso en el primer caso que en el segundo. Centrándonos estrictamente en las nuevas propuestas en torno al referéndum se aprecia una mayor ambición y un mayor rigor técnico en la presentada en la Junta General que en la del Congreso. Esta última no amplía la tipología de referéndums de ámbito estatal que ya pueden convocarse en la actualidad, esto es, consultivos con incidencia en la dirección política y de reforma constitucional, transformando tan sólo de potestativa a preceptiva la convocatoria de este último en el supuesto previsto en el Art. 167 CE. En efecto, la redacción que se sugiere del Art. 92 CE, tras comenzar mezclando con la consiguiente confusión diferentes instrumentos de participación no todos ellos necesariamente conectados con el Art. 23 CE, recordemos la alusión a la promoción de consul-

tas por los poderes públicos sobre asuntos de especial relevancia o interés ciudadano a la que luego no vuelve a referirse, mantiene el referéndum consultivo sobre decisiones políticas al margen de su trascendencia, sin introducir otros nuevos. Se limita a explicitar su alcance territorial, nacional, autonómico o local, en función de a quién pertenezca la competencia sobre la cuestión objeto del mismo, pero sin plantearse la modificación del Art. 149.1.32 CE, por lo que por mucho que su convocatoria pueda dejarse en manos de los Presidentes de la Comunidad Autónoma, de Alcaldes o Presidentes de entes locales, en último término sigue siendo necesaria la autorización del Estado. La única aportación significativa parece ser la apertura de la solicitud de referéndum a las minorías parlamentarias y a la iniciativa popular. Sin embargo todo se queda en mera apariencia, pues en el ámbito estatal la última palabra la tiene la mayoría del Congreso, que es la que debe autorizar la propuesta de convocatoria del Presidente del Gobierno independientemente de quien la inste; paradójicamente no ocurre lo mismo en el ámbito autonómico donde la convocatoria por el Presidente de la Comunidad puede ser instada por la Asamblea legislativa, no por una minoría de la misma, y por iniciativa popular, sin que se mencione en este caso que deba ser autorizada por el Parlamento autonómico. La remisión a la legislación autonómica para regular el procedimiento de estos últimos referéndums tiene un alcance más que limitado, puesto que también se reenvía a una ley orgánica las condiciones, el procedimiento y requisitos de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, entre ellas ahora también los autonómicos y los locales, ampliando la reserva más allá del mínimo impuesto por el Art. 81 CE relativo al desarrollo del derecho fundamental del Art. 23 CE. Por todo ello, los avances en términos democráticos que se anuncian son escasos, no siempre están bien resueltos y parece que más que ofrecer una mejora en abstracto de la calidad democrática de nuestro sistema intentan dar respuesta a un problema concreto y de actualidad, lo que les lleva a hacer hincapié en la cuestión territorial.

No ocurre lo mismo con la propuesta de reforma constitucional que se está tramitando en Asturias. La incorporación de las modalidades de referéndum legislativo de ratificación y de abrogación sin límites materiales marcan un antes y un después, que pone de manifiesto la intención de potenciar la democracia directa sin hacer perder su preeminencia a la democracia representativa. Esta inclusión de nada serviría si la iniciativa se dejara en manos exclusivamente del Ejecutivo o de la mayoría que lo sustenta. Con independencia de que la propuesta de convocatoria corresponda al Gobierno, no a su Presidente, como en la actualidad, eliminando ese elemento presidencialista impropio de nuestro sistema, la petición corre a cargo del mismo número de electores que pueden ejercer la iniciativa legislativa popular y de tres Parlamentos autonómicos, con lo que se elimina el filtro de la autorización parlamentaria. Téngase en cuenta que son las Cámaras los otros sujetos que pue-

den solicitar la convocatoria y no parece factible que la misma mayoría que ha aprobado una ley se arriesgue a que no sea ratificada por el Cuerpo electoral o proponga su derogación o que otra mayoría distinta promueva el referéndum abrogativo cuando podría por si misma dejar sin efecto la norma en cuestión. Permitir, por otra parte, a las minorías parlamentarias el impulso de estos referéndums de naturaleza legislativa sería una vía más sencilla en su articulación que la iniciativa popular cuando parezca necesario celebrar un referéndum ante un desacuerdo, aunque sea puntual, entre mayoría parlamentaria y Cuerpo electoral, pero también podría conducir, sin duda, a prácticas obstruccionistas, por lo que sería más idóneo eliminar la iniciativa parlamentaria, ya sea de la mayoría o de las minorías, puesto que ambas ya han tenido ocasión de intervenir en el procedimiento legislativo apoyando u oponiéndose a la ley y de lo que se trata es de que participen en la función legislativa sujetos distintos a los habituales. Positivo resulta el que se dé entrada a las Comunidades Autónomas a través de sus Parlamentos, no sólo en términos democráticos de pluralismo territorial, sino también desde un punto de vista de organización territorial del Estado, en tanto es una buena manera de implicar a las partes en decisiones que afectan al todo, asegurando que el interés general y no intereses particulares sea el móvil de su actuación con la exigencia de que la petición vaya avalada al menos por tres Asambleas legislativas. Ello no quita para que se eche en falta una referencia expresa que disipe cualquier duda de inconstitucionalidad sobre la celebración de otros referéndums de ámbito autonómico o local en los términos que la propia Constitución u otras normas a las que ella podría reenviar señalaran; en tanto nada se dice sobre la reforma del Art. 149.1.32 CE se entiende implícitamente que son posibles, siempre que los Estatutos u otras leyes estatales así lo prevean y el Estado autorice su convocatoria por el órgano competente. Pierde el referéndum su carácter consultivo cuando se alcanza el quorum de participación y de decisión que a la manera italiana se establece; en el caso de que la respuesta afirmativa no sea mayoritaria no se especifica si el referéndum puede llegar a reiterarse en los mismos términos y en qué plazos, lo que podría ser de cierta utilidad. No es descartable que de esas cuestiones pueda ocuparse la ley orgánica a la que la nueva redacción remite para determinar las condiciones del referéndum legislativo y constitucional; inexplicablemente se olvida de los referéndums sobre decisiones políticas, a los que también debería alcanzar la regulación ofrecida por dicha ley orgánica.

3.3. *Otras propuestas de lege ferenda*

Aunque de la crítica realizada a alguna de las proposiciones en tramitación ya podría deducirse qué propuestas, a nuestro entender, pueden parecer más convenientes, no está de más ofrecer una exposición sistemática de las mismas a modo de conclusión.

La reforma debe dar respuesta a las deficiencias que se observan en la regulación actual y que afectan tanto al Estado democrático como al Estado autonómico. Una revisión, como las sugeridas hasta este momento, que sólo ponga el acento en una de esas dos perspectivas quedaría coja.

En términos democráticos parece necesario incrementar la tipología de referéndum en lo que a su naturaleza se refiere, incorporando aquellos que permitan a los ciudadanos intervenir en la función legislativa aprobando leyes votadas en las Cortes aún no sancionadas o derogando otras ya vigentes; la imposición de límites materiales tan estrictos como los que ahora rigen para la iniciativa legislativa popular haría perder su sentido a la reforma, pero al menos excluir esta clase de consultas cuando de la no aprobación o de la derogación de la norma se deriven responsabilidades internacionales para el Estado no parece descabellado. Su convocatoria debiera corresponder al Rey con refrendo del Presidente del Gobierno y ser realizada a propuesta del Gobierno a instancia de quinientos mil electores y cuatro Parlamentos autonómicos. Sólo abriendo la iniciativa, sobre todo a los ciudadanos, y además a las Comunidades autónomas en un número suficiente que garantice planteamientos generalistas, se consigue subrayar la dimensión participativa del referéndum. El referéndum sobre decisiones políticas de especial trascendencia también debería ser objeto de algún retoque, como el relativo al refrendo de la convocatoria por el Presidente del Gobierno, a la propuesta de convocatoria por parte del Gobierno y no de su Presidente o a la necesidad de mayorías cualificadas para su autorización en el Congreso. Igualmente, si no se quiere defraudar las expectativas ciudadanas, sea cual sea el objeto del referéndum, legislativo o de dirección política, parece conveniente afirmar su carácter vinculante y establecer una circunscripción única en la que durante la campaña puedan intervenir en condiciones de igualdad otros colectivos distintos a los grupos políticos con representación parlamentaria. Del mismo modo habría que indicar en todo caso que para entender aprobada la propuesta resulta imprescindible la participación de la mayoría del Cuerpo electoral y la obtención de la mayoría de los votos válidamente emitidos, prohibiendo en los supuestos de referéndum abrogativo o de referéndum sobre decisiones políticas de especial trascendencia instar una nueva consulta con un objeto idéntico al rechazado en un plazo que, a nuestro juicio, no debería ser inferior a dos años.

En términos también democráticos, porque indudablemente de pluralismo en su dimensión territorial se trata, pero con una clara incidencia en el modelo descentralizado español, habría que incluir una referencia, aunque fuera de mínimos, a los referéndums autonómicos e, incluso, a los locales, que les diera cobertura constitucional expresa. Debería señalarse que siempre que estatutariamente así se establezca y dentro del ámbito estricto de sus competencias las Comunidades Autónomas pueden celebrar referéndums equivalentes en cuanto a su tipología a los previstos en el plano estatal, co-

rrespondiéndoles tanto su convocatoria, sin perjuicio de la necesaria autorización del Estado, como su regulación, que deberá respetar las reservas constitucionales y las competencias estatales existentes.

Con estas sugerencias, lejos de pretender ofrecer una respuesta inmediata y bajo presión a cuestiones de plena actualidad que necesitan de reflexión sosegada, se persigue poner sobre la mesa alternativas a la regulación vigente para contribuir a un debate que, a nuestro modesto entender, debe dirigirse no a resolver un problema puntual por trascendente que sea, sino a ofrecer una respuesta que sirva hoy y en el futuro a mejorar la calidad de un Estado democrático que corre el riesgo de resultar cada vez más irreconocible.

4. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO RENEDO, C., «Referéndum autonómico y jurisprudencia constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, nº 28, 2011, pp. 543-554.

——— «El referéndum autonómico», en FRANCISCO JAVIER MATÍA PORTILLA (dir.), *Pluralidad de ciudadanos, nuevos derechos y participación democrática*, Cuadernos y Debate, CEPC, Madrid, 2011, pp. 389-419.

AGUIAR DE LUQUE, L., *Democracia directa y Estado constitucional*, Edersa, Madrid, 1977.

ARAGÓN REYES, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

BOSSACOMA I BUSQUETS, P., «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatoria de consultes populars», *Revista d'Estudis autonómics i federals*, nº 15, pp. 241-286.

BUENO ARMIJO, A., «Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Revista de Administración pública*, nº 177, 2008, pp. 195-228.

CASTELLÀ ANDREU, J. M., «La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña», *Revista catalana de Dret public*, número especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatut d'autonomia de Catalunya, 2010, p. 308.

CORCUERA ATIENZA, J., «Soberanía y autonomía. Los límites al derecho a decidir (Comentario de la STC 103/2008)», *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 86, 2009, pp. 303-341.

CRUZ VILLALÓN, P., «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», *Revista de Estudios políticos*, nº13, 1980, pp. 145-168.

GARRORENA MORALES, Á., «Teoría y práctica española del referéndum», *Anales de la Universidad de Murcia*, Derecho, Vol. XXXI, nº 3-4 ,1977, pp. 79-108.

GICQUEL, J.É., «Faut-il introduire en France le référendum législatif d'initiative populaire?», *Petites affiches*, nº 20, 2005, pp. 5-12.

LINDE PANIAGUA, E., HERRERO LERA, M., «El referéndum en la Constitución de 1978», *Revista de Derecho Político*, nº 3, 1979, pp. 17-48.

——— «Comentario a la Ley orgánica de modalidades de referéndum», *Revista de Derecho Político*, nº 6, 1980, pp. 83-105.

LÓPEZ BASAGUREN, A., «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La ley vasca de la «consulta» ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de

la STC 103/2008)», *Revista d'Estudis autonomics i federals*, nº 9, 2009, pp. 202-238.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., *El referéndum en el sistema español de participación política*, Universidad politécnica de Valencia, Valencia, 2005.

——— «El referéndum nacional consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 38-39, 2002, pp. 207-218.

——— «El referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia: reflexiones desde el principio democrático en relación al referéndum sobre la Constitución europea», *Revista de Derecho Político*, nº 65, 2006, pp. 233-256.

LUCIANI, M., «El referéndum, cuestiones teóricas y de la experiencia italiana», *Revista catalana de Dret public*, nº 37, 2008, pp. 157-182.

MARTÍN NÚÑEZ, E., «Comentario a la Sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (Art. 122 EC)», *Revista catalana de Dret public*, número especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatut d'autonomia de Catalunya, 2010, pp. 316.

——— «El referéndum y las consultas populares en las Comunidades Autónomas y municipios», *Revista vasca de Administración pública*, nº 94, 2012, pp. 95-131.

NUSS, P., «Référendum et initiative populaire en France? De l'illusion en général et de l'hypocrisie en particulier», *Revue du Droit Public*, nº 5, 2000, pp. 1441-1493.

OLIVER ARAUJO, J., «El referéndum en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Político*, nº 29, 1989, pp. 115-184.

PÉREZ SOLA, N., *La regulación constitucional del referéndum*, Universidad de Jaén, Jaén, 1994.

ROSANVALLON, P., *Le mythe du citoyen passif*, Le monde, 20 de junio de 2004.

SIEYES, E., *Dire de l'abbé sur la question du veto royal à la séance du 7 septembre de 1789*, Badouin, Paris, 1979.

URIARTE TORREALDAY, R., «Notas sobre la admisibilidad constitucional de consultas populares de ámbito autonómico», *Revista vasca de Administración Pública*, nº 82, 2008, pp. 227-257.

TITLE: The consultative referendum in Spain: critical remarks and some proposals for the future

RESUMEN: La actual regulación del referéndum consultivo en el Art. 92 CE y en la Ley orgánica que lo desarrolla presenta algunas carencias merecedoras de reflexión. Más allá de la mejora de concretas cuestiones procedimentales, en términos de calidad democrática parece conveniente su potenciación, incorporando junto a estas consultas sobre decisiones políticas de especial trascendencia referéndums estatales de tipo legislativo y una referencia a otras consultas de ámbito autonómico y local y permitiendo a la ciudadanía poner en marcha estos instrumentos de participación directa. Varias proposiciones en tramitación siguen este camino, sin perjuicio de que, como aquí se intentará, se pueda aportar alguna sugerencia más al debate.

PALABRAS CLAVE: participación. Referéndum. España

Abstract: The current referendum regulation in Article 92 SC and the organic law that develops it have some shortcomings worthy of reflection. Beyond improving specific procedural issues, in terms of democratic quality it seems appropriate to empower it, by incorporating beside these consultations of particularly important political decisions, legislative state referendums and a reference to other local or regional referendums, allowing the citizenship to implement these instruments of direct participation. Several proposals in the pipeline follow this path, in spite of the possibility of making any suggestions to the debate, as here we will try to do.

Keywords: Participation. Referendum. Spain

Recibido: 14.10.2013
Aceptado: 26.05.2014

LAS RECIENTES MEDIDAS PARA LA TRANSPARENCIA Y LA PROBIDAD DEL SISTEMA POLÍTICO Y ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. ALCANCE Y VALORACIÓN

Joan Ridao Martín

Sumario: 1. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. 1.1. *Balance crítico de su contenido*. 2. La financiación y el control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos. 2.1. *La regulación sobre la financiación de partidos políticos en España*. 2.2. *El Proyecto de Ley orgánica de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos*. 3. El ejercicio de alto cargo de la Administración: incompatibilidades y conflicto de intereses. 3.1. *Antecedentes normativos sobre la cuestión*. 3.2. *Valoración del Proyecto de Ley del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado*.

1. LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sigue la estela de legislaciones de muy larga tradición en países de nuestro entorno, subsanando un vacío legal de difícil justificación[1]. El hecho de que su tramitación parlamentaria coincidiera con

[1] No obstante, puede decirse que tiene un origen, ni que sea remoto, en el anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 29 de julio de 2011, que no llegó al Congreso de los Diputados porque ese mismo día el presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, anunció el adelanto de las elecciones. En este sentido, puede consultarse Guichot Reina, Emilio. *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*. Fundación Alternativas, Madrid, 2011 (Documento de traba-

la irrupción de distintos casos de corrupción constituyó un indudable acicate para su aprobación y para alcanzar igualmente un amplio respaldo parlamentario[2].

En la Ley, como reza su propia rúbrica, se regula hasta tres materias conexas pero al mismo tiempo distintas: la transparencia de la actividad pública mediante la publicidad activa, el derecho de acceso a la información pública y las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos. Su entrada en vigor presenta cierta complejidad, dado que la disposición final novena prevé hasta tres momentos: las normas de buen gobierno al día siguiente de la publicación en el BOE; las normas de transparencia y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno al año de su publicación; además de otorgar un plazo de dos años para que las comunidades autónomas (CCAA) y las entidades locales se adapten a sus obligaciones[3].

La norma examinada se configura en su mayor parte como básica, con fundamento en los títulos competenciales de los números 1, 13 y 18 *ex* artículo 149.1 CE (disposición final novena). Y, al igual que el anteproyecto no nato de la anterior legislatura, opta por configurar la regulación de la transparencia y el acceso a la información pública al margen del derecho fundamental a recibir libremente información veraz (art. 20.1.d CE), lo cual no sólo resulta dudosamente homologable con la protección de que gozan otros derechos fundamentales en juego, como el derecho a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), sino que dificulta igualmente el anclaje de la norma en el marco de los estándares de protección europeos[4]. Por dicho motivo esencial, a decir de algunos expertos, la Ley 19/2013 «no es una buena norma de transparencia»[5], además de que, como se dirá, no se instrumenta un órga-

jo 170/2011). Poco antes, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados había registrado una Proposición de ley sobre la misma cuestión [*Boletín Oficial de las Cortes Generales* (BOCG), serie B, núm. 326-1, 15.07.2011].

[2] *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (DSCD), X Legislatura, núms. 117 (30.05.2013), 136 (12.09.2013) y 162 (28.11.2013).

[3] La Ley contiene otras referencias temporales, alguna de ellas incumplidas, como la que establece la disposición final séptima para aprobar el Estatuto orgánico del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

[4] No en vano, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Convenio (de Tromsø) núm. 205 del Consejo de Europa, sobre el Acceso a los Documentos Públicos y el Consejo de Estado español en su informe sobre el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, vinculan este derecho a la libertad de información.

[5] Vid. Sánchez de Diego, Manuel, «Reflexiones sobre la Ley de Transparencia», *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 7 de mayo de 2014, p. 1. Según este autor, la Ley «[T]iene más de propaganda que de transparencia, especialmente si se compara la norma con los diez principios para una buena ley de transparencia de la Coalición Pro

no auténticamente independiente que garantice el derecho de acceso a la información pública.

Con todo, esta regulación constituye indudablemente un primer paso en la transformación de nuestro modelo de Administración, pese a que ésta, para ser eficaz, deberá ser impulsada y estimulada tenazmente por todos los poderes públicos, teniendo en cuenta las inercias atávicas de la casa administrativa, en la que «la opacidad, la desconfianza frente a los ciudadanos y la elusión de eventuales responsabilidades» toparán previsiblemente con todo intento de escrutinio externo[6]. Además, deberá involucrarse a la ciudadanía para que ésta conozca y utilice las distintas posibilidades que ofrece la Ley. De ahí la importancia que cobran a partir de ahora el Portal de Transparencia (art. 10) y el resto de acciones públicas previstas en la propia Ley y, muy señaladamente, las denominadas Unidades de Información [art. 21 y resto de previsiones de la disposición adicional (DA) séptima]. En el mismo sentido, será preciso desarrollar sistemas de información que aseguren la disponibilidad, la trazabilidad y la calidad de la información, mediante una intensa modernización de los actuales sistemas de registros.

1.1. *Balance crítico de su contenido*

Ante todo, debe significarse que La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno constituye una normativa específica escasamente novedosa en el contexto del derecho comparado, dado que, como es sabido, existen regulaciones de larga tradición como la de Suecia, desde el siglo XVIII. No en vano, hasta hace poco, España era uno de los pocos Estados miembros de la Unión Europea (UE)

Acceso (http://www.proacceso.org/los-diez-principios/). Es de la misma opinión Pérez Velasco, M., «La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una ocasión perdida en la equiparación a los estándares europeos», *Blog del Institut de Dret Públic*, 21 de enero de 2014, p. 4.

[6] Será necesario incidir sobre las barreras culturales en el sector público, mediante acciones de formación, elaboración de manuales y guías, etc. (*vid.* DA séptima de la Ley en relación con la Administración General del Estado). En particular, como advierte Juli Ponce, habrá que estar alerta en referencia a la interpretación de la obligación jurídica de publicar «de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia» de la actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (art. 5), puesto que bastarían algunas actuaciones meramente quirúrgicas para desactivar su operatividad: por ejemplo, si se considera que los artículos 6, 7 y 8 («información institucional, organizativa y de planificación», «información de relevancia jurídica» e «información económica presupuestaria y estadística») constituyen obligaciones máximas de transparencia activa, pese a que estas configuradas con carácter mínimo (*vid.* Ponce, Juli, «Transparencia, innovación, buen gobierno y buena administración», *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 25 de noviembre de 2013).

que no disponía de una regulación *ad hoc* y, que por dicho motivo, no era objeto de escrutino periódico como otros países[7].

Ello no obstante, puede decirse que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, ya existían diversas normas que se ocupaban de ello, ni que sea fragmentariamente. En efecto, el artículo 105 *b* de la Constitución (CE) y los artículos 35 *e* y 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPAC), referidos al acceso a la información relativa a procedimientos administrativos en marcha y a procedimientos ya finalizados, respectivamente[8].

En lo que hace referencia a la publicidad activa, la principal novedad que incorpora la Ley es la previsión de que el conjunto de Administraciones públicas deban publicar los proyectos normativos con anterioridad a la solicitud de los dictámenes preceptivos, así como las memorias e informes que integren los expedientes de elaboración de textos normativos, y en particular la memoria del análisis del impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. Ello no obstante, la Ley no aclara si los informes jurídicos, los dictámenes de los órganos consultivos, las notas y los informes internos, las actas o minutas de las reuniones de los comités y grupos de trabajo, así como los informes y pareceres externos deberá ser objeto de publicación, así como los borradores de textos normativos. Una ley de transparencia que se precie debería permitir el análisis de las decisiones que se toman por parte de los responsables públicos, por lo que sería necesario un mayor caudal de información que el que figura en la Ley. Esa información debería estar en un formato que permitiese un tratamiento ágil y masivo, facilitando el trabajo a los medios de comunicación y a los ciudadanos en general, con respeto a los principios inspiradores de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

En cuanto al derecho de acceso a la información, la Ley constituye un notable cambio de rasante en relación a la regulación preexistente sobre el

[7] En concreto, hasta el momento de la aprobación de la Ley, España era el único Estado de Europa con más de un millón de habitantes que no disponía de una ley de transparencia y acceso a la información pública, junto a Luxemburgo, Malta y Chipre. La organización no gubernamental *Centre for Law and Democracy* realiza un informe anual en el que a partir de siete parámetros puntúa a los países que cuentan con leyes específicas de acceso a la información pública. La lista incluía hasta hace poco a 89 Estados, con una presencia destacada de países de América Latina. El Reino Unido aparece en el puesto 27, Francia en el 61 y Alemania en el 85. Cierran Grecia y Austria (http://www.law-democracy.org/live/).

[8] En el mismo sentido, cabe citar la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de Medio Ambiente; la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público; y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, entre otras.

acceso a los documentos, al inclinarse por el acceso mediante cualquier tipo de soporte (art. 13)[9]. Además, por su objeto y funcionalidad, el derecho legalmente establecido se configura como distinto de la conocida garantía procesal contemplada en la LRJAP-PAC, consistente en el acceso de las partes en un procedimiento a toda la información en que se fundamenta la decisión de la Administración. Por todo lo cual, el derecho legal de acceso a la información se inscribe instrumentalmente en el marco del derecho a la libertad de información de las personas, vinculado íntimamente al derecho fundamental de participación en los asuntos públicos (art. 24 CE), idéntico enfoque al que le ha dado a la materia tanto el Consejo de Europa como la UE y la mayoría de Estados miembros con legislación propia[10].

En cuanto al ámbito subjetivo de la titularidad del derecho, éste se atribuye a «todas las personas», «en los términos previstos en el artículo 105 *b* CE» (art. 12), pese no concretarse si en dicho espectro se incluyen también las personas jurídicas, debido a que el precepto constitucional alude exclusivamente a los «ciudadanos». Y por lo que se refiere a los sujetos obligados (art.

[9] Se entiende por tal la información y los documentos contenidos en cualquier formato o soporte que obren en poder de alguno de los sujetos en el ámbito de aplicación de la ley y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. Al dato de la posesión se añaden dos condiciones adicionales, no contempladas ni en el Convenio 205 de 18 de junio de 2009, ni en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo, esto es, que los documentos o la información hayan sido elaborados por la propia institución o hayan sido adquiridos por ésta. Esta última referencia parece excluir todos aquellos documentos no adquiridos, es decir los documentos ajenos que, por una u otra razón, se han aportado por terceros y que, por eso mismo, otorgan un poder de disposición sobre los mismos al sujeto obligado.

[10] El Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos (2009) vincula el derecho de acceso a los documentos al art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que garantiza la libertad de expresión y se proyecta sobre todos los documentos públicos, entendidos de modo amplio, como cualquier información en posesión de las autoridades públicas, cuyo acceso sólo puede ser restringido para proteger otros derechos e intereses legítimos. Además, establece el estándar mínimo de protección a nivel europeo. Por su parte, la UE ha otorgado rango de derecho fundamental al derecho de acceso a la información [art. 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)]. La regulación general del derecho de acceso a las instituciones europeas, se contiene en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, la reforma del cual se ha paralizado debido a las posiciones confrontadas mantenidas por el Consejo y la Comisión, por un lado, partidarios de una mayor restricción del ejercicio del derecho y el Parlamento Europeo, que ha defendido la ampliación del objeto del derecho (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 145/43, de 31 de mayo). También se adoptó en su día un Libro Verde sobre la cuestión: Comisión Europea, *Libro Verde sobre la iniciativa europea a favor de la transparencia* [COM (2006) 194 final - Diario Oficial C 151 de 29.6.2006].

2 y ss.), la Ley incorpora un catálogo heterogéneo y un tanto confuso: por un lado, incluye una lista que abarca todas las Administraciones Públicas, en sentido amplio, incluyendo a las corporaciones de Derecho Público; y por otro, después de no pocas vicisitudes, menciona a la Casa de su Majestad el Rey, junto al Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. También se consideran sujetos obligados las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación pública, directa o indirecta, sea superior al 50 por 100; las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones; las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades públicos; y los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia. Por último, se incluyen los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 por 100 del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen los 5.000 euros[11].

En cuanto a los límites del derecho de acceso a la información (art. 14), debe admitirse que su contenido es más amplio que el del artículo 37 LRJAP-PAC[12]. Pese a ello, el acceso a la información puede ser limitado en determi-

[11] Los expertos que comparecieron ante la Comisión Constitucional para informar del proyecto de ley sugirieron, en la mayoría de los casos, someter a los partidos políticos a un mayor control. El presidente de *Transparencia Internacional* en España, Jesús Lizcano, así lo expuso, al igual que el presidente del Tribunal de Cuentas, Ramón Álvarez de Miranda (DSCD, X Legislatura, núm. 248, 23.01.2013, pp. 28-41).

[12] Modificado por la disposición final 1.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, establece que podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada. Además, no puede ser ejercido respecto a expedientes que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las CCAA en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo; los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado; los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando; y los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial, a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria. Se rigen por sus disposiciones específicas: el acceso a los archivos sobre materias clasificadas; los datos sanitarios personales de los pacientes; los archivos regulados por la legislación del régimen electoral y los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos; el Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebel-

nados supuestos[13], aunque la invocación de tales límites deberá ser justificada y proporcionada por razón de su objeto y finalidad, ponderándose las circunstancias concurrentes en cada caso, especialmente el interés público o privado superior (art. 14.2). Aún así, y admitiendo que no hay derechos absolutos de acuerdo con la doctrina constitucional, «tampoco [en este caso] los límites pueden ser absolutos»[14]. Esto es, el derecho a la protección de datos personales y el secreto oficial deberían ponderarse debidamente junto al derecho al acceso a la información en manos públicas. Y en este punto no hay duda que la Ley resulta contradictoria con la tendencia europea a tasar de forma prolija los distintos supuestos exentos[15]. No hay más que ver como la colisión entre el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales se resuelve en la Ley dando preferencia a ésta última, de donde puede inferirse que, en la práctica, se configura una especie de «derecho fundamental a la participación anónima en actividades públicas»[16].

Asimismo, cabe destacar que no es necesario que el solicitante de acceso motive su solicitud ni acredite ningún interés particular (art. 17.3). Basta que exponga los motivos por los que solicita la información, que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. La ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud. A este respecto, la Ley prevé como modo ordinario de resolución de las solicitudes el silencio negativo, equivalente a una desestimación de la solicitud de acceso (art. 20.4). Esta previsión, criticada durante el debate parlamentario y por parte de la doctrina, se halla sin embargo presente en la mayoría de legislaciones de nuestro

des y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley; el acceso solicitado por diputados, senadores o miembros de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local; y los fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

[13] En concreto, cuando suponga un perjuicio para la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente.

[14] Sánchez de Diego, Manuel, «Reflexiones sobre la Ley de Transparencia», *op. cit*.

[15] La Ley no diferencia entre perjuicio, perjuicio justificado en la protección de otro interés público superior y perjuicio grave, como sí hace, por ejemplo el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo, que constituye un catálogo de excepciones imperativas sometidas al mismo test de proporcionalidad y la exclusión, como en el caso de la Ley española, de la ponderación caso por caso.

[16] Pérez Velasco, M. «La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una ocasión perdida en la equiparación a los estándares europeos», *op. cit.*

entorno. No obstante, según la praxis que se haga en el futuro podría llegar a desnaturalizar el objeto de la norma al incentivar que las solicitudes sean rechazadas de plano y sin razón aparente[17]. Como es sabido, la regla general ante una Administración que no contesta en plazo es el de entender estimada la petición, salvo algunos supuestos previstos entre los que se incluyen imperiosas razones de interés general. La cuestión es: ¿es la ley de transparencia una norma en la que puedan darse estas razones? El Tribunal Supremo ha aceptado esta posibilidad en Sentencia de la Sala 3ª de 24 de mayo de 2011, si bien, al analizar un supuesto de hecho en relación a una ley anterior a 2009. Lo cual permite cuestionar lo que acontezca con leyes posteriores a esa fecha, como parece lógico y aparece en la dicción literal del artículo 43. En todo caso, debería apostarse por una limitación más amplia del silencio negativo en línea con la exigencia de razones excepcionales.

Finalmente, como ya se ha dicho en otro momento, la configuración del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (art. 36) permite poner en cuestión *prima facie* su independencia. Previsto como medio alternativo de impugnación de las resoluciones, expresas o presuntas, denegatorias del acceso a la información, el mencionado Consejo apenas sirve para compensar la débil posición de los titulares de dicho derecho. Por ello, como se analizará más adelante, parece necesario dotarse, con las debidas garantías de imparcialidad e independencia de un órgano encargado no sólo del control de los conflictos de intereses sino también de la lucha contra la corrupción, análogo a la OLAF, que investiga el fraude al presupuesto de la UE, la corrupción y las faltas graves en las instituciones europeas y elabora la política de lucha contra el fraude para la Comisión Europea o la *Oficina Antifrau de Cataluña*[18].

Por lo que al buen gobierno (y la buena administración) se refiere, la Ley deja de lado el bagaje internacional y estatal acumulado para potenciar la buena gobernanza y la calidad del comportamiento público, paradigma moderno de la legitimidad administrativa y antídoto de la corrupción. El buen gobierno (y la buena administración) deberían estar en el epicentro de la estrategia de calidad pública de la que la transparencia no es más que un instru-

[17] En nuestra legislación administrativa existe la obligación para la administración de resolver (art. 42 de la Ley 30/1992). La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. La falta de respuesta puede dar lugar a la exigencia de responsabilidades disciplinarias y a exigir el cumplimiento de la obligación judicialmente. Además de poder exigirse una respuesta posterior, esta no estará vinculada por el sentido del silencio. Es decir que puede ser negativo, pero cuando llegue la resolución del órgano administrativo ser ésta estimatoria de la solicitud.

[18] *Vid.* la Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_es.htm/) y la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña.

mento más. Sin embargo, la Ley dedica su parte final al buen gobierno (no menciona la buena administración) y regula una serie de principios de conducta y tipifica un conjunto de infracciones y sanciones, cuya efectividad es harto dudosa[19]. Ciertamente, está por ver si se va a instruir y sancionar a altos cargos por el Gobierno o un alcalde por el pleno del Ayuntamiento. Por lo pronto, de lo que no hay duda es de que la Ley omite mecanismos de garantía del buen gobierno y de buena administración que han demostrado su efectividad en el derecho administrativo global o de la UE (art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales), e incluso en el derecho autonómico español[20]: la previsión de los llamados Códigos de conducta, éticos, de buen gobierno, de buenas prácticas y de buena administración[21]; la inclusión de reglas para la selección y estatuto jurídico de empleados públicos de libre designación, eventuales, directivos y funcionarios locales habilitados estatales[22]; la regulación de la *due dilligence* y *due care*, como garantía de análisis y toma en consideración diligente y con el debido cuidado de los hechos e intereses relevantes, mediante la confección de un expediente que fundamente la decisión a adoptar, considerando como encauzar la negociación reglamentaria (*vgr*. la Directiva de Servicios ya exige la motivación de una necesidad de «imperioso interés general» para el establecimiento de regímenes autorizatorios[23]); la exigencia legal de que la motivación de las decisiones públicas sea

[19] La Ley se refiere a unos principios generales y de actuación (arts. 26 y 27), dirigidos sólo a altos cargos (trasladando un Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de febrero de 2005, a fuerza de ley y vinculándolo a la tipificación de infracciones y sanciones realizada, de lo que se ha congratulado el Consejo de Estado en su Dictamen 707/2012). Lo hace sin embargo con un notable grado de vaguedad, incluso allí donde podrían haber sido precisos como, por ejemplo, en la aceptación de regalos.

[20] El TEDH en diversas sentencias ha afirmado la existencia de un principio de buena gobernanza derivado del convenio de 1950, por ejemplo en la sentencia Czaja contra Polonia de 2012 (párrafo 70). También el TJUE, el Tribunal Supremo español y los tribunales de justicia autonómicos.

[21] Creados bajo distintas denominaciones en los últimos años [*vid*. arts. 52 y ss. de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)].

[22] La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en los últimos años una interesante doctrina sobre los límites en los que se debe enmarcar la confianza en la libre designación de funcionarios y de personal eventual (cuyo número sería importante conocer y limitar, de acuerdo con el art. 12.2 EBEP, por cierto). Hubiera sido interesante mejorar el EBEP (precisando los arts. 79 y 80 y su DA segunda, respecto al ámbito local a la vista de esta doctrina jurisprudencial que «complementa» el ordenamiento jurídico (art. 1 del Código Civil). De igual modo, la lucha contra la corrupción y el buen gobierno y administración en el ámbito local debería tener un importante punto de apoyo en la figura de los funcionarios locales de habilitación estatal, pero su libre designación, en algunos casos, y su dependencia retributiva del nivel político hacen su función complicada. Ninguno de estos temas son tratados en la parte de buen gobierno del proyecto estatal.

[23] Y que ya ha conducido, por cierto, a diversas anulaciones judiciales por falta de motivación normativa, como en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de

suficiente (con la debida explicitación de los criterios extrajurídicos que fundan las discrecionales, como exige, por ejemplo, el ordenamiento alemán) y congruente con el contenido del expediente, sea de papel o electrónico; el establecimiento de Cartas de Servicio; mecanismos de evaluación obligatoria (*ex ante* o *ex post*) de las políticas públicas (la legislación balear la exige en todos los casos que impliquen un gasto público superior a los 5 millones de euros); el desarrollo de estrategias de calidad regulatoria (*better* o *smart regulation*)[24], a partir de unidades administrativas interdisciplinares capaces de calcular impactos normativos de forma solvente, empleando para ello tanto criterios económicos (análisis coste-beneficio, etc.) como otras disciplinas (psicología, sociología, estadística, etc.), que permitan traer al derecho los avances de las ciencias del comportamiento en el diseño de incentivos para la eficacia normativa (como los países más punteros ya están haciendo, a través de la técnica del *nudging* o fomento de ciertas decisiones privadas[25]; y finalmente, la responsabilidad patrimonial por la información facilitada a través de las web públicas[26], teniendo en cuenta que no son aplicables y nulas de pleno derecho sus cláusulas, por contravenir el art. 10.2 de la Ley de Administración Electrónica (2007), igual que lo serían si estuvieran contenidas en un reglamento (art. 62.2 LRJAP-PAC)[27].

---

febrero de 2012 y en el de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2012). Pero, más allá de la directiva, sería preciso, en aras de un buen gobierno y una buena administración, exigir la motivación (mediante la Exposición de Motivos, preferiblemente, y el contenido del expediente) de las normas.

[24] Recomendadas por la OCDE y desarrolladas en EE.UU (desde hace décadas, a través de la OIRA, vid. http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg_default), la Unión Europea y el Reino Unido. Si bien existen en nuestro ámbito algunos movimientos en tal dirección (en el nivel estatal, el Real Decreto de 2009 que estableció la memoria de impacto normativo y los arts. 4 y ss. de la Ley de Economía Sostenible, que establecen principios de buena regulación; en el nivel autonómico, por ejemplo, Ley catalana 26/2010, art. 64). Puede consultarse una comparación entre indicadores de calidad regulatoria efectuada por el Banco Mundial http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home.

[25] En el Reino Unido se ha constituido una unidad administrativa en la *Cabinet Office* a tal efecto: https://www.gov.uk/government/organisations/behavioural-insights-team.

[26] Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, sección 1ª, de 25 de enero de 2007, en la que se condena al INEM a compensar a un desempleado sancionado por la Administración en relación con la renovación de su tarjeta de desempleo, pese a que éste ajustó su actuación a la información disponible en la página web de dicho organismo.

[27] En el caso de la responsabilidad derivada de actos discrecionales ilegales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido una doctrina desde mediados los años 90, en la que se afirma que la simple declaración de ilegalidad en el ejercicio de la discrecionalidad no supone la existencia de responsabilidad, siempre que el decisor público se haya mantenido dentro de los márgenes de un ejercicio razonable y razonado de discrecionalidad. De ahí la importancia de concretar esa razonabilidad y racionalidad del ejercicio discrecional (mediante, por ejemplo, las mencionadas Cartas de servicio). En caso contra-

2. LA FINANCIACIÓN Y EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

2.1. *La regulación sobre la financiación de partidos políticos en España*

La primera referencia normativa sobre financiación de partidos políticos en España se halla en el artículo 6 de la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos políticos. En esencia, el sistema consistía en reservar fondos públicos para las campañas electorales y que los partidos hiciesen frente a sus gastos de organización con las donaciones privadas y las aportaciones de sus afiliados Tras diversas regulaciones menores, la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, sobre Financiación de los partidos políticos (LOFPP 1987), constituyó la primera regulación estable en la materia, al margen de duplicar la asignación estatal para el funcionamiento ordinario de los partidos.

Posteriormente fue adoptada la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP 2007). En buena parte, la aprobación final de esta Ley, surgida de una proposición de ley del Grupo Parlamentario de ERC[28], se explica porque el Consejo de Europa (a través del Grupo de Estados contra la Corrupción, en sus siglas GRECO), que había adoptado, el 8 de abril de 2003, una Recomendación con medidas para combatir la corrupción política y entre ellas un modelo transparente de financiación de los partidos políticos[29], había dejando constancia en un informe de 2007 que España apenas había mostrado interés por cumplir razonablemente con los estándares de la misma.

La LOFPP 2007 contemplaba un sistema mixto, con la pretensión de conciliar las aportaciones de la ciudadanía y los recursos procedentes de los poderes públicos en proporción a su representatividad, además de introducir algunas limitaciones a la financiación privada, deducciones en la base del impuesto sobre la renta personal para las cuotas de los afiliados y alterar el criterio de distribución de la ayuda estatal para el gasto ordinario, a partir de

---

rio, la interpretación judicial queda abierta y las posibilidades de condena de la Administración por daño antijurídico causado por un funcionamiento anormal se incrementan.

[28] DSCD, núm. 114, 27.09.2005. También debe consignarse que a mediados de los años 1990, presionados por una sucesión de escándalos de financiación (señaladamente los casos Filesa y Naseiro), los partidos crearon una comisión parlamentaria para investigar sus prácticas de financiación y formular propuestas de reforma (Comisión no permanente sobre la financiación de los partidos políticos, *vid.* DSCD, núm. 371, 1994).

[29] Recomendación Rec (2003)4 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a las reglas comunes contra la corrupción en la financiació de los partidos políticos y campañas electorales (Adoptada por el Comité de Ministros el 8 de abril del 2003, durante la 835ava reunión de los Delegados de los Ministros). En dicha Recomendación sobresalen las medidas para dotar de transparencia a las cuentas de los partidos políticos junto a reglas básicas como la de considerar como donación cualquier ventaja, sea o no económica, concedida a los partidos políticos.

un cómputo de votos a nivel estatal[30]. Sustancialmente, se estableció que las aportaciones privadas podían proceder tanto de personas físicas como jurídicas, si bien con limitaciones: que no contrataran con las administraciones públicas, fueran públicas y no excedieran de algunos límites razonables y realistas. Asimismo no se permitían aportaciones anónimas que superasen el 5% de la cantidad asignada en los PGE del respectivo ejercicio. Tampoco las aportaciones procedentes de una misma persona física o jurídica que superasen los 60.001 euros anuales, ni de empresas públicas o que prestasen servicios o realizasen obras o suministros para alguna Administración Pública. Los importes debían abonarse en cuentas destinadas únicamente a ese fin. El incumplimiento de dichas prohibiciones podía ser sancionado con multas equivalentes al doble de la aportación ilegalmente aceptada. Se previó, además, que en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor, los partidos tuviesen que presentar una contabilidad detallada y documentada con sus ingresos y gastos ante el Tribunal de Cuentas, el cual, en 8 meses, debía pronunciarse sobre su regularidad y. en su caso, exigir las responsabilidades deducibles de su incumplimiento.

Con todo, la Ley de 2007 dejó al descubierto algunas zonas oscuras. En efecto, no se permitía que las donaciones (y condonaciones de deudas financieras) superaran los 100.000 euros al año (arts. 4.Cuatro y 5.Uno LOFPP). Se obligaba a los donantes a identificarse, prohibiéndose las donaciones de empresas que contrataban con el sector público. No obstante, contenía una panoplia de clamorosas excepciones a las citadas reglas generales (art. 5.Uno LOFPP): el techo de 100.000 euros no se aplicaba a las donaciones de inmuebles, a la cesión de activos a precios inferiores a los de mercado, a los créditos en términos ventajosos o a la prestación de servicios profesionales. Además, la interdicción para las empresas que contrataban con el sector público no afectaba a las donaciones anteriores a la firma de un contrato, o una vez que éste ya había finalizado (art. 4.Dos.c LOFPP). Además de que, por lo que al procedimiento de rendición de cuentas se refiere, no se obligaba a los partidos a consolidar en sus cuentas la actividad de sus sedes locales (art. 14. Cuatro LOFPP)[31], ni se establecía la obligación de presentar las cuentas de

[30] De entrada, como todas las reformas de la financiación política en la España democrática, la nueva Ley concedió a los partidos una mayor financiación, a cambio de extremar las medidas de control y transparencia. Este binomio se justificó durante el debate legislativo con el pretexto de que los partidos no dependieran de los grupos de presión, que lógicamente buscan ventajas de la Administración, argumento idéntico al que figura en los antecedentes de la tramitación de la Ley de 1987.

[31] *Vid*. Informe de la Fiscalía General del Estado de 2012. Disponible en: http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DMEMFIS12.PDF&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1246969494982&ssbinary=true [Consultado el 10 de marzo de 2014].

los grupos municipales o de los grupos presentes en las cámaras parlamentarias, ni de integrar en la contabilidad general la de las fundaciones vinculadas, pese a las recomendaciones en ese sentido por parte del Tribunal de Cuentas y del GRECO[32].

Cuando en 2010 se propuso, mediante una Proposición de ley orgánica, una reforma de la LOFPP[33], en la línea de hacer extensivas las obligaciones de los partidos a las fundaciones y asociaciones vinculadas a los mismos, cabe decir que la referida Proposición fue tomada en consideración, en pleno calor sociológico por el denominado caso «Palau»[34]. No obstante, los grupos políticos mayoritarios en la Cámara Baja dejaron languidecer su tramitación legislativa, a medida que se apagaban progresivamente los focos mediáticos del caso, hasta decaer con el final de la legislatura[35].

En último término, la reforma de la LOFPP 2007, mediante la vigente Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, se propuso, ante todo, reforzar los mecanismos de fiscalización del Tribunal de Cuentas y ajustar la financiación de los partidos al contexto de crisis económica (art. 3), mediante una drástica reducción del importe de las subvenciones y con la incorporación de una serie de medidas derivadas de la Recomendación de 2003 y de las conclusiones de los informes del GRECO de 2009 y 2011. En concreto, se estableció que el Tribunal de Cuentas pasase a realizar los informes de fiscalización de la actividad ordinaria de los partidos políticos con una periodicidad anual, así como de todos los procesos electorales, ya fuesen elecciones generales, autonómicas, locales o europeas (arts. quinto y sexto LO 5/2012). La reforma, además, llevó aparejada la adopción de un conjunto de medidas de robustecimiento de la transparencia, con el propósito de mejorar el control de la adecuación de los ingresos y gastos de los partidos políticos al ordenamiento jurídico. Pese al carácter coyuntural de la norma, se introdujeron algunas

[32] *Vid*. Informe GRECO sobre la transparencia de los partidos españoles. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/GrecoEval4(2013)5_Spain_EN.pdf [Consultado el 10 de marzo de 2014].

[33] Presentada por el grupo parlamentario de ERC-IU-ICV. *Vid.* BOCG, X Legislatura, Serie B, Núm. 207-1, 30.10.2009.

[34] El llamado caso «Palau» o «Millet», fue un caso de corrupción protagonizado por Fèlix Millet, presidente del patronato de la Fundació Orfeó Català-Palau de la Música, desde donde presuntamente desviaba dinero para fines privados e implicó a Convergència Democràtica de Catalunya (CDC).

[35] En concreto, aquella iniciativa trataba de impedir que las fundaciones u otros tipos de entidades similares pudieran suscribir convenios de colaboración con empresas, en caso de que el objeto social de las mismas no fuera coincidente. No en vano, la propuesta surgía de la experiencia de los años anteriores: lo que no gira por las cuentas corrientes de los partidos circula por un universo repleto de entidades y fundaciones de carácter instrumental. Se trataba de impedir que las donaciones a las fundaciones u otros entes instrumentales sirvieran como instrumentos de financiación irregular de los partidos.

medidas para diferenciar los mecanismos de financiación de los partidos, las fundaciones y las asociaciones vinculadas a estos, ampliando los sujetos que no pueden financiar la actividad de los partidos por el hecho de recibir aportaciones de las administraciones públicas, en la línea de lo que se había planteado sin éxito en 2010 (art. primero LO 5/2012).

No obstante lo dicho, persisten aún en la ley algunas omisiones y defectos técnicos, que proyectan una alargada y poderosa sombra de sospecha sobre algunos partidos, que desean deliberadamente mantener algunas zonas todavía opacas, que sólo transcienden cuando hay una investigación judicial o mediática en marcha:

a) por lo que se refiere al control de la financiación de las fundaciones, se eliminó el límite máximo de 150.000 euros a las donaciones privadas a fundaciones de los partidos políticos[36]. Y ello resulta paradójico por cuanto el artículo 4.3 LOFPP prohíbe lo que denomina «operaciones asimiladas [a donaciones][37]». Es más, según el apartado 4 de la DA 7ª, las «entregas monetarias o patrimoniales» destinadas a financiar actividades «de interés común» de las fundaciones no son consideradas donaciones, y, por tanto, quedan al margen de la regulación y limitaciones que la LOFPP establece para ellas. Se abre así la puerta a conceptos como las llamadas «entregas monetarias» (aparentemente no donaciones) anónimas a las fundaciones[38].

[36] Como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal de Cuentas, son patentes las relaciones instrumentales que la mayoría de los partidos políticos mantienen todavía hoy con diversas fundaciones, relativas a «la concesión de préstamos o subvenciones de funcionamiento, a la adquisición de inmuebles y la posterior cesión de uso al partido, al ingreso en la fundación de las aportaciones realizadas por los cargos públicos y a la prestación de aval por parte del partido en operaciones de deuda suscritas por la fundación». *Vid. Diario de Sesiones de Las Cortes Generales*. Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, X Legislatura, núm. 92, 27.12.2013. Informe de fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las donaciones percibidas por las fundaciones vinculadas orgánicamente, ejercicios 2009, 2020 y 2011.

[37] Entendiendo como tales el hecho de que los partidos permitan que «directa o indirectamente, terceras personas asuman de forma efectiva el coste de sus adquisiciones de bienes, obras o servicios o de cualesquiera otros gastos que genere su actividad».

[38] En este contexto no debe olvidarse que el art. 5 de la Recomendación GRECO de 2003 sugirió a los Estados no sólo tomar medidas destinadas a limitar, prohibir o regular estrictamente las donaciones de personas jurídicas que suministran bienes o servicios de cualquier Administración pública, sino también las donaciones de todas las entidades relacionadas, directa o indirectamente con un partido político o que de cualquier forma están bajo su control (léase, fundaciones). Así, el informe correspondiente a 2009 advierte: «[L]a prohibición general sobre donaciones procedentes de empresas que hayan firmado contratos con las autoridades públicas no es aplicable [en la ley] en lo que respecta a donaciones realizadas a entidades que están estrechamente relacionadas o están bajo la influencia de los partidos políticos (p.ej. las fundaciones políticas). Por lo tanto, las aporta-

b) Por lo que se refiere a las funciones del Tribunal de Cuentas, la Ley de 2012 instauró un sorprendente plazo de prescripción de las infracciones de 4 años, mientras que los informes del Tribunal de Cuentas se venían publicando con un retraso de 5 años. Huelga decir que el retraso en la fiscalización de las formaciones políticas por parte del Tribunal de Cuentas ha generado numerosas críticas de la opinión pública y de los medios de comunicación. Ejemplo de ello es la aprobación, en la sesión del 29 de marzo de 2012, del Informe de Fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las donaciones percibidas por las fundaciones vinculadas orgánicamente correspondientes al ejercicio de 2007. Este retraso fue reconocido incluso por el Presidente del Tribunal de Cuentas en comparecencia parlamentaria[39].

c) Por lo que se refiere a la rendición de cuentas, no puede decirse que con la Ley se produjeran sustanciales avances: los partidos deben prever un sistema de control interno que garantice la adecuada intervención y contabilización de todos los actos y documentos de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico, conforme a sus estatutos. Corresponde en exclusiva al Tribunal de Cuentas el control de su actividad económico-financiera, incluyendo los recursos públicos y privados, así como la regularidad contable, emitiendo en el plazo de seis meses desde la recepción de la documentación un informe sobre su adecuación a lo dispuesto en la Ley, haciendo constar cuantas infracciones o prácticas irregulares observe. Dicho informe se elevará para su aprobación, si procede, a las Cortes Generales y se publicará en el BOE. Con todo, es dudoso que la información publicada por el Tribunal de Cuentas sea lo «suficientemente significativa para ayudar a identificar vínculos económicos cuestionables y la posible corrupción en el sistema de financiación de los partidos»[40]. Tanto la Recomendación de 2003, como la normativa de diversos países de

ciones de contratistas a los partidos políticos pueden canalizarse más bien a través de asociaciones o fundaciones políticas que están exentas de las restricciones al pay-to-play (dinero a cambio de favores). […]».http://www.mickikaminska.com/GOPAC/Docs/GRECO%20CM-Rec%20_2003_%204%20-%20financing%20of%20political%20parties_SP.pdf. [Consultado el 06 de marzo de 2014].

[39] *Vid. Diario de Sesiones de Las Cortes Generales*. Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, X Legislatura, núm. 92, 27.12.2013.

[40] El Informe de Evaluación de GRECO sigue diciendo: «las autoridades españolas estuvieron especialmente atentas a los posibles efectos adversos si se implanta[ba] en España un sistema de publicación íntegra de los donantes». El evaluador es consciente de que el derecho del donante a la privacidad adquiere una importancia especial en ciertos territorios de España, donde este derecho a la privacidad está también ligado a problemas de seguridad (terrorismo). Pero, dicho lo cual, sigue señalando el Informe, «se tiene que encontrar un equilibrio entre el interés legítimo del electorado a disponer de suficiente

nuestro entorno, prevén que se haga pública la lista de donantes de los partidos, pues la presentación y declaración de información es el elemento principal para garantizar la transparencia de los fondos políticos, que es un valor en sí mismo. Por el contrario, no parece razonable en la actualidad que el fenómeno del terrorismo y la eventual intimidación de los donantes constituya un pretexto para levantar el velo de la identidad de los donantes.

2.2. *El proyecto de ley orgánica de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos*

El Consejo de Ministros de 21 de febrero de 2014 aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de control de la actividad económica-financiera de los partidos políticos[41], comprometido durante el Debate sobre el Estado de la Nación de 2013[42]. El texto propone modificar tanto la vigente LOFPP, como la Ley Orgánica de Partidos Políticos y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas[43], si bien «lejos de comportar una verdadera reforma que innove de manera sustancial el régimen de control de los partidos políticos en materia de financiación, se limitan a modificar algunos aspectos concretos de su actividad económico-financiera, manteniendo en líneas generales la regulación vigente en sus mismos términos»[44].

Alguna de las novedades que incorpora este Proyecto de Ley van inevitablemente unidas a la actualidad como, por ejemplo, la regulación de la figura del Responsable de la gestión económica-financiera del partido (o tesorero), que deberá rendir cuentas ante el Parlamento (art. 1º. Diez). No obstante, en

---

información sobre posibles intereses económicos de sus representantes políticos y el derecho del donante a mantener su privacidad».

[41] BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, núm. 82-1, 28.02.2014.

[42] El Tribunal Supremo citó a declarar, el 17 de julio de 2009, al entonces tesorero del Partido Popular (PP), Luis Bárcenas, como imputado por presuntos delitos de cohecho y contra la Hacienda Pública. Casi tres años más tarde, el 18 de enero de 2013, *El Mundo* publicó que Bárcenas había pagado, supuestamente, sobresueldos en dinero negro por importes que irían de los 5000 a los 15.000 euros mensuales a altos cargos de su partido y, poco después, *El País* sacó a la luz la supuesta contabilidad en B del PP. Ese mismo mes, Mariano Rajoy anunció, bajo la presión de la oposición y la opinión pública, un pacto anticorrupción en el Debate sobre el estado de la nación.

[43] Dichas modificaciones forman parte del llamado «Plan de Regeneración Democrática» propuesto por el Gobierno del PP a raíz del estallido del «caso Bárcenas», y contienen un amplio catálogo de medidas destinadas a luchar contra la corrupción en la vida pública, tanto preventivas como de control y detección. Vid.http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/200913Enlace_Regeneraci%C3%B3nDemocr%C3%A1tica [Consultado el 06 de marzo de 2014].

[44] Dictamen 57/2014, de 20 de febrero, del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de ley orgánica de control de la actividad económica-financiera de los partidos políticos, p. 3.

esencia, el Proyecto establece nuevas obligaciones en la gestión de recursos de los partidos y un régimen más estricto de rendición de cuentas, ya sea a través del aumento del control y fiscalización que sobre ellos ejerce el Tribunal de Cuentas (art. 1º. Once), o mediante la introducción de obligaciones económicas que suponen una fiscalización continua del flujo económico que manejan (art. 1º. Diez).

En concreto, las principales medidas que contiene son: la prohibición de las donaciones a los partidos políticos procedentes de personas jurídicas (art. 1º. Cuatro); la prohibición de las condonaciones de deuda a los partidos políticos por entidades de crédito (art. 1º. Tres); la exigencia de que todos los partidos presenten sus cuentas anuales al Tribunal de Cuentas (art. 1º. Diez) y la publicación en sus páginas web de la cuenta de resultados, de los créditos pendientes de amortización, las subvenciones recibidas y las donaciones de importe superior a cincuenta mil euros (art. 1º. Diez). Igualmente, se propone que las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos políticos tengan que inscribirse en el Registro de Partidos (art. 2º. Cinco) y que los partidos políticos sigan un procedimiento normalizado de contratación (art. 1º. Diecisiete). Asimismo, prevé la devolución de las donaciones indebidas y la retención de las subvenciones a los partidos que no hayan presentado sus cuentas y distintas obligaciones tasadas en la contabilidad de los partidos (art. 1º. Dos). Finalmente, el proyecto contempla nuevas infracciones y sanciones (art. 1º. Trece), y la previsión de cobro de las mismas por vía ejecutiva a cargo de la Agencia Tributaria y la colaboración de las entidades de crédito y del sector público con el Tribunal de Cuentas (art. 1º. Catorce).

Dejando de lado que el Proyecto se haya presentado un año más tarde de lo anunciado, no dejan de ser destacables y dignas de encomio algunas de las medidas incluidas: la prohibición de las donaciones a los partidos políticos procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica, así como la prohibición de condonaciones de deuda por las entidades de crédito, entendiendo por tales la cancelación total o parcial del principal del crédito o de los intereses vencidos, o la renegociación del tipo de interés por debajo de los aplicados en condiciones de mercado.

Sin embargo, no hay duda que podía haberse ido más allá. Ciertamente se dispone que el Consejo de Ministros pueda negar la concesión de subvenciones estatales anuales a los partidos, a partir de doce millones de euros, pero no se concretan los supuestos (art. 1º. Dos). Se prohíben las donaciones por parte de empresas, pero no se establece ningún control sobre las donaciones de personas físicas vinculadas a éstas (art. 1º. Cuatro). Además, persiste la excepción para que las personas físicas puedan continuar realizando donaciones en forma de inmuebles sin límite de valor (art. 1º. Cuatro). Sigue sin prohibirse que las fundaciones o asociaciones vinculadas a los partidos acepten o reciban, directa o indirectamente, donaciones de empresas privadas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras para las

administraciones públicas, organismos públicos o empresas de capital mayoritariamente público (art. 1º. Dieciséis). Tampoco se aplica a esas mismas fundaciones y asociaciones la prohibición de recibir donaciones procedentes de una misma persona física o jurídica superiores a 100.000 euros anuales como a los partidos[45].

Por otra parte, una de las novedades del proyecto, la introducción de un procedimiento por el que los partidos pueden aceptar o rechazar donaciones privadas, estableciendo un plazo de hasta 3 meses tras la finalización del ejercicio anual (art. 1º. Tres) debería constituir un mecanismo para que los partidos se hagan responsables de verificar y rechazar desde el primer momento donaciones ilegales o dudosas en un plazo perentorio de pocos días, teniendo la obligación además de informar detalladamente de esas donaciones dudosas. Sin embargo, el proyecto parece convertir el régimen de aceptación de las donaciones en una especie de plazo para regularizar las cuentas antes de mandarlas al Tribunal de Cuentas. Además, si el partido recibe dinero ilegalmente por no saber ni de quién proviene, dispondrá de hasta tres meses, una vez finalizado el ejercicio anual, para ingresar el dinero a Hacienda y estará exento de responsabilidad por recibir donaciones anónimas (art. 1º. Tres y Trece). Se prevé incluso que, cuando no se haya podido identificar al donante, el dinero se ingrese en el Tesoro público sin mayores consecuencias. La obligación de publicar la identidad de los donantes de cantidades superiores a 50.000 euros no lleva aparejados mecanismes para evitar que se utilice la inveterada técnica de fraccionar las donacions para no alcanzar dicho umbral. Por lo demás, según el proyecto, los partidos podrán seguir realizando operaciones de inversión de capital pese a tener prohibidas las actividades mercantiles, además de poder seguir sin llevar la contabilidad a nivel local, que se integrará, en su caso, en la contabilidad provincial.

También debe señalarse que con el proyecto no se aumenta el plazo de prescripción de las infracciones a la Ley de financiación: las infracciones muy graves de la ley prescribirán a los 4 años, las graves a los 2 años y las leves al año (art.17.3 LOFPP). Si el plazo de prescripción se inicia en el momento en que se realiza la infracción, podría darse el absurdo de que las infracciones leves prescribieran incluso antes de que el partido enviase su documentación anual al Tribunal de Cuentas. En supuestos de no colaboración con el Tribunal, teniendo en cuenta los plazos de prescripción de 1 y 2 años

[45] El proyecto mantiene la disposición de la actual Ley que establece que «no tendrán la consideración de donaciones (…) las entregas monetarias o patrimoniales llevadas a cabo por una persona física o jurídica para financiar una actividad o un proyecto concreto de la fundación o asociación, en cuanto tal actividad o proyecto se realice como consecuencia de un interés común derivado de las actividades propias del objeto societario o estatutario de ambas entidades» (DA 7ª.4 LOFPP).

respectivamente, difícilmente el Tribunal podría detectar infracciones muy graves, que son las que prescriben a los 4 años.

Finalmente, no se reforma estructuralmente la institución del Tribunal de Cuentas, que presenta evidentes signos de falta de legitimidad, mediante un régimen estricto de causas de inelegibilidad o de incompatibilidad. Podría decirse que el Tribunal de Cuentas pasará a ser independiente, pero no quienes lo componen. Además, la reforma proyectada establece que ese organismo tenga «competencia para todo lo concerniente al Gobierno, el régimen interior del mismo y el personal a su servicio, pudiendo dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización» (art. 3º. Dos).

3. EL EJERCICIO DEL ALTO CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN: INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERESES

3.1. *Antecedentes normativos sobre la cuestión*

El régimen de incompatibilidades de altos cargos se reguló por primera vez en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de altos cargos, con la que, como admitía su Exposición de motivos, se intentaba no sólo cubrir algunos vacíos sino también establecer principios más exigentes en materia de incompatibilidades que los expuestos en la Ley 20/1982, de 9 de junio, de incompatibilidades en el sector público, además de evitar «toda posible colisión de intereses no sólo en las relaciones del sector público con el privado, sino también entre esferas distintas de aquél».

La pionera Ley 25/1983 fue modificada por la Ley 9/1991, de 22 de marzo, por la que además se modificó la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; la Ley de Contratos del Estado, y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores[46]. Posteriormente, la Ley 25/1983 fue derogada por la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que optó por una técnica de delimitación subjetiva diferente a la Ley anterior, recurriendo a criterios objetivos para la definición del alto cargo, enumerando a los que se atribuía tal condición y considerando como alto cargo a los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en la Administración General del Estado designados por el Consejo de Ministros. Por lo demás, la referida Ley consagró como principio general la incompatibilidad absoluta con cualquier actividad pública o privada,

[46] La reforma operó una modificación de los artículos 1, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 25/1983, en relación con el ámbito subjetivo de la norma, los deberes de inhibición y abstención, las obligaciones de declarar en el Registro de Intereses correspondiente las actividades y bienes patrimoniales y las funciones de control de la Inspección General de Servicios de la Administración Pública.

retribuida o no. Y constituyó el Registro de Actividades y el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales, gestionados por la Inspección General de Servicios de la Administración Pública, a la vez que perfeccionó el régimen sancionador y reforzó las funciones de control.

Esta Ley mantuvo su vigencia hasta su derogación por la vigente Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que incorporó una regulación más completa, introduciendo cautelas y nuevas exigencias en garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo. A tal fin, la Ley profundizó en el control parlamentario previo al nombramiento de los titulares de determinados puestos e incrementó el control sobre los intereses patrimoniales del alto cargo y de su entorno familiar. Por otra parte, extendió el régimen de incompatibilidad al desempeño de actividades privadas tras el cese del alto cargo y creó la Oficina de Conflictos de Intereses como órgano dotado de plena autonomía funcional en el ejercicio de sus atribuciones y reforzó el régimen sancionador.

3.2. *Valoración del Proyecto de ley de ejercicio de alto cargo de la Administración General del Estado*

El Proyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado[47] propone un régimen jurídico exhaustivo que se extiende desde la definición de los aspectos previos al nombramiento, tales como el cumplimiento de los requisitos de idoneidad, las limitaciones al ejercicio de actividades constante la situación de alto cargo y con posterioridad al cese, así como la publicidad de las actividades, bienes y derechos de los altos cargos y su registro. No obstante, como se dirá más adelante esta egulación constituye una clara atenuación del vigente régimen de incompatibilidades y una clara reducción de las limitaciones al ejercicio de actividades privadas una vez que los altos cargos abandonan la Administración.

Así, por lo que se refiere al ámbito subjetivo, se dispone la consideración de los altos cargos como las personas con responsabilidad pública a los efectos del artículo 14 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Además, el proyecto se complementa con las previsiones contenidas en el título II de la Ley 19/2013, cuyo artículo 25 determina su aplicación a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquélla, y añade que se considerarán altos cargos los que tengan tal consideración en aplicación de la

[47] BOCG, X legislatura, núm. 83-1, 28.02.2014.

normativa en materia de conflictos de intereses[48]. No obstante, es apreciable una ampliación de los sujetos considerados altos cargos, lo que acontece con los Secretarios Generales Técnicos (artículo 1.2.c)[49]; los altos cargos de algunos organismos de reciente creación (Presidente, Vicepresidente y resto de miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal); presidentes, directores generales y asimilados del sector público administrativo, fundacional o empresarial; y presidentes y directores de las agencias estatales y el presidente y el secretario del Consejo Económico y Social (artículo 1.2.d) y los titulares de cualquier puesto de trabajo en el sector público estatal cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, expresión ciertamente más amplia que la relativa a «cualquier otro puesto de trabajo de la Administración General del Estado cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros» contenida en el artículo 3.2.m) de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

En cuanto a la «idoneidad» del alto cargo (DA tercera y arts. 2 a 10)[50] al nombramiento y ejercicio del alto cargo, el proyecto aclara que solo son idóneos aquellos altos cargos que reúnen condiciones de «honorabilidad profesional» y acrediten la debida «formación y experiencia» en la materia de que se trate. Ello no obstante, no determina a quien corresponde la verificación del concurso de estos requisitos ni el significado de los conceptos «formación» y «experiencia», pese a tratarse de conceptos utilizados por la LOFAGE al referirse a criterios de cualificación y experiencia para la selección de los órganos directivos[51]. Tampoco se concreta cuándo debe producirse la

[48] En efecto, el artículo 26 de la Ley 19/2013 dispone, en observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, la promoción del respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas y la adecuación de su actividad a los principios de transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, con el objetivo de satisfacer el interés general, dedicación al servicio público, imparcialidad, igualdad, diligencia debida, corrección y responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente. Consagra además la norma referida ciertos principios de actuación tales como el desempeño de su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses, que están íntimamente relacionados con los contenidos en la norma que ahora se informa.

[49] Cuya condición de alto cargo deriva del artículo 6.2.b) de la LOFAGE.

[50] A diferencia de la Ley 5/2006, que contenía solo una previsión relativa a la comparecencia ante el Congreso de los Diputados de determinados altos cargos (art. 2).

[51] Como ha hecho notar el Consejo de Estado en su Dictamen 1435/2013, de 6 de febrero, sobre el Anteproyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, p.8.

publicación del currículum vitae (CV). al que alude el artículo 2.3, ni el contenido exacto de la «declaración responsable» conforme el candidato cumple con los requisitos de idoneidad (art. 2.5), ni la manifestación de que no incurre en ninguna de las causas legales que excluyen la honorabilidad y que los datos del CV son verosímiles (art. 2.2).

En materia de régimen retributivo, el artículo 4.1 incluye la previsión, ya examinada en otro momento, del artículo 8.1 *f* de la Ley 19/2013, en el sentido de que serán públicas anualmente sus retribuciones y también las indemnizaciones con motivo del abandono del cargo. En materia de protección social, se prevé el contenido del artículo 97.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social[52], en cuya virtud están obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los altos cargos de las Administraciones Públicas que no sean funcionarios públicos. También se incorporan las previsiones sobre incompatibilidad de retribuciones establecidas en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad[53]. Sin embargo, aquel precepto plantea dudas acerca de la situación administrativa de los funcionarios públicos, pues de lo expuesto parece deducirse que la opción por la pensión indemnizatoria o la prestación compensatoria, conduciría inexorablemente a la situación de excedencia por interés particular, con los efectos estatutarios correspondientes[54].

Con esta misma vocación totalizadora, el proyecto contiene el régimen de actuación de los altos cargos, estableciendo incluso previsiones propias de normas de rango inferior. Así, por ejemplo, cuando prevé las reglas de eficiencia y sostenibilidad en la gestión de los recursos humanos, económicos y materiales[55] y los deberes de conocer las obligaciones que conlleva el ejercicio de sus funciones.

---

[52] Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

[53] El artículo 1.4 del referido Real Decreto-ley se refiere al régimen de incompatibilidades de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares y dispone (con carácter básico *ex* artículo 149.1.13ª y 156.1 CE). Por otra parte, la redacción del artículo 7 del proyecto es muy similar a lo prevenido por el Real Decreto-ley 20/2012, en cuanto a la incompatibilidad entre la percepción de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y demás percepciones económicas, incluida la retribución de actividades públicas o privadas.

[54] Esencialmente de no devengo de antigüedad, extinción de la reserva de plaza inherente a la de servicios especiales y demás establecidas en la legislación de funcionarios, lo cual puede entenderse que constituye una penalización de justificación no evidente.

[55] En materia de gestión de recursos humanos, económicos y materiales se establecen criterios en relación con la utilización de vehículos oficiales y el uso del crédito presupuestario de los gastos de representación y atenciones protocolarias y se prevé que, cuando se incurra en determinados gastos, deberán ser debidamente justificados así como acreditarse su necesidad, si bien no se especifica ante quién ni de qué manera (art. 8.2).

Por otro lado, el proyecto se propone avanzar en la evitación y el control de los conflictos de intereses (art. 11), para lo que define tales conflictos en términos análogos al artículo 4.1 de la Ley 5/2006, si bien en esta ocasión se enumeran los intereses que tienen la consideración de «personales», en términos un tanto extensos, objetiva y subjetivamente, aludiendo al posible efecto beneficioso o perjudicial (ap. 2), sin más detalles, para definir el conflicto de intereses. También diseña el proyecto un sistema de alerta temprana, basado en un deber de abstención respecto de cualquier decisión que pueda comportar la incursión en un supuesto de conflicto de intereses (art. 12)[56], y una serie de previsiones relativas a la dedicación exclusiva (art. 13); declaración y limitaciones patrimoniales (arts, 14, 16, 17 y 18) o al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese (art. 15), inspiradas en el actual régimen de incompatibilidades, actividades y obligaciones de los altos cargos de la Ley 5/2006 (arts. 5 a 13).

En concreto, el apartado 1 del artículo 14 comporta, ciertamente, una mayor limitación respecto a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 5/2006, que circunscribe la limitación a las subvenciones provenientes de la Administración General del Estado. Pero no aclara si la expresión «persona interpuesta» debe entenderse referida a un «tercero independiente» (en los términos a los que se refiere el artículo 14.3 o a la entidad financiera encargada de la gestión y administración de las acciones y participaciones ex art. 18.1 del proyecto). En línea con lo anterior, también parece pertinente concretar si el volumen de participación debe calcularse sumando a las participaciones propias las del cónyuge e hijos dependientes, o solo cuando sean considerados persona interpuesta.

Por otra parte, el apartado 3 del mismo artículo 14 prevé que, cuando la persona que sea nombrada para ocupar un alto cargo y posea una participación deba enajenar o ceder a un tercero independiente el ejercicio de los derechos correspondientes a esas participaciones durante el tiempo en que ejerza su cargo, dentro del plazo de tres meses desde su nombramiento[57]. Dicha enajenación o cesión será declarada a los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales y deberá contar con el informe favorable de la Oficina de Conflicto de Intereses. No se olvide, sin embargo, que actualmente el art. 6 de la Ley 5/2006 obliga a desprenderse de tales participaciones[58].

[56] Que debe articularse por escrito cuando concurran las causas previstas en la LRJAP-PAC o bien aplicando los procedimientos adecuados en otros casos.

[57] Si la participación se adquiriera por sucesión hereditaria u otro título gratuito durante el ejercicio del cargo, la enajenación o cesión deberá producirse en el plazo de tres meses desde su adquisición.

[58] El proyecto no precisa, tampoco, qué debe entenderse por «tercero independiente» y si los derechos objeto de cesión son tanto los derechos políticos como los económicos.

Por el contrario, el primer párrafo del apartado 1 del artículo 15 establece que los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas «afectadas directa o indirectamente, por decisiones en las que hayan participado». Se trata indudablemente de una ampliación del ámbito objetivo de la limitación prevista en el vigente artículo 8 de la Ley 5/2006, donde esta limitación opera exclusivamente respecto de empresas o sociedades relacionadas «directamente» con las competencias del cargo[59].

Por lo que se refiere a la declaración de bienes y derechos (art. 17), conviene recordar que ya el artículo 12.1 de la Ley 5/2006 establece que los altos cargos están obligados a formular una declaración patrimonial ante el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de altos cargos[60]. Ahora, la regulación del artículo 17 del proyecto constituye una deslegalización del contenido mínimo de la referida declaración, limitándose a señalar la clase de altos cargos que deberán presentar, en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión y cese, respectivamente, el certificado de su última declaración anual del IP, en su caso, además de aportar anualmente un certificado de la última declaración del IRPF.

El apartado 1 del artículo 18 establece que para la gestión y administración de las acciones y participaciones societarias de las que sean titulares los altos cargos deberán contratar a una entidad financiera registrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)[61]. Por ello puede decirse que

[59] Lo mismo puede decirse de la regulación propuesta para la «reincorporación» (art. 15.4), frente a la regulación del vigente artículo 8.2 de la Ley 5/2006. Idéntico argumento sirve para lo previsto en el apartado 5, relativo a la prohibición de celebrar contratos directamente o mediante empresas contratistas, por sí mismos ni a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del diez por ciento, puesto que actualmente sólo se limita la celebración de contratos con la Administración Pública cuando éstos guarden relación directa con las funciones ejercidas.

[60] Comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones patrimoniales, valores o activos financieros negociables, las participaciones societarias, el objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses el alto cargo, su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas y las sociedades participadas por aquellas otras que sean objeto de declaración según el apartado c) con señalamiento de sus respectivos objetos sociales.

[61] Esta obligación no es exigible cuando la cuantía de dichas acciones y participaciones societarias no supere la cantidad de 100.000 euros, calculada por el valor a los efectos del IP. La contratación referida se mantendrá mientras dure el desempeño del alto cargo y la entidad con la que se contrate efectuará la administración con sujeción exclusivamente a las directrices generales de rentabilidad y riesgo establecidas en el contrato, sin que se pueda recabar ni recibir instrucciones de inversión de los interesados. Tampoco podrá serles revelados la composición de sus inversiones, salvo que se trate de instituciones de inversión colectiva o que, por causa justificada, medie autorización de la CNMV (aunque

se trata de una previsión algo superflua, que pretende asegurar que la gestión de acciones y participaciones sociales por el alto cargo no incurra en ningún riesgo de conflicto de interés con el cargo, algo que ya prevé el antes mencionado artículo 14[62].

Finalmente, los títulos III y IV de la norma proyectada se refieren a los órganos de vigilancia y control y al régimen sancionador, respectivamente. En estos se amplía ciertamente la actual regulación de la Oficina de Conflictos de Intereses, atribuyéndosele nuevas funciones respecto de las previstas en la Ley 5/2006[63]. El artículo 27 contiene una tipificación de las infracciones, que reproduce esencialmente el catálogo de su homólogo de la Ley 5/2006 (art.17). En este sentido, debe tenerse presente que Ley 19/2013 tipifica como infracción muy grave la prevalencia de la condición de alto cargo para obtener un beneficio indebido para sí o para otro (artículo 29.1h), lo cual pone de relieve nuevamente la conveniencia de incorporar al proyecto alguna referencia a la Ley 19/2013[64], Además, el proyecto omite en sede sancionadora toda referencia a la Oficina de Conflictos de Intereses, supuestamente responsable de la instrucción del procedimiento sancionador, cuya regulación sí contiene el actual artículo 18 de la vigente Ley 5/2006.

Title. Recent measures for transparency and political probity of de Spanish administrative and political system. scope and assessment

Resumen. Ante la irrupción de distintos episodios de corrupción que han golpeado a la opinión pública y agravado el descrédito del sistema político ante la ciudadanía, el Consejo de Ministros aprobó el 20 de septiembre de 2013 un Plan de Regeneración Democrática basado en dos pilares

no parece tener sentido prever la contratación con una entidad financiera registrada en la CNMV para la gestión y administración de acciones si se trata de sociedades no cotizadas y de participaciones en sociedades de responsabilidad limitada).

[62] Tampoco es apreciable la entidad del hecho de que no pueda revelarse la composición de sus inversiones, salvo que se trate de instituciones de inversión colectiva o que, por causa justificada, medie autorización de la CNMV, en la medida en la que el alto cargo deberá conocer de sus inversiones aunque no las gestione ni decida sobre ellas, ni que sea para la formulación de su declaración anual del IP o del IRPF. Además de que la prohibición de incidir sobre las decisiones que el gestor adopte no es incompatible con la facultad de éste de valorar la gestión de su cartera y optar por un contrato con una entidad o gestor distinto, a la vista del resultado de su actuación.

[63] Formular peticiones de información (art. 20) y, en especial, el examen de la situación patrimonial de los altos cargos al finalizar su mandato y elaboración del informe de comprobación de la situación patrimonial (arts. 23 y 24).

[64] Al igual que en lo relativo al procedimiento, que se remite al artículo 31, de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, y su normativa de desarrollo, por ejemplo con una mención al régimen de prescripción, como hace la Ley 5/2006, que se pretende derogar, con referencia al artículo 31 de la Ley 19/2013.

fundamentales: el control de la actividad económico-financiera de los partidos y la regulación del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Ambas cuestiones han meritado sendos proyectos de ley que recogen un amplio catálogo de medidas para luchar contra la corrupción y mejorar los mecanismos de respuesta y detección de que dispone el ordenamiento jurídico. En este mismo período, el Parlamento ha aprobado la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Palabras clave. Corrupción, transparencia, acceso a la información, buen gobierno, financiación de partidos políticos, alto cargo.

Abstract. With the emergence of various episodes of corruption that have hit the public and aggravated discredit the political system to citizens, the Council of Ministers approved the September 20, 2013 Democratic Regeneration Plan based on two pillars: control of economic and financial activity of political parties and regulate the exercise of the high office of the General State Administration. Both issues have merited two separate bills that collect a wide range of measures to combat corruption and improve the detection and response mechanisms available to the legal system. In this same period, the Parliament adopted the Law 19/2013 of 9 December, transparency, public access to information and good governance.

Keywords. Corruption, transparency, access to information, governance, financing of political parties, senior.

Recibido: 19.05.2014
Aceptado: 26.05.2014

LA SEDE DEL PARLAMENTO EUROPEO EN ESTRASBURGO EN ENTREDICHO. ¿EL ÚLTIMO ASALTO EN SU PUGNA CON BRUSELAS?

Ana María San Miguel Osaba

Sumario: 1. Introducción. 2. Estado actual de la cuestión: ¿dónde tiene su sede el Parlamento Europeo? 3. Antecedentes históricos. Evolución. 3.1. *Hasta la Declaración de Edimburgo de 1992*. 3.2. *Consejo de Edimburgo de 1992 y reacción del Parlamento*. 3.3. *STJ de 1 de octubre de 1997*. 3.4. *Resolución del Parlamento de 13 de abril de 2000*. 3.5. *Campaña para la Reforma Parlamentaria*. 3.6. *STJ de 13 de diciembre de 2012*. 3.7. *Últimas reacciones*. 4. Criterios para la localización de la sede del Parlamento Europeo. 4.1. *Argumentos a favor y en contra de la sede única*. 4.2. *Argumentos a favor de Bruselas*. 4.3. *Argumentos a favor de la sede en Estrasburgo*. 5. Resolución del Parlamento de 20 de noviembre de 2013.

1. INTRODUCCIÓN

La actual redacción que encontramos en los Tratados sobre la sede de las instituciones europeas ha generado, en lo que al Parlamento se refiere, una situación de inusitada tensión entre la asamblea y el Estado francés que se mantiene firme en su defensa de la ciudad de Estrasburgo como sede de dicha institución. El establecimiento de una doble sede, en Bruselas y Estrasburgo, para el desarrollo de los trabajos parlamentarios, a la que se añadiría la ciudad de Luxemburgo como sede de la Secretaría general, ha derivado en una situación casi insostenible por los continuos desplazamientos a que se ven obligados diputados y demás funcionarios todos los meses. Como veremos en las páginas que siguen, esta cuestión de la sede del Parlamento Europeo no ha sido pacífica prácticamente desde el inicio de la andadura comunitaria.

Los desencuentros entre la asamblea y los gobiernos de los Estados afectados han sido continuos, obligando en numerosas ocasiones al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre esta materia.

Por otro lado, resultaba a todas luces evidente que el tema no iba a tardar en ser incluido en la agenda política de cara a la nueva legislatura que se aproxima. Sin embargo, la polémica cuestión no ha esperado a la celebración de nuevas elecciones para volver a saltar a la palestra. Así, y avanzando un poco el final de esta exposición, nos hemos encontrado con una Resolución del Parlamento (la última de toda una serie de ellas sobre la materia), aprobada por abrumadora mayoría, que ha supuesto un nuevo y contundente toque de atención a los gobiernos de los Estados miembros, a los que se insta a tomar cartas en el asunto y modificar los Tratados de forma que sea el propio Parlamento quien pueda decidir el lugar en el que realizar sus funciones, o, lo que en este caso es lo mismo, el traslado de su sede definitivamente a la capital belga, eliminando así lo que se ha dado en llamar irónicamente el «travelling circus» del Parlamento Europeo, en clara alusión a su carácter casi «ambulante» provocado por el desplazamiento periódico de eurodiputados y demás personal de Bruselas a Estrasburgo. En cualquier caso, como veremos, resulta indudable la dimensión política de este conflicto, los «intereses de Estado» que subyacen en esta cuestión, ya sean económicos, de prestigio o de otro tipo, que ha hecho que el mismo se viva en algunos sectores en clave de enfrentamiento anglo-francés.

En cualquier caso, y resumiendo un poco el esquema que vamos a seguir en esta exposición –que fundamentalmente será cronológico–, comenzaremos señalando cuál es la situación actual en torno a esta cuestión, la situación que se deriva de las disposiciones recogidas en los Tratados. A continuación nos referiremos a la evolución que el tema de la sede del Parlamento Europeo ha tenido a lo largo de toda la andadura comunitaria, haciendo referencia a aquellas decisiones que incidieron en la misma así como la postura que en esta cuestión ha mostrado el Tribunal de Justicia cuando ha tenido que enfrentarse a ella. También trataremos brevemente los argumentos que se han esgrimido para la defensa de las distintas posturas, tanto en cuanto a la conveniencia o no de una única sede para las tres instituciones comunitarias (Comisión, Consejo y Parlamento), como de los empleados en defensa de una u otra localización de la sede parlamentaria. Concluiremos haciendo referencia a las últimas reacciones que se han producido en relación a este tema, con especial mención de la recientemente aprobada Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2013, sobre la fijación de las sedes de las instituciones de la Unión Europea, y que ha supuesto una nueva vuelta de tuerca en el proceso en favor del traslado de la sede de la asamblea comunitaria a la ciudad de Bruselas y del abandono de la sede de Estrasburgo.

2. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: ¿DÓNDE TIENE SU SEDE EL PARLAMENTO EUROPEO?

El artículo 135 del Reglamento del Parlamento Europeo que se refiere al lugar de reunión del mismo recoge en su apartado primero: «El Parlamento celebrará sus sesiones plenarias y las reuniones de sus comisiones de conformidad con lo dispuesto en los Tratados». Vamos a ver, pues, qué es lo que se dice en los Tratados sobre esta materia. De acuerdo con el artículo 341 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 289 TCE), «la sede de las instituciones de la Unión será fijada de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros». El acuerdo al que se refiere este artículo aparece recogido como anexo al TFUE y TUE en el Protocolo nº 6 sobre la fijación de las sedes de las instituciones y de determinados órganos, organismos y servicios de la Unión Europea. Así en el apartado a) de su Artículo único se dice lo siguiente: «El Parlamento Europeo tendrá su sede en Estrasburgo, donde se celebrarán los 12 períodos parciales de sesiones plenarias mensuales, incluida la sesión presupuestaria. Los períodos parciales de sesiones plenarias adicionales se celebrarán en Bruselas. Las comisiones del Parlamento Europeo se reunirán en Bruselas. La Secretaría General del Parlamento Europeo y sus servicios seguirán instalados en Luxemburgo».

Nos encontramos, pues, con un reparto de los trabajos parlamentarios, tal y como funciona en la actualidad, entre las ciudades de Estrasburgo, Bruselas y Luxemburgo, cada una de esta sedes resultado de una serie de circunstancias geográficas, históricas y políticas. Esta situación «de compromiso», que en los últimos tiempos está siendo objeto de encendido debate –aunque, en realidad, nunca había dejado de serlo–, es el resultado de un largo proceso, proceso colmado de continuos desencuentros entre el Parlamento y los gobiernos de los Estados implicados y de éstos entre sí. Podremos comprobar a lo largo de las siguientes páginas cómo esta situación de dispersión de los lugares de trabajo del Parlamento no ha sido nunca del agrado de la institución[1]. Así, descubriremos cómo a través de diferentes Resoluciones el propio Parlamento ha intentado modificar este estado de cosas, y cómo esos intentos han sido objeto de recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia por parte de los Estados afectados en numerosas ocasiones.

En todo caso, compartimos la opinión de D.J. Earnshaw[2] cuando sostiene que el debate acerca de la sede, en concreto del Parlamento Euro-

[1] *Cfr*. Andrés Sáenz De Santa María, P., «El sistema institucional de la UE», Lección del *Máster Universitario en Integración política y unión económica en la UE*, UPV/EHU, 2013, p. 32.

[2] Earnshaw, D.K., «The European Parliament's seat», *Revue d'intégration européenne*, 1984, pp. 77-93.

peo, no lo explican únicamente factores legales o jurídicos, sino que los aspectos políticos del problema resultan mucho más importantes, hasta el punto de que en muchas ocasiones, como tendremos ocasión de comprobar, la controversia se ha convertido en un asunto de interés nacional, sobre todo para Francia, Bélgica y Luxemburgo, Estados miembros más directamente afectados por la cuestión. Es por ello que nos ha parecido interesante estudiar con cierto detenimiento la evolución que se ha seguido en este tema, para así entender mejor cómo hemos llegado a la casi insostenible situación actual, las decisiones que se han ido adoptando en torno al modelo de funcionamiento de la institución parlamentaria, las reacciones que se han producido, así hasta llegar al momento presente en el que no dejan de producirse novedades, tanto por parte del propio Parlamento y sus pronunciamientos como por parte de la sociedad civil y los medios de comunicación, tanto más cuanto que nos acercamos a una nueva cita electoral y es previsible que la cuestión de la sede de la asamblea comunitaria vuelva de nuevo a ponerse sobre la mesa.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. EVOLUCIÓN

3.1. *Hasta la Declaración de Edimburgo de 1992*

3.1.1. Primeras Resoluciones

La localización de la sede del Parlamento Europeo ha resultado un tema complicado desde los mismos inicios de la andadura comunitaria[3]. Así, aunque los países fundadores de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) habían escogido Luxemburgo como sede de sus instituciones, entre las que además de una Alta Autoridad y un Consejo se contaba una Asamblea Parlamentaria, será en Estrasburgo donde a partir de 1952 se celebren las sesiones plenarias de la Asamblea[4]. La posición estratégica de Luxemburgo entre Francia y Alemania y su posición neutral entre ambos países favoreció su elección como sede de las instituciones de la CECA; sin embargo, y ante la ausencia de un hemiciclo lo suficientemente grande para albergar a todos los miembros, del que el Gran Ducado carecerá hasta 1967, se decidió utilizar la cámara de que disponía el Consejo de Europa en la ciudad alsaciana de

[3] Véase el análisis detallado que de esta evolución realizan CORBETT, R., JACOBS, F. y SHACKLETON, M., en *The European Parliament*, 6ª edición (existe una 8ª edición de 2011), John Harper Publishing, Londres, 2005, espec. pp. 31-36.

[4] En 1961 la ciudad de Estrasburgo construyó un nuevo edificio de siete pisos anejo al antiguo Palacio de Europa para uso de la Asamblea parlamentario europea. Véase para estos primeros años de andadura comunitaria MANZANARES, H., *El Parlamento Europeo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pp. 168-174.

Estrasburgo, donde este organismo internacional se había instalado en 1950 como lugar simbólico de la reconciliación franco-alemana[5]. Luxemburgo conservaría, sin embargo, la Secretaría General de la Asamblea, además de las otras instituciones de la CECA[6,7].

De acuerdo con los Tratado constitutivos (arts. 77 CECA, 216 CEE y 189 CEA), la competencia para fijar la sede corresponderá a los Estados miembros, quienes, a su iniciativa y por unanimidad, adoptarán una decisión definitiva sobre esta cuestión. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de los Tratados de Roma se establece la costumbre por parte de los Estados de localizar la sede de las instituciones por medio de comunicados, sin expresarlo a través de un instrumento jurídico. Así, de forma consuetudianaria, se decide la continuidad de las sesiones plenarias de la Asamblea en Estrasburgo, de la Secretaría General en Luxemburgo, iniciándose la costumbre de celebrar las reuniones de las Comisiones parlamentarias en Bruselas «por una simple

[5] Conviene recordar que la ciudad de Estrasburgo, capital de Alsacia y próxima a la frontera con Alemania, simboliza mejor que ninguna otra ciudad el conflicto y la hostilidad que han estado presentes a lo largo de la Historia en las relaciones entre Francia y Alemania, habiendo visto esta ciudad cómo cambiaba varias veces su nacionalidad. De hecho, para los alemanes se trataba de una ciudad alemana y, junto con Alsacia y Lorena, fue objeto de anexión en 1871 al término de la guerra franco-prusiana, culminando entonces Alemania su proceso de unificación política. Con posterioridad, al finalizar la I Guerra Mundial en 1918, Alemania se verá obligada a entregar a Francia esta región, convirtiéndose la ciudad de Estrasburgo al final de la II Guerra Mundial en símbolo de la paz y del comienzo de una nueva era de cooperación entre ambos países.

[6] G. Parker (*A political geography of Community Europe*, Butterworths, London, 1983; especialmente su capítulo 6: «The Eurocapitals: the roles of Strasbourg, Luxembourg and Brussels», pp. 81-89) señala el poco entusiasmo inicial que suscitó entre los luxemburgueses la idea de establecer en su pequeño territorio las instituciones de otras dos organizaciones internacionales (CEE y Euratom), además de la CECA, ante el temor de que «it could result in the dilution of the special character of de Grand Duchy, a character which had been the justification for its independence over the years», por lo que consideró aceptable que éstas recayeran sobre todo en la ciudad de Bruselas (p. 82). Con posterioridad abandonará estas reticencias e intentará atraer la sede del Parlamento Europeo con la construcción de un hemiciclo apropiado para albergarlo.

[7] Judge y Earnshawn señalan como razones que favorecieron el desvío inicial de la institución hacia la ciudad de Estrasburgo la disponibilidad de un edificio apropiado para las reuniones de la Asamblea; una razón pragmática, como era el hecho de que muchos de los miembros de la misma lo fueran también de la Asamblea del Consejo de Europa que tenía igualmente sede en Estrasburgo; razones históricas («symbol of Franco-German postwar reconciliation»); y el hecho de que la Asamblea inicialmente fuera un cuerpo deliberativo, que no exigía estar físicamente localizado cerca de las instituciones ejecutivas de la Comunidad (Judge, D. y Earnshawn, D., *The European Parliament*, 2ª edición, Palgrave Macmillan, 2008, p. 149. Especialmente interesan para el tema que nos ocupa las pp. 148-153 destinadas a tratar la cuestión de la sede del Parlamento Europeo).

cuestión de operatividad, junto a la administración de los Ejecutivos comunitarios»[8]. Las instituciones financieras y judiciales, así como el Tribunal de Cuentas, se mantuvieron en Luxemburgo, pero la capital belga se convirtió pronto en el centro principal de las actividades de la Comisión y del Consejo.

El 21 de junio de 1958 la Asamblea adoptó una Resolución[9] en la que se mostraba partidaria de un distrito europeo que fuese a la vez sede del ejecutivo de las tres Comunidades y su propia sede. A partir de entonces la Asamblea solicitará en multitud de ocasiones la fijación de una sede única que evitara desplazamientos innecesarios y gastos inútiles[10]. Así, en la Resolución nº 50, de 14 de mayo de 1959[11], apremiará enérgicamente a los gobiernos de los Estados a adoptar una decisión en este sentido, pues, de no hacerlo así en un tiempo razonable, la propia Asamblea decidiría sobre el lugar de sus sesiones y su organización. En la misma línea, en una Resolución del 15 de enero de 1960[12], propone a los Gobiernos como método más apropiado para la elección de la sede única el que delegaran en ella para decidir sobre el tema o se solicitara su parecer obligatorio. El presidente del Consejo recordó, sin embargo, que una vez los Tratados habían confiado esa competencia a los gobiernos de los Estados miembros, éstos no podían transferir sus responsabilidades a otra institución ni tampoco pedir a la Asamblea que diese un parecer que resultara obligatorio para ellos[13].

El Tratado de Bruselas o de Fusión de los Ejecutivos de las tres Comunidades en 1965 no ofreció ninguna solución a la cuestión de la sede del ya entonces denominado Parlamento Europeo[14]. Una decisión de los gobiernos de los Estados miembros, la Decisión relativa a la instalación provisional de determinadas instituciones y determinados servicios de las Comunidades de 8 de abril de 1965[15], confirma a Estrasburgo, Luxemburgo y Bruselas como lugares provisionales de trabajo de las instituciones de las Comunidades (art. 1), y el mantenimiento de la Secretaría General de la

[8] *Cfr*. Allué Buiza, A., *El Parlamento Europeo. Poder y democracia en las Comunidades Europeas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1990, p.95.

[9] Resolución nº 6, de 21 de junio de 1958 (DO de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1958).

[10] *Cfr*. Manzanares, H., *El Parlamento Europeo*, *op. cit*., nota 5.

[11] DO de las Comunidades Europeas de 8 de junio de 1959.

[12] Resolución nº 68, de 15 de enero de 1960 (DO de las Comunidades Europeas de 4 de febrero de 1960).

[13] *Cfr*. Manzanares, H., *El Parlamento Europeo*, *op. cit*., p. 173.

[14] Su art. 37 señala lo siguiente: «Sin perjuicio de la aplicación de los artículos 77 del TCECA, 216 TCEE y 189 TCEA (…), los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros adoptarán de común acuerdo las disposiciones necesarias para resolver determinados problemas particulares del Gran Ducado de Luxemburgo…».

[15] DOCE nº 152 de 13 de julio de 1967.

Asamblea y sus servicios en Luxemburgo[16] (art. 2), pero deja sin tratar el tema de las sesiones parlamentarias, con lo que se mantiene la práctica anterior de celebrar los plenos en Estrasburgo y las reuniones de las comisiones en Bruselas[17].

Pero si hasta 1967 las sesiones plenarias se celebraron siempre en Estrasburgo, a partir de esa fecha, y tras la construcción en Luxemburgo de un edificio apropiado para albergar a todos los eurodiputados, los plenos empiezan a alternarse entre Estrasburgo y Luxemburgo, ciudad esta última donde mantenía su sede la Secretaría General de la asamblea. El número de sesiones celebradas en Luxemburgo se fue progresivamente incrementando, hasta el punto de, en torno a 1976-77, llegar a superar a las que tenían lugar en Estrasburgo, lo que generó las consiguientes protestas francesas.

La situación cambió tras las primeras elecciones por sufragio universal directo al Parlamento Europeo celebradas en 1979[18]. Pronto las sesiones empezaron a celebrarse exclusivamente en Estrasburgo. Con el incremento numérico de los miembros de la asamblea[19] solo el nuevo hemiciclo del Consejo de Europa en Estrasburgo resultaba idóneo para albergar los plenos. A ello se unía que el coste humano y económico que suponía el traslado periódico de diputados y demás personal al servicio del Parlamento de una sede a otra había llegado a resultar insostenible. Así, para cuando Luxemburgo contó con su propio nuevo edificio, ya se había asentado entre los parlamentarios la

[16] Molina Del Pozo, C.F., en relación al mantenimiento de la Secretaría General en Luxemburgo, señala cómo el acuerdo se adoptó «en base al derecho adquirido que asistía a este Estado miembro y al que en ningún momento estuvo dispuesto a renunciar» (*Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, DIJUSA, 4ª edición, 2002, pp. 322-323). Véase en esta línea la demanda de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia contra la Resolución del Parlamento de 7 de julio de 1981, que se comentará posteriormente.

[17] A pesar del silencio de la Decisión, y teniendo en cuenta el espíritu continuista de sus disposiciones, se deduce que las sesiones plenarias del Parlamento seguirían teniendo lugar en Estrasburgo. Así lo confirma la práctica parlamentaria, salvo cuando, por razones de urgencia de consulta del Consejo, se realizaran sesiones de corta duración en Luxemburgo (Allué Buiza, A., *El Parlamento Europeo. Poder y democracia en las Comunidades Europeas*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1990, p. 96. Más extenso sobre el tema de la fijación de la sede del Parlamento en pp. 95-121).

[18] En opinión de Allué Buiza, el cambio vino dado por «la nueva legitimación, por las expectativas abiertas de ampliación de poderes, por el cambio estructural que suponía la ampliación del número de mandatos y por la disminución de los dobles mandatos, lo que redundaba en una mayor dedicación de los diputados» (*El Parlamento Europeo …*, *op. cit*., p. 96).

[19] Conviene recordar someramente la evolución seguida en este sentido en la composición del Parlamento Europeo. Así, de la primera Asamblea reunida en Estrasburgo en septiembre de 1952 compuesta por 78 diputados se había pasado a 142 en 1958, y a 198 con la adhesión del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda en 1973, hasta llegar a los 410 eurodiputados elegidos por primera vez por sufragio universal en 1979.

costumbre de celebrar las sesiones en Estrasburgo, y repartir su trabajo entre esta ciudad y Bruselas, descartando una tercera a la que desplazarse.

Con todo, la solución que la mayoría de los recién elegidos parlamentarios demandaba a sus gobiernos era la designación de una sede única para sus tareas, de acuerdo con las obligaciones que éstos asumieron en los Tratados fundacionales, que atribuían a los gobiernos de los Estados miembros el derecho y el deber de determinar de común acuerdo la sede de las instituciones de la Comunidad. El Parlamento Europeo iniciará una ofensiva claramente política para exigir a los representantes de los Estados miembros que cumplan efectivamente con este mandato[20].

3.1.2. Resolución de 20 de noviembre de 1980

Con esta Resolución[21] se iniciará el largo conflicto que va a plantearse entre el Parlamento y los Estados miembros en el tema de la fijación de la sede del primero. En esta resolución parlamentaria la asamblea pedirá a los Gobiernos que lleguen a un acuerdo que establezca de manera definitiva una sede única de trabajo antes del 15 de junio de 1980, afirmando que, de no producirse dicha decisión, el propio Parlamento adoptaría las disposiciones necesarias para mejorar sus condiciones de funcionamiento. Con ello el Parlamento pretendía transmitir a los ejecutivos nacionales la dificultad que suponía para el cumplimiento de sus funciones, en concreto el ejercicio de un control parlamentario sobre el resto de las Instituciones, el mantenimiento de tres lugares de trabajo.

La respuesta de los Estados miembros no se hizo esperar, y el 23-24 de marzo de 1981, los jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros, reunidos a la sazón en el Consejo Europeo en Maastricht, decidieron por unanimidad «de confirmer le statu quo en ce qui concerne les lieux de travail provisoires des institutions europèennes»[22], o lo que es lo mismo, confirmar la solución provisional que mantenía los tres lugares de trabajo del Parlamento. Este *statu quo* se confirmará en la Conferencia de Representantes de los Estados miembros sobre la sede de las Instituciones de 30 de junio de 1981.

3.1.3. Resolución de 12 de enero de 1981

Esta Resolución[23], titulada «Sobre el lugar de reunión del Parlamento», pretendía poner fin a la práctica de realizar parte de las sesiones plenarias en Luxemburgo en detrimento de la sede habitual que estaba fijada en Estras-

[20] *Cfr*. Allué Buiza, A., *El Parlamento Europeo …*, *op. cit.*, p. 96.

[21] DO número C 327, de 15 de diciembre de 1980.

[22] *Cfr*. Jacqué, J.P., Bieber, R., Constantinesco, V. y Nickel, D., *Le Parlement Européen*, Economica, París, 1984, p. 120.

[23] DOCE nº 28, de 9 de febrero de 1981.

burgo, hecho que lógicamente había sido denunciado por el Gobierno francés[24]. En concreto, el Pleno del Parlamento rechazaba el calendario preparado por la Mesa para el primer semestre de 1981, estableciendo que el período de sesiones de julio tuviera lugar en Estrasburgo y no en Luxemburgo. Igualmente se propuso a la Mesa el establecimiento, para el segundo semestre de 1981, de todas las sesiones plenarias en la ciudad francesa.

3.1.4. Resolución de 7 de julio de 1981 y STJ de 10 de febrero de 1983

A partir de este momento se producirá un cambio fundamental cuando el Parlamento, cansado de que sus peticiones de sede única no fueran oídas, decide ejercer los poderes de autoorganización que los Tratados directamente le reconocían (arts. 25 CECA, 142 CEE y 112 EURATOM). Así, el 7 de julio de 1981 el Parlamento adopta[25] una resolución[26], basada en un informe del socialista italiano Mario Zagari, en la que se volvía a requerir a los gobiernos de los Estados miembros la adopción de una decisión acerca de un único lugar de trabajo, pero en la que también se acordaba que, en tanto esta decisión no fuera adoptada, decidía: a) celebrar sus sesiones plenarias en Estrasburgo; b) celebrar generalmente en Bruselas las reuniones de sus comisiones y sus grupos políticos; y c) que debía revisarse el funcionamiento de la Secretaría y los servicios técnicos del PE para responder mejor a las exigencias derivadas de los puntos a) y b), sobre todo para evitar que gran parte de los efectivos del PE estuvieran continuamente desplazándose, apelando al mayor recurso a los modernos medios de telecomunicación para los contactos personales y la transmisión de documentos.

El *Informe Zagari* vino a suponer una solución de compromiso entre los *lobbies* pro-Bruselas y pro-Estrasburgo del Parlamento[27]. Por su parte, los

[24] Para más información, ver notas en Allué Buiza, A., *El Parlamento Europeo …*, *op. cit*., pp. 95-121.

[25] Por 187 votos a favor frente a 118 en contra y siete abstenciones (*cfr*. Corbett, R., Jacobs, F. y Shackleton, M., *The European Parliament*, *op. cit*., p. 34).

[26] Resulta muy interesante la lectura de la misma, que se puede consultar en *eur-lex.europa.eu/RECH_reference_pub.do?ihmlang=es* en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas número C 234 de 14-9-81 a partir de la p. 22. Se hace aquí ya una defensa de la necesidad de fijar una única sede, «pointing out that this dispersal of its places of work involves an enormous and growing burden on the budget of the European Parliament which it is becoming increasingly difficult to explain or justify to Community taxpayers, (…)», o porque, como añade, «the morale and efficiency of Parliament's staff will continue to suffer until real improvements are made and whereas the present arrangements involve costly, onerous and inefficient transport, communication and administration problems for Parliament, and seriously inhibit the work of the members».

[27] Así se expresa Earnshaw, D.K. («The European Parliament's seat», *Revue d'intégration européenne*, 1984, pp. 77-93). Véanse sus interesantes comentarios respecto al Informe Zagari (espec. pp. 88 ss.).

eurodiputados británicos, que plantearon la mayor parte de las enmiendas al informe, se mostraron contrarios a cualquier decisión que retrasara el traslado definitivo de la actividad parlamentaria a Bruselas, y así, entendieron que esta solución suponía el mantenimiento de la para ellos insatisfactoria situación ya existente[28]. La resolución aprobada suponía también una reestructuración de su Secretaría, de forma que ésta tuviera en cuenta el hecho de que las reuniones de las comisiones tendrían lugar en Bruselas y los períodos parciales de sesiones en Estrasburgo, y se tratara de evitar los constantes desplazamientos de una gran parte de los efectivos del Parlamento. Para la opinión luxemburguesa, el mantenimiento de parte de su *staff* en Bruselas y Estrasburgo iba a suponer a la larga su debilitamiento como sede de Parlamento Europeo[29].

El Gobierno de Luxemburgo, no satisfecho con las mencionadas disposiciones, interpuso en agosto de 1981 recurso contra esta resolución del Parlamento ante el Tribunal de Justicia. Éste, no obstante, en su sentencia de 10 de febrero de 1983 (Asunto 230/81)[30] decide rechazar el recurso y no anular la resolución parlamentaria.

El gobierno luxemburgués sostenía que el Parlamento no tenía competencia para decidir acerca de la sede de la institución, cuestión que estaría reservada a los Estados miembros. Con su resolución entiende que la asamblea habría, además, infringido la decisión que los Jefes de Estado y de gobierno habían adoptado en marzo de 1981 en Maastricht, y que confirmaba el *statu quo*, y la Conferencia sobre la sede de las Instituciones de la Comunidad del 30 de junio de 1981. El Parlamento, por su parte, entendía que los gobiernos de los Estados no habían hecho uso de su poder para fijar la sede y que no había habido usurpación de dicho poder. La Resolución impugnada, en su opinión, contenía un requerimiento a los gobiernos conminándoles a adoptar medidas en relación con la fijación de la sede y, por otro lado, suponía una medida de organización de su administración interna, adoptada de conformidad con la capacidad de autoorganización reconocida en los artículos 25 CECA, 142 CEE y 112 EURATOM. Expresamente se dice que «this question does not concern the seat of the institution but the internal organization

[28] El trasfondo político es puesto de manifiesto por EARNSHAW, quien entiende que «the resolution was adopted due to a majority alliance of Christian Democrat, Liberal, French and Southern European interests» (*op. cit*., p. 88).

[29] Así, JAQUÉ, J.P. al analizar esta Resolución, entenderá que la misma supone «la eliminación definitiva de Luxemburgo como primera etapa de una alternativa a favor de Bruselas» (citado por ALLUÉ BUIZA, A., *El Parlamento Europeo …*, *op. cit*., p. 119).

[30] Un comentario a esta sentencia lo encontramos en LOUIS, J.V., «Siège et lieux de travail du Parlement», *Cahiers de Droit Européen*, 10, 1983, pp. 582 ss., que califica el hecho «d'un nouvel èpisode de la 'guerre des sièges'». También en HARTLEY, «Where should the European Parliament meet?», *ELR*, 1984, pp. 44-46; y en MACLET, «Le Parlement européen devant ses juges», *RMC*, 1983, pp. 518 ss.

of the Parliament in respect of which the Parliament is entitled and even requiered to adopt measures in accord with good administration».

El Tribunal hace hincapié en que el mandato recogido en los tratados no solo comprende el derecho de los Estados, sino también la obligación de ejercer la competencia para determinar la sede de las instituciones, en todo caso respetando la competencia del Parlamento para regular su organización interna[31]. Por otro lado, el Parlamento también estaría autorizado a adoptar las medidas apropiadas para asegurar su buen funcionamiento y el desarrollo de sus tareas; en todo caso, y apelando nuevamente al deber recíproco de cooperación leal, estas decisiones del Parlamento deberán respetar la competencia de los gobiernos de los Estados miembros para fijar la sede de las instituciones.

El Tribunal entiende que, en ausencia de una sede única, el PE debía poder mantener en los distintos lugares de trabajo, fuera del lugar donde estaba instalada su Secretaría, la infraestructura indispensable para asegurar el cumplimiento en esos lugares de las funciones que le confiaban los Tratados. Además, aunque la decisión definitiva no había sido todavía adoptada por los Estados, sí se habían tomado decisiones acerca de la localización provisional de dichas sedes. Así, la declaración de mantener el *statu quo* con que terminó la Conferencia de 1981 –considera el Tribunal– sólo puede entenderse como la voluntad de mantener la celebración de las sesiones plenarias en Estrasburgo, abandonando la práctica de celebrarlas en Luxemburgo, práctica que el Parlamento había adoptado de propia iniciativa[32]. Por ello, su decisión de acabar con dicha práctica no resultaba contraria a las decisiones de los Estados miembros ni sobrepasaba el ámbito de sus competencias.

Finalmente, el Tribunal concluye, en un intento de resultar «salomónico», que se mantenga la Secretaría General en Luxemburgo de acuerdo con lo establecido en la Decisión intergubernamental de 1965, a pesar de las dificultades de funcionamiento que se derivarían de las reuniones en Estrasburgo y Bruselas[33].

---

[31] Así lo expresa también Louis, J.V. al señalar: «Le présent arrêt n'est cependant pas inutile. Les gouvernements sont rappelés à leurs obligations et les devoirs reciproques de coopération loyale entre le Parlement et les gouvernements sont affirmés avec netteté. On peut espérer qu'ils ne seront pas negligés dans les futures décisions relatives au siège et aus lieus de travail des institutions» (*op. cit*., p. 543).

[32] La Decisión de los Gobiernos de 1965 no decía que las sesiones plenarias hubieran de realizarse también en Luxemburgo, ni tampoco las Declaraciones de voluntad de los Gobiernos lo habían establecido así. Se trataba únicamente de una práctica seguida por el Parlamento desde 1967, decidida por su propia capacidad de iniciativa, «pero que Luxemburgo hacía valer como creadora de una costumbre que obligaba al propio PE» (puntos 42 a 44 de la sentencia). En cita tomada de Allué Buiza, A., *El Parlamento Europeo …*, *op. cit*., p. 110.

[33] Véanse comentarios sobre la sentencia en Earnshaw, D.J., *op. cit*., p. 90, quien insiste en el carácter fundamentalmente político del debate; o en Jacqué, J.P., Bieber, R.,

En opinión de José Elizalde, el Tribunal realiza una interpretación estrictamente literal o «legalista», sin entrar a analizar otras cuestiones como los principios de soberanía parlamentaria o de la primacía del interés general de eficacia institucional frente a intereses nacionales particulares. «Hubiera sido quizá la gran oportunidad de afirmar que, por su prolongada incapacidad para cumplir su obligación de acordar en común una sede única, los derechos de los Estados miembros en esta materia debían subordinarse a la propia soberanía de la institución elegida por sufragio universal en 1979»[34].

3.1.5. Resolución de 20 de mayo de 1983 y STJ de 10 de abril de 1984

El Parlamento va a dar un paso más al adoptar el 20 de mayo de 1983 la llamada *Resolución Von Hassel*[35] acerca de las consecuencias que podían deducirse del ya citado «Informe Zagari», que el Parlamento había adoptado el 7 de julio de 1981. En la misma, y partiendo de la situación de que todas las sesiones plenarias se celebran en Estrasburgo y las reuniones de las comisiones y de los grupos políticos tienen lugar en Bruselas, se decide «proceder a la distribución del personal de la Secretaría General entre los lugares de trabajo». De esta forma se dispone que se establezcan con carácter permanente en Estrasburgo aquellos servicios que «contribuyen principalmente al funcionamiento de las sesiones plenarias», y en Bruselas aquellos otros que «contribuyen principalmente al funcionamiento de las comisiones». Nuevamente es el Parlamento el que, ante la falta de interés de los gobiernos por concretar la cuestión de su sede, adopta una decisión con la que persigue garantizar un mejor funcionamiento de la institución. Por otro lado, la referencia que la Resolución hace a Luxemburgo como sede de las instituciones judicial y financiera no dejaba lugar a dudas de la intención de que esta ciudad cesara como principal localización de la Secretaría del Parlamento[36].

Como era de esperar, el Gran Ducado de Luxemburgo recurre el 10 de junio de 1983 ante el Tribunal de Justicia al sentirse lesionado por la citada Resolución y solicita su nulidad por incompetencia del Parlamento para adoptar estas medidas. Entiende que, aun reconociendo que el Parlamento

---

CONSTANTINESCO, V. y NICKEL, D., *Le Parlement Européen*, *op. cit*., pp. 120 ss. (se plantea el interrogante de si en esta sentencia el Parlamento ha ganado ante la Corte pero ha perdido la posibilidad de fijar él mismo su sede única de trabajo, y Luxemburgo, a su vez, ha perdido su demanda pero, por otro lado, ha asegurado el mantenimiento de buena parte del personal de la Secretaría en Luxemburgo, p. 122).

[34] ELIZALDE, J., «La cuestión de la sede del Parlamento Europeo», en AAVV, *II Jornadas de derecho parlamentario (27-29 de marzo de 1985)*, Congreso de los Diputados, Serie IV, Monografía nº 4, Madrid, 1986, pp. 341-367, esp. 345-347.

[35] En el Diario Oficial de las Comunidades Europeas número C 161 de 20 de junio de 1983.

[36] Así lo entiende EARNSHAW, *op. cit*., p. 90.

puede adoptar las disposiciones necesarias para la eficacia de su trabajo, ello no puede vulnerar la competencia de los Estados para fijar la sede de las Instituciones y, entre tanto, determinar los lugares de trabajo provisionales. Denuncia que en esta Resolución no figure Luxemburgo como uno de estos lugares, refiriéndose en la misma únicamente a Estrasburgo y Bruselas.

En esta ocasión el Tribunal da la razón al demandante en sentencia dictada el 10 de abril de 1984 (Asunto 108/83). El Tribunal entendió en esta ocasión que la Resolución parlamentaria contravenía lo dispuesto en el art. 4 de la Decisión adoptada por los Estados el 8 de abril de 1965 que fijaba «provisionalmente» en Luxemburgo la sede de la Secretaría General y sus departamentos. En relación a la sentencia dictada por el mismo Tribunal en el Asunto 230/81, puntualiza éste que las transferencias de personal no debían superar los límites allí señalados[37], cosa que no se cumplía en esta ocasión, donde entiende que es manifiesta la voluntad del Parlamento de dividir de manera permanente el personal de la Secretaría General entre Estrasburgo y Bruselas. Dejaría de esta manera de tener aquélla su base en Luxemburgo, ciudad a la cual sólo se refiere la Resolución en cuestión como sede de las instituciones judiciales y financieras. En efecto, la Resolución Von Hassel no menciona a Luxemburgo como sede del Parlamento Europeo, ni tan siquiera de su Secretaría General, refiriéndose únicamente en relación a esta ciudad «la vocación de ser la sede de las instituciones financieras y judiciales», circunstancia que se entiende fue determinante para la anulación de la Resolución por ilegalidad o vicio de competencia[38].

En cualquier caso, el Tribunal dejaba claro que la decisión acerca de la sede de las instituciones correspondía tomarla a los gobiernos de los Estados miembros[39]. Habría que destacar, sin embargo, la demora de éstos a la hora de llegar a un acuerdo que, por un lado, diera cumplimiento a la remisión al

[37] En la citada sentencia se reconoce que el Parlamento puede desarrollar su labor en otras ciudades distintas de aquélla en la que tiene la sede su Secretaría General, pudiendo mantener en estos casos la infraestructura esencial para el cumplimiento de sus tareas («the minimum level of staffing requiered for the holding of such meetings»). La transferencia de personal no debía superar este límite. Ya en esta sentencia se decía expresamente que cualquier intento de transferir la Secretaría General del Parlamento, «wholly or partially, de jure or de facto, would constitute a breach of article 4 of the decisión of 8 april 1965 (…)».

[38] Allué Buiza, Alfredo, *El Parlamento Europeo …*, *op. cit*., p. 117.

[39] Muy crítico con el resultado de esta sentencia se muestra José Elizalde (*op. cit*., pág. 353), quien hace hincapié en la necesidad de que la autonomía reglamentaria que los Tratados reconocen al Parlamento sea realmente efectiva, como «clave esencial de la autenticidad de toda institución parlamentaria». En opinión de este autor, el Tribunal podía y debía haber permitido al Parlamento llevar adelante las medidas recogidas en su Resolución, llamando al mismo tiempo la atención a los gobiernos por el prolongado incumplimiento de su obligación de fijar una sede definitiva para las instituciones comunitarias.

mismo que hacían los Tratados fundacionales[40], y que, por otro, superara la complicada situación que generaba la pluralidad de sedes derivada de la tantas veces citada Decisión de 1965 «relativa a la *instalación provisional* de determinadas instituciones y determinados servicios de las Comunidades»[41].

3.1.6. Resolución de 24 de octubre de 1985 y STJ de 22 de septiembre de 1988

El 24 de octubre de 1985 el Parlamento aprueba una Resolución[42] en la que se solicitaba la construcción de un nuevo edificio para el Parlamento en Bruselas, capaz de albergar a las comisiones y grupos políticos, incluyendo una cámara para no menos de 600 personas. Se alegaba la necesidad de un edificio que pudiera albergar las reuniones de los cada vez más numerosos grupos políticos, así como otras sesiones plenarias que pudieran celebrarse adicionalmente. Como es lógico, los defensores de los intereses franceses vieron en esta Resolución una clara amenaza al mantenimiento de la sede del Parlamento Europeo en Estrasburgo y la puerta abierta para ir trasladando la celebración de las sesiones de Estrasburgo a Bruselas. El gobierno francés recurrió al Tribunal solicitando la anulación de dicha Resolución (Asunto C-358/85). Sin embargo, el Tribunal entendió que el Parlamento estaba en su derecho a celebrar sesiones fuera de Estrasburgo, y rechazó las pretensiones francesas.

Que la cuestión no resultaba pacífica lo demuestra la opinión contraria del propio Abogado General Mancini, para quien la Resolución debería ser anulada por desproporcionalidad e incompetencia. Considera Mancini que el término «infraestructura indispensable» utilizado por el Parlamento resulta desproporcionado en relación a la construcción de una sala para 600 personas

[40] Recordar la remisión del art. 77 CECA, así como de los arts. 216 CEE y 189 EURATOM («La sede de las instituciones de la Comunidad será fijada de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros»), remisión que se va a ir repitiendo en los posteriores Tratados modificativos.

[41] Jacqué, J.P., Bieber, R., Constantinesco, V. y Nickel, D. (*Le Parlement Européen*, *op. cit.,* pp. 122-123) destacan el hecho de que, después de treinta años, los tres Estados afectados sigan utilizando los mismos argumentos en apoyo de sus posturas: a favor de Estrasburgo, el símbolo de la reconciliación franco-alemana y piedra base de la construcción europea; a favor de Luxemburgo, las inversiones realizadas y la implantación de la Secretaría general; a favor de Bruselas, la presencia de las demás instituciones comunitarias y sus servicios, así como sus mejores medios de comunicación. En todo caso, se concluye, «la decisión à prendre devrait également prévoir des compensations pour les villes qui ne seraient pas retenues et l'issue de la négociation ne peut résulter que d'un *package deal*».

[42] DOCE C 343, de 31 de diciembre de 1985. La Resolución contó con 132 votos a favor frente a 113 en contra y 13 abstenciones.

(cuando en ese momento los grupos parlamentarios más numerosos eran el Grupo Socialista –165 miembros– y el PPE –115–, y las Comisiones estaban formadas por un mínimo de 19 miembros y un máximo de 53). En palabras de Allué Buiza, «lo que subyace en la Resolución Parlamentaria, y es absolutamente razonable, es que, desde el momento que la mayor parte de los trabajos parlamentarios se realizan en Bruselas, hay una pretensión de utilización del inmueble, de tal manera que su reiterada práctica llevaría a una consolidación, cada vez mayor, de la convocatoria en Bruselas de sesiones plenarias»[43]. Con todo, el TJ entenderá que la voluntad del Parlamento de organizar en Bruselas sesiones plenarias especiales o suplementarias durante las semanas dedicadas a las reuniones de las comisiones parlamentarias o de los grupos políticos se mantenía dentro de los límites establecidos, y desestimará la demanda francesa.

3.1.7. Resolución de 18 de enero de 1989

En enero de 1989 el Parlamento adoptó[44] una nueva Resolución (con base en el informe redactado por el eurodiputado conservador británico Derek Prag) por la que se admitía oficialmente la celebración de sesiones adicionales en Bruselas y se decidía el traslado de parte del personal de la Secretaría a esta ciudad. La Resolución contó con el apoyo mayoritario de los eurodiputados, especialmente de los representantes de Bélgica, Holanda, Reino Unido y España, siendo muy contestada por los de Francia y Luxemburgo. Luxemburgo recurrirá las decisiones de la Mesa del Parlamento adoptadas el 1-2 y 15 de junio de 1988 (Asuntos acumulados C-213/88 y C-39/89) que suponían el traslado de personal a Bruselas por entender que existía una clara intención de trasladar paulatinamente a la capital belga servicios establecidos en Luxemburgo.

Mientras el asunto se mantiene pendiente ante el Tribunal, las tensiones continúan en el seno del Parlamento. Así, los diputados franceses intentaron que se garantizara la sede de Estrasburgo como lugar donde se celebrarían las sesiones plenarias después de que entrara en funcionamiento el nuevo edificio que se pretendía construir en Bruselas. Los debates sobre la cuestión fueron encarnizados al contar con el rechazo frontal de los partidarios de esta última ciudad. Con todo, en abril de 1990, los representantes franceses consiguieron que se aprobara el texto que previamente la Mesa había elaborado recogiendo sus pretensiones.

---

[43] Allué Buiza, A., *El Parlamento Europeo …*, *op. cit*., p. 120.

[44] Por 222 votos a favor frente a 176 en contra y cuatro abstenciones (Corbett, R., Jacobs, F. y Shackleton, M., *The European Parliament*, *op. cit*., p. 34). Un análisis más detallado acerca de los votos favorables y contrarios a esta Resolución lo encontramos en la obra de los autores anteriormente citados, *The European Parliament*, Longman Current Affairs, 1990, pp. 29-30.

Los episodios de desencuentro se suceden. El 30 de enero y 6 de febrero de 1991 tienen lugar dos sesiones adicionales en Bruselas, contando en ellas con la presencia de la Comisión, pero no así del Presidente del Consejo, el ministro de Asuntos Exteriores luxemburgués, cuya negativa a acudir fue condenada por el Parlamento en una Resolución de 14 de marzo de 1991 por entender que suponía una falta de respeto hacia la institución. En este estado de cosas el Tribunal de Justicia dicta el 28 de noviembre de 1991 su sentencia en los asuntos acumulados C-213/88 y C-39/89, en la que rechaza los recursos interpuestos por Luxemburgo, al entender que la construcción del nuevo edificio para albergar al Parlamento en Bruselas respondía a sus necesidades de organización interna y que la transferencia de personal a esta ciudad no era de tales dimensiones que contraviniera la decisión de los gobiernos.

3.2. *Consejo de Edimburgo de 1992 y reacción del Parlamento Europeo*

El gobierno francés vio pronto cómo eran previstas sesiones a celebrar en Bruselas (en enero de 1992 el Presidente del Parlamento había firmado el contrato para un nuevo edificio de esta institución en Bruselas), recortando el número de aquéllas que tendrían lugar en Estrasburgo.

A instancias suyas, presionando a otros gobiernos europeos, tendrá lugar el decisivo, para el tema que nos ocupa, Consejo Europeo celebrado en Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992[45]. Se producía por fin el tan demandado acuerdo intergubernamental para la fijación de las sedes de las instituciones y determinados organismos y servicios de las Comunidades[46]. En relación a la institución parlamentaria, el acuerdo establece lo siguiente: el Parlamento Europeo tendrá su sede en Estrasburgo, donde se celebrarán los doce períodos parciales de sesiones plenarias mensuales, incluida la sesión presupuestaria. Los períodos parciales de sesiones plenarias adicionales se celebrarán en Bruselas. Las Comisiones del Parlamento Europeo tendrán su sede en Bruselas. La Secretaría General del Parlamento Europeo y sus servicios seguirán instalados en Luxemburgo[47].

La solución adoptada, en definitiva, frustró las expectativas depositadas en la fijación de una sede única donde desarrollar los trabajos parlamentarios. Por el contrario, se consolidaba de esta manera una práctica que ya se había demostrado resultaba conflictiva y que, como se verá, no iba a dejar de ser-

[45] DOCE C 341, de 23 de diciembre de 1992.

[46] DOCE C 21, de 25 de enero de 1993 (a partir de la p. 105).

[47] Este texto de la Decisión de Edimburgo quedará recogido como Protocolo anexo al Tratado de Amsterdam de 1997. En la actualidad está recogido en los mismos términos en el apartado a) del artículo único del Protocolo nº 6 sobre la fijación de las sedes de las instituciones y de determinados órganos, organismos y servicios de la Unión Europea anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

lo[48]. Por de pronto, hay que resaltar la reacción del Parlamento Europeo ante las conclusiones de la reunión del citado Consejo Europeo de Edimburgo, que recoge en su Resolución[49] de 16 de diciembre de 1992. Merece la pena citar las rotundas palabras del Parlamento, que, en el punto 24 y siguientes de dicha Resolución, «expresa su perplejidad ante el hecho de que el Consejo Europeo haya tomado una decisión que pretende establecer detalladamente los lugares de las distintas actividades del Parlamento Europeo sin consultar siquiera al propio Parlamento». Igualmente, declara que «cualquier decisión que divida permanentemente las actividades del Parlamento Europeo entre tres Estados miembros diferentes es contraria a los Tratados, en particular a los artículos 5, 142 y 216 del Tratado CEE, así como al derecho inherente a un Parlamento elegido por sufragio universal directo de determinar sus propios métodos de trabajo y de desempeñar sus cometidos de la manera más eficaz»; y «considera que la fijación de su sede no debe afectar a su capacidad de autoorganizarse de conformidad con los Tratados y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», por lo que «en consecuencia, no se considera vinculado por decisiones contrarias a los Tratados». Sobran las palabras para expresar el evidente desencuentro entre la institución parlamentaria y los gobiernos de los Estados miembros.

Pero el interés de la República Francesa por que no exista merma en su actividad ni se desvíe el centro de gravedad hacia Bruselas se pondrá también en evidencia en 1993, cuando la Asamblea Nacional Francesa rechaza ratificar el aumento en el número de miembros del Parlamento aprobado por los Estados en 1992 para compensar la reunificación de las dos Alemanias hasta que no se aprobara la construcción de un nuevo edificio en la ciudad alsaciana que pudiera acoger el creciente número de eurodiputados. Francia mantuvo su oposición a ratificar esa ampliación, llegando incluso a poner en peligro la celebración de las elecciones parlamentarias de 1994. Finalmente, a comienzos de 1994 consiguió que se firmara el contrato para la construcción de una nueva sede del Parlamento Europeo en Estrasburgo (el nuevo hemiciclo, inaugurado en julio de 1999, sería muy cuestionado por su elevado coste)[50].

---

[48] Destacamos por su contundencia las palabras de Mathijsen, P.S.R.F. quien, en referencia a la decisión adoptada por el Consejo de Edimburgo, la califica como la decisión más desafortunada desde el punto de vista de la eficiencia y los costes, que solo puede explicarse «by petty nationalistic and political motives. It is shocking that those considerations prevailed over common sense, which would required Parliament to work in one single place, instead of being dispersed over three locations. This decisión puts an end to the long struggle of Parliament to streamline its activities» (*A Guide to European Union Law*, 7ª edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1999).

[49] DOCE número C 21 de 16 de diciembre de 1992 (a partir de la pág. 105, y especialmente la pág. 107).

[50] Corbett, R., Jacobs, F. y Shackleton, M., *The European Parliament*, *op. cit*., p. 35.

3.3. *STJ de 1 de octubre de 1997*

El tema del alcance de la capacidad autoorganizativa del Parlamento, efectivamente reconocida por los Tratados (arts. 25 CECA, 142 CE y 112 CEEA anteriormente citados) ha sido objeto de análisis por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones. En concreto, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 1 de octubre de 1997, dictada en el asunto C-345/95, en el recurso presentado por la República Francesa, como parte demandante, y apoyado por el Gran Ducado de Luxemburgo, como parte coadyuvante, contra el Parlamento Europeo, y en el que solicitaban la anulación de la deliberación de esta institución de 20 de septiembre de 1995 por la que se fijaba su calendario de trabajo para el año 1996. En efecto, un sector de eurodiputados contrario a esta dispersión intentó reducir el número de sesiones a celebrar en Estrasburgo. Así, en el calendario de sesiones aprobado para 1996 se eliminaba uno de los períodos a celebrar el mes de octubre en Estrasburgo (se celebraba un período de una semana –de lunes a viernes– al mes, menos en agosto, por lo que en octubre tenían lugar dos períodos de sesiones, una ordinaria y otra especial para la aprobación del presupuesto), al tiempo que se aumentaba el número de sesiones a celebrar en Bruselas.

Entiende el Gobierno francés que el Parlamento había dado una extensión a su facultad de organización interna que entraba en contradicción con el compromiso político consagrado en la Decisión de Edimburgo. Así, argumenta en su motivación que la citada Decisión «define la sede del Parlamento como el lugar en el que éste celebra sus sesiones plenarias con carácter principal, y también establece un umbral mínimo de doce períodos de sesiones plenarias mensuales que deben tener lugar en Estrasburgo. En efecto, los Gobiernos de los Estados miembros consideraron que, por debajo de dicho umbral, la fijación de la sede del Parlamento en Estrasburgo carecería de toda efectividad».

El Tribunal de Justicia, en sentencia de 1 de octubre de 1997 (C-345/95)[51] atiende a las pretensiones francesas y sostiene que con la Decisión de Edimburgo los gobiernos de los Estados han cumplido con el mandato recogido en los Tratados (arts. 77, 216 y 189 de los tratados CECA, CE y CEEA respectivamente). Entiende el Tribunal que en dicha Decisión los gobiernos han querido dejar de manifiesto que sería Estrasburgo la sede definitiva del Parlamento, aun manteniendo varios lugares de trabajo para la institución, y así lo han expresado al establecer de manera obligatoria el número mínimo de sesiones plenarias que anualmente debían tener lugar en dicha sede. «Por consiguiente, sólo pueden fijarse períodos de sesiones plenarias adicionales en otro lugar de trabajo si el Parlamento celebra los doce períodos de sesiones plenarias ordinarias en Estrasburgo, lugar de la sede de la Institución». El

[51] Rec. p. I-5215.

Parlamento, en virtud de su facultad de organización interna, que los Tratados reconocen, puede adoptar las medidas que considere apropiadas para garantizar el buen funcionamiento y desarrollo de sus actividades, pero siempre en el respeto de la competencia de los Estados miembros para fijar la sede de la institución parlamentaria. En definitiva, Estrasburgo recibe el respaldo del Tribunal de Justicia como sede principal del Parlamento Europeo.

El tema se zanjará con la inclusión de la Decisión de Edimburgo en el Protocolo acerca de la localización de las sedes de las instituciones anejo al Tratado de Ámsterdam[52], que recogía en el apartado a) de su Artículo único (en redacción que se mantiene hasta la actualidad): «El Parlamento Europeo tendrá su sede en Estrasburgo, donde se celebrarán los 12 períodos parciales de sesiones plenarias mensuales, incluida la sesión presupuestaria. Los períodos parciales de sesiones plenarias adicionales se celebrarán en Bruselas. Las comisiones del Parlamento Europeo se reunirán en Bruselas. La Secretaría General del Parlamento Europeo y sus servicios seguirán instalados en Luxemburgo». La incorporación de la Decisión de Edimburgo sobre la sede de las Instituciones en el Tratado de Ámsterdam dará a estas disposiciones rango de *Treaty law*[53]. Este hecho será determinante, pues significará que en adelante únicamente podrán ser modificadas mediante el procedimiento de reforma de los Tratados[54].

3.4. *Resolución del Parlamento de 13 de abril de 2000*

El número mínimo de sesiones a celebrar en Estrasburgo había quedado incluido en el Tratado de Ámsterdam. El Parlamento, entonces, ya que no podía reducir el número de sesiones en Estrasburgo intentó reducir la duración de los períodos de sesiones que tenían lugar en dicha ciudad. Así, en octubre de 1999, con ocasión de la aprobación del calendario para el año 2000, se presentaron enmiendas para reducir la duración de los períodos de sesiones de lunes a jueves. Aunque en esta ocasión la medida no fue aprobada, sí lo sería al año siguiente, suprimiéndose en adelante el viernes del calendario de los períodos de sesiones a celebrar en Estrasburgo (en Bruselas la costumbre era que los períodos parciales de sesiones duraran dos días).

En marzo de 2000 la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento propuso la reforma del artículo 289 del TCE con el objeto de permitir al propio Parlamento decidir por mayoría absoluta acerca de la localización

[52] LASOK, K.P.E. se muestra categórico cuando afirma que este hecho, «which confirmed the EP as a travelling circus», supone «a costly and time-consuming procedure» (*Law and Institutions of the European Union*, 7ª edición, Butterworths, 2001, p. 217).

[53] *Cfr*. LENAERTS, K. y VAN NUFFEL, P., *European Union Law*, 3ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2011, p. 471.

[54] *Cfr*. LENAERTS, K. y VAN NUFFEL, P., *European Union Law*, *op. cit*., p. 587.

de su sede y todas sus sesiones. Esta propuesta sería incluida en la Resolución del Parlamento de 13 de abril de 2000[55] por 401 votos a favor, 77 en contra y 9 abstenciones. Sin embargo, la propuesta no será aceptada por los Estados miembros[56].

Con la adhesión de nuevos Estados a la Unión Europea y la presencia en el Parlamento de un elevado número de nuevos eurodiputados la cuestión de la sede de la institución volverá a plantearse, por un lado, por las dificultades de acceso que encontrarán muchos de ellos (sin vuelos directos a la ciudad alsaciana), y por otro lado, por el menor peso simbólico que representará la ciudad de Estrasburgo para algunos de estos nuevos diputados[57].

3.5. *Campaña para la Reforma Parlamentaria*

El 20 de septiembre de 2006 la primera petición ciudadana de la Unión Europea para acabar con la doble sede parlamentaria alcanzó el millón de firmas. En el mes de mayo, un grupo de eurodiputados, encabezados por Cecilia Malmström (eurodiputada sueca del grupo de la Alianza de los Liberales y Demócratas por Europa) y constituidos como «The Campaign for Parliament Reform»[58], había impulsado la iniciativa que pretendía recoger el millón de firmas a favor de una única sede para el Parlamento, la sede de Bruselas. El 21 de septiembre se presentó la petición con el millón de firmas a la Comisión, y posteriormente a la Presidencia finlandesa.

A comienzos de 2006 los líderes de la «Campaña para la Reforma Parlamentaria» habían presentado una declaración en la que se defendía la celebración de las sesiones parlamentarias únicamente en Bruselas, donde igualmente tenían su sede la Comisión y el Consejo, dejando en Estrasburgo las reuniones del Consejo Europeo, que no tenían necesidad de tener lugar en la capital belga (especie de *quid pro quo* a cambio de la sede en exclusiva del Parlamento en Bruselas). En cualquier caso, como recogen JUDGE y EARNSHAWN[59], la respuesta del presidente francés Nicolás Sarkozy a la carta que le fue enviada solicitando que considerara la posibilidad de usos alternativos para Estrasburgo no ofrece lugar a dudas: «I am a flexible politician, but on this question there can be no possibility» (*European Voice* de 22 de noviembre de 2007).

---

[55] DOCE C 40, de 7 de febrero de 2001 (p. 411).

[56] JUDGE, D. y EARNSHAWN, D., *The European Parliament*, *op. cit*., p. 151.

[57] Interesante resulta la cita que recogen JUDGE y EARNSHAWN (*op. cit*., p. 151) acerca del «anacronismo» que supone para algún diputado el tradicional simbolismo de Estrasburgo.

[58] Con más detalle en JUDGE, D. y EARNSHAWN, D., *The European Parliament*, *op. cit*., pp. 151-153.

[59] *Ibidem*, p. 153.

3.6. *Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012*

Que el tema no es pacífico y que los intereses de una mayoría parlamentaria chocan con los del gobierno francés[60] resulta evidente y de absoluta actualidad, como lo revela la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012 (en los asuntos acumulados C-237/11 y C-238/11). En esta ocasión Francia plantea dos recursos de anulación contra sendas resoluciones del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 2011 relativas al calendario de los períodos de sesiones para los años 2012 y 2013 respectivamente. Los recursos de anulación interpuestos por la República Francesa, con el apoyo del Gran Ducado de Luxemburgo, se articulan en base a un motivo único, basado en la infracción de los Protocolos relativos a las sedes de las instituciones y al hecho de no tener en cuenta la sentencia de 1 de octubre de 1997.

En esta ocasión no se tratará de una pretensión de reducir el número de los períodos de sesiones a celebrar en Estrasburgo, pero sí de la duración de dos de ellos. En efecto, el Parlamento, aun manteniendo nominalmente los 12 períodos de sesiones obligados en Estrasburgo, había aprobado en su calendario para 2012 la celebración de dos períodos de sesiones plenarias en la misma semana del mes de octubre, reduciendo la duración de cada uno de ellos de cuatro a dos días. De la misma manera se había aprobado para el año 2013 la celebración igualmente de dos períodos de sesiones en la misma semana del mes de octubre, cada uno de dos días de duración. Uno de los períodos afectados recogería la votación del presupuesto que, en opinión del Parlamento, y tras haberse simplificado su procedimiento (sólo requiere lectura única), no necesitaría de una «sesión presupuestaria». Francia, por su parte, defiende la importancia de esta sesión parlamentaria en la que, precisamente por tratarse de una lectura única, debería exigirse una lectura más atenta, en presencia del Consejo y la Comisión.

En cualquier caso, la República Francesa entendió que de esta manera lo que realmente hacía el Parlamento era suprimir uno de los doce períodos de sesiones plenarias mensuales que debían celebrarse cada año en Estrasburgo. Hay que recordar que el Tribunal había señalado en su sentencia de 1 de octubre de 1997 que únicamente podrían fijarse períodos de sesiones adicionales en otro lugar de trabajo una vez establecida la celebración de los doce períodos de sesiones ordinarias en Estrasburgo. Así, el Tribunal de Justicia había

[60] De las procelosas relaciones entre el Parlamento Europeo y el gobierno francés da muestra Bueno, J. en su obra «Babilonia y Babel: el Parlamento Europeo desde dentro», Ediciones B, Barcelona, 1999, especialmente en su capítulo 7 dedicado a las distintas sedes de la institución parlamentaria, donde se muestra especialmente crítico con la dispersión de los trabajos parlamentarios y el coste que el mismo supone. En concreto hace mención de diversas situaciones en las que la tensión entre el Parlamento y el gobierno francés se ha puesto de manifiesto, hasta el punto de sostener el «poco afecto» que el gobierno galo ha sentido siempre por esta institución comunitaria.

definido «sede» del Parlamento, según interpretación de la Decisión de Edimburgo, como «el lugar en el que deben celebrarse, con una cadencia regular, doce períodos de sesiones plenarias ordinarias de esta institución, incluidas aquellas durante las cuales el Parlamento debe ejercitar las facultades presupuestarias que le confiere el Tratado. Por consiguiente, sólo pueden fijarse períodos de sesiones plenarias ordinarias en Estrasburgo, lugar de la sede de la institución» (apdo. 29). Igualmente en dicha sentencia el Tribunal había trazado una línea divisoria entre la competencia de los Estados miembros de fijar la sede de las instituciones y la competencia de organización interna que debía reconocerse al Parlamento. Las decisiones del Parlamento en ejercicio de su facultad de organización interna deben respetar la competencia de los Estados para fijar la sede de la institución (apdo. 31), y, a su vez, los Estados, al ejercer su competencia, tienen el deber «de respetar la competencia de organización interna del Parlamento y de velar por que tales decisiones no obstaculicen el funcionamiento de dicha institución» (apdo. 32). Asimismo el Tribunal admitió que, «si bien es cierto que la Decisión de Edimburgo impone al Parlamento determinadas limitaciones en cuanto a la organización de sus trabajos, dichas limitaciones son inherentes a la necesidad de definir su sede, manteniendo una pluralidad de lugares de trabajo del Parlamento» (apdo. 32).

Conviene recordar que la práctica seguida hasta este momento había sido la de celebrar un período de sesiones mensual de cuatro días de duración, con excepción del mes de agosto y de octubre. El parón del mes de agosto se compensaba con la celebración de dos períodos de sesiones en octubre, ambos de cuatro días de duración, como los demás celebrados a lo largo del año. La pretensión de celebrar los dos períodos en la misma semana, reduciendo la duración de cada uno de ellos a la mitad, evidenciaba la voluntad de suprimir uno de los períodos a celebrar en el mes de octubre. El Tribunal entendió, en efecto, que del propio tenor literal de las enmiendas presentadas a los proyectos de calendario se desprendía que el objetivo era el de «suprimir» el primer período de sesiones plenarias del mes de octubre de 2012 y 2013 y «dividir» en dos el segundo período. El Abogado General Paolo Mengozzi en sus Conclusiones[61], analizando más en detalle esta cuestión, entiende que el criterio determinante para pronunciarse sobre la legalidad de las resoluciones impugnadas no es propiamente la duración *stricto sensu* sino la coherencia global de los calendarios. Coherencia que no se da en la celebración de dos períodos de sesiones plenarias mensuales en la misma semana del mes de octubre. Por el contrario, el examen objetivo de los calendarios confirmaría una interrupción en la cadencia de las sesiones. E incluso, dice Mengozzi, aunque la sentencia de 1997 admitió la posibilidad de excepciones al principio de celebración de doce períodos de sesiones plenarias ordinarias, siempre

[61] Presentadas el 6 de septiembre de 2012. Disponible, como el texto de las sentencias mencionadas, en www.curia.europa.eu

que estuvieran justificadas, no se entendería en este caso la «necesidad» de organizar las sesiones del mes de octubre de la manera propuesta.

El Abogado General resume certeramente la cuestión de fondo del asunto que se plantea al Tribunal, y así dice lo siguiente[62]: «Por una parte, hay que admitir que la argumentación jurídica del Parlamento se ve influida constantemente por su clara voluntad de poder determinar por sí mismo su sede, hasta el punto de que no es fácil distinguir entre lo que corresponde a las necesidades reales del Parlamento respecto de la organización de sus trabajos y lo que es atribuible a una manipulación orientada de su facultad de organización interna con objeto de eludir las normas que le impone el Derecho primario. Ahora bien, el reconocimiento al Parlamento de la libertad de fijar por sí mismo su sede, por deseable que fuera, no puede realizarse mediante el ejercicio de su facultad de organización interna, sino que requiere, por el contrario, una revisión del Derecho primario, que puede eventualmente ser iniciada por el Parlamento»[63]. En definitiva, Mengozzi proponía la anulación de las resoluciones impugnadas.

Finalmente el Tribunal, teniendo en cuenta todo lo anteriormente señalado, procedió a anular las citadas resoluciones, no sin antes señalar lo siguiente: «incluso admitiendo los inconvenientes y los costes originados por la pluralidad de lugares de trabajo del Parlamento, descritos por éste en el presente procedimiento, no corresponde remediar tal situación ni al Parlamento ni al Tribunal de Justicia, sino eventualmente a los Estados miembros en el ejercicio de su competencia para fijar la sede de las instituciones».

3.7. *Últimas reacciones*

Nuevamente parece estar la resolución de la problemática en manos de los gobiernos de los Estados. Así las cosas, Francia, recelosa de los intentos por desviar el centro de gravedad de la actividad parlamentaria a Bruselas, no deja pasar la ocasión para reiterar su decidido apoyo a la sede de Estrasburgo. Lo podemos comprobar en las palabras del ministro delegado francés encargado de Asuntos Europeos, Bernard Cazeneuve, en su comunicado de prensa de 25 de octubre de 2012[64], presentado como reacción a la adopción por el Parlamento Europeo, en el marco del examen de los informes presupuestarios, de una enmienda a favor de la sede única y la revisión de los Tratados relativos a la sede del Parlamento Europeo[65]. «Nuestra postura es sencilla –

[62] Apdo. 66 de sus Conclusiones.

[63] Art. 48 TUE.

[64] Se puede consultar en http://www.ambafrance-es.org/france_espagne/spip.php?article6387

[65] El texto fue promovido por el eurodiputado italiano de la Lega Nord Claudio Morganti, con el apoyo de 40 eurodiputados. La enmienda recibió el voto favorable de 329 eurodiputados y los votos en contra de 223.

dicen sus palabras–: para Francia resulta importante respetar los tratados que fijaron la sede del Parlamento Europeo en Estrasburgo, ciudad símbolo –hay que recordarlo– de la reconciliación franco-alemana y punto de partida de la construcción europea. Para nosotros, la decisión es intangible y no negociable». Parece difícil, vistas las distintas posturas, poder alcanzar un acuerdo unánime de los gobiernos de los Estados miembros respecto a esta cuestión.

Pero los movimientos dentro del Parlamento no cesan. Así, el eurodiputado checo Edvard Kozusník, del grupo parlamentario de los Conservadores y Reformistas europeos, ha protagonizado una campaña en defensa de la sede única del Parlamento Europeo. Dentro de esta campaña se ha elaborado el video, 'Just one second', que ha presentado en distintos países, entre ellos España. En el mismo se pretende denunciar el dislate que supone el traslado de eurodiputados, documentación parlamentaria, intérpretes y demás personal periódicamente de Bruselas a Estrasburgo, lo que denuncia que puede suponer un coste de unos 180 millones de euros anuales. En la rueda de prensa en la que fue presentado el video (Madrid, 31 de mayo de 2013)[66] se encontraba también presente Pablo Arias Echeverría, del Partido Popular Europeo, quien igualmente denunció el que la sede estrasburguesa permaneciera vacía 317 días al año, al producirse las reuniones en esta ciudad únicamente una semana al mes.

Pero lo más importante de esta iniciativa, aparte de transmitir a la ciudadanía una problemática latente en la institución comunitaria, ha sido el llamamiento a los Estados, en concreto a sus primeros ministros, para que apoyen un cambio en los tratados que permitiera conferir al Parlamento la competencia para determinar su lugar de residencia. Destaca Kozusník la respuesta positiva del jefe del Ejecutivo británico, David Cameron, y la negativa del presidente francés, François Hollande. El motivo, siempre según este eurodiputado, de la negativa francesa, sería el económico, «pues la semana que hay sesión plenaria en Estrasburgo los hoteles de la ciudad incrementan el precio hasta un 150% para alojar a las entre 12.000 y 15.000 personas que deben trasladarse allí».

Es indudable que este discurso, en los tiempos actuales de crisis a los que nos enfrentamos, puede calar fácilmente en una sociedad a la que se le están exigiendo sacrificios y que rechaza lo que entiende son despilfarros, en muchas ocasiones acertadamente, de las instituciones, no solo europeas. Con todo, y como ya hemos señalado más arriba, las razones esgrimidas por el gobierno francés para oponerse a un cambio en el sistema de reparto del trabajo parlamentario establecido parecen ir más allá de las cuestiones estrictamente económicas (las cuales, aunque inconfesables, posiblemente también existan). El trasfondo político de los discursos esgrimidos está presente. Inclu-

[66] http://euroefe.efe.com/1311_noticias/2074090_el-eurodiputado-kozusnik-defiende-en-madrid-una-sola-sede-del-pe.html

so la tan aireada mala administración que de los fondos públicos hacen las instituciones comunitarias puede servir de apoyo a planteamientos euroescépticos. En cualquier caso, tampoco la postura de la institución parlamentaria es unánime y la división entre estrasburguistas y bruselistas resulta evidente. Son, sobre todo, los eurodiputados ingleses y nórdicos los que se muestran más contrarios a los desplazamientos hasta Estrasburgo, encontrando más cómoda la localización de la capital belga que cuenta con mejores comunicaciones aéreas. Frente a ellos se encontraría un *lobby* potente, encabezado por los diputados franceses. Resulta una lástima que cuando se está intentando construir una Europa unida, que sepa mirar más allá de los intereses particulares nacionales, una cuestión como la determinación de la sede del Parlamento dé lugar a un conflicto, uno más, entre los Estados participantes.

4. CRITERIOS PARA LA LOCALIZACIÓN DE LA SEDE DEL PARLAMENTO EUROPEO

4.1. *Argumentos a favor y en contra de la sede única*

Son muy numerosos los autores, ya desde el comienzo de la experiencia comunitaria, que han insistido en la necesidad de establecer una única sede donde el Parlamento Europeo desarrolle su actividad[67]. Los argumentos esgrimidos, ello antes de entrar a considerar cuál debería ser esta sede, resultan en buena medida coincidentes. Resulta evidente que razones de eficacia y eficiencia lo aconsejan, así como la conveniencia de disminuir el gasto derivado del traslado, no solo de los eurodiputados, sino también del resto del personal necesario, traductores, … de la documentación, así como del necesario para el mantenimiento de los edificios de las tres sedes tal y como funcionan en la actualidad. Este gasto resulta difícil de justificar. En efecto, se insiste en la pérdida de eficiencia que supone la dispersión geográfica de los trabajos parlamentarios, con lo que incluso la imagen de la institución de cara a la opinión pública quedaría dañada[68].

Junto con todo lo dicho, los autores aportan también otras motivaciones que justificarían la conveniencia de una única sede. Así Earnshaw, por ejemplo, sostiene que una única sede favorecería la relación del Parlamento con la

[67] En esta línea se manifiesta Molina Del Pozo, C.F. quien califica esta forma de funcionamiento como «incómoda desde todo punto y con un alto coste económico» (*Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, *op. cit*., p. 322). O, entre otros, Nugent, N., para quien «this situation is clearly unsatisfactory and is source of grievance and annoyance for most MEP's» (*The Government and Politics of the European Union*, Palgrave Macmillan, 5ª edición, 2003, p. 225).

[68] Corbett, R., Jacobs, F. y Shackleton, M., *The European Parliament*, 6ª edición, John Harper Publishing, Londres, 2005, p. 32.

ciudadanía, haciendo más comprensible para los ciudadanos de a pie el trabajo y las actividades que en el Parlamento se desarrollan, pues «they might even reagard EP as more relevant to their lives by being able to identify it with a specific and single location»[69]. Ello contribuiría a favorecer el ejercicio del control democrático y el conocimiento de las actividades parlamentarias que se desarrollan. Asimismo, en opinión de Earnshaw, el cese de la dispersión geográfica favorecería la presencia y la relación con la prensa y los grupos de interés organizados.

Otros autores, por el contrario, no ven con buenos ojos la concentración de, si no todas, sí la mayoría de las instituciones comunitarias en una única ciudad, considerando preferible una separación física de las mismas. Así, desde algunos sectores, sobre todo partidarios de Estrasburgo, se defiende el «policentrismo», al considerar que una Unión Europea descentralizada necesita también un Parlamento descentralizado[70]. Desde este punto de vista se defiende la conveniencia de una diferenciación por funciones, lo que a su vez contribuiría a una mayor definición de las mismas. En esta misma línea, se sostiene que la dispersión de las instituciones llevaría también a estimular la actividad de diferentes regiones europeas y a aflojar la tensión sobre una gran «Eurocapital» centralizada. Hay quien defiende que de cara a la opinión pública el Parlamento debería estar separado, incluso geográficamente, de la Comisión y el Consejo, contraponiendo el carácter burocratizado de estas instituciones con el más democrático del Parlamento, que con una sede distinta enfatizaría su naturaleza y papel representativos[71].

La revolución tecnológica que vivimos, por otro lado, contribuiría a solventar los inconvenientes derivados de eventuales problemas de comunicación, no haciendo tan necesaria la proximidad física de las sedes como podía ocurrir en el pasado. En definitiva, está claro que esta postura puede servir para apoyar la sede de Estrasburgo, como alternativa a la concentración funcional que se está produciendo en Bruselas. A ello contribuye, como hemos señalado anteriormente, el significado político de la ciudad de Estrasburgo en el proceso de reconciliación franco-alemán (véase nota 6).

Con todo, y a pesar de los argumentos señalados, son mayoritarias las voces que reclaman el asentamiento del Parlamento Europeo en única ciudad. Y en este sentido, también predominan las opiniones que se muestra partidarias de la capital belga para este objeto. En todo caso, el gobierno francés se muestra inmutable en su decidida defensa de Estrasburgo como

[69] Earnshaw, D.K., «The European Parliament's seat», *Revue d'intégration européenne*, 1984, p. 83.

[70] Jacobs, F., Corbett, R. y Shackleton, M., *The European Parliament,* Longman Current Affairs, 1990, p. 30.

[71] Así lo comentan Bieber, R. y Palmer, M. en la nota 2 de su trabajo «A Community without a capital», *Journal of Common Market Studies*, 1976, pp. 1-8.

sede del Parlamento Europeo. Veamos someramente los distintos argumentos que se han ido utilizando en apoyo de uno u otro planteamiento.

4.2. *Argumentos a favor de Bruselas*

Es indudable que con el paso del tiempo, y sobre todo desde finales de los 60, Bruselas ha ido adquiriendo mayor protagonismo dentro de la Unión Europea y ha visto también reforzado su papel internacional (por ejemplo, con el asentamiento de la sede de la OTAN, que abandonó París en 1968). En efecto, entre los factores que han hecho que Bruselas haya adquirido una posición predominante dentro de las «Eurocapitales», estaría el progresivo establecimiento, impulsado también por el gobierno belga, de la sede de diversas organizaciones internacionales y multinacionales en esta ciudad. Todo ello, junto con la presencia de la Comisión y el Consejo en ella, ha contribuido a reforzar la imagen de esta ciudad, en la conciencia popular, como «the capital of Europe».

Por otro lado, se ha insistido en la ventaja que supone su proximidad al Consejo y la Comisión para la realización de la función de control que le es propia. Como dice Chiti-Batelli, «un Parlamento, per funzionare efficacemente, debe anzitutto aver la propria sede e operare nella città in cui risiedono anche gli esecutivi e l'amministrazione che esso è destinato a controllare, e non a centinaia di chilometri di distanza»[72]. De hecho este autor se muestra decididamente partidario de ir gradualmente derivando el trabajo parlamentario hacia Bruselas, llegando a sostener que si la idea todavía no se ha planteado (aunque sus palabras tienen ya treinta años) «è segno che nessuno aveva ed ha una vera volontà política in tal senso»[73]. Son muy numerosos los autores que defienden esta postura. Así, por ejemplo, Neill Nugent considera que «If the EP had just one base, and especially if that was Brussels, it is likely that EP's efficiency, influence and visibility would all be increased»[74]. Este autor se lamenta de que las fuertes presiones de los gobiernos francés y

[72] Chiti-Batelli, A., *Il Parlamento Europeo*, Cedam, Padova, 1982, p. 144. En el mismo sentido se habían manifestado ya, entre otros, Bieber, R. y Palmer, M. («A Community without a capital», *Journal of Common Market Studies*, 1978, pp. 1-8): «Effective control means that parlamentarians and their staff must be able to beard Commissioners and their officials in their offices at the drop of a hat on any day they choose. It means also that members of the Parliament should be able to convene Commission officials at a few hours'notice in orde to explain Commission policies and their execution and justify expenditure. All this needs to be done within one city, not from Luxembourg or Strasbourg to Brussels» (p. 2). Estos autores se manifiestan claramente partidarios, en aras de la mayor eficiencia de la institución parlamentaria, de su presencia en la misma ciudad que la Comisión y el Consejo.

[73] Chiti-Batelli, A., *Il Parlamento Europeo*, *op. cit*., p. 147.

[74] Nugent, N., *The Government and …*, *op. cit*., p. 226.

luxemburgués hayan hecho imposible alcanzar un acuerdo que fijara una única sede y en el que prevalecieran los argumentos de sentido común[75]. En el mismo sentido Lenaerts y Van Nuffel entienden que obligar al Parlamento a reunirse en Estrasburgo, cuando las instituciones con las que éste colabora institucionalmente operan principalmente en Bruselas, «makes for needless costs and inconvenience for all those concerned»[76].

Otra ventaja que se comenta con frecuencia es el evidente ahorro que supondría de evitarse el coste adicional derivado del traslado periódico de Bruselas a Estrasburgo no solo de los eurodiputados, sino también de traductores y demás funcionarios, así como de la documentación necesaria, ello sin contar con los gastos procedentes del mantenimiento de diversos edificios en las distintas sedes. El Parlamento, en su reciente resolución de 20 de noviembre de 2013, que comentaremos más adelante, denuncia el gasto aproximado del 10% del presupuesto anual del Parlamento en los costes adicionales que supone la dispersión geográfica de la institución (entre 156 y 204 millones de euros), al que se añadiría el evidente impacto medioambiental derivado de las emisiones de CO_2 procedentes de los desplazamientos.

Por su parte, J. Elizalde, ya en 1985, al referirse a los motivos para defender la capitalidad bruselense, insistía en las ventajas de la propia ciudad de Bruselas, desde su tamaño urbano y calidad del hábitat, su dinamismo económico y vitalidad cultural y política, sus infraestructuras, hasta la propia actividad de las instituciones comunitarias (sede del Consejo y la Comisión) y otras organizaciones internacionales que encuentran en esta ciudad belga su sede[77]. Se ha insistido frecuentemente, y se sigue haciendo en la actualidad, en la ventaja que supone para Bruselas el estar mejor comunicada que Estrasburgo, con una mejor red de comunicaciones que la haría más accesible que

[75] Otros autores manifiestan también un cierto reproche a los Estados involucrados por su incapacidad para alcanzar un acuerdo. Así, entre otros, Hanlon, J., quien constata la preferencia del propio Parlamento por la sede en Bruselas, pese a lo cual «the three Member States involved are unwilling to agree to a single seat for the Parliament» (*European Community Law*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2000, p. 29).

[76] Lenaerts, K. y Van Nuffel, P., *European Union Law*, *op. cit*., p. 587.

[77] Las ventajas e inconvenientes de una y otra ciudad ya habían sido puestos de manifiesto por Sanguin, A.L. («Propositions pour une capitale de la Communauté Européenne», *Révue du Marché Commun*, 211, 1977, pp. 468-472) al estudiar con criterios de geografía política, entre otros, la posibilidad de una capitalidad de la Comunidad Europea. Señalar que entre las desventajas de Bruselas advierte que esta ciudad «n'est pas tellement sensibilisante pour les opinions européennes à cause de sa réputation technocratique», e incluso la tensión política existente entre las comunidades valona y flamenca (pp. 470-471). Por su parte, Estrasburgo representaría el reflejo «de l'unité Nord-Sud de l'Europe en termes de localisation et d'architecture. La ville est surtout située sur ce 'premier boulevard européen' qu'est le Rhin évocateur de deux mille ans d'histoire chargés de gloires, de souffrances, de batailles et de créations (…)» (p. 470).

su competidora francesa. Las palabras de este autor, a pesar de haber sido formuladas con anterioridad al acuerdo alcanzado en Edimburgo en 1992 (que convirtió en definitiva una situación provisional que ya entonces no parecía óptima), resultan de absoluta actualidad y enlazan directamente con las demandas que plantea el diputado Kozusník, cuando afirma: «el reforzamiento que una solución que permitiera al Parlamento decidir sobre su propia sede y la localización de sus servicios, sin interferencias gubernamentales, ofrecería para la racionalización del proceso decisorio en la Comunidad, es tan evidente que supondría sin duda el principio del fin del abuso «unanimista» en el Consejo, y por ello, la puerta del futuro»[78].

4.3. *Argumentos a favor de la sede en Estrasburgo*

- Motivos históricos y geopolíticos. Se entiende que la ciudad alsaciana, a poca distancia del punto geográfico que separa las cuencas del Ródano y del Rhin, sigue manteniendo una importancia estratégica, no solo para Francia, sino también para Europa. Su proximidad a Alemania la convierte también en un símbolo de superación de las diferencias que a lo largo de la Historia han enfrentado a ambos países, sobre todo con el recuerdo todavía reciente de la II Guerra Mundial.
- La presencia en esta misma ciudad de otras instituciones europeas, como el Consejo de Europa y el Tribunal de Derechos Humanos, reforzaría este carácter de capitalidad europea.
- Se defiende una Europa policéntrica, en la que las instituciones no se concentren en una única ciudad. Incluso hay quien ve en el hecho de no ser capital de ningún Estado y su distancia del Consejo y la Comisión una garantía de su imparcialidad. «Es una manera de acercar Europa a los ciudadanos de todos los Estados miembros» (en palabras de Cazeneuve en el comunicado de 25 de octubre de 2012 al que hemos hecho referencia anteriormente).
- Por otra parte, la instalación del Parlamento en Estrasburgo desde 1962 fue el resultado del acuerdo unánime de los Estados miembros de la Unión Europea, en virtud de los tratados ratificados por éstos (así el Parlamento tiene su sede en Estrasburgo en virtud del art. 341 TFUE y el Protocolo nº 6).

Frente al mayoritario posicionamiento a favor de la sede belga, y como muestra de la, por otra parte lógica, oposición francesa al eventual abandono de la ciudad estrasburguesa, recogeremos las palabras de la que fuera Presi-

[78] Elizalde, J., «La cuestión de la sede del Parlamento Europeo», en AAVV, *II Jornadas de derecho parlamentario (27-29 de marzo de 1985)*, Congreso de los Diputados, Serie IV, Monografía nº 4, Madrid, 1986, pp. 341-367 (cita en la p. 366).

denta del Parlamento Europeo entre 1999 y 2001, Nicole Fontaine, quien considera que esa circunstancia supondría «un error político histórico, tratándose de la Unión Europea, que se ha construido en gran parte sobre un símbolo poderoso». «Para preservar su alma, dice Fontaine, una institución internacional de esta naturaleza y de esta amplitud, necesita símbolos, y Estrasburgo es para la Historia el símbolo imborrable de la reconciliación de los europeos»[79]. Por otro lado, estaría la identificación que en la opinión pública se produce entre «Comisión en Bruselas» y «Parlamento en Estrasburgo», lo que, en sus propias palabras, contribuiría a la identificación de cada institución. El hecho, además, de que Estrasburgo sea la sede también del Consejo de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acentuaría su identificación con la defensa de los derechos fundamentales y con la ciudadanía europea. Finalmente, y dando a la cuestión una evidente dimensión política, denuncia el «metódico sabotaje» de que ha sido objeto la sede de Estrasburgo, sobre todo por parte del Reino Unido y los países nórdicos, partidarios de que el Parlamento se concentre en Bruselas[80], así como el creciente apoyo que están encontrando en los diputados del sur, principalmente por los mayores problemas de acceso que plantea la capital alsaciana. En todo caso, y minimizando el coste adicional que supone la pluralidad de sedes[81], alerta a las autoridades francesas para que se tomen el problema realmente en serio. Algo que, como estamos comprobando a lo largo de este trabajo, no ha dejado de ser así.

5. RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2013

A punto de concluir la elaboración de este trabajo nos hemos encontrado con un nuevo pronunciamiento del Parlamento sobre el tema al que estamos dedicando estas páginas y que nos parece de enorme interés incluir aquí. Nos referimos a la Resolución del Parlamento, de 20 de noviembre de 2013, sobre fijación de las sedes de las instituciones de la Unión Europea (2012/2308(INI)). La resolución, aprobada a partir de la propuesta planteada por el conservador británico Ashley Fox y el diputado verde alemán Gerald Häfner, ha contado con el voto favorable de 483 eurodiputados frente a 141 votos contrarios a ella. No se puede negar el apoyo abrumadoramente mayoritario de la cámara parlamentaria a la propuesta que se recoge, y que se hará llegar al Consejo, la Comisión y los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros, y en

[79] FONTAINE, N., *Mis combates al timón de Europa*, Santillana, Madrid, 2002, p. 186.

[80] FONTAINE, N., *Mis combates …*, *op. cit*., p. 187.

[81] En concreto, sostiene que del presupuesto total de la Unión, el del Parlamento representa alrededor de un 1%, y de éste sólo algo más de una décima parte sería consecuencia de la dispersión geográfica de sus lugares de trabajo (*op. cit*., p. 184).

la que fundamentalmente se plantea el reconocimiento de la prerrogativa del Parlamento Europeo para determinar cuándo y dónde celebrar sus reuniones, y para lo cual se compromete a incoar un procedimiento ordinario de revisión de los Tratados conforme al artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la UE con objeto de proponer la reforma del artículo 341 del TFUE y del Protocolo nº 6 que permita al Parlamento decidir la ubicación de su sede y su organización interna. Simultáneamente se pide al Tribunal de Cuentas o entidad análoga que presente un 'análisis exhaustivo' del ahorro que el hecho de que el Parlamento tuviera una única sede podría suponer para el presupuesto de la UE; y se encarga al Eurobarómetro que realice una encuesta acerca de la opinión de los ciudadanos europeos sobre esta cuestión.

Son numerosos los argumentos que plantea el Parlamento en apoyo de su propuesta, entre los que esquemáticamente destacamos los siguientes:

– La apelación a su capacidad de autorregulación (el art. 232 del TFUE) que le permite establecer su propio reglamento interno, en el que puede determinar la duración de las sesiones plenarias de acuerdo con los Tratados y la jurisprudencia del TJUE.
– Se hace mención a los cambios que ha sufrido la institución del Parlamento en los últimos tiempos: pasando de 78 a 766 diputados (751 tras las eleciones de 2014); el incremento de su capacidad legislativa (notable incremento de los procedimientos de codecisión, que actualmente constituye el procedimiento legislativo ordinario); el incremento en un 150 % de las reuniones interinstitucionales (con la Comisión, el Consejo, o los Estados individualmente), a lo que se uniría la celebración de las reuniones del Consejo Europeo exclusivamente en Bruselas (y no en el país de la Presidencia rotatoria, como anteriormente).
– También se insiste en la distancia que separa Estrasburgo (435 Km) no solo del Consejo y la Comisión, sino también de otras partes interesadas, como ONGs, organizaciones de la sociedad civil, representantes de los Estados miembros, y representantes de los medios de comunicación.
– Hace mención asimismo a la insistencia en la solicitud del cese de la actual situación de pluralidad de sedes, no solo por parte de la propia cámara (se recuerda que ya en 1958 solicitó su ubicación junto al Consejo y la Comisión, y así reiteradamente hasta llegar a la votación en Pleno del 23 de octubre de 2012 en la que, por mayoría del 78% de los diputados, se pedía una revisión de la situación), sino también por parte de los propios ciudadanos, que han manifestado en varias ocasiones su desacuerdo con la situación actual (recordar el más de un millón de firmas que apoyó la campaña por la reforma del Parlamento).
– Finalmente, y como no podía ser de otra forma, se insiste en el coste económico que supone el mantenimiento de las tres sedes (aproximadamente el 10% del presupuesto anual del Parlamento), tanto por los

obligados desplazamientos de eurodiputados, traductores, funcionarios y demás representantes de la prensa y la sociedad civil como por el coste derivado del mantenimiento de los edificios del Parlamento (calefacción, personal y mantenimiento todo el año, pese a ser utilizada la sede de Estrasburgo sólo 48 días al año), mencionando también el impacto medioambiental que se deriva de dichos desplazamientos.

Algún medio de comunicación británico, consciente de la trascendencia de la votación que iba a tener lugar en la sesión del Parlamento, ya se había referido a la misma con anterioridad a su celebración, recogiendo las palabras de uno de los redactores de la propuesta, el británico Ashley Fox, quien, con evidentes muestras de complacencia, había aludido a este momento crucial como «the beginning of the end», en clara alusión al fin de Estrasburgo como sede del Parlamento Europeo[82]. En todo caso, coincidimos en resaltar el carácter histórico de la votación que ha tenido lugar el pasado 20 de noviembre. Y ello, sobre todo, porque lo que los representantes de los ciudadanos europeos solicitan a los gobiernos de los Estados miembros no es que acuerden un cambio que ponga fin a la pluralidad de sus sedes, sino que lo que les solicitan es que les reconozcan el derecho a decidir ellos mismos el lugar donde quieren tener su lugar de trabajo; para ello, eso sí, demandan a los Estados la modificación de los Tratados que lo haga posible. Falta por ver la reacción del gobierno francés que, como hemos destacado anteriormente en este trabajo, se ha mostrado hasta la fecha inflexible en su negativa a consentir que la capital alsaciana deje de ser sede del Parlamento Europeo. Hay que recordar que la exigencia de unanimidad para la modificación de los Tratados convierte la negativa francesa en un derecho de veto en la práctica[83].

Por otro lado, y como era de esperar, también los medios franceses han reaccionado ante esta propuesta de los eurodiputados, algunos con vehemencia inusitada. Ejemplo de ello puede ser el artículo firmado por Antoine Spohr que hace referencia a la «humillación», la «burla» o el «ultraje» infligido por el Parlamento a la ciudad alsaciana[84]. En este caso las duras críticas van también dirigidas contra la actitud de los propios europarlamentarios franceses, sobre todo de los ecologistas que votaron a favor de la resolución, denunciando la ausencia de una defensa más contundente de la ciudad fran-

[82] http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/eu/10460389/EU-moves-to-end-travelling-circus-but-French-veto-looms.html

[83] Las palabras de Ashley, que recoge la página web de la nota anterior, no dejan lugar a dudas del planteamiento que realiza: «If France wants to veto that, we will get the 27 other EU member countries on our side. Then let France defend the waste. They'll do a deal. It'll take five years. This is the beginning of the end».

[84] Se puede leer su artículo titulado «Strasbourg contestée, Strasbourg humiliée, bafouée, Strasbourg révoltée» en la página web de euroJournal del 23 de noviembre de 2013 (http://www.eurojournal.net/2013/11/23/)

cesa. En un planteamiento de la cuestión en términos casi militares critica el abandono de Estrasburgo y el seguimiento, muchas veces por motivos de comodidad personal, de planteamientos de sectores anglosajones de orientación euroescéptica. Con más moderación recoge la noticia Arnaud Focraud[85], quien hace mención tanto de las palabras de uno de los ponentes de la propuesta, el británico Ashley Fox, para quien la movilización de los franceses respondería al intento de proteger un «interés nacional egoísta»; como de la respuesta del ministro francés para asuntos europeos, Thierry Repentin, quien, en un comunicado del mismo día 20 de noviembre, recuerda que la posición de Francia en esta cuestión se mantiene constante. Así, señala Repentin, Francia seguiría estando comprometida con el cumplimiento de las disposiciones de los tratados tal y como figuran en la actualidad, lo que entiende que reflejaría el deseo de los constructores de Europa por construir una Europa policéntrica. Desafiando la sede de Estrasburgo, afirma igualmente, se estaría poniendo en tela de juicio todo el compromiso sobre las sedes de las instituciones, aventura ésta en la que no cree que los Estados estén interesados en embarcarse.

Teniendo todo esto en cuenta, lo que es indudable es que a las puertas de una nueva convocatoria electoral al Parlamento Europeo la cuestión ha vuelto a cobrar actualidad, si es que en algún momento había dejado de tenerla, y vuelve a ser objeto de encendida discusión. Sería deseable, en cualquier caso, que los gobiernos de los Estados miembros tomaran definitivamente cartas en el asunto y, con una conveniente altura de miras, adoptaran una decisión que pusiera fin a esta controversia, tomando en consideración especialmente aquello que mejor convenga a la eficacia y eficiencia en el funcionamiento de la institución parlamentaria europea. El problema parece ser sobre todo un problema de voluntad política. No necesariamente de falta de voluntad por parte de un único Estado –aunque somos conscientes de que en este tema se está insistiendo en mostrar a Francia como el principal obstáculo para superar la actual situación–, sino un problema de «voluntad» o de «querer hacer» como suma de intereses, suma de las voluntades de todos los Estados. Desgraciadamente, los problemas políticos que plantea la decisión acerca de la sede del Parlamento (o de cualquier otra institución, no nos vamos a engañar) adoptan con frecuencia la forma de un conflicto de intereses creados: interés por mantener en la ciudad a miles de funcionarios y sus familias, con los cuantiosos ingresos que ello reporta; interés por conservar una importante afluencia de turistas, atraídos también por la presencia emblemática de la asamblea comunitaria; e interés, cómo no, por conservar igualmente el prestigio internacional que este hecho comporta. Es lógico pensar que una renun-

[85] Se puede leer su artículo titulado «Le siége du Parlement européen à Strasbourg dans le collimateur» en http://www.lejdd.fr/International/UE/Le-siege-du-Parlement-europeen-a-Strasbourg-dans-le-collimateur-639921

cia a todo ello no pueda hacerse sin contrapartidas y sin reconocimientos. Esperemos que el sentido común y una visión realmente «europea» del problema puedan poner fin a esta controversia que ya dura demasiado tiempo.

Title: The European Parliament seat in Strasbourg called into question. May it be the last assault in its struggle with Brussels?

Resumen: De acuerdo con las disposiciones de los Tratados, el Parlamento Europeo tiene su sede en la ciudad de Estrasburgo, donde se deberán celebrar los 12 períodos parciales de sesiones plenarias, convirtiéndose Bruselas en lugar de reunión de las comisiones parlamentarias y de celebración de los períodos de sesiones plenarias adicionales. La necesidad de desplazamiento todos los meses entre ambas ciudades, no sólo de los eurodiputados, sino también de los traductores, secretarios, y demás personal necesario, así como de la correspondiente documentación, ha originado una situación claramente insatisfactoria que ha hecho alzarse numerosas voces partidarias de fijar una sede única para los trabajos parlamentarios, en referencia claramente favorable a la ciudad de Bruselas, lo que ha originado, por otra parte, la lógica reacción francesa partidaria del mantenimiento de la sede en la capital alsaciana. La frecuentemente difícil relación entre la institución parlamentaria y los gobiernos de los Estados implicados ha obligado asimismo al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre esta materia en diversas ocasiones. Vamos a analizar la trayectoria seguida en este conflicto, con mención de los argumentos esgrimidos por los partidarios de una u otra opción, hasta llegar a la última resolución aprobada por la cámara en sesión plenaria el 20 de noviembre de 2013, y que ha supuesto un nuevo varapalo al interés de Francia en el mantenimiento de la sede de Estrasburgo.

Palabras clave: sede parlamentaria, sede única, período de sesiones plenarias, comisiones, grupos políticos, Secretaría general.

Abstract: Pursuant to the Treaty provisions, the European Parliament has its seat at the city of Strasbourg, where the twelve monthly part sessions should be held, being Brussels the meeting place for the Parliamentary committees and the additional plenary part-sessions. The necessity of moving every month between both cities, not only the members of the Europarliament but also the translators, secretaries and the rest of the necessary staff, together with the corresponding documentation, has caused a clearly unsatisfactory situation which has raised many voices for establishing a single seat for parliamentary works, favoring clearly the city of Brussels, which has given rise on the other side to the logical French reaction advocating for the the maintenance of the Alsatian capital as one seat. The frequently difficult relationship between the parliamentary institution and the Member States' governments has also obliged the European Court of Justice to decide on this issue several times. We are going to analyze the development of this conflict, with reference to the arguments put forward by the partisans of either option so as to study the

last decision adopted by the chamber in its plenary session of 23rd November 2013, which meant a new setback to the interest of France of preserving Strasbourg as one of the seats.

Keywords: Parliamentary seat; single seat; plenary sessions period; committees; parliamentary groups; general registry

Recibido: 14.03.2014
Aceptado: 26.05.2014

Notas

PARTICIPACIÓN FEMENINA EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS EMPRESAS: UNA APROXIMACIÓN A LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2012 RELATIVA AL EQUILIBRIO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LAS EMPRESAS

Maoly Carrasquero Cepeda

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EQUIDAD DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESPAÑOLAS. 2.1. *Antecedentes*. 2.2. *Ley de Orgánica de Igualdad 3/2007*. 3. REGULACIÓN NORMATIVA EUROPEA. 3.1. *Antecedentes*. 3.2. *Propuesta de Directiva*. 4. COMPARATIVA DE AMBOS TEXTOS NORMATIVOS. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La representación femenina en los consejos de administración de las empresas es un tema de gran actualidad dadas las diferentes iniciativas legislativas y regulatorias que se han producido últimamente en algunos Estados miembros de la Unión Europea (UE).

Hasta la fecha, Noruega, Francia, Italia y Bélgica han introducido un sistema de cuotas jurídicamente vinculante, que incluye sanciones. Por su parte, Países Bajos y España también han adoptado medidas legislativas que prevén cuotas en favor del género menos representado, aunque no se sanciona su incumplimiento. En Dinamarca, Finlandia, Portugal, Grecia, Austria y Eslovenia sólo se aplican cuotas para la representación femenina en los consejos de administración de las empresas de titularidad pública. En los demás Estados, que no han consagrado ninguna medida obligatoria, se han adoptado acciones de carácter voluntario que promueven la representación de las mujeres en los puestos superiores de gestión (por ejemplo: Dinamarca, Alemania, Luxemburgo, Polonia, Suecia y el Reino Unido).

Sin embargo, pese a los avances realizados, el logro de la igualdad efectiva de hombres y mujeres en el sector económico todavía está muy lejos de alcanzarse. En toda la UE, las mujeres apenas consiguen el 5% de participación en los puestos más elevados[1].

En el caso concreto de España, la situación es realmente preocupante. A un año de finalizar el plazo otorgado por la Ley para alcanzar una cuota del 40%, apenas se llega al 15% de participación femenina en los consejos de administración de las mayores sociedades mercantiles[2].

A partir de este contexto, el objeto del presente trabajo consiste en analizar las diferentes iniciativas legislativas que se han elaborado por parte de la UE y de España para mejorar la situación de la mujer en la toma de decisiones económicas. Así, en una primera parte, se realizará un breve estudio del artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que consagra el principio de presencia equilibrada en los consejos de administración de las sociedades mercantiles españolas. En segundo lugar, se examinará la reciente Propuesta de Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas, en la que se establece una cuota obligatoria del 40% de mujeres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas. Y, por último, se indicarán las diferencias y similitudes más notables entre ambas disposiciones normativas.

2. EQUIDAD DE GÉNERO EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESPAÑOLAS

2.1. *Antecedentes*

En el caso específico español, se debe citar, como principal antecedente de la cuestión la referencia a la diversidad de género en los consejos de administración que realiza el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (CUBG), aprobado por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con fecha de 22 de mayo de 2006[3].

---

[1] Este porcentaje hace referencia únicamente a las mujeres que ocupan el cargo de presidentas de consejos de administración en las mayores empresas de la Unión. Vid.: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/business-finance/supervisory-board-board-directors/index_en.htm (visto el 02.06.2014).

[2] Vid.: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/business-finance/supervisory-board-board-directors/index_en.htm (visto el 02.06.2014).

[3] El CUBG es elaborado con el objetivo de armonizar y actualizar las recomendaciones de los informes *Olivencia* (1998) y *Aldama* (2003) sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas, además de formular recomendaciones adicionales que se consideren necesarias, como es el caso de la equidad de género en los Consejos de administración. Vid.: Campuzano Laguillo, A., «La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los Con-

El CUBG contempla una serie de reglas de fomento (recomendaciones) que no suponen una vinculación directa para las sociedades afectadas, puesto que se enmarca dentro de la denominada responsabilidad social empresarial[4].

Precisamente, se establece en su Recomendación 15:

> «Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la Comisión de nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes:
> a) Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;
> b) La compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado»[5].

Plantea esta recomendación una formulación del modelo *comply or explain* (cumplir o explicar) típica de las reglas de Buen Gobierno: se invita, por una parte, a corregir la escasez de consejeras mediante la eliminación de «sesgos implícitos» en los procedimientos de selección y la «búsqueda deliberada» de mujeres candidatas y, por otra, en la medida en que se mantenga la escasez, se exigen explicaciones sobre las acciones que se han adoptado para su superación[6].

---

sejos de administración de las sociedades mercantiles», en García-Perrote Escarín, I. y Mercader Uguina, J. (coords.): *La Ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007 pp. 190; Mateu de Ros Cerezo, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 13.

[4] La responsabilidad social se ha definido como «La integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores». *Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas*, «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas», Bruselas 18.7.2001 COM (2001) 366 final. Posteriormente, la Comunicación de la Comisión añade a esta definición que «La responsabilidad social consiste también en gestionar los cambios dentro de la empresa de una manera socialmente responsable, lo que ocurre cuando una empresa procura reconciliar los intereses y las necesidades de distintas partes de manera aceptable para todas ellas». *Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución al desarrollo sostenible*, Bruselas, 2.7.2002 COM (2002) 347 final.

[5] En el actual Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (junio 2013) esta Recomendación es recogida en términos similares, salvo por el curioso hecho de que se suprime la obligación impuesta al Consejo para que, cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, explique las iniciativas adoptadas a fin de corregir tal situación.

[6] En este sentido, véase: Senent Vidal, M. en García Ninet, J. (dir.) *Comentarios a la Ley de Igualdad*, CISS, Bilbao, 2007, pp. 543-544; Rodríguez González, A.: *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles: una aproximación al Derecho francés*, Valladolid, 2011, p. 10.

El objetivo de esta disposición no es otro que los procesos de selección se articulen de forma que no exista suposición ninguna de discriminación por género, procurando que sea la cualificación y la competencia la que determine el ingreso del consejero, sin distinguir entre hombres y mujeres.

Aunque la mayoría de las empresas y profesionales se mostraron partidarias de la inclusión de esta disposición, algunos expresaron su disconformidad argumentando, entre otras cosas, que la igualdad de género es una política pública ajena de los intereses privados de las compañías cotizadas (Instituto de Consejeros Administradores). Por este motivo, los criterios de eficiencia en los que sustenta la medida, pueden lograrse a través de requisitos de capacitación y habilitación, que no tienen nada que ver con cuestiones de sexo (Asociación Española de Accionistas Minoritarios de Empresas Cotizadas)[7].

Estas alegaciones fueron superadas y logró mantenerse la recomendación sobre la diversidad de género en los consejos de administración que, junto con la posterior aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), supuso un gran avance en las políticas de igualdad españolas.

2.2. *Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*

La LOI mantiene la concepción de las cuotas de género en las empresas como una medida concreta de la responsabilidad social corporativa y buen gobierno. Así, en el Título VII (relativo a la igualdad en la responsabilidad social de las empresas) se incorpora el artículo 75, titulado «Participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles», el cual indica:

> «Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.
>
> Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley».

Es evidente que el legislador aspira con esta medida (de carácter no imperativo[8]) a que las propias empresas contribuyan a aumentar el escaso

[7] Para un análisis más detallado de todas las objeciones que se expresaron véase: Márquez Lobillo, P., «Consideraciones acerca de la incorporación de la mujer a los consejos de administración tras la Ley Orgánica de Igualdad», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 32, 2009, p. 281.

[8] No existe un consenso en la doctrina sobre la naturaleza de esta medida, sin bien es cierto que la mayoría de los autores la consideran como una mera recomendación,

número de representación femenina en sus consejos de administración, a fin de lograr la presencia equilibrada entre hombres y mujeres. Este equilibrio se define como que las personas de cada sexo no superen el 60% ni sean menos del 40%[9].

A tal efecto, se prevé un plazo de ocho años a partir del año 2007 (cuando entró en vigor la norma)[10], sin perjuicio de que se tenga en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que se venza el mandato de los consejeros designados[11]. Este período de tiempo, sin embargo, no rige para el caso de los nombramientos en los consejos de administración que puedan efectuar los organismos públicos, ya que, para ellos el mandato es imperativo y han de cumplir con la medida desde el mismo momento de entrada en vigor de la Ley[12].

existe una opinión minoritaria que la enmarca dentro de las denominadas obligaciones de medios. Así, Embrid Irujo, J., «Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en AA.VV. *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008, p. 340, señala que «nos encontramos ante una obligación de medios, cuyo satisfactorio cumplimiento está vinculado al empleo de la diligencia por parte de las sociedades afectadas por la norma; así, estas sociedades harán, dentro del marco de su diligencia, todo lo posible para que se consiga, dentro del plazo establecido en la Ley, la ya referida presencia equilibrada de mujeres y hombres en el Consejo de administración, sin que la ausencia de este resultado, *per se*, haya de considerarse incumplimiento de su obligación».

[9] La disposición adicional primera de la LOI define el principio de presencia o composición equilibrada como: «La presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».

[10] El Anteproyecto de LOI inicialmente contenía una propuesta un poco más exigente, al señalar que las empresas contaban con un plazo de cuatro años, en los que debían incorporar, al menos, un diez por ciento anual de mujeres. Empero, dicha redacción fue modificada y se aumentó el plazo a ocho años. Víd.: Senent Vidal, M. en García Ninet, J. (dir.) *Comentarios a la Ley de Igualdad… op. cit.*, p. 551 ss.

[11] No parece lógico el planteamiento que hace aquí el legislador, toda vez que parece haber descartado ciertos supuestos de que se produzca una vacante en el Consejo por cuestiones distintas del vencimiento del mandato, tales como: dimisión del consejero, revocación de su cargo por la Junta General, fallecimiento, entre otras. Sobre este punto véase: Embrid Irujo, J., «Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»... *op. cit.*, p. 344; Senent Vidal, M., «El principio de presencia equilibrada en el ámbito del Derecho privado», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*. García Rubio, M. y Valpuesta Fernández, M. (dirs.), Valencia, 2011, p. 1302.

[12] Así lo establece el artículo 54.2 de la LOI: «La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que le corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe».

Por otra parte, en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del artículo 75 LOI, el mismo se limita a las sociedades mercantiles obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada[13], excluyendo así a las pequeñas y medianas empresas[14].

También se exceptúa del alcance de la disposición reseñada, aquellas sociedades que tengan organizada su estructura administrativa mediante cualquiera de las otras formas previstas en el ordenamiento jurídico, que no sea específicamente el consejo de administración, a saber: unipersonal (administrador único) o pluripersonal (varios administradores, mancomunados o solidarios)[15].

Tal y como ocurrió con el CUBG analizado anteriormente, las objeciones al sistema de cuotas femeninas no tardaron en surgir. El Consejo de Estado consideró que las entidades a las que se alude en el artículo 75 LOI desarrollan una actividad económica regida por la libertad de empresa (art. 38 CE), y aunque el desarrollo de dicha sujeta a los titulares de tales entidades –sus accionistas– a un conjunto de requisitos que deben observar para conformar sus órganos de administración, ello no obsta para que, dentro de ese marco, los accionistas constituyan sus órganos de administración en la forma que entiendan más adecuada[16]. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

Por su parte, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) señaló que «los únicos parámetros de carácter personal exigibles para acceder a puestos directivos en los consejos de administración deben ser la capacidad y el talento del consejero/a que sea capaz de aportar valor a la empresa desde su propia experiencia»[17].

Frente a esta afirmación es necesario destacar que la norma del artículo 75 LOI no atenta contra los principios de mérito y capacidad toda vez que «es fina-

[13] El artículo 258 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital señala cuáles son las sociedades que pueden formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, y a sensu contrario, las obligadas a presentarlas de forma no abreviada.

[14] Para un análisis extenso sobre el tema véase: Campuzano Laguillo, A., «La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles»… *op. cit.*, p. 192 ss; Senent Vidal, M. en García Ninet, J. (dir.) *Comentarios a la Ley de Igualdad… op. cit.*, p. 549 ss.; Embrid Irujo, J., «Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»… *op. cit.*, p. 326 ss.; Márquez Lobillo, P., «Consideraciones acerca de la incorporación de la mujer a los consejos de administración tras la Ley Orgánica de Igualdad»… *op. cit.*, p. 285.

[15] Vid. Senent Vidal, M., «El principio de presencia equilibrada en el ámbito del Derecho privado»… *op. cit.*, p. 1297; Embrid Irujo, J., «Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»… *op. cit.*, p. 335.

[16] Dictamen del Consejo de Estado en Pleno, de 22 de junio de 2006.

[17] Vid. Iglesias Valcarce, P.; CEOE-Departamento de Relaciones Laborales: «La nueva Ley de Igualdad. Implicaciones laborales y empresariales. Punto de vista empresarial», Madrid, 2007, p. 18. Citado por Senent Vidal, M. en García Ninet, J. (dir.) *Comentarios a la Ley de Igualdad… op. cit.*, p. 547.

lidad de esta medida que el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y rendimiento profesional, ya que, para que el proceso esté presidido por el criterio de imparcialidad, el sexo no debe constituir un obstáculo como factor de elección»[18]. De esta forma, se reconoce que corresponde a la propia sociedad apreciar la oportunidad de nombrar como consejero a una mujer o un hombre, primando sus cualidades profesionales antes que su condición sexual[19].

Si bien es cierto que esta disposición normativa impulsó la adopción de las cuotas femeninas por parte de las empresas españolas, no lo es menos que a un año de que finalice el plazo otorgado a las empresas privadas el porcentaje de mujeres sigue siendo escaso (apenas alcanza el 15%[20]).

Junto con esta situación, el hecho de que la norma no establezca ninguna consecuencia por el incumplimiento de la cuota[21] hace pensar que estamos muy lejos de cumplir con el objetivo del 40% de representación femenina en los consejos de administración para el año 2015.

3. REGULACIÓN NORMATIVA EUROPEA

3.1. *Antecedentes*

La representación femenina en los consejos de administración y los puestos directivos de las mayores empresas de los Estados miembros de la UE, salvo el caso de Noruega, es realmente preocupante. Según los últimos datos en la materia las mujeres apenas alcanzan el 18% de participación[22].

Las razones de esta tradicional invisibilidad de las mujeres en puestos de responsabilidad son múltiples y requieren un enfoque integral para abordar el problema. En este sentido, diversos estudios han concluido que la baja representación femenina en los puestos de decisión económica se debe a diferen-

[18] Exposición de Motivos LOI, apartado IV.

[19] Vid.: Embrid Irujo, J., «Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»… *op. cit.*, p. 344.

[20] Según datos de octubre de 2013 publicados por la Comisión Europea en la página web: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/business-finance/supervisory-board-board-directors/index_en.htm (consultado el 02.06.2014).

[21] No obstante, algunos autores consideran que de acuerdo con el artículo 10 LOI («los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto») podrían entenderse como nulos aquellos nombramientos que se realicen sin tener en cuenta la exigible igualdad constitucional ante la Ley y se base exclusivamente en razones de género. Vid.: Senent Vidal, M., «El principio de presencia equilibrada en el ámbito del Derecho privado»… *op. cit*., p. 1030; Márquez Lobillo, P., «Consideraciones acerca de la incorporación de la mujer a los consejos de administración tras la Ley Orgánica de Igualdad»… *op. cit.*, p. 287.

[22] Vid.: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/business-finance/supervisory-board-board-directors/index_en.htm, op. cit., (consultado el 14.9.2013).

tes factores, a saber: a) incertidumbre de los directores sobre la capacidad de las mujeres ejecutivas para desempeñar su trabajo a este nivel debido a su falta de experiencias, b) existencia del mito de que las mujeres con menor frecuencia utilizan estrategias proactivas o no buscan promocionarse en su carrera profesional, c) la permanencia de estereotipos de género que tergiversan los verdaderos talentos de las mujeres líderes y pueden potencialmente minar las contribuciones de dichas a las organizaciones, así como sus propias opciones de ascenso y d) la existencia de procesos de promoción a la alta dirección de las compañías con carácter no formal[23].

Precisamente, es sobre estas causas que ha venido actuando la UE, por una parte fomentado a la autorregulación y, por otra, adoptando una serie de disposiciones normativas de incentivo para poner remedio a la infrarrepresentación de las mujeres en la toma de decisiones económicas. Así, a partir de los años 80 comienzan a producirse una serie de textos jurídicos en los que, además de reconocerse que en las democracias, el Estado y la sociedad requieren la participación de todos los ciudadanos y ciudadanas, se exhorta a los Estados miembros a que promuevan programas de acción positiva para la integración de la mujer en los sectores político, económico y social[24].

---

[23] Vid.: Burke, R., «Women directors: selection, acceptance and benefits of board membership», en *Corporate Governance*, núm. 3, 1997, pp. 118-125; Carter, N. y Silva, C., «The Myth of the Ideal Worker: Does Doing All the Right Things Really Get Women Ahead?», *Catalyst Report*, 2011; Catalyst: *The Double-Blind Dilemma for Women in Leadership: Damned if You Do, Doomed if You Don't*, New York, 2007; Oalkley, J., «Gender-based Barriers to Senior Management Positions: Understanding the Scarcity of Female CEOs», en *Journal of Business Ethics*, núm. 27, 2000, pp. 321-334; Alimo-Metcalfe, B., «An investigation of female and male constructs of leadership and empowerment», en *Women in Management Review*, núm. 2, 1995, pp. 3-8.

[24] Entre estas disposiciones destacan: Resolución A 2-169/88 sobre la mujer y los centros de decisión (DOCE C 262, de 10 de octubre de 1988); I y II Programa de acción sobre igualdad de oportunidades para las mujeres (1982-985 y 1986-1990); III Programa de acción para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1991-1995); Resolución del Consejo, de 27 de marzo de 1995, sobre la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en la toma de decisiones (DO C 168, de 4 de julio de 1995); IV Programa de acción comunitaria para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000); Recomendación 96/694/CE, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión (DO L 319, de 10 de diciembre de 1996); Informe sobre la aplicación de la Recomendación 96/694/CE del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión [COM (2000) 120 –no publicado en Diario Oficial–]; Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2001, sobre el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Recomendación 96/694 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos de toma de decisión (DO C 262/248, de 18 de septiembre de 2001); V Programa de acción comunitaria para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (2001-2005); Plan

Ciertamente, esta normativa influyó de forma positiva en el aumento de la participación femenina en el sector político, empero, no produjo el mismo efecto en el ámbito económico. Es por ello que, recientemente, se han aprobado una serie de instrumentos, entre los cuales destacan:

a) Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres (2010-2015)[25]

La presente Estrategia constituye el plan de acción de trabajo de la Comisión en materia de igualdad de género para los años 2010-2015. En ella, se consagran acciones con respecto a cinco áreas prioritarias, a saber: independencia económica de las mujeres; salario igual; dignidad, integridad y fin de la violencia sexista; igualdad en la acción exterior e igualdad en la toma de decisiones. En relación a cada área se describen acciones clave para estimular el cambio y obtener progresos.

En el área de la igualdad en la toma de decisiones, la Estrategia reconoce que, a pesar de constituir casi la mitad de la mano de obra y más de la mitad de los nuevos licenciados universitarios de la UE, las mujeres, en la mayoría de los Estados, siguen estando infrarrepresentadas en los procesos y puestos de decisión, en especial en los niveles más altos. Motivo por el cual, se restablece como una acción clave el estudio de iniciativas específicas para mejorar el equilibrio de los sexos en la toma de decisiones, toda vez que «las investigaciones evidencian que la diversidad es rentable, y que hay una correlación directa entre la presencia de mujeres en posiciones directivas y el rendimiento de las empresas».

b) Compromiso europeo: Más mujeres en los Órganos Directivos

A través de este Compromiso, propuesto en marzo de 2011, se busca romper con el denominado «techo de cristal» que sigue impidiendo a las mujeres acceder a los puestos de dirección de las mayores empresas de Europa. A tal efecto, se exhorta a las empresas cotizadas para que se comprometan voluntariamente a aumentar la proporción de mujeres en sus consejos de administración hasta el 40% para el año 2020.

c) Resolución del Parlamento Europeo sobre las mujeres y la dirección de empresas[26]

En esta Resolución se señala que las medidas proactivas adoptadas por el sector privado con el objetivo de lograr una mayor representación femenina, como las dirigidas a valorizar los recursos humanos en las empresas con mi-

de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010); Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015.

[25] COM (2010) 491 final –No publicada en el Diario Oficial–, de 21 de septiembre de 2010.

[26] Texto aprobado 2010/2115 (INI).

ras a realizar un mejor seguimiento de la carrera de las mujeres o la creación de redes que impulsen la participación y la promoción de dichas, han resultado ser insuficientes para transformar su situación en las empresas, ya que siguen estando infrarrepresentadas en los órganos de dirección de éstas. En este sentido, se insta a las empresas a alcanzar el porcentaje crítico de un 30% de mujeres entre los miembros de los órganos de dirección para 2015 y de un 40% para 2020.

d) Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la UE[27]

Una vez más, el Parlamento solicita a la Comisión que, ante los pocos avances que se han alcanzado en el año 2011 en cuanto a la implementación de medidas por parte de las Empresas y los Estados miembros tendentes a equilibrar la participación de hombres y mujeres los puestos de responsabilidad de las empresas, se adopten propuestas legislativas concretas que incluyan la introducción de cuotas a fin de aumentar la representación femenina en los consejos de administración hasta el 30% en 2015 y el 40% en 2020, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, las responsabilidades de los Estados y sus peculiaridades económicas, jurídicas, estructurales y regionales.

En el ámbito internacional, las Naciones Unidas también ha reconocido que, a pesar de los éxitos alcanzados mediante la integración de principios y acciones a favor de la responsabilidad empresarial, la participación plena de las mujeres en el sector privado –desde el puesto de Director Ejecutivo a la plantilla industrial y la cadena de suministros– sigue siendo una utopía. Por lo cual, considera como necesario que los Estados garanticen una participación femenina suficiente –30% o más– en los procesos de toma de decisión y de dirección a todos los niveles y en todos los sectores económicos[28].

No obstante, estas iniciativas no han aportado ningún avance palpable (apenas se ha logrado en los últimos años una mejora anual de 0,6%[29]). Los datos muestran que existe una gran distancia entre la proporción de mujeres que trabajan y las que están a nivel directivo en todos los Estados. Las mujeres ocupan un cuarto de los escaños en los consejos de las grandes empresas

[27] Texto aprobado (2011/2244(INI)), 13 de marzo de 2012.

[28] Principios para el Empoderamiento de las Mujeres. La igualdad es un buen negocio (marzo de 2010).

[29] Empero, es necesario destacar que se produjo una ligera mejora de 1,9% entre octubre de 2010 y enero de 2012, vinculada al intenso debate público iniciado por la Comisión y por el Parlamento Europeo para acelerar el ritmo de cambio. Vid.: Comisión Europea: *Women in economic decision-making in the EU: Progress Report*, Luxemburgo, 2012, p. 11.

que cotizan en Finlandia, Letonia y Suecia, y poco más de una quinta parte en Francia. Hay menos de una de cada 10 en Irlanda, Grecia, Estonia, Italia, Portugal, Luxemburgo, Hungría, menos de una de cada 20 en Chipre y alrededor de una de cada 30 en Malta[30].

Esta desigual representación femenina en los consejos de administración se debe a que las medidas adoptadas por los Estados no son homogéneas, sino que, por el contrario, se sitúan dentro de un espectro que va desde las cuotas jurídicamente vinculantes acompañadas de sanciones hasta la autorregulación en sectores concretos.

Hasta la fecha, tres Estados miembros (Francia[31], Italia y Bélgica) han introducido, en 2011, un sistema de cuotas jurídicamente vinculante, que incluye sanciones, siguiendo el ejemplo de Noruega, país pionero en el ámbito de la adopción de cuotas de representación de las mujeres[32]. Países Bajos y España también han adoptado medidas legislativas que prevén cuotas en favor del género menos representado, aunque no se sanciona su incumplimiento. En Dinamarca, Finlandia, Portugal, Grecia, Austria y Eslovenia sólo se aplican cuotas para la representación femenina en los consejos de administración de las empresas de titularidad pública. En los demás Estados, que no han consagrado ninguna medida obligatoria, se han adoptado acciones de carácter voluntario que promueven la representación de las mujeres en los

[30] Ibídem.

[31] En Francia se ha aprobado la *Loi 2011-103 relative* à la représentation equilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle, de 27 de enero de 2011, por la que se establece una cuota del 20%, a cumplir en el año 2014 y otra del 40%, para el año 2017. El primero de estos objetivos ya ha sido cumplido y se considera que se logrará el segundo incluso antes del lapso otorgado por la ley. Para un mayor análisis de este tema véase: RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles, op. cit.*; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: «Ley núm. 2011-103 de 27 de enero, relativa a la representación equilibrada de mujeres y hombres en el seno de los consejos de administración y vigilancia de la igualdad profesional»; en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2011, núm. 36, pp. 539-542.

[32] El caso noruego es el más emblemático a nivel europeo, ya que gracias a la aprobación de una cuota legislativa del 40% de representación de ambos sexos en los consejos de administración de las empresas, la participación femenina aumentó de forma considerable de 15,9% en 2004 a 37% en 2007, y finalmente llegó a la meta del 40% en 2008. Actualmente, Noruega es el país europeo con mayor presencia de mujeres en los consejos de las empresas cotizadas. Véase: HOEL, M., «The quota story: five years of change in Norway», en AA. VV. *Women on Corporate Boards of Directors: International Research and Practice,* Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2008, p. 84 ss.; Comisión Europea: *Women in economic decision-making…* op. cit., p. 9 ss.; SWEIGART, A., «Women on Board for Chance: The Norway Model of Boardroom Quotas As Tool For Progress in the United States and Canada», en Northwestern Journal of International Law and Business, núm. 4, 2012, pp. 81-115.

puestos superiores de gestión (por ejemplo: Dinamarca, Alemania, Luxemburgo, Polonia, Suecia y el Reino Unido)[33].

Estas discrepancias en los ordenamientos jurídicos nacionales han generado, además de un desequilibrio de género en la toma de decisiones económicas según los Estados miembros, un obstáculo al mercado interior al imponer a las empresas cotizadas en la UE unos requisitos divergentes en relación con su gobernanza empresarial. Por lo cual, la Comisión en su Comunicación titulada: «El Equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», considera necesaria la realización de una acción legislativa a nivel de la UE para mejorar el equilibrio de género en los consejos de las empresas cotizadas de forma estructural e irreversible.

En este contexto, se propone la adopción de una Directiva, que tiene por objeto promover la igualdad de género en la toma de decisiones económicas y aprovechar plenamente la totalidad de candidatos capacitados existente, a fin de alcanzar una representación de los sexos más equitativa en los consejos de administración de las empresas, contribuyendo con los objetivos de la Estrategia Europa 2020[34].

3.2. *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, de 14 de noviembre de 2012*[35]

Como se ha evidenciado hasta ahora, el interés por alcanzar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres ha sido, desde hace varios años, un

[33] Vid.: Comisión Europea: *Women in economic decision-making in the EU: Progress Report…, op. cit.*, pp. 17 ss. Además este texto, en los últimos años, la Comisión ha presentado varios estudios en los que se hace un balance de la situación relativa a la diversidad de género en la toma de decisiones económicas en la UE: *More women in senior positions. key to economy stability and growth* (2010); *The Gender Balance in Business Leadership* (2011); y, *Progress on equality between women and men in 2011* (2012).

[34] (COM (2010) 2020 final). La Estrategia reconoce que Europa necesita utilizar plenamente su potencial laboral con el fin de hacer frente a los retos de una población envejecida y al incremento de la competencia mundial. Para ello fija el objetivo principal de alcanzar una tasa de empleo del 75% de las mujeres y hombres de 20 a 64 años de edad en 2020.

[35] COM(2012) 614 final. Aunque ha generado muchas críticas este documento estratégico ha sido acogido favorablemente por el Comité Económico y Social Europeo a través del Dictamen sobre la 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, de 9 de mayo de 2012 (2013/C 133/13), y por el Comité de las Regiones en el Proyecto de Dictamen sobre la Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores

objetivo fundamental de la UE. Una muestra de ello es la Propuesta de Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines.

Con este texto normativo se pretende avanzar hacia la consecución del equilibrio de género en los consejos de administración de las mayores empresas de los Estados de la UE, por considerar que la no utilización de las competencias de las mujeres altamente capacitadas constituye una pérdida de recursos humanos y, por ende, de potencial crecimiento económico[36].

A tal efecto, en el artículo 4, se propone la adopción de una medida de discriminación inversa (cuota) cuyo objetivo mínimo es alcanzar una presencia del 40% del género menos representado entre los administradores no ejecutivos en los consejos de administración de las empresas cotizadas[37], para el año 2020 (o en 2018 si se trata de una empresa pública).

De esta forma, se obliga a las empresas que se encuentren por debajo de este nivel de representación femenina a realizar nombramientos para estos puestos a través de un procedimiento de selección basado en un análisis comparativo de las cualificaciones de cada candidato, aplicando unos criterios preestablecidos, claros, formulados de forma neutra y carentes de ambigüedades[38].

---

no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, de 30 de mayo de 2013.

[36] Esta idea de aprovechamiento de recursos humanos se ha venido reiterando recientemente por parte de las instituciones comunitarias. En este sentido, tanto el Consejo como el Comité Económico y Social Europeo han afirmado que las políticas de igualdad de género son vitales para el crecimiento económico, la prosperidad y la competitividad, por lo cual, es necesario emprender acciones para fomentar la igual participación de las mujeres y los hombres en la toma de decisiones a todos los niveles y en todos los ámbitos, con el fin de aprovechar plenamente todos los talentos. Vid.: *Pacto Europeo por la Igualdad entre hombres y mujeres para el 2011-2020, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo* sobre el tema «La dimensión de género en la Estrategia Europa 2020» 2013/C 76/02.

[37] La Propuesta se centra en las empresas cotizadas, debido a su importancia económica, su mayor visibilidad y a que sientan las normas del sector privado en general. Sin embargo, el Parlamento en su Resolución sobre los efectos de la crisis económica en la igualdad de hombres y mujeres y en los derechos de la mujer (2012/2301 (INI)) insta a la Comisión y a los Estados miembros a que se extienda la aplicación de estas medidas que fomentan el equilibrio entre hombres y mujeres en las pequeñas y medianas empresas.

[38] Dentro de estos criterios, generalmente, suele otorgársele un valor especial a la antigüedad que el candidato tenga en el sector empresarial. Situación que, a nuestro entender, debe ser superada porque afecta en mayor medida a las mujeres que nunca conseguirán cumplir con este requisito hasta tanto no existan políticas de conciliación adecuadas que les permitan desarrollar su carrera profesional en igualdad de condiciones que los hombres. En este sentido, véase: Rodríguez González, A.: *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles,* op. cit., p. 23.

Para cumplir dichos objetivos se establece que, en primer lugar, las cuotas deben ser vinculantes y, en segundo lugar, deben ir acompañadas de un sistema de sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias en caso de incumplimiento, que podrían incluir, entre otras, que un órgano judicial pueda imponer multas administrativas o declarar la nulidad o anulación del nombramiento o la elección de los administradores no ejecutivos que incumplan las disposiciones nacionales (artículo 6).

En la recientemente aprobada Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva se amplía este catálogo de sanciones y se incluyen: I) la exclusión de licitaciones públicas; II) la exclusión parcial de la concesión de financiación con cargo a los Fondos Estructurales de la Unión; y, III) la disolución obligatoria de la empresa implicada, dispuesta por un órgano judicial competente, en caso de infracción grave y reiterada[39].

La regulación de las cuotas se justifica, toda vez que la práctica de los Estados revela que el éxito de este tipo de medidas se ha producido, fundamentalmente, en aquellos países que no han propiciado un modelo de *comply or explain,* sino que por el contrario, han preferido establecer un catálogo de sanciones en caso de incumplimiento. Así, mientras que en Noruega la participación alcanza el 42%, en Países Bajos y España, a pesar de haberse adoptado cuotas legislativas, no se ha visto ningún incremento importante en la participación de las mujeres en los puestos de dirección, llegando a contar sólo con un 25% y 15%, respectivamente[40].

La Propuesta normativa *in comento* ha reavivado el debate de la posible inconstitucionalidad de las cuotas femeninas por considerar que atentan contra el derecho de igualdad, de propiedad y de libertad de empresa.

En este punto es necesario dejar claro que, a nuestro juicio, la cuota, en modo alguno, atenta contra el derecho de igualdad ni produce una segunda

[39] Véase: Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2013, sobre la 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 (enmiendas 39, 60 y 61). A juicio de la Comisión, esta modificación propuesta por el Parlamento es desproporcionada y, por tanto, no debe ser incluida en el texto final de la Directiva. Vid.: Posición de la Comisión sobre las enmiendas del Parlamento Europeo, visto en: http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2012/0299%28COD%29&l=EN#tab-0 (02.06.2014)

[40] Vid.: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/business-finance/supervisory-board-board-directors/index_en.htm (visto el 02.06.2014). En el mismo sentido: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada "El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", Bruselas, 2012, COM(2012) 615 final, p. 8

discriminación injustificada porque no se vulnera el criterio más relevante en la selección de puestos de trabajo, esto es, el mérito. En la Propuesta se consagra expresamente que, habiendo candidatos de ambos géneros con la misma cualificación se dará prioridad al candidato del sexo menos representado a menos que una evaluación objetiva, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona, incline la balanza a favor del candidato del otro género[41].

Asimismo, se exige la introducción de criterios claros, neutros y carentes de ambigüedades en los procedimientos de selección de los cargos de dirección de las empresas, por considerar que, en el ámbito empresarial, a menudo, la escogencia de candidatos se limita a un grupo de personas muy restringido y los administradores no ejecutivos, con frecuencia, se contratan a través de un «círculo de viejos amigos» entre los contactos personales y empresariales de los miembros del consejo. Precisamente, son estas prácticas inadecuadas de contratación para puestos en los consejos las que contribuyen a perpetuar la selección de miembros con características similares.

El sistema de cuotas pone así el peso de la contratación no sobre la mujer en particular, que evidentemente cuenta con todas las capacidades para ocupar un cargo de esta naturaleza[42], sino en aquellos que controlan el proceso de selección/contratación[43].

En otro orden de ideas, en lo que al derecho de propiedad y libertad de empresa se refiere, reconoce la Propuesta en su exposición de motivos que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, se justifica la implementación de la cuota toda vez que se centra en los administradores no ejecutivos, los cuales, aun siendo elementos importantes, especialmente por lo

[41] La cuota es así perfectamente compatible con la jurisprudencia del TJUE en materia de acción positiva, que expresa que en algunos casos se puede conceder prioridad al género menos representado en la selección para el acceso al empleo o a la promoción, siempre que el candidato del género menos representado tenga la misma cualificación que su competidor del otro género en términos de adecuación, competencia y rendimiento profesional, que la prioridad no sea automática e incondicional sino que pueda ignorarse si existen motivos específicos que inclinen la balanza en favor del otro candidato individual del otro género, y que la candidatura de cada uno de los aspirantes haya sido objeto de una valoración objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos al a persona de los candidatos. Asuntos: C-450/93 Kalanke (1995), C-409/95 Marschall (1997), C-158/97 Badeck (2000), C-407/98 Abrahamsson (2000).

[42] Actualmente, las mujeres representan cerca del 60% de los licenciados universitarios en la UE. Lo que es más relevante, la iniciativa de las facultades de empresariales europeas «Mujeres en el consejo» logró identificar más de 8000 mujeres, altamente cualificadas (cumplen con todos los rigurosos criterios de Gobierno Corporativo según lo definido por las empresas que cotizan en bolsa), con experiencia profesional y dispuestas a asumir una plaza en un consejo de administración. Vid.: http://www.edhec.com/html/Communication/womenonboard.html#KLINK (consultado el 8.1.2013).

[43] Vid.: Dahlerup, D., *About quotas*, 2006. Vid.: http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm (visto el 7.1.2013).

que respecta a la gobernanza de las empresas, no intervienen en la gestión cotidiana de estas.

Sobre este particular, creemos que la disposición es deficiente. Al afectar únicamente a los administradores no ejecutivos la cuota pierde eficacia porque no se aumenta la representación femenina en los verdaderos núcleos de poder de la empresa (donde apenas existe un 12% de mujeres en toda la UE)[44].

Originalmente la Comisión recomendó que la cuota abarcase tanto a los administradores ejecutivos como no ejecutivos, estimándose que sería la forma más conveniente para aumentar la participación de la mujer en los consejos, así como para generar beneficios económicos y sociales (evidentemente la incidencia en el derecho de libertad de empresa sería mayor, que no desproporcionada). Sin embargo, y luego de las reticencias que generó esta disposición, la afectación a los administradores ejecutivos se redujo a una mera recomendación.

Resulta cuanto menos curioso, el hecho de que se critiquen las cuotas de género como injerencia a la libertad de empresa, pero se dejen de lado otras cuestiones tanto o más relevantes en este sentido, como son los diferentes instrumentos jurídicos europeos que dan paso a la posibilidad de que los trabajadores tengan derecho no sólo a participar en los consejos de administración, sino a tomar decisiones en las mismas condiciones que el resto de los miembros[45].

Con todo, es importante resaltar que las cuotas femeninas no obligan a elegir personas determinadas, sino a que quien resulte elegido cumpla con ciertos requisitos que garanticen los diversos intereses y derechos en liza (derecho de información de socios, derecho de las minorías a ser oídas o, incluso, representadas, etc.)[46].

Finalmente, se incluye en la Propuesta una obligación a los Estados miembros de exigir a las empresas cotizadas que faciliten anualmente información a las autoridades nacionales competentes (dos años después de adoptada la cuota) sobre la representación de géneros en sus consejos. Cuando la

---

[44] Vid.: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-decision-making/database/business-finance/executives-non-executives/index_en.htm

[45] En este sentido, véase: Senent Vidal, M., «Equidad de género en la responsabilidad social empresarial», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, núm. 67, pp. 203-211; Mercader Uguina, J., «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2005, núm. 57, pp. 281-302; Esteban Velasco, G.: «Interés social, Buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)», en AA.VV. *Responsabilidad social corporativa*, Universitat Jaume I, Castellón, 2005, p. 56.

[46] Cfr.: Senent Vidal, M. en García Ninet, J. (dir.) *Comentarios a la Ley de Igualdad… op. cit.*, p. 546.

empresa no haya alcanzado el objetivo, esta información deberá incluir los motivos por los que no se hayan alcanzado los objetivos o compromisos y una descripción de las medidas que la empresa ha tomado o tiene intención de tomar en el futuro para cumplir con dichos (artículo 5).

4. COMPARATIVA DE AMBOS TEXTOS NORMATIVOS

Tanto en el derecho español como en el de la UE se ha regulado, a través de una norma jurídica, la representación equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las empresas. En el caso español, mediante la LOI de 2007 y en el europeo con la Propuesta de Directiva de 2012.

Ambos textos establecen la misma cuota de representación femenina (40%), sin embargo, el contenido de la Propuesta es mucho más ambicioso puesto que se obliga y no se recomienda como en la LOI, de modo que el incumplimiento de la cuota en el plazo señalado por la disposición acarrearía la posible imposición de multas administrativas, la declaración de nulidad o anulación del nombramiento realizado.

Esta es la principal diferencia entre el caso español y el europeo. La Propuesta, a partir del análisis de la evidencia favorable en otros países, opta por establecer una medida de forzoso cumplimiento obviando así el modelo *comply or explain*, típico de las reglas de buen gobierno corporativo, que deja a la discrecionalidad de la empresa la observancia o no de la cuota[47].

También son diferentes las referencias que se realizan al mérito y la cualificación. Mientras que en la Exposición de Motivos de la LOI se hace una

[47] Sin embargo, consideramos que es más provechoso fomentar la presencia equilibrada que sancionar la resistencia a su consecución, y en este aspecto la LOI, prevé una serie de incentivos que no consagra la Propuesta. Así el artículo 34 señala: 1. Anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

En el Acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones.

2. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

breve mención al respecto, en la Propuesta no sólo se hace referencia en el articulado a dichos sino que se consideran como elementos fundamentales a tener en cuenta en el momento de la selección del candidato/a.

Esta disposición cobra importancia, toda vez que, en el ámbito empresarial, las prácticas inadecuadas de contratación para puestos en los consejos de administración han contribuido a perpetuar la selección de miembros con características similares (generalmente del sexo masculino), trayendo como consecuencia el mantenimiento de barreras estructurales que impiden a las mujeres, en comparación con los varones, ocupar altos cargos en las empresas.

Otra discrepancia, que deriva de la propia naturaleza recomendatoria del artículo 75 de la LOI, es el hecho no se establece ningún mecanismo que controle (una vez finalizados los ocho años) el cumplimiento de la cuota en los consejos de administración. Por el contrario, en la Propuesta se incluye una obligación a los Estados miembros de exigir a las empresas cotizadas que faciliten anualmente información a las autoridades nacionales competentes (dos años después de adoptada la cuota) sobre la representación de géneros en sus consejos y las medidas que se hayan tomado para aumentar la presencia femenina en dichos.

En cuarto lugar, en ambos textos se exige mayor cumplimiento de la cuota a las empresas públicas, por considerar que en ellas los Estados ejercen una influencia dominante y, por consiguiente, disponen de más instrumentos para propiciar el cambio con mayor rapidez. Aunado al hecho de que es el Estado el principal garante de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con la LOI que no prevé específicamente los consejeros que se refiere (cuestión que da a entender que puede alcanzar tanto a los dominicales, ejecutivos o independientes) la Propuesta expresa de manera inequívoca que sólo se aplicará a los consejeros no ejecutivos, a fin de limitar la posible afección a la libertad de empresa.

Finalmente, tanto en la LOI (artículo 73) como en la Propuesta (artículo 5) se consagra la posibilidad de que las sociedades adopten voluntariamente medidas adicionales a las cuotas (económicas, asistenciales, comerciales, etc.) destinadas a promover la igualdad de género en el ámbito empresarial.

5. CONCLUSIONES

Una vez analizadas las disposiciones sometidas a consideración, es evidente que el modelo de cuotas femeninas en el ámbito empresarial propuesto por la UE es más garantista que el español, toda vez que se trata de una medida obligatoria y no simplemente de una mera recomendación característica de la Responsabilidad Social Corporativa.

En este sentido, en caso de que se apruebe la Propuesta, la normativa española debe abandonar el modelo *comply or explain* y en su lugar introducir

una verdadera cuota obligatoria cuyo incumplimiento conduzca a una serie de sanciones. No es que se menosprecie el avance que significó la LOI para la consecución de la igualdad real efectiva entre hombres y mujeres, pero, como hemos señalado, presenta algunas carencias en cuanto al procedimiento previsto por el legislador para lograr la presencia equilibrada en los consejos de administración de las empresas.

En efecto, la experiencia de algunos Estados miembros demuestra que las cuotas obligatorias son necesarias para lograr un avance en la incorporación de la mujer en la toma de decisiones económicas, puesto que, está claro que sin la existencia de dichas las mujeres no llegarían a ciertos puestos de poder, incluso estando mejor cualificadas que sus compañeros varones. El problema no radica en la falta de cualificación femenina, sino en las mentalidades derivadas de una sociedad patriarcal que concibe a la mujer como incapaz de dirigir una empresa por sí misma[48].

Ciertamente, a través de la adopción de cuotas vinculantes se busca impulsar un cambio en esa mentalidad[49]. Los datos indican que los mayores avances se han producido en aquellos países donde existen medidas legislativas, tales como: Francia que adoptó una cuota vinculante en enero de 2011 y vio la mejora más notable (10%) de toda la UE y Eslovenia que logró un aumento del 6% de representación femenina en los consejos de administración. Mientras que en Letonia y Polonia el ascenso no alcanza ni el 2%[50].

Junto con estas medidas (tanto a nivel europeo como español) es necesario instaurar un conjunto de acciones específicas dirigidas tanto a la modificación de la cultura organizacional como a desarrollar políticas de conciliación de la vida profesional y la vida familiar[51]. Si únicamente se adoptan las

[48] Tal y como expresó la presidenta de la Confederación de empresas de Francia (MEDEF), Laurence Parisot, en un discurso pronunciado ante la Asamblea del Comité Económico y Social Europeo en 2012: «Las cuotas no deberían ser necesarias, pero son la única forma de superar los prejuicios de los hombres hacia las incompetencias de las mujeres». En el mismo sentido véase: Comisión Europea: *Report on Progress on equality between women and men in 2012*, Bruselas, 2013. COM(2013) 271 final y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «El equilibrio entre hombres y mujeres… », *op. cit.*, p. 14.

[49] Vid.: Rodríguez González, A.: *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles…, op. cit.*, p. 7.

[50] Vid.: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «El equilibrio entre hombres y mujeres…», *op. cit.*, p. 9-10.

[51] Estas políticas de conciliación son importantes porque mientras que las mujeres sigan condicionadas por su papel de madres, y unido a dicha condición su rol de cuidadoras, difícilmente van a poder ser tomadas en cuenta para incorporarse a los centros de la toma de decisiones (económicas, sociales, políticas, etc.) en igualdad de condiciones que el varón. Ahora bien, dichas medidas deben estructurarse con miras a incluir a la mujer al

cuotas para promover la contratación o promoción de mujeres en el ámbito empresarial y, al mismo tiempo, no se inician acciones en otros sectores, principalmente la educación y formación profesional, en los que, en la mayoría de los casos, nacen las prácticas y comportamientos discriminatorios, la medida puede convertirse en un remedio insuficiente.

Con la introducción de las cuotas de género en el espacio económico se quiere eliminar de raíz una jerarquía de género «artificialmente creada» y, por lo mismo, «artificialmente modificable». Las cuotas, tal y como se conciben en la Propuesta –respetuosas del principio de mérito y únicamente en casos donde exista una infrarrepresentación del sexo– no atentan contra el derecho de igualdad ni contra la libertad de empresa.

Este tipo de acciones deben ir forzosamente dirigidas a alcanzar un verdadero cambio en las mentalidades, actitudes y conductas que incitan la situación de desigualdad, a fin de situar a todos los miembros de la sociedad (tanto hombres como mujeres) en las mismas condiciones de participación de aquellos bienes que se consideran escasos. En la medida en que se quiebren los antiguos modelos de segregación y jerarquía y se abran oportunidades para todos los grupos y minorías, tendremos una sociedad más justa y equitativa, en la que las cuotas serán un mecanismo totalmente innecesario, pero hasta entonces su adopción, a pesar de suscitar gran controversia, ha demostrado ser precisa y eficaz.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALIMO-METCALFE, B.: «An investigation of female and male constructs of leadership and empowerment», en *Women in Management Review*, núm. 2, 1995, pp. 3-8.

BURKE, R.: «Women directors: selection, acceptance and benefits of board membership», en *Corporate Governance*, núm. 3, 1997, pp. 118-125.

CAMPUZANO LAGUILLO, A.: «La presencia equilibrada de hombres y mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles», en I. García-Perrote Escarín y J. Mercader Uguina (coords.): *La Ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

CARTER, N. Y SILVA, C.: «The Myth of the Ideal Worker: Does Doing All the Right Things Really Get Women Ahead?», *Catalyst Report*, 2011.

CATALYST: *The Double-Blind Dilemma for Women in Leadership: Damned if You Do, Doomed if You Don't*, New York, 2007.

espacio público pero también al hombre *verdaderamente* en el ámbito privado, puesto que, en caso contrario, estarían reafirmando el estereotipo de que el cuidado de los hijos corresponde en exclusiva a las madres. SALAZAR BENÍTEZ, O.: *Cartografías de la igualdad: ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 122.

COMISIÓN EUROPEA: *Women in economic decision-making in the EU: Progress Report*, Luxemburgo, 2012.

——— Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», Bruselas, 2012. COM (2012) 615 final.

——— Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas», Bruselas, 2001, COM (2001) 366 final.

——— *Report on Progress on equality between women and men in 2012*, Bruselas, 2013. COM (2013) 271 final.

DAHLERUP, D.: *About quotas*, 2006. http://www.quotaproject.org/aboutQuotas.cfm

EMBRID IRUJO, J.: «Los aspectos mercantiles de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en AA.VV. *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008.

ESTEBAN VELASCO, G.: «Interés social, Buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)», en AA.VV. *Responsabilidad social corporativa*, Universitat Jaume I, Castellón, 2005.

HOEL, M.: «The quota story: five years of change in Norway», en AA. VV. *Women on Corporate Boards of Directors: International Research and Practice,* Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2008.

MÁRQUEZ LOBILLO, P.: «Consideraciones acerca de la incorporación de la mujer a los consejos de administración tras la Ley Orgánica de Igualdad», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 32, 2009, pp. 279-291.

MATEU DE ROS CEREZO, R.: *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

MERCADER UGUINA, J.: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2005, núm. 57, pp. 281-302.

OALKLEY, J.: «Gender-based Barriers to Senior Management Positions: Understanding the Scarcity of Female CEOs», en *Journal of Business Ethics*, núm. 27, 2000, pp. 321-334.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A.: «Ley núm. 2011-103 de 27 de enero, relativa a la representación equilibrada de mujeres y hombres en el seno de los consejos de administración y vigilancia de la igualdad profesional»; en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2011, núm. 36, pp. 539-542.

——— *Mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles: una aproximación al Derecho francés*, Valladolid, 2011.

SALAZAR BENÍTEZ, O.: *Cartografías de la igualdad: ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SENENT VIDAL, M.: «El principio de presencia equilibrada en el ámbito del Derecho privado», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*. M. García Rubio y M. Valpuesta Fernández (dirs.), Valencia, 2011.

——— «Equidad de género en la responsabilidad social empresarial», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2007, núm. 67, pp. 203-211.

——— En J. García Ninet (dir.) *Comentarios a la Ley de Igualdad*, CISS, Bilbao, 2007.
Sweigart, A.: «Women on Board for Chance: The Norway Model of Boardroom Quotas As Tool For Progress in the United States and Canada», en Northwestern Journal of International Law and Business, núm. 4, 2012, pp. 81-115.

Title: Female participation on corporate boards: an approach to the proposal for a Directive of November 2012 on improving male and female balance in companies

Resumen: El presente trabajo examina, desde un punto de vista jurídico, la representación femenina en los consejos de administración de las empresas a partir del análisis comparado de la Propuesta de Directiva europea (aprobada, no sin cierta polémica, el pasado 14 de noviembre de 2012) y la normativa española, indicando algunas de sus principales similitudes y diferencias. Asimismo, se estudian los argumentos relativos a la supuesta vulneración del derecho de igualdad y a la libertad de empresa, a fin de estimar la conveniencia de las cuotas para mejorar la situación de la mujer en la toma de decisiones económicas.

Palabras clave: cuotas, representación femenina, consejos de administración, igualdad.

Abstract: The present work examines, from the legal point of view, the female representation in the corporate boards in companies. To address this topic a comparative analysis was made between the European Directive Proposal (approved, with some controversy, on November 14th, 2012) and the Spanish regulation, pointing out some of their similarities and differences. At the same time, arguments about the supposed infringement of the equity and free enterprise rights are studied, in order to estimate the convenience of the quotas for the improvement of the women's situation in the economic decision making.

Keywords: quotas, female representation, corporate boards, equality.

Recibido: 27.09.2013
Aceptado: 26.05.2014

EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELATIVAS AL DERECHO A ELECCIONES LIBRES[1]

Pablo Sánchez-Molina

«*Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo*» Artículo 3 del Protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sumario: 1. Introducción. 2. El Margen de apreciación estatal. 3. Alcance del Margen de Apreciación en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía Citada.

1. INTRODUCCIÓN

Con la fórmula solemne citada al inicio de este trabajo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) recoge el derecho a elecciones libres. Estas constituyen la base para la construcción de un Estado democrático, lo que le dota de una importancia vital al conformar el punto de partida desde el que se desarrollan todos los derechos y obligaciones en las sociedades actua-

[1] El presente trabajo se integra en el Proyecto de investigación de la DGCyT Votex4e «Reforma electoral y derechos de participación de los extranjeros residentes en España: el derecho de sufragio en las elecciones generales, europeas, autonómicas y locales», Referencia DER2012-34411. Agradezco a los miembros del proyecto, en particular a su IP, profesor Ángel Rodríguez (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga), la gran ayuda prestada para su realización.

les así como su marco de actuación, o lo que es lo mismo, el principal límite de los detentadores del poder para que el elemento «democrático» no quede desnaturalizado.

De la lectura del precepto en cuestión se puede extraer los principales compromisos que adquieren los Estados parte del Convenio, a saber: realizar en periodos razonables unas elecciones libres, con voto secreto (no escrutinio secreto, como equivocadamente establece la traducción española del precepto[2]) y que garanticen la libre exteriorización de la voluntad del pueblo.

Dicho precepto, así como la totalidad de los que forman el Convenio, carecería de eficacia jurídica directa sin una instancia encargada de controlar su aplicación. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el garante de que los derechos allí recogidos sean aplicados de forma efectiva, conformando su jurisprudencia el punto de partida de nuestro objeto de estudio. A pesar de que sus resoluciones tengan el carácter de declarativas gozan de una considerable fuerza debido al alto grado de reconocimiento de dicha institución, siendo además un estadio previo a los Estados interesados en formar parte de la UE, así como por el desprestigio que suponen los pronunciamientos negativos de Estrasburgo.

Como es sabido, el TEDH es el encargado de enjuiciar si algún Estado parte ha vulnerado los derechos reconocidos en el Convenio estableciendo, a tal efecto, un mínimo común denominador de protección. Por lo tanto, la protección derivada de su aplicación hace que los Estados parte tengan la obligación de, al menos, regular los derechos recogidos en el mismo conforme a esa mínima protección, no existiendo ningún inconveniente en que las regulaciones de los mismos protejan dichos derechos con una mayor amplitud.

Sin embargo, al ser la finalidad principal del TEDH establecer una mínima protección que sea efectivamente respetada por sus destinatarios y que, por lo tanto, sus resoluciones no queden en papel mojado, el propio Tribunal reconoce en los supuestos en los que no existe un consenso más o menos amplio entre los mismos un margen de apreciación que permitirá a los Estados, en esa ma-

[2] En este sentido García Roca, «La traducción española del Convenio dicta de ser feliz, pues introduce la expresión «escrutinio secreto» que me parece técnicamente incorrecta. En nuestro Derecho –pero también en la misma lógica intrínseca del proceso electoral– el escrutinio es un momento posterior al de la votación que se realiza antes las Mesas y luego ante las Juntas Electorales. En buena lógica jurídica, el secreto se predica de la forma de expresión del sufragio y sirve a garantizar una libre decisión de cada ciudadano, inmune a coacciones externas, pero no del escrutinio que, por el contrario, debe ser público, ya que la trasparencia del recuento deviene una garantía de la regularidad». En García Roca, J. y Santolaya Machetti, P., *La Europa de los derechos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 907.

teria concreta o en determinados ámbitos de la misma, regularlo internamente conforme a lo que el propio Estado considere, sin abandonar los límites infranqueables dentro de las cuales el propio Tribunal concede dicho margen. Además este tiene la posibilidad de ensancharse o estrecharse dependiendo de la interpretación que haga de él el propio Tribunal en el supuesto concreto.

Pues bien, el objeto del presente trabajo es el análisis de los casos en los que el TEDH ha aplicado la doctrina del margen de apreciación al derecho a elecciones libres. Para ello, en primer lugar se conformará el marco teórico dentro del cual se desenvuelve el margen de apreciación; a continuación, nos centraremos en conocer cuál ha sido su aplicación en relación con el derecho a elecciones libres; ello nos permitirá, finalmente, identificar la existencia de pautas específicas en la aplicación de dicho margen de apreciación a este derecho y concretar los límites que Estrasburgo impone a su uso.

2. EL MARGEN DE APRECIACIÓN ESTATAL

Como es bien sabido, en el transcurso de las dos guerras que asolaron Europa durante la primera mitad del siglo XX, y como consecuencia de los abusos producidos, tuvieron lugar numerosas violaciones de Derechos Humanos. Tras estos acontecimientos, algunos Estados de Europa Occidental llegaron a la conclusión de que lo sucedido no podía volver a repetirse. Para ello, se plantearon la creación de un espacio común dentro del cual se protegieran una serie de derechos imprescindibles para la convivencia democrática[3]. Bajo este prisma nació en 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuya redacción original se incluyeron una serie de derechos comunes a las sociedades democráticas contemporáneas. Entre otros destacan el derecho a la vida, a la libertad deambulatoria, de pensamiento, reunión y expresión, y a un recurso efectivo. Se incorporaron también un conjunto de prohibiciones (contra la esclavitud, la tortura y la discriminación) y el principio de legalidad penal, en virtud del cual no hay pena sin ley. Con el paso del tiempo se fueron incorporando nuevos derechos a través una serie de protocolos. Entre éstos, destacan la protección de la propiedad, el derecho a elecciones libres, a la educación, a un recurso penal, a no ser doblemente condenado por una misma infracción y la abolición de la pena de muerte.

Dichos protocolos no fueron la única vía mediante la que el Convenio ha ido evolucionando, en esta tarea el TEDH ha tenido, y continua teniendo, una

[3] «Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales», Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, hecho en Roma. Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979, Boletín Oficial del Estado, 10 de octubre de 1979, n.º 243, p. 23564.

importancia capital. Este es creado a través del artículo 19 del Convenio para asegurar el acatamiento de las obligaciones derivadas del mismo para con los estados signatarios. A raíz de su jurisprudencia se ha ido conformando una interpretación que ha ayudado notablemente en la evolución de los derechos reconocidos. Dicha evolución interpretativa ha configurado una medida para dar solución a la aparente contradicción entre soberanía nacional y el reconocimiento de una serie de Derechos Humanos a nivel europeo. Nace así la doctrina del margen de apreciación nacional. Esta figura conforma el anclaje teórico sobre el que se sustentará toda esta investigación.

La primera ocasión en que el TEDH fundamentó esta doctrina fue en el Caso *Handyside*[4]. El TEDH consideró que en un ámbito en el que no había una posición uniforme entre los Estados parte, como era la protección de la moral, las autoridades nacionales gozaban de un cierto margen de apreciación al estar en una mejor posición para decidir. Es decir, el TEDH concede a los Estados una cierta deferencia al aplicar las restricciones a derechos fijadas en el Convenio en ámbitos en los que no existe un consenso europeo. Deferencia que no es absoluta, correspondiendo al propio Tribunal la consideración de la idoneidad de su uso a través de un juicio de proporcionalidad. Asimismo, en el Caso *Sunday Times* se concretó la fundamentación dada al hacerse depender su amplitud del grado de objetividad de los fines perseguidos (a más, menor margen)[5].

Existen muchas y muy buenas investigaciones nacionales e internacionales sobre la doctrina del «margen de apreciación nacional»[6]. En estas, el

[4] Caso *Handyside* contra Reino Unido, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, en esta ocasión el TEDH consideró que quedaba comprendido dentro del margen de apreciación estatal y que, por lo tanto, era conforme con el artículo 10 del Convenio la prohibición de publicación de *The Little Redbook for Students* al considerarse que la restricción de la libertad de expresión estaba justificada al ser necesaria en una sociedad democrática para la protección de la moral. Dicha prohibición se sustentó en la consideración de que el manual, destinado a menores, atentaba contra la moral pública al tratar cuestiones acerca de sexo, drogas, etc.

[5] Caso *Sunday Times* contra Reino Unido, Sentencia de 26 de abril de 1979, en la que no fue considerada proporcional la prohibición hecha por las autoridades británicas al periódico Sunday Times de publicar cierta información sobre los efectos secundarios producidos por la Talidomida. El Tribunal consideró que la medida no era proporcional al fin perseguido, este es, garantizar la autoridad del poder judicial, estableciendo que la amplitud del margen era menor que en el caso Handyside al corresponder dicha garantía a un fin mucho más objetivo.

[6] Veáse Arai-Takahashi, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Nueva York, 2002; De Gouttes, R., «La théorie de la marge d'appreciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, nº 24, 1995, pp. 566-614; Galetta, D., «Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra principio di necessarietà e doctrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza

margen se define como «the breadth of deference»[7] o un «espacio de maniobra»[8] que el TEDH otorga a las autoridades nacionales. Además desde la doctrina española se ha conceptuado como una «regla de no decisión», una «suerte de deferencia europea hacia la decisión interna (…) derivado de la prudencia y la subsidiariedad inherente a la protección internacional»[9].

Hay que tener en cuenta que la finalidad del CEDH, como ya quedó dicho anteriormente, es la protección de una serie de derechos imprescindibles para la convivencia democrática. Su jurisdicción asegura exclusivamente un mínimo común por lo que cualquier actuación sobreprotectora por parte de los Estados quedará amparada, como no podía ser de otro modo, por el propio CEDH. Todo ello lleva a afirmar que el sistema de protección de Derechos Humanos instaurado por el Convenio impone una homogeneización de un mínimo exigido en los derechos allí reconocidos. Homogeneización que implica integración, dotando al Convenio de la característica de ser un sistema de protección internacional *sui generis.*

A pesar de ello, en ocasiones, el TEDH puede establecer que no se ha violado el Convenio ante ciertas actuaciones de los Estados parte que renuncia a enjuiciar. Para llegar a este resultado aparentemente contradictorio el Tribunal hace referencia al margen de apreciación nacional. Así, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias, el juicio de Estrasburgo declara su conformidad respecto de ciertas actuaciones, regulaciones o fallos de los tribunales de los Estados parte que *a priori* irían en contra de los derechos allí protegidos.

Se puede justificar el uso de la doctrina del margen de apreciación en base a dos argumentos. Conforme al primero de ellos, el CEDH y sus respectivos

effettiva del principio», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 3-4, 1999, pp. 743-771; García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010; Yourow, H., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, Kluwer Law International, La Haya/Boston/Londres, 1996.

[7] Definición de Yourow basándose en la dada por el TEDH en el caso Sunday Times contra el Reino Unido que se analizará a continuación. «It can be defined as the the breadth of deference the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before they will disallow a national derogation from the Convention, or before they will find a restriction of a substantive Convention right incompatible with a State Party›s obligations under the Convention.» Yourow, H., «The Margin of Appreciation Doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence», *Connecticut Journal of Int'l Law,* Vol. 3:111, 1987, p. 118.

[8] Greer, S., *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000, p. 5. También citado en García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010, p. 108.

[9] García Roca, J. (2010), pp. 113-114.

protocolos son ratificados por los diferentes Estados del mismo modo que el resto de tratados internacionales, conformando este una protección subsidiaria. Aun así, la jurisdicción de Estrasburgo se ha ido constituyendo como un verdadero amparo europeo, como un sistema de protección cuasi constitucional. Su objeto de protección favorece la integración de los Estados parte así como la homogeneización de sus derechos más significativos en las relaciones entre individuos, los Derechos Humanos. En cuanto al segundo, para lograr un verdadero amparo europeo no basta con contar con excelentes argumentaciones de Estrasburgo sino que estas deben ser satisfechas. Para ello, no se debe perderse de vista su consideración de subsidiaria así como la importancia de lograr un consenso alrededor de su campo de actuación. En base a esta finalidad, el Tribunal hace referencia al margen de apreciación, permitiendo que en ciertos derechos en los que no exista un consenso en su aplicación cada Estado tenga la posibilidad de protegerlo conforme a sus cánones internos. Aun así, no toda regulación estaría protegida por el margen sino que esta dependerá de una serie de factores que serán objetos de un análisis posterior en relación con el derecho a elecciones libres.

En definitiva, nos encontramos ante una figura jurisprudencial que actúa como principio general interpretativo de los derechos del Convenio en los que no existe un consenso en su aplicación entre los diferentes Estados parte. Entre ellos, se encuentran países con diversas realidades sociales, económicas, culturales y, por lo tanto, tradiciones jurídicas muy distintas. En este sentido, el margen posibilita el cumplimiento del mínimo de protección exigido por el Convenio sin quebrar el pacto alcanzado en 1950 y demuestra que en ciertas cuestiones controvertidas existen diferentes formas de aplicar el mismo derecho sin que por ello deba considerarse vulnerado. Todo ello favorece la existencia de un consenso alrededor del mismo, dotando al Convenio de parte de su elevado estatus, y permitiendo que sus resoluciones tengan una fuerza digna de una jurisdicción constitucional. De otro modo la jurisdicción de Estrasburgo conformaría un mero formalismo sin la eficacia práctica (que no teórica) que gozan sus sentencias (recordemos que tienen el carácter de declarativas al igual que muchas otras jurisdicciones internacionales). La trascendencia de la doctrina del margen de apreciación ha conducido a que se encuentre ya en marcha la propuesta de incorporarla como parte expresa del Convenio[10].

En definitiva, el margen de apreciación juega un papel fundamental a la hora de que el Convenio logre el objetivo de ser una suerte de amparo europeo sin deshacerse, a su vez, de su consideración de tratado internacional (única fórmula jurídica por la que podría existir)[11]. Convirtiendo una aparen-

[10] El protocolo número 15 incorporará una referencia al margen de apreciación en el Preámbulo del Convenio.

[11] «En el marco de la dialéctica derechos humanos versus soberanía del Estado, sólo en el supuesto de aplicación de la doctrina del Margen de Apreciación se inclina el Tribu-

te protección internacional al uso en un verdadero sistema cuasi constitucional de protección de los Derechos Humanos[12].

El hecho de que su empleo conlleve importantes beneficios no quiere decir que no cuente con ciertos déficits. Uno de ellos será objeto de estudio en la presente investigación, el carácter impreciso de su uso[13]. Otro, al que hasta ahora la doctrina no le ha dedicado mucha atención, es su aplicación no ya por el TEDH, sino por los tribunales de los propios Estados miembros, en un claro ejemplo de por dónde no debería ir el «diálogo» entre las jurisdicciones nacionales y Estrasburgo[14].

Esta deferencia otorgada por el TEDH a los Estados parte no es absoluta sino que cuenta con ciertas limitaciones que varían en función de una larga lista de factores o «ingredientes» (como han sido denominados por la doctrina), lo que provoca un alto grado de inseguridad jurídica[15]. Por ello, al ser el margen una doctrina de creación jurisprudencial su empleo difiere dependiendo del derecho protegido así como de las ventajas o inconvenientes de su enjuiciamiento en el caso concreto.

En el siguiente epígrafe se analizarán las pautas específicas que objetivan el uso de la doctrina del margen de apreciación en el derecho a elecciones

nal por la defensa de esta soberanía. En el resto de principios jurisprudenciales, la opción es por interpretaciones de la Convención favorables a los derechos humanos», Pastor Ridruejo, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (16ª edición), Tecnos, Madrid, 2012, p. 218.

[12] Dicha idea se desprende del estudio de uno de los mayores especialistas nacionales en la materia, el profesor García Roca, «Ahora bien la verdadera justificación racional de la doctrina del margen parece estar tanto en esta equidistancia entre garantía constitucional y protección internacional subsidiaria, como en la tremenda disparidad cultural de las diversas políticas nacionales (…)», García Roca, J. (2010), p. 218.

[13] En este sentido destacan las aportaciónes de Arai-Takahashi, Y. (2002), p. 189 y Galetta, D. (1999), p. 750. También en García Roca, J. (2010), pp. 118-119.

[14] Respecto de las vicisitudes de ese «diálogo», ver Rodríguez, A., «Hable con él. Las resoluciones del Tribunal Constitucional español previas a las sentencias condenatorias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Primeras reflexiones sobre las dificultades de un diálogo)», en Balaguer Callejón, F. *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 517-564. Asimismo, en general, sobre la relación entre diálogo e integración Rodríguez, A., *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 341-342. Ver también Naranjo de la Cruz, R., «Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y de crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)», *Revista de Derecho Político,* 86, 2013, pp. 81-128.

[15] García Roca visualiza ocho ingredientes comunes en la aplicación del margen de apreciación: su aplicación se hace depender de la inexistencia de una base normativa común, de la naturaleza del derecho, de la obligación conforme al Convenio, de la legitimidad del fin, la naturaleza de la regulación, las circunstancias particulares del caso, del equilibrio entre los intereses generales e individuales, así como la imprevisibilidad de las restricciones legales y la ausencia de control. García Roca, J. (2010), pp. 131-188.

libres. Para llegar a ello, los materiales de trabajo lo conformarán las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que la han aplicado a este derecho.

3. ALCANCE DEL MARGEN DE APRECIACIÓN EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELATIVAS AL DERECHO A ELECCIONES LIBRES

Al analizar las Sentencias de Estrasburgo relativas al derecho a elecciones libres destaca un patrón común, el amplio margen de apreciación concedido. A pesar de esta consideración, dicho margen no es ilimitado sino que corresponde al TEDH pronunciarse acerca del cumplimiento de las exigencias exigidas por el art. 3 del Protocolo adicional del CEDH. La labor realizada en el presente estudio es localizar dichos límites en el magma jurisprudencial así como dar un diagnóstico acerca del grado de precisión de su uso[16].

El reconocimiento del margen varía en función de los factores políticos e históricos propios de cada estado. Se consideran conforme al Convenio multitud de situaciones previstas en las legislaciones electorales estatales siempre que garanticen la libre expresión de la voluntad del pueblo a través de unas elecciones libres, honestas y periódicas[17].

Los límites exigidos en cada supuesto concreto del derecho a elecciones libres dependen, a su vez, del Estado parte que esté siendo enjuiciado. De tal manera, se encuentran dispersos en la jurisprudencia de Estrasburgo los siguientes: la imposibilidad de que los Estados parte reduzcan la protección del derecho hasta alcanzarlos en su propia sustancia y privarlos de su efectividad, evitando decisiones arbitrarias (previsión legal de la medida), persiguiendo un fin legítimo y usando medios proporcionados; la garantía del respeto a la libre expresión del pueblo en las elecciones legislativas lo que implica asegurar la igualdad de trato de todos los ciudadanos; la prohibición de modificaciones en la organización del sistema electoral una vez expresada la libre y democrática elección del pueblo (salvo motivos imperiosos para el orden democrático)[18].

---

[16] «Gozan los Estados en esta materia de un amplio margen de apreciación; pero corresponde al Tribunal resolver, en última instancia, sobre el cumplimiento de las exigencias del Protocolo núm. I» STEDH *Mathieu-Mohin y Clerfayt* (§ 52). También STEDH *Gitonas* (§ 39) y *Podkolzina* (§ 26) « (…) los derechos garantizados por el artículo 3 no son absolutos, que hay lugar para las «limitaciones implícitas», y que los Estados Contratantes gozan de un amplio margen de apreciación en cuando a las condiciones de elegibilidad. Sin embargo, dichas condiciones no deben reducir los derechos electorales hasta el punto de afectarlos en su propia sustancia, deben perseguir un objetivo legítimo, y los medios empleados no deben ser desproporcionados».

[17] En ese sentido, STEDH *Py* contra Francia (§44 a §46).

[18] Para identificar los límites al margen de apreciación, de creación jurisprudencial, ha sido necesario realizar un completo análisis jurisprudencial en la materia. Los casos más relevantes son:

Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica. Se pone en cuestión si respeta el art. 3 del Protocolo adicional del Convenio el hecho de que en un territorio específico perteneciente a la región de Bruselas (Hal Vilvorde) los diputados o senadores elegidos que juran su cargo en francés no puedan participar en los asuntos de interés de aquella región (imposibilidad de pertenecer al Consejo Flamenco) al sólo poder hacerlos los flamencos (neerlandés). Aún así si forman parte del la Cámara con plenas funciones. Esto se debe a que al «pertenecer» esa región particular a la parte flamenca pero poder elegir a representantes de lengua francesa (valones) ellos podrán elegir si integrarse en el grupo francófono y, por lo tanto, sin competencias en Hal Vilvorde o por el contrario en el grupo flamenco, jurando en ese idioma, y si tener competencias en ese territorio.

Caso Matthews contra Reino Unido. La señora Matthews residente en Gibraltar interpone recurso ante el TEDH debido a la imposibilidad de participar en las elecciones al PE (al considerarse, en virtud de la legislación inglesa, que el Acta de 1976 que regula las elecciones al PE no engloba a Gibraltar).

Caso Labita contra Italia. Benedetto Labita fue encarcelado (desde el 21 de abril de 1992 hasta 12 de noviembre de 1994) debido a la consideración de pertenencia a banda mafiosa, siendo la única prueba para tal detención la declaración de otro arrestado mafioso arrepentido (que a su vez se lo había contado un tercero fallecido y a este a su vez otro tercero fallecido) tras un año y medio (y tras numerosos recursos ante diversas instancias para su puesta en libertad) el Tribunal de Trapani lo asolvió por falta de pruebas (sentencia confirmada por el Tribunal de Apelación de Palermo). Una vez puesto en libertad al sujeto se le aplicaron una serie de medidas preventivas excluyendo al demandante de las listas electorales debido a la pérdida de sus derechos civiles.

Caso Selim Sadak y otros contra Turquía. Tras una Sentencia del Tribunal Constitucional turco (*Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi*) en la que se ilegalizaba a un partido político (DEP) por realizar actuaciones contrarias a la constitución (se consideró que había vulnerado la integridad territorial del estado y la unidad de la nación). Los diputados turcos, pertenecientes a ese partido, son apartados de sus funciones. Asimismo fueron condenados por diversos delitos.

Caso Aziz contra Chipre. Se prohíbe ejercer el derecho al voto alegando que, en virtud del art. 63 de la Constitución de Chipre, los miembros de la comunidad turco-chipriota no podían ser incluidos en el censo electoral greco-chipriota. Lo llamativo es que desde el año 1963 debido al control de la parte turco-chipriota estos se encontraban privados de ejercer su derecho a elegir al 30% del Parlamento que le corresponde y, por lo tanto, de facto el resto de turco-chipriotas residentes en las zonas greco-chipriotas se encuentran privados del ejercicio del derecho de sufragio.

Caso Melnychenko contra Ucrania. Un refugiado ucraniano en EEUU es declarado en busca y captura por la supuesta comisión de determinados delitos penales. Al año siguiente (2002) el Partido Socialista de Ucrania nombró al demandante candidato para las elecciones al Verkhovna Rada, inscripción que fue denegada argumentándose que éste residía en USA y no en Ucrania (durante los últimos 5 años) como era requisito, además de que este había aportado datos falsos acerca de su lugar y periodo de residencia durante dicho periodo.

Caso Py contra Francia. El señor Bruno Py (profesor universitario de derecho privado y funcionario) fue nombrado como docente en la Universidad francesa del Pacífico situada en Nueva Caledonia (territorio de ultramar francés) empadronándose allí y siéndole concedido el padrón general pero no el electoral especial. Tras unas elecciones de autodeterminación de Nueva Caledonia (en las que no pudo participar al no poder justificar su domicilio constante en la localidad desde diez años antes a dichas elecciones) se firmó un acuerdo por el que Nueva Caledonia adquiría nuevas competencias en su propia gestión.

Por otro lado, a diferencia de los artículos 8 a 11 del Convenio[19] en los que sus respectivos apartados segundos fijan la posibilidad de restringir los derechos reconocidos siempre que los Estados parte cumplan con lo establecido en los mismos, el art. 3 del Protocolo adicional del Convenio[20] no establece expresamente la posibilidad de limitar el derecho a las elecciones libres. Esta ausencia de regulación ha propiciado que los límites de su restricción sean fruto de las construcciones jurisprudenciales del Tribunal. A pesar de ello, puede considerarse que las restricciones amparadas directamente en el Convenio quedan excluidas del ámbito de aplicación del margen. Del modo en que se ha hecho referencia en apartados anteriores, este es considerado como una deferencia de Estrasburgo a los Estados parte con la finalidad de conciliar el carácter subsidiario a la vez que integrador del Convenio, por lo que a pesar de contradecir el Convenio, Estrasburgo declara la actuación del Esta-

---

Se estableció (a raíz de dicha atribución de competencias) un periodo de residencia de diez años para poder participar en las elecciones de los miembros del Congreso (de Nueva Caledonia) y de las asambleas provinciales. Con la presente regulación en vigor el demandante solicitó la inscripción en el padrón electoral especial para poder participar en las elecciones al Congreso y de las asambleas provinciales del municipio de Nouméa de 9 de mayo de 1999, siendo esta rechazada al no poder justificarse un domicilio constante en Nueva Caledonia desde hacía 10 años.

Caso Hirst contra Reino Unido. Privación del derecho al sufragio activo de un condenado a cadena perpetua discrecional debido a la peligrosidad del sujeto a pesar de haber cumplido su condena.

Caso Kavakçi contra Turquía. La señora Merve Safa Kavakçi fue elegida diputada en la Gran Asamblea de Turquía por el partido Fazilet. A pesar de ello; se le impidió jurar su cargo y fue expulsada del hemiciclo por el hecho de portar un velo islámico. Además, se le privó de la nacionalidad turca (al conocerse que había obtenido también la americana) y se le inhabilitó de su cargo de parlamentaria al disolverse el partido Fazilet por ir en contra de las normas de laicidad.

Caso Kovach contra Ucrania. El señor Kovach se presentó como candidato en las elecciones parlamentarias ucranianas (parlamento unicameral denominado *Verkhovna*) obteniendo más votos que su oponente. Aun así, no fue elegido debido a la invalidación de los resultados de ciertos distritos. Se consideró que habían concurrido ciertas irregularidades, sobre todo, la inclusión en urnas de papeletas ilegales.

Caso *Etxeberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros* contra España. Anulación de las candidaturas de los demandantes tras un recurso electoral presentado por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal debido a que el Tribunal Supremo consideró que la finalidad de las mismas era continuar con la actividad de tres partidos ilegalizados y disueltos.

[19] Relativos al derecho al respeto a la vida privada y familiar; a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; a la libertad de expresión; y a la libertad de reunión y asociación.

[20] Recordemos su tenor literal. «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo».

do en cuestión conforme al mismo siempre que quede comprendida dentro de un marco que establece su propia jurisprudencia. Por ello, en el momento que el propio Convenio fija la posibilidad de restringir un derecho, los Estados parte están capacitados para aplicar esa restricción sólo por el hecho de que aparezca regulada en el Convenio, esto es, sin necesidad de acudir al margen de apreciación.

En función de todo lo anterior, podemos establecer hasta seis pautas jurisprudenciales diferenciadas en relación con los límites del margen de apreciación en el derecho a elecciones libres. Estos son los siguientes:

En primer lugar, la imposibilidad de que los Estados parte reduzcan la protección del derecho hasta alcanzarlos en su propia sustancia y privarlo de su efectividad. Si fuese de otro modo, cualquier acto contrario al derecho a elecciones libres quedaría amparado por el margen de apreciación. El presente límite aparece citado en prácticamente todas las sentencias de Estrasburgo sobre el particular, siendo, por lo tanto, uno de los criterios más relevantes a la hora de realizar el correspondiente juicio. Numerosos casos hacen referencia a este límite haciendo uso de términos parecidos tales como «ha de asegurarse de que los requisitos establecidos no disminuyen los derechos de que se trata hasta afectarles en su propia esencia y hacerlos ineficaces»[21], «no se puede alegar que las restricciones enjuiciadas vulneraran la sustancia misma de los derechos garantizados»[22], se ha «atentado contra la esencia misma del derecho de voto tal y como lo garantiza a la demandante el artículo 3 del Protocolo adicional»[23]. Asimismo, entre otros, en el Caso *Aziz* el Tribunal consideró que la actuación de Chipre no estaba amparada por el margen de apreciación al negársele al demandante la esencia misma del derecho al voto[24].

En segundo lugar, para que la medida quede amparada por el margen de apreciación nacional deberá estar prevista legalmente, evitándose así decisiones arbitrarias. Así lo ha ido exigiendo la jurisprudencia del TEDH: «El procedimiento de elegibilidad debe contener suficientes salvaguardas como para evitar decisiones arbitrarias»[25], «En opinión del Tribunal, los demandantes podían razonablemente esperar que esta disposición fuera aplicada en su caso. En efecto, fue publicada en el Boletín Oficial y estaba en vigor en el momento en que las candidaturas de las agrupaciones electorales en litigio fueron anuladas, lo que confería a la Ley un carácter suficientemente previsible y accesible»[26], «El Tribunal reitera que una norma es «predecible» siem-

[21] STEDH *Mathieu-Mohin y Clerfayt contra Bélgica* (§ 52).

[22] STEDH *Ahmed y otros contra Reino Unido* (§ 75).

[23] STEDH *Matthews contra Reino Unido* (§ 65).

[24] STEDH *Aziz contra Chipre* (§30).

[25] STEDH *Caso Melnychenko contra Ucrania* (§59).

[26] STEDHo *Etxeberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros contra España* (§ 51).

pre y cuando esté formulada con la suficiente precisión como para permitir a cualquier individuo –con la asesoría adecuada si lo necesitase– regular su conducta»[27]. Por último, en el Caso *Kovach*, el Tribunal afirma que la actuación del Estado quedará circunscrita al margen de apreciación siempre que los criterios de privación estén formulados, esto es, circunscrita con suficiente precisión por la legislación interna[28].

En tercer lugar, la restricción debe buscar un fin legítimo. En el caso *Py*, se exige un periodo de residencia para poder participar en las elecciones de Nueva Caledonia (dependencia francesa), restricción que, en palabras del TEDH, queda amparada dentro del margen al buscar una vinculación entre territorio y cuerpo electoral para participar en las elecciones al Congreso tras adquirir competencias para su propia gestión[29].

En cuarto lugar, que los medios utilizados no sean desproporcionados. «Ha de asegurarse (…) que los medios empleados guardan, a este respecto, la debida proporción»[30]. Uno de los ejemplos más ilustrativo lo protagoniza el Caso *Labita*, en el que se privó del ejercicio del sufragio activo y pasivo a un ciudadano italiano una vez que había sido absuelto de los delitos que se le acusaba. Dicho impedimento aparecía regulado ante cualquier persona sospechosas de pertenecer a la mafia. Estrasburgo falla argumentando que a pesar de buscar un fin legítimo, evitar la influencia de grupos mafiosos en los diferentes colegios electorales, la presente restricción no es proporcionada al producirse una vez que había sido decretada su absolución[31]. También el Caso *Selim Sadak* el Tribunal consideró que no era proporcional la privación de la condición de diputados debido a la ilegalización de su partido por declaraciones del ex presidente del mismo. A pesar de que el fin era legitimo (mantenimiento de la seguridad pública y de la seguridad nacional así como la protección del orden democrático y la integridad territorial) la medida se considera extremadamente severa y, por lo tanto, no proporcional, siendo contraria a la sustancia del precepto[32]. Por último se encuentra el Caso *Hirst* en el que se declaró que era contraria al Convenio la restricción del derecho al sufragio de forma automática a todos los reclusos condenados que cumplan su pena independientemente de la naturaleza o gravedad del delito que hayan cometido y de su situación personal[33].

---

[27] STEDH *Seyidzade contra Azerbaijan* (§33).

[28] STEDH *Kovach contra Ucrania* (§54).

[29] «El Tribunal considera que la condición de residencia persigue, en este caso, un fin legítimo», STEDH *Py contra Francia* (§52).

[30] STEDH *Mathieu –Mohin y Clerfayt contra Bélgica* (§52).

[31] STEDH *Labita contra Italia* (§201).

[32] STEDH *Selim Sadak y otros contra Turquía* (§35- §40).

[33] «Esta disposición impone una restricción global a todos los reclusos condenados que cumplen su pena y se les aplica automáticamente cualquiera que sea la duración de su pena e independientemente de la naturaleza o gravedad del delito que hayan cometido y

En quinto lugar, las restricciones no podrán trabar la libre expresión del pueblo en las elecciones legislativas[34]. La esencia de este límite aparece recogida en el Caso *Kavakçi*, «ninguna de las condiciones establecidas deben trabar la libre expresión del pueblo sobre la elección del cuerpo legislativo –dicho de otra manera–, deben reflejar, o no oponerse, la preocupación de mantener la integridad y la efectividad de un proceso electoral que trate de determinar la voluntad del pueblo a través del sufragio universal»[35]. Dentro de este quinto límite al margen se encuentra a su vez otro, el aseguramiento de la igualdad de trato de todos los ciudadanos[36]. En el Caso *Kovach* se fundamenta a la perfección: «(…) los Estados Contratantes gozan de un amplio margen de apreciación, siempre que ellos aseguren la igualdad en el trato para todos los ciudadanos. Es lógico que todos los votos tengan que tener necesariamente el mismo peso en relación al resultado de las elecciones o que todos los candidatos deban tener las mismas posibilidades de victoria»[37].

En sexto y último lugar, el margen de apreciación no podrá amparar modificaciones *a posteriori* en la organización del sistema electoral. El Tribunal considera una vez que se ha ejercitado el derecho ninguna modificación podrá alterar la voluntad del electorado, con la única excepción de que se produzcan motivos imperiosos para el orden democrático[38].

---

de su situación personal. Es necesario considerar que dicha restricción general, automática e indiferenciada a un derecho consagrado por el Convenio y de una importancia crucial, sobrepasa el margen de apreciación aceptable, por muy amplio que sea, y es incompatible con el artículo 3 del Protocolo núm. 1.» STEDH *Hirst contra Reino Unido* (§82).

[34] «(…) estos requisitos no deben contrariar «la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del Cuerpo Legislativo»», STEDH *Mathieu –Mohin y Clerfayt contra Bélgica* (§52).

[35] STEDH *Kavakçi contra Turquía* (§41). Asimismo, en la STEDH *Paschalidis, Koutmeridis y Zaharakis contra Grecia* (§28).

[36] «Los sistemas electorales pretenden responder a objetivos que, a veces, son difíciles de armonizar: de una parte, reflejar con fidelidad las opiniones del pueblo; de otra canalizar las corrientes ideológicas para promover la formación de una voluntad política de suficiente claridad y coherencia. Por ello, la frase «en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del Cuerpo (o Poder) Legislativo» implica esencialmente, además de la libertad de expresión, ya protegida por el artículo 10 del Convenio, el principio de la igualdad de trato de todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de voto y de presentarse a las elecciones», STEDH *Mathieu –Mohin y Clerfayt contra Bélgica* (§ 54).

[37] STEDH *Kovach contra Ucrania* (§49).

[38] «Asimismo, una vez expresada la elección del pueblo, libre y democráticamente, ninguna modificación posterior en la organización del sistema electoral puede cuestionar esta elección, salvo en presencia de unos motivos imperiosos para el orden democrático», STEDH *Paschalidis, Koutmeridis y Zaharakis contra Grecia* (§ 28). De igual forma, STEDH *Kavakçi contra Turquía* (§ 41).

En definitiva, la jurisprudencia de Estrasburgo desarrolla un marco dentro del que una actuación de un Estado parte a pesar de restringir el derecho a elecciones libres no vulnera el Convenio. Además, la labor jurisprudencial combina unos límites generales (la imposibilidad de alcanzar el derecho en su propia esencia y privarlo de efectividad, evitando decisiones arbitrarias, en base a una finalidad legítima y haciendo uso de unos medios proporcionados) con otros específicos del presente derecho (el respeto de la libre expresión del pueblo en las elecciones legislativa y la imposibilidad de que una modificación posterior pueda cuestionar la elección).

4. CONCLUSIONES

El presente estudio ha tratado de aproximarse a uno de los déficits más citados por la doctrina especializada en la doctrina del margen de apreciación nacional desarrollada por el TEDH: la imprecisión de su uso. Dicha imprecisión es, en cierto modo, consustancial a las ciencias jurídicas. Ya se sabe que es difícil encontrar dos casos iguales, siendo los tribunales los encargados de aplicar la ley al caso concreto. Quizás sin imprecisión no pueda existir una verdadera justicia. Si fuese así, sentencias de los tribunales pasarían por las manos de los jueces sin tener en cuenta una serie de factores específicos que hacen que ese concreto supuesto sea único.

Si la aplicación de un derecho depende del caso concreto en una jurisdicción nacional, al entrar en juego 47 países diferentes con realidades sociales tan diversas esta sujeción se eleva exponencialmente. En este sentido, el TEDH realiza una labor imprescindible en la protección de ciertos derechos inherentes a toda sociedad democrática. Para ello es imprescindible elaborar, como efectivamente ocurre, un estudio completo de la legislación estatal vigente así como de los diversos factores históricos, culturales, sociales, etc. que le atañen. Esta labor es todavía más importante si cabe a la hora de declarar que una actuación estatal, a pesar de que a priori pudiera parecer que vulnera el Convenio, entra dentro del margen de apreciación nacional.

Considero que esa cierta imprecisión dota al margen de una versatilidad sin tener por qué producir una inseguridad jurídica. Si fuera de otro modo el margen de apreciación perdería su esencia. Recordemos que es una creación jurisprudencial y cuya finalidad es conciliar la homogeneidad exigida en el Convenio en torno a los derechos allí reconocidos y la subsidiariedad propia de un tratado internacional. Es más, probablemente sin él este sistema de protección de Derechos Humanos no gozaría de su buena salud.

El análisis realizado en este estudio nos ha permitido estudiar en la jurisprudencia de Estrasburgo el funcionamiento del margen de apreciación en el derecho a elecciones libres y encontrar una serie de límites claro a su aplicación.

Que existan una serie de límites en la aplicación de la doctrina del margen de apreciación no quiere decir que su uso quede complemente restringido,

sino que implica que este debe ser aplicado en consciencia en el momento en que la situación lo requiera. Lo que pretende la propia jurisprudencia europea es establecer un mínimo exigible en la aplicación del margen de apreciación en el Derecho a elecciones libres.

En definitiva no deberiamos llamar imprecisión a su uso. El margen fue creado para lidiar con la diversidad de los Estados sometidos a la jurisdicción del TEDH. Por ello, no se debe olvidar que lo que pretende esta figura es conciliar la diversidad estatal con el cumplimiento efectivo de unos derechos especialmente sensibles.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAI-TAKAHASHI, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Nueva York, 2002.

DE GOUTTES, R., «La théorie de la marge d'appreciation dans la jurisprudence récente de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, nº 24, 1995, pp. 566-614.

GALETTA, D., «Il principio de proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra principio di necessarietà e doctrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 3-4, 1999, pp. 743-771.

GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.

——— y SANTOLAYA, P., (eds.) *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

GREER, S., *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.

NARANJO DE LA CRUZ, R., «Margen de apreciación estatal, libertad religiosa y de crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones)», *Revista de Derecho Político,* 86, 2013, pp. 81-128.

PASTOR RIDRUEJO, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (16ª edición), Tecnos, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.

——— «Hable con él. Las resoluciones del Tribunal Constitucional español previas a las sentencias condenatorias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Primeras reflexiones sobre las dificultades de un diálogo)», en BALAGUER CALLEJÓN, F. *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 517-564.

YOUROW, H., *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence*, Kluwe Law International, La Haya/Boston/Londres, 1996.

——— «The Margin of Appreciation Doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence», *Connecticut Journal of Int'l Law,* Vol. 3:111, 1987, pp. 111-159.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES CITADAS

STEDH *Mathieu-Mohin y Clerfayt* contra Bélgica de 2 marzo 1987.
STEDH *Matthews contra* Reino Unido de 18 febrero 1999.
STEDH *Labita* contra Italia de 6 abril 2000.
STEDH *Selim Sadak y otros* contra Turquía de 11 junio 2002
STEDH *Aziz* contra Chipre de 22 junio 2004.
STEDH *Melnychenko* contra Ucrania de 19 octubre 2004
STEDH *Py* contra Francia de 11 enero 2005.
STEDH *Hirst* contra Reino Unido de 6 octubre 2005
STEDH *Kavakçi* contra Turquía de 5 abril 2007.
STEDH *Kovach* contra Ucrania de 7 febrero 2008.
STEDH Paschalidis, Koutmeridis y Zaharakis contra Grecia de 10 abril 2008
STEDH *Etxeberria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako y otros* contra España de 30 junio 2009.

Title: The National margin of appreciation in the decisions of the ECtHR concerning the right to free elections.

Resumen: A pesar de que el margen de apreciación nacional se ha caracterizado como una figura vaga e imprecisa, si se indaga en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pueden extraer una serie de criterios que objetivan su aplicación en el derecho a elecciones libres establecido en el Artículo 3 del Protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el presente estudio se han tratado de localizar las diferentes pautas que el Tribunal de Estrasburgo tiene en cuenta para decidir si determinadas restricciones del derecho a elecciones libres de un Estado parte quedan amparadas bajo el paraguas del margen de apreciación.

Palabras clave: Derecho a elecciones libres, margen de apreciación, TEDH, déficit, imprecisión.

Abstract: Although the Margin of appreciation is characterized as a shadowy figure, if we investigate in the European Court of Human Rights jurisprudence we can draw a number of criteria that aim its application in the right to free elections as established in Article 3 of the additional Protocol to the European Convention on Human Rights. Thus, in this research we have tried to locate the different patterns that the Strasbourg Court takes into account in deciding whether certain restrictions on the right to free elections of a State party are covered under the umbrella of the margin of appreciation.

Keywords: Right to free elections, margin of appreciation, ECtHR, deficit, lack of precision.

Recibido: 10.05.2014
Aceptado: 26.05.2014

ESPONTANEIDAD Y SENCILLEZ DE LA IDEOLOGIA DE LO JUSTO

Manuel María Zorrilla Ruiz

Sumario: 1. Fisonomía y alcance del Derecho constituido. 2. Mudanzas reductoras de las ideologías. 3. Servidumbre y grandeza de los cambios ideológicos. 4. Reacción de los ordenamientos jurídicos frente a los cambios sociales y políticos que han de soportar. 5. ¿Cómo acaece y toma posiciones la rotación política de las ideologías? 6. Acceso a la ideología de lo justo. 7. Hacia una recomposición saludable y un adecuado entendimiento de lo justo. 8. Posibilidades y perspectivas del acercamiento a una ideología de lo justo. 9. Bibliografía.

1. FISONOMÍA Y ALCANCE DEL DERECHO CONSTITUIDO

Las reflexiones hechas a continuación intentan reconocer y definir, desde la más amplia perspectiva, uno de los rasgos cuyo significado ayuda a comprender las parcelas del ordenamiento jurídico que –tras advertir, por imperativo constitucional o en virtud del decisionismo político, los intereses generales expuestos a su amparo– se los apropia y regula conforme a la recta razón. Un dictamen que apunta soluciones aptas para elevarlos –previo estudio de sus deficiencias y vestidura de sus desnudeces– a la categoría de derechos subjetivos o situaciones jurídicas. Son éstos susceptibles de actuaciones pacíficas avaladas por el resto de la comunidad en cuyo círculo se inscriben o –si se ha entablado controversia sobre las mismas– vigorizadas por las acciones procesales que se deducen a la manera del *derecho en pie de guerra*. Aspiran –tras un proceso gobernado por el principio de igualdad material de las partes que en él intervienen– a obtener una respuesta judicial –sustantiva, convincente y libre de injustificadas dilaciones– a la denuncia de su vulneración. Esa nota diferenciadora, junto a otras que cuentan con una dosis plausible de razonabilidad, disipa las eventuales nebulosas y permite asumir un

modelo común a los sectores que –poblando un universo exento de lagunas– ratifican la plenitud del ordenamiento jurídico. Tales operaciones requieren una reflexión –pausada y sensible– que presupone la certidumbre o, al menos, la sensatez metodológica de los criterios que –orientados en dicha dirección– se estiman adecuados para llevar al mejor de los fines los proyectos cuya perfección denota el mérito de haberlos descubierto sin mayor esfuerzo o a través de una abrumadora indagación. De ahí, lo meritorio del empeño que impulsa ese trabajo e impide soslayar sus irrenunciables objetivos.

Nadie ignora –sobre todo quienes tozudamente sostienen lo contrario– que, en la interioridad de un sector del ordenamiento jurídico, resuenan, como indicación premonitoria, los ecos de las propensiones ideológicas que traslucen la *voluntad decisionista* emanada de los legisladores ordinarios mediante arbitrios racionales que, tras ingresar en el patrimonio políticolegislativo, acrecientan y, en su caso, mejoran el Derecho Positivo vigente. Las sugerencias normativas de aspecto más neutral o las apuestas intelectualistas –que, con suerte variable, frenan la precipitación voluntarista– protegen unos reductos ideológicos que, pese al denuedo invertido en la tarea de minimizarlos o aliviar su peso específico, no desdibujan el pluralismo ni el color de los pensamientos y acciones que se infieren de su fisonomía. Muchas formulaciones normativas –comprensivas de los mismos tipos rectores y sugerentes de consecuencias jurídicas iguales– se asemejen a los libretos de una composición musical cuyo texto inmutable tolera partituras melódicamente inconciliables o emocionalmente divididas. Cada ideología es tributaria de un mínimo de inspiración política que asimila las claves de una identidad dudosa o irreconocible de otro modo.

La *lucha por el Derecho* propugnó la figura o el sumo deseable de dos categorías de actos. Una incluía las depuraciones que cribaban los materiales híbridos, ponderaban la heterogéneidad de los accesibles al conocimiento intelectual y expulsaban las sobrecargas empobrecedoras. Otra implicaba la mejora que demostrase la excelencia de la depuración, avalando la calidad de los modelos que los procesos de universalidad y tecnificación jurídica importaban para tratar sensiblemente los valores que, en busca de su arraigo, incitaban a conquistar las cumbres donde iban a izarse sus banderas. La instalación irreversible del Derecho, que asegura la vida social en dignidad y reconforta su supervivencia, le convierte –sin merma de los designios pacificadores que, por hipótesis, le incumben– en un *instrumento contundente de transformación*. Además de su aportación originaria, se incorporan las sugerencias ideológicas que acercan al depósito de las verdades de una filosofía jurídica –más retadoras y enjundiosas que las de una ciencia del Derecho– cuya *condición de disciplina científica* se objeta con razones de escasa consistencia. Fomenta sus procesos de cambio, inaplazables, los unos, o graduales, los otros, sin que los de más lenta evolución se desliguen de sus reivindicaciones inmediatas. No en vano, las corrientes conexas con los aspectos amablemente pedagógi-

cos e incluso edificantes del pensamiento marxista –entre ellos, el augurio optimista con que la *cláusula transformadora y social* del art. 3 II CI (Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947) predijo, sin el triunfo esperado de su emotivo compromiso, su traslación al escenario jurídicopolítico de la cultura occidental– otorgaron al papel pacificador o disolvente de conflictos una postura compartida. Aceptando ser ésta una de las funciones naturales del Derecho constituido y apelando a la tesis de la *revolución incruenta* o venida de lo alto, recordaron la urgencia de que los adelantos de la sociedad estratificada y pluralista de la época ganasen en protagonismo y potencial transformador. Opciones de recreación y crecimiento, primero latentes y después vertidas en proyectos inéditos, seductores para los ciudadanos y los *grupos intermedios* que, erigidos en *comunidades*, provenían de *colectividades* cuyos cuerpos y almas se entretejían en el curso de esta evolución.

La ordenación sistemática –tan fatigosa como expuesta a las tosquedades de diagnóstico– de las ideologías clasificables, no de las menudencias del pensamiento deslavazado o desnutrido, se realiza aplicando a las soluciones del Derecho objetivo un *coeficiente implícito* que permite conocer el grosor de los compromisos contraídos por las normas jurídicas de traza inofensiva o aséptica. El art. 3.1 C.c. (Código Civil español de 26 de julio de 1889, reformado por la Ley de 31 de mayo de 1974) supera la teoría del *uso alternativo del Derecho* y recupera el concepto de *espíritu móvil* que la curiosidad interpretativa de los canonistas medioevales asociaba a las aplicaciones del Derecho objetivo de su tiempo. A imagen y semejanza suya, los criterios inspiradores –cuales el *espíritu y la finalidad* con que se refrenda la penetraciòn de una voluntad sobrevenida– reducen a sus términos justos y actualizan la *paternidad originalista* de los legisladores que emitieron sus mandatos y prohibiciones. Esta sustitución responde al incremento y las mudanzas de las realidades sociales, distinguidas, al menos, por su *emergencia diferenciadora* en los espacios autonómicos que delimitan los arts. 2, 143.1 y 144 a) y b) CE. (Constitución española de 27 de diciembre de 1978). Los cambios de cada realidad social –indubitada y perceptible– dimanan de su impacto en los procesos de asimilación del Derecho objetivo, le adaptan a la sanidad de las circunstancias –causas sobrevenidas y eficientes de aquellas mutaciones– y dependen del transcurso del tiempo y de las contingencias de los espacios físicos que facilitan su diagnóstico. Los presupuestos ideológicos también están en pie de guerra y ganan terreno –diríase que calurosamente– desde la aparición formal y solemne de la norma jurídica que los incorpora al nacer y no se desentiende de su acompañamiento. Se dispone así del auxilio que requieren las predilecciones y/o los valores elegidos para esclarecer la tutela de los intereses generales –amparados por esta revisión continuada– y el futuro compuesto de las peripecias que ayudan a ennoblecer su reflexión.

La impregnación ideológica de las leyes admite varios grados de intensidad dogmática o adhesión a los cuerpos de doctrina con los que esas comu-

nicaciones se entablan. Los resultados conseguidos y el definitivo entendimiento del mensaje de la legislación –por unilateral y abrumadora que parezca su carga ideológica– dependen también de las operaciones de acondicionamiento constitucional que lleve a cabo la jurisdicción ordinaria, aunque no sea cuantioso el número de casos en que las emprenda. Procede hacerlo cuando, sin resultado positivo, se haya agotado la diligencia consistente en servirse de los criterios hermeneúticos que –razonable y no arbitrariamente– permiten otear la salida a la duda pendiente. El juez ordinario tiene que resolver, por propia autoridad, las dificultades relativas a la inconstitucionalidad originaria que contempla el art. 163 CE y, sólo si su esfuerzo interpretativo fracasa, promover la cuestión de inconstitucionalidad correspondiente. Misión de la jurisdicción ordinaria es contribuir a la tarea de purgar el ordenamiento jurídico de las impurezas que empañen la transparencia de la legalidad fundamental. Ha de acudirse al elemento interpretativo contextual –que el constituyente difunde a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, como tal, pone a su alcance– o ejercitar, difusa o inmediatamente, el control de la constitucionalidad de las leyes cuestionadas. Así lo dispone el art. 5.2 y 3 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1975)

La toma de partido –más o menos visible– y la agresividad ideológica dominan la ejecución y el signo de estas actuaciones. No es el momento de reflexionar sobre cómo *casar* la posibilidad –palmariamente derivada del art. 159.4 CE– de que los jueces constitucionales se afilien y militen en sindicatos o partidos políticos, con la independencia e inamovilidad que el mismo art. 159.5 CE les exige. La objeción se irá agravando más temprano que tarde. La comparación de este precepto con el art. 117.4 CE es esclarecedora al respecto. No lo es menos el *spiritus mobilis* con que art. 159.1 CE autoriza el *pluralismo adhesivo* que se infiere de su redacción. Ejemplos notorios testimonian el *uso político del Derecho* que la rigidez punitiva de la justicia constitucional ha empleado con una jurisdicción ordinaria que no ha defendido sus atribuciones específicas con la energía que era de esperar. Cuantos, con la curiosidad y detención que el análisis del fenómeno reclama, se han tomado el enojo de internarse en su dédalo de luces y sombras, corroboran las ideas que acaban de exponerse.

Es dable que el legislador –consciente del deber de extender el haz de sus preferencias ideológicas, si, al amparo del art. 1.1 CE, lo permite el impacto numeral de las *obligaciones naturales* del pluralismo político– incurra en abstenciones intencionales y/o enfáticos silencios. Unas y otros obedecen a propósitos útiles y, en menor medida, especulativos, cuyas razones últimas se captan con sentido de responsabilidad y conocimiento de causa. Las normas jurídicas también se esclarecen con datos extrínsecos que, aunque ambulantes en la periferia del mensaje de sus proposiciones, no sólo son notables o de algún provecho, sino indispensables para forjar la más completa de las comprensiones adheridas a un abanico de alternativas razonables. No en

vano es éste un parecer indisociable de los escenarios y el cultivo de las ciencias del espíritu. Las normas jurídicas cobran una dimensión que –gracias a un criterio de interpretación auténtico y plasmado en la *elocuencia del silencio que se oye*– proceden de conductas significativas que, aunque secundarias a primera vista, terminan mostrando su fuerza de irrupción. Lo hacen, si –al producirse los cambios históricos y crecer las demandas de sensibilidad para encararlos– su rejuvenecimiento saca de apuros a un Derecho objetivo que vive trances desconcertantes y confusos.

Llegan también las ocasiones en que se advierte la voluntad legislativa de adjudicar, sin duda alguna, a esos silencios el valor que les identifica y hace audibles. La integridad de su conocimiento da idea del vacío que se ha diagnosticado y falta de colmar, aunque su eficacia –fruto tardío de un enmudecimiento que, dejando de ser silencio voluntario, deriva en locuacidad diferida– sólo se adivina cuando se concretan las consecuencias a que, desde un principio, aspira la voluntad del autor de la norma jurídica. Voluntad que plantea los enigmas de una versión ininteligible o cuestionada.

2. MUDANZAS REDUCTORAS DE LAS IDEOLOGÍAS

Antaño era pacífico que, sin disfraces ni verdades a medias, los asentamientos ideológicos se delimitasen gracias a la certeza de sus elementos diferenciadores y a las posturas de una concurrencia que confirmaba la actitud de sus opinantes y ejercientes. Al poner en negro sobre blanco la lista de sus antagonismos, se declaraba lo irreconciliable de los respectivos cuerpos de doctrina y se rehusaba la transacción o el armisticio.

La consigna de la *esencial enemistad* –clave para el entendimiento conceptual de lo político y, con toda su carga de aridez, fuerza motriz de lo que la política tiende a ser y significar– se extiende a las divergencias del pensamiento y de la acción, porque la colisión de los entendimientos y actitudes pone esa hostilidad de manifiesto. De ahí, la proscripción del amor a la verdad, pues *la mentira, en vez de liberar, se suma a la violencia que fomenta la aniquilación de los cuerpos y el ruinoso empequeñecimiento de las almas*. La degradación del juego limpio se presenta como la enfermedad más desazonante y dolorosa de cuantas aquejan a las controversias políticas. La impresión de este axioma –combatido, sin éxito, por simulaciones de *vergüenza moral*– se ha intentado relativizar o desteñir astutamente, pero su saña ofensiva es tal que, ante la eventualidad de acatarlo, retorna con una virulencia que se adueña de las personas que le rinden culto y de las conductas en que cristaliza.

El analista inmunizado y prevenido contra el mal de los voluntarismos, se cerciora de que los rasgos fisiognómicos de las ideologías se redistribuyen y se recomponen en planos que, ensombreciendo una separación tajante, toleran –desconcertando más aun– unos mínimos de contención movedizos y

elásticos. De ahí, se pasa a las mutuas injerencias que abundan en los *campos minados de lo confuso y lo inauténtico*, donde las paternidades ideológicas se difuminan o reivindican ámbitos que nunca fueron suyos. La oferta individualizada de las ideologías clásicas, se alimentaba de valores que, elegidos escrupulosamente, soportaban una apropiación exclusiva y resistente a la tentación deformadora que la discutiera o privara de sus atributos. Esta acumulación absorbente llevaba a dominar la concurrencia que, en términos afines de indivisibilidad y monopolio, ejercía el resto de las ideologías. Era improbable –puesto que el falso amor a la verdad tiene más de dogmatismo rudo que de contacto sugestivo y amable– que dos o más parcelas de acción y/o reflexión compartieran, sin diferencias ni contradicciones, un cuerpo permeable de doctrina. Moderar los prejuicios de exclusividad intransigente era recomendable para acortar distancias y frecuentar, en homenaje a la verdad, las zonas más respetables de los convencimientos morales. Una coaceptación tempestiva, no recelosa y tardía, habría aproximado a los resultados elogiables, a las tareas definidoras de los intereses generales y al conjunto –subrogado de la noción tradicional de *bien común*– de los dictados de la coexistencia, la colaboración y la participación. Siempre se echan de menos, a deshora, la inteligencia y la generosidad imprescindibles para esclarecer y no enturbiar las brumas de ese panorama. La reducción de las diferencias ideológicas y su sustitución por ofertas de contenido variable se proponían desde frentes distintos y, a primera vista, tan explicables como sorprendentes. Confiaban en las alianzas de una salvación coyuntural que evitase la disolución de las totalidades ideológicas o su reversión a procesos degenerativos de incertidumbre y de abandono. Parece que las ideologías sobreviven gracias a retoques tenues, cuyas pretensiones de modernidad –inseparables del *propósito de quedarse ahí*– perduran, al menos de momento, y contribuyen a salvar el mensaje que se recupera o reinterpreta. Los imperativos del mercado así lo dictan para bien y para mal de cuantos corren estas aventuras. Suya es la carga de ofrecer estímulos que repongan la energía de las voluntades –ávidas de solidaridad y cohesión– y restauren la devoción de los entendimientos. Las adhesiones se entienden con las servidumbres y reservas que suscita la ocupación de unos espacios doctrinalmente comprimidos y con escaso margen de maniobra, allí donde hace falta apurar las operaciones de concentración –conceptual o filosófica– que, sin ser obligadamente cotidianas, tienen mucho o casi todo que ver con el buen fin de los proyectos emprendidos.

3. SERVIDUMBRE Y GRANDEZA DE LOS CAMBIOS IDEOLÓGICOS

El esteticismo de las ideologías y sus técnicas de reclutamiento mostraban los claroscuros y retos llevaderos a que sus simpatizantes y/o adheridos

resolviesen ganar, acatando sus postulados y sin un excesivo culto al juego limpio, la batalla de sus predilecciones. El magisterio de la Historia –que, pese a lo aleccionador de su didáctica, no escarmienta a los más o menos avisados, ni evita los tropiezos de la condición humana en la misma piedra con que se lastimó por vez primera– declara que los combates librados y las victorias logradas por las ideologías no han ido más allá de los campos en que –con los errores y prejuicios temibles– frecuentaban opciones de signo muy diverso. Formaban parte de ellas los artificios introducidos a sabiendas de su naturaleza delirante, los aventurismos hueros de creatividad, las deformaciones ofensivas de las verdades históricopolíticas y los pensamientos de deseo cuyo depósito se transmitía, en clave fundamentalista, a las comunidades de afines que se los apropiaban.

Los agentes de estos experimentos confiaban en que, con el tiempo y un tanto de fortuna, la excelencia ideológica –triunfante en los círculos de competitividad– prevalecería sin disidencias ni fisuras. No faltaba la previsión prudente de que, si se daban defectos gruesos o fracasos notables, la empresa ideológica se desbarataría por falta de apoyo para continuarla. Sus mentores abdicarían –con el coste del descrédito políticosocial– de unos fines inviables o sin los alicientes anejos al pronóstico de darlos por cumplidos, en un futuro próximo, e invitar a compromisos excluyentes de su consecución. Las ideologías –oteadas, desde la perspectiva de sus contemporáneos, como la expectación apasionada de un sugestivo porvenir– podían acusar y/o asimilar los lastres de su devaluación o los fracasos del programa que exageraba unas promesas imposibles o de costoso cumplimiento.

El *óbito de las ideologías* viene de su impotencia para contrarrestar los alegatos –reiterados y acérrimos– que, de adverso, se entregaron a desacreditarlas. Defendían que las acciones políticas –dependientes del cuerpo de doctrina de las ideologías– se legitimaban, a la luz cegadora de la *filosofía del éxito*, por lo palpable y duradero de sus respuestas a las demandas sociales. Se les negaba la bondad propia de las ilusiones o atractivos que, de entrada, seducían y se desvanecían a la larga. También cundió el convencimiento –que, al irse cargando de razones, colonizaba la conciencia común e individual– de que la pureza de los principios ideológicos cedería a los apremios de una competencia multiplicadora de sus obstáculos de origen. Lo caduco de las ideologías no tanto ha resultado de su desalojo por las acciones hostiles –de gran envergadura– tendentes a su desprestigio, cuanto del convencimiento de que, ante la rapidez de las mudanzas ocurridas, envejecerían y se desplomarían demasiado pronto. En vez de asistirles un prolífico *mal de crecimiento*, han soportado una existencia carente de arrestos moralizadores y de recursos aptos para actualizar sus contenidos variables.

Perdidas las oportunidades de una renovación persuasiva y fecunda, las ideologías químicamente puras han capitulado ante sus adversarios más tenaces. Han cedido sus ámbitos de origen a los *sucedáneos ideológicos* que

–para eximir, a quien cupiere hacerlo, de la *funesta manía de pensar*– cifran sus cualidades en la fogosidad de sus argumentos acríticos y publicitarios. Su difusión dispone de un aparato divulgador de propuestas cómodamente inteligibles para no vejar a sus destinatarios ni causar la impresión de que su capacidad de asimilación se menosprecia. Se distingue también por el dogmatismo intransigente que prohibe relativizar esos mensajes o alejarse de su inspiración elemental.

Era pacífica la tesis de que, como convenía al decoro de las ideologías, la *salvación secular* de las personas y los grupos sociales dependía del tino con que sus agentes seleccionasen la opción más conveniente al pluralismo de sus ofrecimientos. Hoy, nadie objeta que los prejuicios y el simplismo dialéctico de muchos ideólogos –más culpables de indigencia creativa que de sobriedad de pensamiento– dificultan, por no decir que impiden de raíz, rehacer las más valiosas de esas variedades y situarla en un mercado de consumo competitivo y abierto. Manejan vestiduras superficiales o disfraces de lugares comunes que, sin agravar el esfuerzo intelectual de su hallazgo y oferta, tratan de hacerse digeribles con inconsistentes aderezos. Reiteran, como condición de la prosperidad de su industria, la máxima de que a la salvación secular no se adviene sin acatar esas novedades. Las adhesiones muestran lo inflexible de un acto de fe que –al excitar las fobias peculiares del *miedo a la libertad*– impide un discurso sosegado y una censura seria de sus motivaciones. La interdicción de discrepar pertenece al depósito intangible de las ideologías que así se desfiguran y propagan. Encarna un *rasgo existencial* de lo que, desde la especulación de los teólogos juristas del siglo XVI, supusieron los ciclos de las formas –rectas y corruptas– de gobierno y participación activa en los asuntos sociales y políticos.

4. REACCIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS FRENTE A LOS CAMBIOS SOCIALES Y POLÍTICOS QUE HAN DE SOPORTAR

La nota de irreversibilidad que, al realzar su prestigio, se atribuye a la autosuficiencia de las ideologías, ciega los atisbos o apaga las intuiciones que, ante lo sospechoso o esotérico de algunos de sus ofrecimientos, no desiste –como cumple a lo saludable de toda pesquisa intelectual– de buscar la sedación de la verdad liberadora. Esa obstrucción –que, a primera vista, parece intransigente con las frustraciones de los errores advertidos– sólo elimina en parte las insuficiencias que, minorando la velocidad de crucero de las empresas ideológicas, vician la calidad comprensiva y la estima social de su recepción. Así se explica, sin justificarse ni de lejos, el arrojo con que sus mentores acumulan un copioso dictado de máximas de supuesta rectificación y puesta al día. Su aceptación reclamaría –para completar el bien de la causa ideológica y satisfacer moralmente a sus adeptos– una sinceridad crítica exenta de trabas. En definitiva, un compromiso con la depuración de las ver-

dades en que dicen fundar su calidad y rehacer un mercado ideológico consecuente con los propósitos de enmienda y engrandecimiento.

Un ordenamiento jurídico que, habituado a la reiteración de esos obstáculos, cuida de removerlos o de salvar su imperfección, causa la impresión demasiado inequívoca y unilateral –pues las cosas vienen a ser así y no de otra manera– de asociarse a parcelas ideológicas de rotulación inconfundible. Nunca es tarde para eliminar la identificación con unas preferencias que se robustecen cuando se han despejado –ontológicamente y no al convencional amparo del consenso– las incógnitas que preceden a un asentimiento agotador y convincente. Es razonable y continuista la lógica con que las proclamaciones constitucionales manejan las premisas –normativistas y exentas de connotaciones axiológicas– que encarecen la fidelidad del legislador ordinario a la ordenación fundamental del Estado social y democrático de Derecho, el sometimiento pleno del poder ejecutivo a la ley y al Derecho –¿*cuasinatural*?– que la inspira, y la sumisión exclusiva –clave eminente de su independencia– de los jueces ordinarios al imperio de la ley. Así lo entienden y subrayan los arts. 9.1 y 3, 103.1 y 117.1 CE. Un ordenamiento jurídico cuyas experiencias históricas aleccionan sobre esos riesgos de unilateralidad y no se toma el enojo de alejarlos si no puede eludirlos de momento, derrocha –diríase que pecaminosamente– las oportunidades que tiene a su alcance. Siempre hay tiempo de identificarse con el sistema o complejo ideológico más cercano a las preferencias pluralistas de la sociedad. Todas ellas de obligada consideración para graduar la adhesión del constituyente a un cuerpo de doctrina fijada o *espectro dogmático* que incorpora las garantías comunes a las formas de organización democrática de la sociedad en el Estado de Derecho. Estado que, tras hacer balance de las particularidades del cuerpo social, dispone lo más conveniente al futuro que sugieren esas averiguaciones .

El análisis de las ideologías se resiente del mal que la crítica –¿competitiva o distributiva?– asigna a su pasado y a los escarmientos que datan de sus experiencias. Cada bloque de remedios pensados para enmendar esos defectos, es tan heterogéneo respecto de los otros –llamados a preservar los residuos ideológicos que, a punto de hundimiento, demandan su auxilio– que hace muy cuesta arriba resumir las peculiaridades empíricas que, una vez comprobadas, no se corresponden con las diferencias específicas apreciables a partir del género próximo sobre el que se trabaja. Incumbe a la política –de cuyos postulados menos gratos y dignos de elogio forman parte la proscripción de la excelencia filosófica y el elogio de ciertos imposibles– intentar esa síntesis. La hipoteca de unas premisas poco aseadas favorece lo desedificante de unas reconstrucciones ideológicas más propensas a conquistar espacios útiles que a sondear los mínimos de las verdades debatidas. De ahí, la imagen –tan elocuente como digerida por el antiacadémicismo popular– de los casos en que la política *encama en un lecho común* a los agentes de orientaciones ideológicas opuestas. Se han inventado soluciones que –combinando lo su-

rrealista y lo esperpéntico– acusan arrestos inversamente proporcionales a la voluntad de avergonzarse de su mezcolanza. La puesta en escena de esas deformaciones evidencia una imposibilidad moral y políticamente dramática, aunque respaldada por la terquedad –que no es energía conforme a razón– de la mala conciencia. Su proyecto exhibe un síndrome de irreductibilidad y muestra las posturas –intransigentes y dogmáticas– de un ostentoso triunfalismo que no borra sus engaños y debilidades.

El alza de sus insuficiencias y lo frecuente de sus claudicaciones –elementos competitivos del mercado ideológico– no fomentan una cultura de la reflexión socrática y del cambio que cabe esperar, sino que se apela a los viejos depósitos de las ideologías. Reza uno de ellos que, a semejanza de las promesas sobrenaturales de los fines salvíficos, el óptimo de las aspiraciones seculares –esto es, el *bien común* que abarca los requerimientos de la coexistencia, la colaboración y la participación, además del cuidado de los intereses generales y la satisfacción de las demandas sociales–no se concibe al margen de su tradición, sus objetivos y sus lemas. Es entonces cuando la libertad del *decisionismo políticolegislativo* –que encaja en la cláusula del art. 9.2 CE– debe ejercitarse con la ductilidad que esas oportunidades le otorgan. Ninguna de sus opciones razonables –inherente a la condición de disciplina del espíritu que el ostenta el Derecho– puede coartarse por un hipotético poder de monopolio o absorción de otras ideologías concurrentes.

5. ¿CÓMO ACAECE Y TOMA POSICIONES LA ROTACIÓN POLÍTICA DE LAS IDEOLOGÍAS?

La identificación del Derecho con el *mínimo de moralidad reconocida y practicable en las comunidades que se le someten*, sólo se ha superado, que se sepa, por la cláusula espectacular en que el art. 1.1 CE autoriza a incluir un *bloque de moralidad legalizada* en el interior del ordenamiento jurídico. Se oculta –tras este aserto de resonancias bíblicas, porque su yugo es suave y su carga ligera– un pacto social que, sin título expreso de renovación, sugiere, como norma de acción de buen gobierno, la *rotación política de las ideologías*. Sus oportunidades de acceder a los pagos del Derecho constituido no pueden desdeñarse ni pasarse por alto al tiempo de exigir que sus principios impriman carácter al ordenamiento jurídico que los hace suyos. Hay petrificaciones ideológicas cuya calidad avala su efecto positivo y les refuerza para subsistir –frente a las incursiones de otras ideologías incidentes en su cuerpo de doctrina– cuando, cambiando de rumbo, el Derecho constituido acepta ingerencias agresivas o concomitantes. Ello sucede si el ímpetu de la ideología va más allá de la disposición –mínimamente coordinada y armónica– de las predilecciones que antaño compartieron los programas de los reformadores sociales. Un reto que, luego de aceptarse, puede abocar a consecuencias estériles y padecer las amarguras del fracaso, o

acelerar la asimilación de las innovaciones. Del posible inventario forman parte las ideologías deletéreas o los proyectos antagónicos –no en vano, las reglas de oro de la política canonizan la máxima de un *contacto hostil e inamistoso* de sus protagonistas– que, sin aptitudes creativas, resucitan las posturas hostiles y desandan el corto trecho que han ganado unas coincidencias muy rudimentarias. La izquierda se denomina unida para negar las dispersiones y estados coyunturales que revelan su desintegración de fondo y estado de conflicto.

Los constituyentes de los países civilizados y los agentes o poderes sociales que tropezaron con esas arideces, aprendieron pronto y bien la lección de que *lo mejor era enemigo de lo bueno*. Al erigirse el Estado de Derecho liberal burgués, el óptimo ideológico dejó de ser un orden natural minucioso y casuístico, cuya invocación era estéril a la hora de verificar, como expresión de su respuesta, que lo variable de sus orientaciones y de los principios en que descansaba, lejos de procurar certidumbre, abundaban en inseguridad y escepticismo. Los mínimos del orden natural, de los que nadie disentía, se vaciaron en las cavidades de un Derecho escrito que –presumiendo la bondad de sus reglas y defendiendo su positivización– se legitimaba por la voluntad del pueblo, titular originario o en raíz de la soberanía política y organizador mediato de la sociedad en el Estado demoliberal. Aun a riesgo de que, cómo ocurrió en más de una ocasión, esa voluntad abrigara propósitos confusos o revelara errores de diagnóstico. Las complicaciones surgieron cuando la validez del refrendo soberano –título del ordenamiento jurídico que se inauguraba y de las medidas de su Derecho positivo– perdió, por decirlo de algún modo, el *encanto de su inocencia original*. Su sobriedad sufrió la impronta de las diversidades axiológicas que provenían de la reflexión sociopolítica –aireada en el seno del Estado demoliberal– y de las tentativas, radicales o tenues, de sustitución de sus modelos.

Las elecciones ideológicas se distinguían por la cosmovisión absorbente de sus objetivos monolíticos y la difusión de un *pensamiento de deseo* dispuesto a demoler cuantos intereses y/o diversiones especulativas paralizasen el buen fin de las respectivas ofertas. El Derecho incorporó –sin digerir a fondo muchas de ellas– propuestas ideológicas que intencionadamente soslayaban las perspectivas integrales de la sociedad, a la que aseguraban servir con entusiasmo, y relegaban a un segundo plano, cuando no descartaban, ciertos aspectos –generalizadores y básicos– del bienestar social. Aunque, a primera vista, adoptaban severas posiciones morales, acreditaron pronto su ineptitud de síntesis, no tanto para neutralizar el advenimiento de los radicalismos adversos, cuanto para identificar las ofertas adeudadas a una familia humana estabilizada, portadora de irrenunciables intereses, fruto y modelo de una racionalización inteligente. El tiempo –que templa lo cáustico de las ideologías y lima lo áspero de sus intransigencias– persuade de que el bienestar individual y social pasa por el retorno a la prescripción de *hacer el bien*

y evitar el mal, porque sólo la devolución a los orígenes depura la fragilidad o los abusos de los dogmatismos ideológicos.

Cuando el vacío del silencio –que se oye en los espacios atrapados por las ideologías– registra la devaluación o el abandono de las viejas motivaciones o consignas, el voluntarismo del Derecho interviene para adueñarse de esas oquedades. A medida que surgen las dificultades, las adquisiciones ideológicas ceden su lugar a proposiciones reductoras que, reteniendo aspectos residuales de las promesas rotas, sugieren fórmulas prosaicas y no exentas de nostalgia por lo que ya es inaccesible a las demandas del mercado ideológico. Hay una descarnada realidad que, deteniendo el avance de las ideologías, las degrada más rápidamente que lo que cabe temer de sus espontáneos desmayos. Algunos de ellos –valga, como modelo, el testarudo augurio del *fin de la Historia*– ingresaron, por derecho propio, en la crónica de la estulticia humana, añadiéndole los componentes que hicieron fracasar su experimento.

¿Pueden rescatarse los *mínimos de emotividad ideológica* en momentos marcados por la voluntad de que se esfume el rastro de las ideologías? El crecimiento de las apetencias de bienestar contradice la austera filosofía burguesa –de cuño protestante– que primó la excelencia de la austeridad y el sacrificio. Hay cierta consecuencia con la idea de que *quien no vive, en su acepción más gratificante y comprobable, no se redime nunca ni consigue las dosis ansiadas de liberación*. Al romanticismo político de las orientaciones ideológicas subyacen deseos voraces e insaciables, cuyas premisas de satisfacción reducen a lo indispensable –para no empañar el crédito de su imagen– los elementos de desinterés y de altruismo. Hay una propensión a la mudanza y una intencionalidad de cambio que, bajo las apariencias de la renovación ideológica, provocan distorsiones –acordes con las servidumbres anejas al ejercicio del poder– que desisten de sus aspiraciones de excelencia o admiten más defectos que los indulgentemente tolerables.

6. ACCESO A LA IDEOLOGÍA DE LO JUSTO

Es necesario un arriesgado paso que el Derecho ha de dar sin acudir a los tópicos recursos axiológicos, aunque, a falta de otras motivaciones, recobre alguno de sus compartimentos. La indiferencia básica –que autorizaba decisiones políticas del más amplio espectro– se conmueve ante un desafío cursado a todos los ámbitos de la sociedad en que, frente a la proliferación de las desigualdades e injusticias, abundan la vulgaridad y el conformismo. No es del caso apelar a cuerpos concretos de doctrina, compendios de valores o etiquetas de repentina apropiación. Se requiere una oferta sugestiva y elástica, que, a invitación de los más recientes signos de los tiempos, induzca a cooperar con sus adquisiciones y adelantos. *Saciar el hambre y la sed de justicia* –que por doquier se han extendido– es el reverso del imperativo que manda *edificar el bien y evitar el mal*. No se trata de dar con nada nuevo

–¿quién no desearía encontrar oportunidades residuales para ejercitar una creatividad de ese carácter?– y sí de rescatar parte de unos valores que inexorablemente están ahí, porque fluyen de continuo y no ceden a las conminaciones del olvido. Sin elogiar aparatosamente la etiología filosófica del retorno y de sus fundamentos doctrinales, se rescataría –gracias a una convicción efectiva y nostálgica– un *orden natural de contenido variable*, cuyo progreso atañe a toda sociedad que anhela sentirse transformada.

Tal es el asidero a que se acoge el art. 1.1.CE en un *rapto secularizador* que enfatiza la *voluntad salvífica del orden natural*. Sin desvelar las premisas ideológicas ni el verdadero rostro de sus predilecciones, las está conectando con la *ideología de lo justo*. Se propugna la vuelta ambiciosa del ordenamiento jurídico a los compromisos que, ordenados por la recta razón, intelectualizaban las soluciones del Derecho objetivo. El valor superior de la justicia –que, situado dentro del ordenamiento jurídico, no es una potencia extrínseca que le comunica, por ósmosis, lo que puede de si misma– sintetiza la igualdad de opciones individuales y colectivas, y la libertad –civilizadamente restringida– que requiere su consumación. Para rejuvenecer la justicia y facilitar sus expansiones, se abre un camino cuya ruta –evocadora de la inquietud agustiniana– despierta las curiosidades que dimanan del aliciente intelectual y emocional de su mensaje. Superando la concepción modesta del Derecho, el *orden nuevo* –que va a surgir del mismo– deja de residir en los mínimos éticos a que se resignaron sus definidores y se concibe como el *óptimo de rectitud moral* que impregna los mandatos y prohibiciones relativos a los intereses generales. Se rompe con la continuidad imperante desde que el positivismo legalista destruyó la confianza en los postulados del orden natural, objetando lo ilocalizable de sus fuentes, lo polémico y evanescente de sus contenidos, y la ausencia de sanciones que asegurasen su efectividad. También se cuestiona el criterio de validez consistente en asignar a las normas constitucionales el carácter de reglas hipotéticas y fundamentales que conservan enhiesto el ordenamiento jurídico e impiden su dislocación. Sólo un acto de fe en esa validez permitía la supervivencia del sistema y la atribución de la solidez que la garantizaba. Se daba así por buena la delegación en los poderes públicos de la soberanía que el art. 1.2 CE reconoce al pueblo en calidad de titular originario.

La *ideología de lo justo* remedia la evaporación o, si se quiere, el desconcierto de las ideologías deprimidas y dispersas, cuyo empobrecimiento se advierte cuando hay que afrontar inaplazables objeciones o animar las conductas propicias a los mensajes difundidos entonces. A las ideologías especiales, competitivas y marcadas por la unilateralidad de sus programas, secundadas por incondicionales afecciones e inexpertas en el cultivo del espíritu crítico, sucede la oportunidad –universal y seductora– de sumergirse, cerca del pluralismo que está en el horizonte, en las peripecias de una vida que se dice *aceptada conforme a justicia*. El recurso a este concepto indeter-

minado –moral y jurídicamente– sitúa en la línea de salida de unas aventuras que no llegarán lejos si sus afanes de cambio se congelan y, como complemento indispensable, no se apresuran a desterrar los estorbos de la hostilidad intelectual gratuita, los intereses espurios y la envidia igualitaria.

Lo novedoso del art. 1.1 CE permite que el Derecho constituido elija, para acomodarlas normativamente, cuantas políticas puede ofrecer, con legitimidad, un programa específico de legislación y de gobierno. Todas se benefician del espíritu y finalidad que regeneran los ingredientes –utópicos y estimulantes– de cualquier ideología utilizable para plantear sus demandas de renovación y sortear los males que amenazan a sus oportunidades más preciadas. ¿Por qué sucede así? La respuesta ofrece dos aspectos.

Se presupone que el art. 1.1 CE está comprometido, a toda costa, con la causa de un Derecho justo, pues huelgan sus invocaciones –más debidas a la emocionalidad circunstancial que al rigor metodológico– de la igualdad y de la libertad. *La apelación a la justicia condensa los contenidos respectivos de una y otra, y la mención del pluralismo político insiste en la presencia de una variante notable de la libertad*. Un criterio contextual y sistemático de interpretación –que luce en el art. 9.2 CE– aclara que la elevación de la sociedad a un *conjunto de grupos erigidos y ordenados conforme a justicia*, requiere siempre defender los valores superiores de la igualdad y de la libertad, suprimiendo cuantos obstáculos disminuyan o erosionen su plenitud consustancial.

La otra proposición tiene un alcance que extravaga del usual contenido de las normas jurídicas, destinadas a construir proposiciones deontológicas –ajenas al mundo sensible y típicas del mundo del valor– que se resisten a incluir hechos históricos –identificados, cuando menos, por los accidentes del tiempo y del lugar– o realidades sociales que, pese al relieve que se les otorga, se reducen al sustrato –que se presume y reconoce– del supuesto de hecho descrito en su imagen rectora. No hay razones de peso para alojarlos en formulaciones generales que sólo acogerían las conclusiones abstractas que cierran el proceso generador de la norma jurídica puesta en circulación a la espera de sus experiencias. El art. 1.1 CE defiende que *el pluralismo político recibe su favor y su crédito de la naturalidad con que lo atisba una norma constitucional que, en parte, recuerda la ocurrencia del pasado histórico, y, en parte, pronostica el que, así las cosas, puede ser el futuro esperado*. El homenaje rendido al valor superior del pluralismo político da fe de que arrecia la aspiración de la añorada convergencia para resucitar las ilusiones ideológicas que unos consideraban parte irrecuperable del pasado y otros trataban –diríase que numantinamente– de mantener erguidas al precio de una supervivencia poco gratificante. Ahora se intuye –con el fervor surgido de las restauraciones ideológicas que se divisan– la opción de acceder a una cautivadora *ideología de lo justo* y constatar su productividad social. Aun cuando –algo desafiante y enigmáticamente– se cuestionen los rasgos definidores de

esa justicia óptima y subsista el debate que, para resituarla, propugnan cuantos salen valerosamente a su encuentro y, a la usanza de la vieja actitud filosófica, se dejan cautivar por lo portentoso de las verdades que insinua y el desafío de los compromisos que acarrea.

Gracias al pluralismo político, el Derecho constituido se abre a las oportunidades –que siempre fluyen y renacen– de un discurso ideológico que, a causa de sus expectativas de futuro, no mengua ni se empobrece prematuramente. Entraña un ejercicio intelectual exigido a las personas y grupos sociales autorreguladores de sus libertades, descubriendo los campos –ocultos hasta entonces– de su contenido esencial y ampliando sus expresiones periféricas. Las filas de los actores del nuevo pluralismo se engrosan con la contribución de cuantos –a la voz de *un paso al frente* del art. 1.1 CE– hallan en su mensaje las claves de proyectos que no se ultimaron y que se reanudan al amparo de la consigna transformadora y social del art. 9.2 CE. La *reideologización de lo justo* aporta sugerencias cuya prosperidad va a depender de la solidez de las condiciones intelectuales y morales que –sabedores del riesgo social de su aventura– se aprestan a correr cuantos aprovechan la ocasión ofrecida. Pese a la indeterminación de la cláusula que constituye su asidero, no les arredran los reparos con que el pavor o la apatía pueden asaltarles. Así se esbozan las sendas axiológicas que, reduciendo las indeterminaciones conceptuales, van a trazar unos *reformadores sociales* merecedores de este título, devotos de la verdad, respetuosos con la naturaleza de las cosas y dispuestos a rebajar las indigencias y las cotas de miseria que aquejan hoy a buena parte de la familia humana.

Es entonces cuando se otea el panorama abigarrado de interrogantes que lo pueblan. Se pregunta hasta dónde esa cláusula –que rehabilita los objetivos recurrentes del orden natural– invita a seguir adelante, contra viento y marea, y a implementar las iniciativas de progreso que le son inherentes. Se cuestiona la medida en que favorece las promesas y pactos sociales conducentes a la *revolución desde lo alto*, en que los poderes públicos conjugan los controles del Estado social y democrático de Derecho y las bondades residuales del despotismo ilustrado. No pierde de vista los posibilismos de esta revolución. Se discute, en fin, si su mensaje lleva tan sólo a prescindir de su frondosidad, a desistir de analizar voluntariosamente los capítulos de sus ofrecimientos y a suplantar la que debe ser una veraz respuesta –razonada y convincente– por otras plagadas de lugares comunes a que se acude sin precisión y sin escrúpulos. Tópicos que, para mayor afrenta de la opinión pública, alardean de sus operaciones de funambulismo como quien se jacta de la más ingeniosa de las ocurrencias. Allí donde el encanto de la genialidad brilla por su ausencia, la propaganda –emuladora de los modelos autoritarios fenecidos– sigue sirviendo a los embaucadores que acreditan, con creces, su ineptitud para entender lo que es y significa un auténtico esfuerzo de transformación. Lejos de asumir la responsabilidad de su elección, reiteran –con la monotonía propia

de su esterilidad– criterios o reglas de acción que, sin añadir nada nuevo a lo ya conocido, rebautizan –como si de un curioso hallazgo se tratase– consignas cuyo maquillaje no logra ocultar que ya pertenecían a los depósitos del saber y al patrimonio cultural.

No es esto lo menos censurable. La difusión y, en su caso, la detestación o el elogio de lo que aportan estas supuestas novedades, no es comúnmente la tarea de una minoría encargada de la puesta al día y la transmisión didáctica del pensamiento, porque, entre otras razones, la reiteración de su doctrina da muy poco de si. Los medios de comunicación divulgan la crónica de su conexión con el pasado y, al hacerlo con escasa fortuna, adolecen de imprecisiones y lagunas que prestan un flaco servicio a la causa de la verdad histórica. La reseña de esos antecedentes –casi siempre incompleta y mal documentada– se somete al método de sustituir el enunciado de los principios básicos y sus análisis, por adiciones marginales o evocaciones anecdóticas.

¿Dónde anida la *idea de justicia* que, ante la indeterminación conceptual que la empaña, responde al reto con que la ideologización de lo justo clama por sus fueros? Lo justo coincide, así las cosas, con lo positivamente afianzado y adquirido en virtud de una opción que atribuye a la acción ordinaria del constituyente la virtud de agotar la regulación de cuantos aspectos del orden natural se atisban en el horizonte constitutivamente histórico de la razón práctica. Ello es tanto como diagnosticar las exigencias de interés general que predicen su advenimiento o que desde ya requieren atención. Avanzando una primera hipótesis, el art. 1.1 CE pretende –ya que no se le veda el elogio de la acción constituyente– erigirse en crítico de su propia actividad y destacar la perfección de la obra constitucional relativa a la estructura del Estado-ordenamiento y al decoro del Estado-comunidad.

Se ha de presumir justo todo aquello que la solicitud del legislador constituyente –celosamente crítico al depurar los materiales acopiados– ha llevado al acervo de los principios y preceptos de la legalidad fundamental. El propósito –seguro de su exactitud y convencido de su acierto– ha chocado con las consecuencias de la gestación transaccional –es decir, por consenso– de la carta política, algunos de cuyos pasajes se apartan de la línea de fuerza marcada sus progenitores. Justo es, desde esta perspectiva, lo que no puede preverse ni llevarse a buen fin con más esmero y perfección que los logrados cuando se garantiza la real y efectiva –todo lo contrario de platónica y escuetamente eficaz– tutela de los bienes jurídicos que integran los intereses generales. Justo es también lo que –dada su coincidencia con las coyunturas y el peso específico que, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, enseñan las realidades sociales– considera aceptable una opinión pública que retransmite las aspiraciones de que ha tomado buena nota. Cada realidad social es una variable que –gracias a la participación, voluntaria y exenta de trabas, de las personas y grupos intermedios que vertebran la sociedad y la mantienen erguida para obstar a su disolución– obliga a reflexiones

de interés general –distintas de los traumas de corte doméstico– que el ordenamiento jurídico asocia a sus prohibiciones y/o mandatos, ponderando de su trascendencia y adecuando las líneas de pensamiento a las condiciones en que ha de actualizarse su discurso.

La *aprehensión de la justicia* implica que cada bloque o acervo ideológico contiene exigencias que –a diferencia del pretérito imperfecto de la vida de las ideologías– presentan demandas sociales que ninguna opción restauradora de lo justo puede desoír. Han de encararse con entereza y lucidez, sin obviar las respuestas –más o menos afortunadas y/o esperanzadoras– que su disponibilidad ofrece. Pueden darse necesidades-límite que, como exclusivas de una preferencia, no son comunes a todas las opciones reideologizantes, aunque –tal y cómo las demandas sociales se conciben y difunden hoy día– no es esa la regla general. Sus hallazgos y valoraciones requieren exploraciones críticas que no incurran en la petulante actitud de subrogarse –sin experiencias previas– en la posición de quienes ejercitan aquéllas. Las demandas sociales se dan a conocer tras las invenciones o encuentros que descartan el error de las elecciones ideales o probabilistas. Son éstas lo más opuesto a lo estadísticamente previsible, practicable y fundado en las contribuciones de la Historia. La *invención* –que etimológicamente significa el hallazgo de lo tenazmente perseguido y localizado entre luces y sombras– consiste en aprehender algo que, aunque ya existe, acampa en unas latitudes nebulosas que frenan la ida en pos de su traza conceptual y su definición.

Una reconstrucción de este calado supera la *dimensión idealista* de lo justo –tan cara a la visión aristotélicotomista del orden natural– y asiente a la *perspectiva realista* que –entregada a su reinterpretación– gira en torno a las novedades de una razón práctica capacitada para avisar de su proximidad y enunciar las ventajas e inconvenientes de sus apariciones.

7. HACIA UN RECOMPOSICIÓN SALUDABLE Y UN ADECUADO ENTENDIMIENTO DE LO JUSTO

He ahí la emergencia del interrogante sobre qué rasgos ofrece una justicia aceptable con el rigor preciso para que cada nuevo sector del pensamiento edifique, por cuenta propia, su ideología de lo justo. El planteamiento del problema no se agota con el recibo de esta afirmación. A ella se suman y siguen los riesgos de la tentación deformadora o la falsificación apresurada, afluente a tesis o propuestas que, exentas de verdad convincente, causan, no obstante, una impresión de razonabilidad. Mientras no se repriman las intoxicaciones de la opinión pública con verdades a medias, vulgaridades desorientadoras y lugares comunes que se precian de una originalidad que no poseen, las demandas sociales –exigentes de una bondad que las nuevas ideologías deben asociar a la realización honesta de sus fines– seguiran cautivas de la inducción voluntarista y de la lesividad de sus prejuicios. Se volverá, con la

seducción del simplismo dialéctico, al designio –tan excitante como fácil– de convertir en dogma lo que a toda costa se desea. Se vestirán sus desnudeces conceptuales con el manto –poroso y alicorto– de las ocurrencias del pensamiento débil. Se redoblarán las tentativas de intoxicar a la opinión pública con la obstinación publicitaria, cuyas reiteraciones aplastantes –heredadas de la desoladora propaganda marxista, sólo que acondicionadas, puestas al día, y no siempre libres de intenciones malévolas– logran lo que no está al alcance de una métodología persuasiva.

Son más irrespetuosos con las condiciones de asimilación de la ciudadanía, los términos de que hacen uso cuantos –convencidos de la oportunidad de explotar un éxito que dicen estar tocando con la mano– intentan confiscar los reductos de la ideología de lo justo que confunden con su arbitrismo intelectual y moral. Manejan una aleación de verdades de circulación algo grosera, cuya expansión depende del resultado amable y no de la delicadeza intelectual que debe asistirlas. Es incómodo y causa de vacilación acercarse a un diseño de justicia que, al mismo tiempo, resulte atractivo –como espejo de laboriosidad– y convincente, sin tachas que enturbien sus adelantos y conquistas. Si su mensaje no arroja la certidumbre sensata de lo justo, forzoso es revisarle –con conciencia crítica y sin prejuicios partidarios– para renovarle o resignarse a convertirle en uno más de los *paraísos perdidos*.

Cuenta también la habilidad dialéctica de quienes –despreciando la máxima que reza «*si cambias hasta el punto de desconcertarme, es porque la verdad no está contigo....*»– admiten que los contenidos variables y compatibles de lo justo registren colisiónes resueltas con el prevalecimiento de unos sobre otros. Frente a las distorsiones o sofismas disfrazados de propuestas elásticas, *lo justo –respaldado por la fidelidad al principio ontológico de no contradicción– no puede, como cualquier otro valor o realidad celosos de su identidad, ser y dejar de ser al mismo tiempo*. Hay que seleccionar y dar nombre a las realidades sociales en que se funda esa aprehensión. Se necesitan una visión afortunada –cuyo método, de feliz idea, prescinda de los abusos triunfalistas– y una constancia de que así lo sostiene la opinión de una parte de la *sociedad ilustrada*, en virtud de su madurez, y *sana*, porque sólo su recta intención se considera buena sin limitaciones. Apreciadas por los que tienen el deber de estado de reconocerlas o cumplirlas, enfrentan a las alternativas de impulsarlas, para remover ciertos obstáculos o completarlas adecuadamente, si ya se ha desencadenado su atención. En los cimientos del aparato de los sistemas democráticos se asienta el socratismo de una regla que recuerda cómo –a causa de la inclinación y la concepción naturales del mensaje que encierra– *la verdad emana de la mente y el corazón del sabio habituado a discurrir en soledad*. Nunca del frenesí de las multitudes que, arracimadas en el ágora, aclaman a quienes les ocultan el rostro de la verdad –temida y lacerante– y, a cambio, colman sus ansias de ceder ante la magia de las deformaciones ideológicas.

El saludable entendimiento de lo justo se enfrenta a un vacío del que se han evadido la *emotividad y fuerza sugestiva del misterio* –presentes de antiguo en las adhesiones religiosas o afines– con que las empresas ideológicas reforzaban la seducción de los prosélitos incondicionales y los adeptos de segunda zona. Se explicaban así las ilusiones que encendían la voluntad –inmersa en lo conmovedor de esas vivencias– de darlo todo, incluso la vida, por el triunfo del debate en marcha y por el alza de la fe depositada en los cuerpos de doctrina que se divulgaban. Ahora bien, como los subrogados o sustitutivos ideológicos carecen del mordiente de las ideologías de pro y yerran en el relevo que ocupe su lugar, sólo resta un mercado imperfecto donde, sin visos de progreso, se agolpan ofertas ideológicas irreconocibles o depredadoras de los que fueron sus orígenes.

El peso específico de la emotividad dispensaba de un rigor intelectual que no era sostenible ni siempre estuvo a mano de las ideologías. La evaporación de la emotividad rebaja los ejercicios de especulación y compromiso ideológico a operaciones disuasorias o desprovistas de aliciente. Decaen los fundamentos persuasivos que respaldaban las acciones –emprendedoras y ofensivas– de cuantos, en estos escenarios, consideraban el juego político como algo cuya dignidad descalificaba el espectáculo de las confrontaciones obedientes a la ley de la esencial enemistad. La renuncia a los desvelos dialécticos –imprescindibles para que las ofertas gocen de empuje convincente– y el pedestrismo de lo rudimentario agotan la cantera de los argumentos que se manejan al respecto.

Tampoco se advierte el interés en descubrir nuevos yacimientos ideológicos y se prefiere apelar, sin exceso de mala conciencia, a referencias numerales o alegatos plebiscitarios de confianza social que defraudan cuando –con insinceridad pasmosa– atribuyen a quién sabe qué engaños el motivo de sus decepciones. Consumadas estas frustraciones, el falso empeño de especulación se desvanece y arroja por la borda los restos de flexibilidad que aparentaba para ilustrar las sombras de su imagen.

La decadencia de la creatividad ideológica es un mal que no se cura invocando ciegos deberes de adhesión, ni lanzando acusaciones de infidelidad que, alentadas por lo suyo de empavorecimiento, fulminan la disidencia de las conciencias rectas y avezadas a censurar el *impune pecado venial (¿?) que constituye la calumnia en la vida pública*. La implementación de las aventuras ideológicas incluye, como cláusula idónea para sortear los escollos del momento, una presunción de respeto –en pro de quienes dirigen esas operaciones– y un compromiso de paciente espera, a la vista de las ceremonias con que la confusión y la mentira solapan su descrédito. El *perecimiento de las ideologías* es –mucho más que la condena de la sociedad a perder la fe en la credibilidad de sus promesas– la confesión del desaliento que causan ciertas verdades animadoras de su puesta en escena, el desinterés en llegar al fondo de las cosas y la avidez por invadir –deprisa y sin escrúpulos– los es-

pacios que, por derecho de conquista, quieren ocuparse. Una toma de posición señalada por lo vacuo de sus recursos doctrinales, orillando –con la complicidad de una opinión pública neutralizada o inmadura– las arduas tareas de la restauración de ese universo.

Ahí está la dificultad de definir lo que por justo ha de entenderse, si se quiere esbozar los perfiles de cada ideología y separar los campos en que se desenvuelve su acción competitiva. No es menos fatigoso el trabajo de reconstituir lo que –para advenir a una síntesis veraz y no viciada de falsificaciones– las nociones de igualdad y libertad van a encarnar. ¿Se mantiene el debate sobre el dilema que invita a elegir entre la protección de una libertad de los iguales –expansiva y generosamente administrada– y la preservación de una igualdad –urgida y controlada– de los ya liberados hasta un límite que no les es dado superar? La escisión sufre la cautividad intelectual de dos modelos. Uno, el de la *tradición judeocristiana*, fiel a la máxima de que nunca es libre la persona que no goza de oportunidades iguales para disfrutar de los bienes a que su condición de tal le da derecho. Adquirida la cual, cada individuo es titular de un derecho inviolable al pleno desarrollo de su cualidad de ser libre y a provocar las consecuencias legítimas que engendra el esfuerzo aplicado al consumo de esas libertades. Otro, el del *maximalismo obtuso* que –instigado por las reacciones de venganza y envidia– dice no a cualquier conato de liberación. Defiende que las libertades –lejos de propagar difusivamente el bien que las absorbe– tienden a un crecimiento controlable con la usura del reparto en que abunda la mezquindad igualitaria.

¿Cuánta es la dosis o cual la dimensión de la libertad compatible con una oferta ideológica madura y digna de consideración? Por evidente que sea la respuesta, no hay duda de que las luces proteicas de la libertad representan el objeto –imperfecto, evolutivo e insistente– de un ciclo natural de autorregulación que, algo así como marcando el paso, establece los ritmos de ascenso de la libertad y rinde cuentas del progreso que esta promoción ocasiona. Lo escenifican cuantos –como una *muestra de feliz idea* y no de apresurado arbitrismo– se comprometen a explotar el potencial de las expresiones y variantes que, según un método aceptable de determinación, acaparan el contenido esencial o núcleo invulnerable de la figura de libertad ejercitada. El axioma de que *la libertad ocupa lugar*, denuncia las limitaciones y la inestabilidad que acompañan a la historia de su descubrimiento y duración. Así se acusan el imperio de la solidaridad y el recato sociales, y se glosa la templanza de una libertad simultáneamente llamada al crecimiento. La cordura de esta proposición nada tiene que ver con los prejuicios y carencias de una libertad cercenada desde sus orígenes y en la que el reparto –más medroso que cauto– de sus objetivos impide educar a la persona humana en el mínimo de dignidad que le corresponde. La libertad –volviendo a lo dicho– ocupa lugar, porque sus impredecibles experiencias multiplican las zonas de habitabilidad y desarrollo, y porque sus versiones se enriquecen con ocurrencias nuevas que –a impulso de

la verdad que las anima– van al encuentro de quienes las persiguen y de otras que –por afinidad, reflexión o contacto– se poseen en alguna medida.

Los esfuerzos de transformación –emprendidos por los poderes públicos en pro de la libertad efectiva que, si es plena, confirma el éxito de la revolución consumada en el seno de las instituciones y/o de la vida social de relación– no se encaminan a perpetuar una tutela reñida con la revigorización de las libertades personales. Existe un punto de inflexión, más allá de cuya divergencia los cambios desproporcionados pueden desestabilizar su espíritu y sus fines. El respeto que merece la libertad apoyada, se opone a las tentativas de sostenerla por tiempo indefinido, cuando –sin obtener una respuesta concluyente de la sociedad y de sus integrantes– decaen las energías que, a falta de estímulos, se desnaturalizan y desploman. Semejante punto de inflexión marca un momento de relevo que, si se elige con acierto, muda la situación y el compromiso de los individuos y los grupos sociales. Unos y otros soportan –como condición de un progreso resistente a dejar su espontaneidad bajo tutela– los gravámenes de sus libertades y la reordenación de los ingredientes –nuevos y antiguos, inéditos y clásicos– que de ellas forman parte.

Ante los apremios del tiempo político, de las urgencias comunicadas a la existencia individual por las perspectivas racionales y de las ensoñaciones de los seres humanos, no hay oferta ideológica que cuente con la serenidad y pausa suficientes para que sus destinatarios digieran las particularidades del programa que fije las etapas conducentes a esos resultados. Un programa que abarcaría el despliegue de los mecanismos del esfuerzo de liberación, la sistematización de las operaciones del cambio, la minuciosa comprobación de sus aciertos, la adopción inmediata de las rectificaciones pertinentes, la pedagogía del convencimiento de la cualidad de seres libres y la asunción de las responsabilidades que de todo ello se derivan.

Así se clama por una *métodología de la educación* que, como declara el art. 27.1 CE, equivale al desarrollo pleno –no mutilado, incompleto o escaso– que la persona adquiere cuando, sumida en su mundo circundante, arregla su comportamiento a los principios de la convivencia democrática –aptitud para coexistir en medio de la paz social, la predisposición cooperativa al servicio de los fines e intereses generales, y la distribución solidaria de los resultados habidos– y al deber de respetar el contenido esencial o núcleo invulnerable de los derechos constitucionales innatos. La severidad moral de esta propuesta denuncia la dispersión de los halagos y las medias verdades con que las ofertas ideológicas de hoy día se entregan a su propagación. Es indefendible –en pro del bien común que postula una libertad vivida con riesgo y sin miedo a la consecución de sus ventajas– la continuidad de ideologías, políticamente sucesivas, que, aunque se jactan de su fidelidad a los procesos de liberación, los interpretan con mucho más casuismo que el propio de una sana celeridad evolutiva. Sus acepciones y cambios de rumbo denotan una finitud distante de los valores a que se dicen vinculadas. Los hay

que no transmiten a sus sucesores fórmulas valederas para inmunizar las líneas defensivas de los intereses que adoptan. Los hay que carecen de la lucidez y generosidad imprescindibles para asimilar el provecho de las aportaciones que les precedieron. La enemistad política fulmina los empeños en hallar soluciones que –acogidas a ensayos de coordinación o de alianza que limen su aspereza– no borran el antagonismo subyacente de sus protagonistas. Esta cruda verdad hace dudar de que, ante el enfrentamiento irreductible, los automatismos de la democracia salven del naufragio los elementos de conciliación y solidaridad que su maltrecha definición sigue exigiendo.

8. POSIBILIDADES Y PERSPECTIVAS DIMANANTES DEL ACERCAMIENTO A LA IDEOLOGÍA DE LO JUSTO

La ideología de lo justo publica el humanismo que, en clave social, orilla el pluralismo –inútil de presente– de las variantes cuya intervención no es un éxito o de las corrientes ideológicas afectadas por la imposibilidad de fraguar una síntesis tranquilizadora. Esta ideología o el óptimo accesible de sus operaciones han denunciado –amén de otros reparos– la parquedad de un pensamiento tan débil como sumiso a premisas de poca monta, que –para desoír la imputación de sus defectos incurables– se aleja de los focos de reflexión y de consejo. Los suplanta por los asentimientos de una audiencia artificiosa y escasa. Pasa por alto –más por desconocimiento técnico que por interés académico– la importancia de los retos de la economía. Elogia valores secundarios y propios de un discurso sin la convicción que facilitaría las adhesiones de cuantos –que son muchos– renuncian a su capacidad de comprensión y a la tarea de retornar a la normalidad. Exalta la creatividad inmerecida de actitudes personales marcadas por las ansias de megalomanía o –caiga quien caiga– por la codicia destructiva del bienestar de los demás. Propugna lecturas de la Historia que, cuando no niegan descaradamente la evidencia, se reinterpretan o reforman hasta el punto de presentar, como cambios de rumbo, situaciones apologéticas que ni de lejos producirán esos efectos. Pretenden convencer de que –pese a la levedad del repertorio moral e intelectual con que se actúa– *la mentira es un obsequio inapreciable que mitiga la desesperación de quienes le otorgan su crédito*. No obstante estas aseveraciones, aseguran que se cuenta con medios de transformación y de lucha merecedores de confianza.

La ideología de lo justo disuelve los reductos y purga las miserias del *pensamiento único*. Descansa en las reflexiones que defienden la necesidad de una opinión pública ilustrada y activa, la solución equitativa de los problemas económicos, en general, y, en especial de los nacidos de la mundialización, la efectividad del valor superior de la justicia como síntesis de la libertad e igualdad añoradas, la devolución no falsificada del poder político al pueblo mediante la concienciación y puesta al día de sus responsabilidades, el destierro de las conminaciones y requiebros con que los poderes democráticos halagan a una socie-

dad cautiva de las orientaciones impuestas y, amén de otros secundarios, la conversión de la vida pública en el espacio de su plenitud y no en la diversidad de recovecos que –adictos a la feroz enemistad política– ensalzan la insinceridad y el hermetismo. Las anomalías imprevistas que la mundialización desencadena, conmueven las conciencias individuales y colectivas para que, a la luz de sus repercusiones en las vidas caóticas que dejan atrás toda esperanza, se agote el análisis de las transformaciones subyacentes a la magnitud de sus cambios.

La mundialización recogió el parecer de los reformadores europeos, que, según el *yusnaturalismo idealista* de la doctrina orden natural, anteponían la simulación de un inventario de necesidades a la verificación detallada de su historia, siendo así que los estados de conciencia de la época exigían sustitutivos fiables y abocaban a un *yusnaturalismo realista* pendiente de los episodios de entonces. Los llamamientos al *espíritu público* no congelaron la devoción por la modernidad codificadora que enfrentaba los fines de la universalidad –dirigidos a solidificar la ideología de lo justo y coasumidos por los países civilizados– con el discreto encanto de los nacionalismos emergentes. Si mundializar la convivencia en paz es prometer, sin dobleces ni exageradas apetencias, una existencia justa– no faltan parcelas del fenómeno cuya fertilidad depende del éxito de unos procesos que requieren la infatigable puesta al día de sus actividades de disuasión o de ofensiva.

Los efectos de la mundialización han resultado ser muchos y dispares. Comenzando por las menciones nominativas que enmascaran la gestualidad de su verdadero rostro –administración de las crisis de los procesos industriales– y estancándose en los umbrales de la tierra prometida de la Europa Social. Pese a las protestas testimoniales y las apariencias de progreso, perduran los recelos frente a la lentitud en perfeccionar una Política Social a la que los europracticantes se han adherido, desde sus principios, con alguna tibieza. *No sienten la necesidad compulsiva de llevarla al grueso de un programa mundializador*. Más bien, parece todo lo contrario. La tesis minimalista de la coordinación de las Políticas Sociales nacionales no las ha eximido del estigma de *parientes pobres* en la familia de las políticas comunitarias. El *economicismo indisimulado* de sus instituciones –potenciado por las inquietudes de la crisis– robustece su apuesta por los temas y soluciones de este signo y revela un propósito escuálido de dispensar a los derechos sociales la cobertura que les es debida.

La mundialización ha pervertido el Derecho Social a través de sus factores de degradación y su consabida lista de pretextos. A saber, el ejercicio irrestricto de unas libertades de establecimiento y circulación de capitales que olvidan sus funciones sociales, la desaparición o traslación a otros pagos de las bases físicas de la producción, la irrupción de tecnologías inaccesibes al conocimiento y a las reacciones de los sindicatos, el demérito de la negociación colectiva y el engrandecimiento de la contratación individual que engendra conflictos transversales o estratificados. Sin olvidar la complicidad de las instancias políticas –que contribuyen a erigir zonas de tributación de-

bilitada– y la beligerancia con que los poderes económicos se ingieren en sus ensayos de *voladura controlada*.

El dominio, en este punto, de la *ideología de lo justo* –adepta a las directrices de una Moral participativa y ambiciosa– es de muy costosa introducción en un mecanismo político entregado –en régimen de dedicación exclusiva– a racionalizar técnicamente la vida económica y dar de lado a la severidad de las admoniciones moralizadoras. Invocación que es escasa o ausente en los propósitos manifestados al respecto. Las comunidades –más o menos ignoradas– afectadas por el espectro mundializador carecen de instrumentos útiles de promoción y propaganda para combatir, en condiciones de igualdad material, los excesos que las esclavizan.

No es fácil emitir, así las cosas, la predicción que asegure el retorno –siquiera templado y vigilante– al *paraíso perdido* de las adquisiciones sociales. Tampoco es improbable porque, amén de escribirse para el adoctrinamiento de la vida, la Historia atesora unas cajas de sorpresas que moderan los presagios más desoladores o determinan que, a la vuelta de la esquina de sus episodios, surjan los incentivos y experiencias que instalen a la persona individual en los espacios de una ciudad terrestre donde ame, sirva, conviva y edifique.

Ni es descabellado y ocioso que también un *Derecho Social de corte universal* –un Derecho de Gentes comprometido y arrogante– concite la intencionalidad y las acciones de cuantos –que son muchos– no desisten de forjar una humanidad más humana mediante la *pedagogía del vivir justamente* y la denuncia de los atentados que lo impiden. Acciones éstas, que, enmendando los excesos de la mundialización y reiterando la solidaridad cooperativa, repongan las existencias de una Política Social que, dañada por el desenfreno del neoliberalismo salvaje, se moviliza –pese a todo– en pro de su continuidad y salvamento.

9. BIBLIOGRAFÍA

BELL, D. *The end of ideology*. Palo Alto (California): Ed. Free Press, A Corporation, 1963.

BOBBIO, N. *Politica e cultura.* Milán: Ed. Einaudi, 1955; *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*. Roma: Ed. Donzelli, 1994.

CAHN, *The sense of injustice*. Nueva York: Ed. New York University Press, 1949.

FANON, F. *Les damnés de la terre.* París: Ed. Ediciones Maspero, 1961.

FERNÁNDEZ DE LA MORA G., *El crepúsculo de las ideologías*. Barcelona: Ed. Editorial Salvat, 1971.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *et al*. «Le developpement de la politique sociale europeenne», *Rapport du Comité des Sages.* Bruselas-Luxemburgo: Ed. Comision Europea, 1996.

GRAMSCI, A. *Para la reforma moral e intelectual*, traducción de TORRELL, J. Madrid: Ed. Editorial Santucci, 1982.

HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología del Derecho*. Madrid: Ed. Antonio Hernandez Gil, 3. vols., 1971.

HERRERO, J. *Los orígenes del pensamiento reaccionario español*. Madrid: Ed. Edicusa, 1971.

JULIA, S. *Elogio de Historia en tiempo de memoria*. Madrid: Ed. Fundacion Alfonso Martín Escudero y Marcial Pons, 2012.

KUNG, H. y KUSCHEL, K.J. *Hacia una ética mundial*, traducción de GRASSET, L. Madrid: Madrid: Ed. Trotta, 1994.

LAMPRECHT. S.P. *Naturalism and the Human Spirit*. Nueva York: Ed. Krikorian, Y.H., 1944.

MANNHEIM, K. *Ideología y utopia*, traducción de ECHAVARRÍA, S. Madrid: Ed. Fondo de cultura económica, 1997.

MARINA, J.A. y DE LA VALGOMA, M. *La lucha por la dignidad*. Barcelona: Ed. Anagrama, 2000.

MARX, K. *Die Frühhschriften von Karl Marx*. Berlín: Ed. Landshut, S., 1953.

PETTA, P. *Ideología constitucional de la izquierda italiana*, traducción de CLAVERÍA, A. Roma: Ed. Savelli, 1978.

POPPER, K. *El mito del marco común*, traducción de GALMARINI, M.A. Barcelona: Ed. Paidos, 1997.

ROSSI, E. *Il pensiero politico de Jacques Maritain*. Milán: Ed. Edizioni di Comunita, 1956.

SANTAELLA, M. *Opinión pública e imagen política en Maquiavelo*. Madrid: Ed. Alianza Editorial, 1990.

SANTONASTASO, G. *Orientaciones actuales de las doctrinas políticas*, traducción de JUBERA, M. Buenos Aires: Ed. Editorial Troquel, 1991.

SELIGER, M. *et al*. «Ideology and politics», *The new Enciclopaedia Britanica*, vol. 20. Londres: Ed. Chicago University Press, 1989.

SEN, A. *La idea de la justicia*, traducción de VALENCIA, H. Madrid: Ed. Taurus, 2.10.

TOUCHARD, J. *Historia de las ideas políticas*, traducción de PRADERA, J. Madrid: Ed. Tecnos, 1970.

VACHET, A. *La ideología liberal*, traducción de FERNÁNDEZ, V. Caracas-Madrid: Ed. Editorial Fundamentos, 1972.

VARGAS, R. *El poder moral de la razón*. Madrid: Ed. Taurus, 1985.

ZORRILLA, M.M. «El Derecho Natural como técnica de racionalización», *Sociología para la convivencia*, pp. 153-178. Madrid: Ed. ZYX, 1966; «Modernidad y moralidad de la mundialización», *Estudios de Deusto*, vol. 50/2, pp. 181-196; «Eficacia y justicia del orden natural de la equidad», *Estudios de Deusto*, vol. 57/2, pp. 255-302; «Difusión extrajudicial del Derecho justo frente al reto del achicamiento del mundo», *Estudios de Deusto*, vol. 59/2, pp. 209-235.

TITLE: The spontaneity and simplicity of the ideology of the just.

RESUMEN: La plenitud del ordenamiento jurídico dota de un sistema de fuentes apto para facilitar una respuesta razonable y justa a las cuestiones de fondo suscitadas. Las ideologías que afluyen a esas aplicaciones tienen mucho que ver en ello. Son la causa y/o el efecto de los cambios

inherentes al esfuerzo de transformación que sustituye la voluntad primitiva del legislador por la voluntad renovadora de la norma afectada por ese fenómeno. La sucesión de las ideología o sus derivaciones, muestra la grandeza y servidumbre de la influencia desencadenada sobre un ordenamiento jurídico exento de lagunas. Las rotaciones o interferencias producidas se registran un acceso instintivo a la ideología de lo justo, promueven las vías de su entendimiento saludable e introducen las ideas necesarias para culminar esta tarea laboriosa.

Palabras clave: Plenitud, justa respuesta, esfuerzo de transformación, acceso instintivo, voluntad originaria, voluntad renovadora.

Abstract: The plenitude of the juridical order provides a system of sources apt to give a reasonable and just reply to the questions of material law. The ideologies concerning to this situation play a relevant role. They are the cause and the effect of the changes inherent to the transformer effort, which replaces the primitive will of the legislator for the renovator will of the law affected by this phenomenon. The succession of the ideologies shows the grandeur and the servitude of the influence exerced on a juridical order free of hollows. The rotations and the interferences produced, determine an instinctive accession to the ideology of the just, promote the ways for a salutary understanding and contributes to perform this attractive task.

Key words: Plenitude, just replay, transformer effort, instinctive accession, primitive will, renovator will.

Recibido: 13.09.2013
Aceptado: 26.05.2014

Recensiones

Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *Estado de partidos: participación y representación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, (prólogo de Ignacio Gutiérrez), 160 páginas

Entre finales de los años 90 y los primeros años del nuevo siglo se publicaron en España diversos libros sobre la organización y funcionamiento de los partidos políticos, su creciente protagonismo en el Estado diseñado por la Constitución española de 1978 y algunos de los problemas que ese último fenómeno provocaba; entre ellos, y tomándome la licencia de la autocita, así como pidiendo excusas por eventuales e injustificadas omisiones, los de José Luis García Guerrero: *Democracia representativa de partidos y grupos parlamentarios*, Congreso de los Diputados, 1996; Fernando Flores: *La democracia interna de los partidos políticos*, Congreso de los Diputados, 1998; José Ignacio Navarro: *Partidos políticos y democracia interna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; Miguel A. Presno Linera: *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, 2000; Roberto Blanco Valdés: Las conexiones políticas, Alianza, 2001; Beatriz Tomás Mallén: *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, CEC, 2002.

Estos trabajos se insertaban en una línea que arrancó en los años 80 (Ignacio de Otto: *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC, 1985; Manuel García Pelayo: *El Estado de partidos*, Alianza, 1986; Ángel Rodríguez Díaz: *Transición democrática y consolidación constitucional de los partidos*, CEC, 1989) y se mantuvo en los 90 (Roberto Blanco Valdés: *Los partidos políticos*, Tecnos, 1990; Manuel Ramírez: *Sistema de partidos políticos en España (1931-1990)*, CEC, 1991; Juan José González Encinar –editor–: *Derecho de partidos*, Espasa, 1992).

Quizá debido a la existencia en España de un régimen legal separado de los partidos y de su financiación, cosa que me parece difícilmente justificable, ya desde los años ochenta se ha venido tratando de forma separada el sistema de financiación; ciñéndonos a los libros cabe mencionar el de Pilar del Castillo: *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1985; Varios autores: La financiación de los partidos políticos: debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales, 23 de noviembre de 1993, CEC, 1994; Santiago González-Varas: *La financiación de los partidos políticos*, Dykinson, 1995; María Holgado: *La financiación de los partidos políticos en España*, Tirant, 2003; Gaspar Ari-

ño: *La financiación de los partidos políticos*, Cinca, 2009.

A su vez, la aprobación de la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, originó, además de numerosos artículos, libros como el de Javier Tajadura: *Partidos políticos y Constitución*, Civitas, 2004; José Antonio Montilla (editor): *La prohibición de partidos políticos*, Universidad de Almería, 2004; los estudios incluidos en el libro coordinado por Luis López Guerra y Diego Espín: *La defensa del Estado*, Tirant, 2004; el libro de Enrique Álvarez Conde: *El derecho de partidos*, Colex, 2005; David Bautista: *La función constitucional de los partidos políticos*, Comares, 2006; María Dolores Martínez: *Régimen jurídico de los partidos políticos*, Marcial Pons, 2006; Lucrecio Rebollo: *Partidos políticos y democracia*, Dykinson, 2007; Miguel Pérez-Moneo: *Disolución de partidos políticos por actividades antidemocráticas*, Lex Nova, 2007; Mercedes Iglesias: *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*, Comares, 2008, y el análisis comparado de Javier Corcuera, Javier Tajadura y Eduardo Vírgala: *La ilegalización de partidos políticos en las democracias occidentales*, Dykinson, 2008.

En momentos simultáneos o posteriores cabe recordar los estudios que inciden en la igualdad de oportunidades entre las formaciones políticas, como los de Óscar Sánchez Muñoz: *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, CEPC, 2007, y Yolanda Fernández Vivas: *Igualdad y partidos políticos. Análisis constitucional y comparado de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos*, Congreso de los Diputados, 2008, junto con los que trascienden el derecho positivo como el libro colectivo editado por Montero, Gunther y Linz: *Partidos políticos. Viejos conceptos y nuevos retos*, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2007, y el de Ignacio Fernández Sarasola: *Los partidos políticos en el pensamiento español. De la Ilustración a nuestros días*, Marcial Pons, 2009.

En la presente década deben mencionarse el trabajo de Miguel Pérez Moneo: *La selección de candidatos electorales en los partidos*, CEPC, 2012, y el que aquí se comenta de Jorge Alguacil, que, y por ello no considero trivial la anterior enumeración, trata de forma conjunta varios de los asuntos que habían merecido la atención doctrinal en los últimos 30 años y lo hace en un contexto sociopolítico que ha variado de forma sensible en los últimos años. Esta inserción del estudio jurídico-constitucional en la realidad es deliberada, en la línea defendida por Konrad Hesse según la cual la fuerza normativa de la Constitución –incluida la articulación democrática del Estado– depende de la efectiva presencia de ciertas «condiciones de realización», que, como advierte Ignacio Gutiérrez en el Prólogo, hoy tienen un evidente componente económico, al que hay que añadir un creciente proceso de contestación social, ejemplificado en el movimiento *15-M*, al que también se refiere Jorge Alguacil.

El estudio del profesor Alguacil está escrito de manera clara, mantiene una relación *dialogada* con otros autores e incluye, aunque muchas veces de forma muy matizada, varias propuestas de reformas normativas. Es un libro más breve (160 páginas, inclui-

dos Índice, Prólogo, Introducción y Bibliografía) de lo que suele ser habitual en estas materias, cosa que sin duda tiene su mérito.

La obra tiene dos partes principales: una relativa al papel de los partidos políticos en la democracia y otra sobre el análisis del sistema electoral español desde la perspectiva del principio de igualdad; antes se incluye una introducción y después un apartado de conclusiones, y todo ello con el propósito de analizar de qué forma puede mejorarse el funcionamiento de un sistema democrático representativo que presenta deficiencias notables tanto en lo que tiene que ver con la organización de los que hasta ahora han sido los actores principales y casi exclusivos –los partidos– como con el sistema que sirve para seleccionar de entre esos actores los que asumirán el gobierno, en sentido amplio, de las instituciones representativas.

En el apartado «Partidos políticos y democracia», el profesor Alguacil estudia el distanciamiento entre representantes y representados, la democracia interna y la organización de los partidos y la defensa del pluralismo político, con atención a la libre creación de partidos y al transfuguismo.

Aunque el orden de los factores no altere al resultado, en mi opinión quizá hubiera sido mejor empezar esa parte analizando los problemas de democracia interna y organización de los partidos (apartado 2.2), pues una mejora tanto en la selección de los órganos internos de los partidos como de los candidatos que presentarán en los procesos electores podría contribuir a paliar esa distancia entre representantes y representados (apartado 2.1) que se evidencia a propósito de fenómenos como la corrupción, la remuneración de los cargos y el sistema de incompatibilidades. También el apartado 2.1.3 (Partidos políticos, democracia, minoría dirigente y corrientes internas), incluido en el punto 2.1, parece pensado más para entender los problemas de democracia interna y organización de los partidos (apartado 2.2).

En todo caso, me parece acertado el análisis crítico de Jorge Alguacil sobre el régimen de incompatibilidades, la remuneración de los cargos públicos, la eventual reducción de parlamentarios, ya en marcha en algún Parlamento autonómico (Castilla-La Mancha) y el problema que supone la corrupción. A efectos especulativos se podría también pensar en si sería oportuna, como forma de renovación de los cargos dirigentes y también como cierto antídoto contra la corrupción, una eventual limitación de los mandatos parlamentarios, cuestión que ha empezado a debatirse en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

En lo que respecta a la democracia interna, destaca el profesor Alguacil el carácter minimalista de nuestra Ley de Partidos, y lo complementa con una análisis exhaustivo de los Estatutos de las principales formaciones políticas, lo que evidencia que, a pesar del escaso intervencionismo del Legislador respecto a los derechos de los afiliados, no todos los partidos son iguales. También se dedica un espacio importante a los procesos de selección de los órganos de dirección, con incidencia especial en la convocatoria de los congresos y la participación de los militantes. En este ámbito, y recordando lo que dicen los Estatutos de los partidos, se aboga por una mayor regulación legal que evite, en la medi-

da de lo posible, los congresos «oligárquicos».

En lo que se refiere a la selección de los candidatos para las elecciones, y a partir de las previsiones incluidas en la normativa interna de algunas formaciones políticas, se presta atención especial al sistema de primarias, materia sobre la que resulta de obligada lectura el estudio, ya citado, de Miguel Pérez Moneo. Al respecto, Jorge Alguacil estudia principalmente las primarias cerradas y semicerradas como vía para revitalizar la vida interna de los partidos. En mi opinión, las primarias abiertas, que cobrarán actualidad a lo largo del año 2014 por su empleo por varias formaciones, ofrecen un evidente atractivo y son el método más innovador –también el más «arriesgado»– tanto para el sufragio activo como el pasivo, así como para la elaboración del programa electoral; las llevadas a cabo en Italia por el Partito Democratico della Sinistra son un buen ejemplo.

A continuación, el profesor Alguacil se ocupa del controvertido y difícilmente juridificable caso del transfuguismo político, y concluye esta parte relativa a los partidos con el análisis de su libre creación y de las dificultades que el Legislador ha puesto tanto a la presentación de candidaturas por formaciones de reciente creación como a su financiación pública. Creo que lo relativo a la presentación de candidaturas encajaría mejor en la parte relativa a la igualdad del sistema electoral español, pues lo que hizo la Ley Orgánica 2/2011, de reforma de la LOREG, fue, precisamente, incidir en la igualdad de oportunidades no en los partidos en sí como en tanto promotores de candidaturas electorales.

En esa segunda gran parte del libro –«La igualdad del derecho de sufragio en nuestro sistema electoral»– se analiza con detalle la jurisprudencia constitucional española y alemana sobre el valor del principio de igualdad del voto y se denuncia con ejemplos precisos los diferentes, y discriminatorios en mi opinión, costes de valor de los escaños según en qué circunscripciones se elijan.

Luego se examinan los diferentes sistemas electorales y los predominantes en la historia constitucional española hasta llegar a la Norma Fundamental de 1978, concluyendo con la estudio de una serie de propuestas de reforma, con especial atención al fenómeno de la proporcionalidad inversa analizado de forma crítica por el profesor Francisco Bastida, que también ha ofrecido instrumentos para mitigar la desigualdad que supone.

En las últimas páginas del libro se incluye un apartado de conclusiones que incluye varias propuestas de cambios normativos; quiero destacar las relativas a la incorporación a la Ley de partidos de la previsión de elecciones primarias y la limitación temporal de los cargos, pues, como se ha expuesto a lo largo del trabajo, los partidos no son meras asociaciones políticas y «la democratización del poder otorga a su funcionamiento interno relevancia constitucional». Coincido con el profesor Alguacil en esta última premisa y en la posibilidad de imponer por vía legislativa obligaciones a unas formaciones políticas que tienen encomendadas funciones públicas previstas en la Constitución y que, con cargo a ellas, reciben financiación del erario público.

También me parece acertada la constatación de que algunas formas

de represión del transfuguismo político pueden conducir al reforzamiento de las cúpulas dirigentes y a la imposición de límites adicionales a la democracia interna en esas organizaciones.

En el mismo sentido, es necesario asegurar una mayor igualdad en el proceso electoral y asegurar al tiempo la conexión entre representantes y representados.

Termina su libro el profesor Alguacil con una cita de Hesse difícilmente rebatible sobre la eficacia de cualquier medida en este ámbito: no basta con cambios normativos sino que es precisa una *voluntad de Constitución* no sólo por parte de los representantes políticos, sino de toda la ciudadanía.

Nos encontramos en suma con un texto de lectura obligada y que se inserta perfectamente en la ya significativa producción de la doctrina española sobre el papel de los partidos y del entramado representativo en un sistema constitucional democrático, con el valor adicional de añadir fenómenos sociopolíticos recientes que no hacen sino reforzar los argumentos tradicionales en pro de una articulación del principio democrático que haga realidad la aspiración del Preámbulo de nuestra Constitución de alcanzar una sociedad democrática avanzada.

Miguel Ángel Presno Linera
Universidad de Oviedo

Lorena BACHMAIER WINTER (Coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, 298 páginas

El libro reúne una colección de trabajos de investigación con el fenómeno terrorista como denominador común, desde diferentes perspectivas, todas ellas vinculadas al ámbito del proceso penal y los derechos humanos. El fenómeno terrorista, presente siempre entre las inquietudes de las naciones democráticas, ha merecido una especial atención en el plano legal tras los ataques del 11 septiembre 2001 al World Trade Center y a la sede del Pentágono en los Estados Unidos de América, como consecuencia de su nueva percepción como fenómeno de dimensión global, y no como realidad vinculada, de forma más o menos aislada, a determinados territorios o a concretos intereses político-sociales de limitado ámbito regional. En la escena europea las consecuencias de orden político no tardaron en producirse. En junio de 2002 se aprobó una Decisión Marco Europea relativa a la lucha contra el terrorismo, en cuyo preámbulo se destaca el papel del terrorismo como fenómeno que encarna uno de los ataques más serios a los principios universales sobre los que se asienta la Unión Europea. Con posterioridad, un año después de los atentados de Madrid de 2004, el Consejo Europeo acordó el Plan de Acción de 7 junio 2004, en el cual se encomendó a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para asegurar la eficacia en la lucha contra el terrorismo internacional en su percepción como doble amenaza contra los ciudadanos de la Unión y contra los Estados que la componen.

Esta nueva perspectiva de la lucha contra el fenómeno terrorista –este nuevo impulso, si se prefiere así– ha reavivado viejas polémicas acerca de cuáles deben ser los límites de los países a la hora de combatir, con las armas del estado de derecho, los actos de terrorismo. Se usa el verbo «reavivar» porque en la mayoría de los casos no se trata de problemas nuevos o que, al menos desde un punto de vista puramente teórico, los estudiosos no se hayan planteado ya, sino de la renovada actualidad que tales polémicas adquieren desde el momento en que se asume la puesta en práctica de actuaciones concretas más efectivas contra el terrorismo. En el plano europeo comunitario, estas medidas se orientan a la búsqueda de nexos de unión entre los ordenamientos jurídicos nacionales, a la armonización de las definiciones contenidas en los Códigos penales, o a la cooperación entre Esta-

dos; es también de interés conocer su incidencia en los instrumentos tradicionales de nuestra justicia criminal, cuestión ésta en la que entran en directa tensión, por una parte, la búsqueda de la mayor eficacia posible contra el terrorismo y, por otra, su conjunción con todo el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas construido en los últimos 50 años en el ámbito europeo a partir de la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Todos los temas que se acaba de enumerar están presentes de forma directa o tangencial en esta obra, coordinada por la doctora Lorena Bachmaier, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid (Acreditada para acceder al cuerpo de Catedráticos de Universidad), experta conocedora los ordenamientos jurídicos nacionales europeos en materia procesal y con una variada e incansable actividad científica dentro y fuera de nuestras fronteras, plasmada en numerosísimas publicaciones en los últimos 15 años en el campo del proceso penal comparado. El trabajo tiene una vocación claramente prospectiva, es decir, trata de analizar los retos que la lucha contra el terrorismo va a presentar, está presentando ya, en los estados nacionales desde su consideración como partes integrantes de un proyecto colectivo que, desde la construcción del tercer pilar comunitario, ya no sólo un proyecto económico sino también jurídico y de seguridad para los ciudadanos. Es éste, desde luego, un valor añadido de la obra comentada en comparación con otras existentes en el panorama editorial, desde la comprensión de que la plena efectividad de la lucha contra el terrorismo sólo será posible a partir del impulso común de la Unión Europea, tanto en el terreno de la prevención como en los de la investigación, enjuiciamiento y sanción penal de los delitos cometidos en el entorno del fenómeno terrorista.

La obra integra siete trabajos doctrinales de interés, elaborados en el seno de un proyecto de investigación cuya investigadora principal es la coordinadora del libro, y en el que participan investigadores de varias naciones europeas. Los trabajos se publican en orden alfabético de autores, por razones de orden práctico, precedidos por un trabajo introductorio sobre el concepto de terrorismo, debido a la profesora Anna María Guetos, asistente en el Departamento de Derecho Penal de la facultad de Derecho de la Universidad de Zagreb, Croacia, que fue investigadora del Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Comparado de Friburgo, Alemania: este primer estudio está dedicado a las cuestiones nucleares y conceptuales sobre la definición de terrorismo, una materia de gran trascendencia y con lamentables consecuencias prácticas, según la experiencia sufrida en España en materia de cooperación internacional entre Estados, pues es precisamente la falta de armonización en las definiciones legales lo que ha dificultado en casos notoriamente conocidos la puesta disposición de la justicia española de algunos elementos terroristas huidos a otras naciones europeas. La autora, partiendo de un método sociológico, aporta información sobre el contexto histórico social dentro del que crece el terrorismo y ensaya su definición a partir de la noción aportada por SCHMID, para quien el

terrorismo es el equivalente en tiempos de paz de los crímenes de guerra, y centrándose en el entendimiento del terrorismo como táctica violenta utilizada por organizaciones para generar una estrategia de terror actuando en la clandestinidad sobre objetivos concretos representativos.

A partir de este primer trabajo, el resto de las aportaciones pueden ser clasificadas desde un punto de vista material en dos grandes grupos: en un primer bloque, se agruparían los estudios más directamente relacionados con la problemática y la legislación españolas; y en un segundo lugar, aquellos otros que aportan la visión de otros ordenamientos jurídicos. El segundo de los trabajos es debido a la propia coordinadora de la obra, y estudia el papel de los servicios inteligencia como fuente de prueba a efectos del enjuiciamiento criminal, tratando de establecer la delimitación idónea entre las funciones de inteligencia y las de la investigación penal, incidiendo en su progresiva convergencia, y analizando las condiciones que deben cumplir las investigaciones de inteligencia para poder ser eficaces a los fines propios de una investigación judicial. Se analiza la evolución del asunto en el Derecho comparado, y la tendencia al incremento de las restricciones a los derechos de los acusados por la prevalencia de los fines de la lucha contra el terrorismo, el valor probatorio del denominado informe pericial de inteligencia y las dificultades de incorporar los resultados de la diligencia sumarial de información de inteligencia al juicio oral a través de la prueba testifical.

Alicia Bernardo y María Teresa de Padura, las dos Profesoras doctoras de la Universidad Complutense de Madrid, estudian los investigación de los problemas que plantea, desde el punto de vista de las garantías constitucionales, la detención incomunicada por delitos de terrorismo, con las especialidades que establece nuestra legislación procesal penal y la interpretación que sobre ellas ha hecho el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial interés presenta nuestro juicio el estudio que se hace del derecho a la entrevista reservada con el letrado y a designar abogado, así como el derecho al reconocimiento por un médico de confianza. Se hace repaso igualmente, de forma crítica, al que denominan «Protocolo Garzón», nombre que recibe la doctrina que emana de un auto de 12 diciembre 2006 elaborado por quien entonces era titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, con el fin de prevenir la tortura o los malos tratos en las actuaciones que se desarrollan en el período de incomunicación. Entre ellas se incluye la grabación audiovisual de la detención entre otras actuaciones recomendadas por el Comité contra la Tortura de la ONU. Las autoras llegan a la conclusión de que es necesario erradicar la figura de la incomunicación por considerar que, de acuerdo con los informes internacionales, favorece la comisión de actos de tortura y malos tratos, restándose legitimidad a la actuación antiterrorista.

El siguiente estudio es el confeccionado por el ex fiscal de la Audiencia Nacional y ex magistrado de enlace con Italia, Jesús Santos Alonso, y la Dra. Mercedes de Prada, Profesora de Derecho Procesal del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense. En él se aborda la

protección de testigos en procesos de terrorismo, analizándose con extensión las diferencias y semejanzas con lo que ocurre en otro tipo de procesos, el régimen jurídico emanado de normas internacionales e internas en la materia, las principales medidas de protección y seguridad para los testigos y peritos afectados por las medidas de protección y los problemas que plantea la utilización de testigos anónimos, en este especial balance que se hace entre el derecho de defensa de los acusados y la gravedad de los delitos investigados, asunto este sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 75/2013, de 8 de abril de 2013, en la que se estima el amparo por haberse basado la condena en la declaración de un testigo anónimo. El trabajo se centra especialmente en la exposición de los problemas que en el ámbito financiero y de gestión plantea la adopción de medidas de protección. Las conclusiones del trabajo ponen de manifiesto la opinión de los autores acerca de la legislación del sistema de protección de testigos en España, que consideran obsoleto e insuficiente, poniendo como punto de referencia la Ley Modelo sobre Protección de Testigos, elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

La profesora María Lucía de Bitonto, de la Universidad de Camerino, Italia, analiza en su trabajo el estado de la cuestión en el Derecho italiano, partiendo de la exposición de la situación compleja vivida en el país transalpino como consecuencia de las dramáticas experiencias padecidas en el campo del terrorismo político y de la mafia, y los problemas de compatibilidad de las medidas antiterroristas con el sistema de derechos fundamentales (que motivó el año 2000 la modificación del artículo 111 de la Constitución italiana, el cual introdujo los llamados principios del proceso justo mediante la transposición de algunas de las reglas más importantes contenidas en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En el estudio se analizan las normas dictadas en Italia sobre la materia en la pasada década, que se califican de fragmentarias, exponiendo los aspectos problemáticos, con el acento en dos aspectos: la propensión del legislador a privilegiar la prevención del delito, con medidas incluso de tipo administrativo; y la adopción de nueva reglas procesales inicialmente concebidas dentro de una lógica de situaciones de emergencia para su aplicación generalizada en procesos penales por cualquier tipo de delito, circunstancia que se critica con dureza. Se concluye este interesante trabajo con el análisis de algunas medidas concretas restrictivas de derechos fundamentales, en materia de detenciones registro, interceptaciones de comunicaciones telefónicas electrónicas y de muestras biológicas, así como las líneas jurisprudenciales vigentes en los tribunales italianos.

Dos últimos trabajos completan la obra. En primer lugar el elaborado por el profesor doctor John A. E. Vervaele, de la Universidad de Utrecht, Holanda, que analiza un tema de gran interés como es el de los privilegios probatorios en los procesos de terrorismo en los Estados Unidos de Norteamérica y las normas sobre secretos de Estado, así como su relación con el derecho al proceso debido. Se trata de un trabajo muy bien documentado, que nos permite acceder a figuras pro-

cesales normalmente desconocidas en España, tales como la denominada prueba secreta, y la evolución jurisprudencial en los Estados Unidos sobre el secreto de Estado y su control jurisdiccional, al amparo de la denominada materia de seguridad nacional, o el análisis de la *Classified Information Procedures Act* (CIPA) o Ley sobre procesos de información clasificada, norma que se ordena a permitir que pueda prosperar una acusación incluso en aquellos casos en los que la prueba deriva de información clasificada, o de la Foreing Intelligence Surveillance Act o Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera, cuyos privilegios fueron aplicados al ámbito interno por la USA Patriot Act tras los ataques del 11 de septiembre de 2001. Por último, la profesora doctora Marianne Wade, de la Universidad de Birmingham, presenta un trabajo sobre las medidas antiterroristas adoptadas en Inglaterra y Gales desde el punto de vista de los riesgos de discriminación de determinados grupos de población, con estudio de la Ley contra el Terrorismo (Terrorism Act) de 2000 y de la doctrina que, en referencia al Reino Unido, ha elaborado sobre la materia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se estudian figuras como la denominada retención y cacheo (stop and search), en las que los cuerpos policiales presentan una amplia discrecionalidad, la detención preventiva de sospechosos o las control orders, auténticas restricciones a la libertad individual para prevenir futuras e hipotéticas actividades terroristas especialmente aplicadas sobre población británica musulmana.

En resumen, un interesantísimo trabajo desde el punto de vista del derecho comparado y realizado desde el máximo rigor científico, que nos da cuenta no sólo de la problemática interna en un momento de especial interés ante la previsible reforma global del proceso penal español, sino también de algunas experiencias de naciones vecinas que afrontan una problemática común con la española y donde se pone de relieve el difícil equilibrio entre la consolidación del sistema de garantías procesales y las necesidades de efectividad en la persecución de la criminalidad en materia de terrorismo, un asunto donde la racionalidad del Derecho entra con frecuencia en colisión con las urgencias de un Estado usualmente apremiado por la alarma social que en la opinión pública generan unos delitos especialmente reprobables para el conjunto de los ciudadanos.

Jesús María González García
Universidad Complutense de Madrid

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO* COLABORAN

Itzíar CASANUEVA SANZ. Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Penal. Universidad de Deusto.

Maoly CARRASQUERO CEPEDA. Investigadora del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid.

Pablo FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Rey Juan Carlos.

Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA. Catedrático Acreditado de Derecho Procesal. Universidad Complutense de Madrid. Letrado del Tribunal Constitucional.

Ana GUDE FERNÁNDEZ. Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela.

Nicolás PÉREZ SOLA. Catedrático Acreditado. Universidad de Jaén.

María PÉREZ-UGENA COROMINA. Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Antonio Martín PORRAS GÓMEZ. Doctor en Derecho. Asistente de investigación. SOAS-University of London. Premio Nicolás Pérez-Serrano 2012/13. «Assistant Professor» en la «American University of Beirut».

Miguel Ángel PRESNO LINERA. Catedrático Acreditado de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

Sabrina RAGONE. Investigadora García Pelayo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alfredo RAMÍREZ NÁRDIZ. Acreditado como Profesor Contratado doctor por la ANECA . Profesor de Derecho constitucional de la Facultad de Derecho, de la Universidad Libre, Seccional Barranquilla, Colombia.

Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ. Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo.

Joan RIDAO MARTÍN. Profesor de Derecho Constitucional de la Universitat de Barcelona y de la Universitat Oberta de Catalunya. Miembro del Consejo de Garantíes Estatutàries de Catalunya.

Ana María SAN MIGUEL OSABA, Personal Investigador Contratado del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco «Derechos Fundamentales y Unión Europea» (IT-675-13), dirigido por el Prof. Gurutz Jáuregui.

Maoly CARRASQUERO. Becaria FPU del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid.

Pablo SÁNCHEZ MOLINA. Licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

Manuel María ZORRILLA RUIZ, Catedrático Emérito de la Universidad de Deusto. Ex -Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España.

Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.

REVISTA ESTUDIOS DE DEUSTO

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos de investigación de excelente calidad sobre Derecho y Ciencia Política.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <RevistaEstudios@deusto.es>.
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge, por ejemplo, en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
   a) **Bibliografía.**
      – García-Pelayo Alonso, M., *Derecho constitucional comparado,* Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
      – De Ángel Yagüez, R., «La doctrina del "levantamiento del velo" y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto,* Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
      – De Witte, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en Craig, P. P. & De Búrca, G. (eds.), *The Evolution of EU Law,* University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
   b) **Legislación.**
      – España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado,* 10 de julio de 2003, n.° 164, p. 26901.
      – Reglamento (CE) n.° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.° 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.° L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
   c) **Jurisprudencia.**
      – Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
      – STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.° 3055.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión (± 20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Román y tamaño 12), Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. ***Copyright.*** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto.*
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.

Estudios de Deusto

Volume 62, Issue 1, January-June 2014

Table of Contents

Studies

A review of the concept of imputability from the health sciences. Compatibility with the criminal law in force
Itzíar Casanueva Sanz

The electoral control system in Germany
Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo

Private video surveillance in places of public access and data protection right. The German case
Ana Gude Fernández

Equality in the constitutional regulation of family, marriage and minor children
Nicolás Pérez Sola

The guarantee of the right to effective judicial protection in the major systems of alternative conflict resolution: arbitration and mediation
María Pérez-Ugena Coromina

The constitutional dimension of the European Union budgetary power
Antonio Martín Porras Gómez

Government coordination of EU policies: a Comparative Legal Analysis of the Founding Members
Sabrina Ragone

Representation crisis, economic crisis and alternative ideology: the concepts of static and dynamic breaking
Alfredo Ramírez Nárdiz

The consultative referendum in Spain: critical reflections and proposals for the future
Paloma Requejo Rodríguez

Recent measures for transparency and political probity of de Spanish administrative and political system. Scope and assessment
Joan Ridao Martín

The seat of the European Parliament in Strasbourg into question. The final round in the dispute with Brussels?
Ana María San Miguel Osaba

Notes

Female participation on corporate boards: an approach to the proposal for a Directive of November 2012 on improving male and female balance in companies
Maoly Carrasquero Cepeda

The national margin of appreciation in the decisions of the European Court of Human Rights in the cases dealing with the right to free elections
Pablo Sánchez Molina

The spontaneity and simplicity of the ideology of the fairness
Manuel María Zorrilla Ruiz

Book reviews

Deusto
Faculty of Law